



Diálogo  
Ambiental  
Constitucional  
Internacional

## VOLUME 20

### TEMA:

# Os desafios dos direitos fundamentais no século XXI: a importância da segurança e do meio ambiente

BRASIL E PORTUGAL

Los retos de los derechos fundamentales  
en el siglo XXI: la importancia de la seguridad  
y del medio ambiente

ESPAÑA

Coordenadores

**Jorge Miranda**

**Carla Amado Gomes**

**Rubén Miranda Gonçalves**

Organizadores

**Bleine Queiroz Caúla**

**Marco Villas Boas**

**Valdetário Andrade Monteiro**

Apresentação

**Felipe Santa Cruz**



Diálogo  
Ambiental  
Constitucional  
Internacional

## Volume 20

**Tema:** Os desafios dos direitos fundamentais no século XXI: a importância da segurança e do meio ambiente (Brasil e Portugal)

Los retos de los derechos fundamentales en el siglo XXI: la importancia de la seguridad y del medio ambiente (España)

Jorge Miranda  
Carla Amado Gomes  
Rubén Miranda Gonçalves  
(Coordenadores)

Bleine Queiroz Caúla  
Marco Villas Boas  
Valdetário Andrade Monteiro  
(Organizadores)



Diálogo  
Ambiental  
Constitucional  
Internacional

## Volume 20

**Tema:** Os desafios dos direitos fundamentais no século XXI: a importância da segurança e do meio ambiente (Brasil e Portugal)

Los retos de los derechos fundamentales en el siglo XXI: la importancia de la seguridad y del medio ambiente (España)



Brasília – DF, 2022

© Ordem dos Advogados do Brasil  
Conselho Federal, 2022  
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

*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 desafios dos direitos fundamentais no século XXI: a importância da segurança e do meio ambiente (Brasil e Portugal). Los retos de los derechos fundamentales en el siglo XXI : la importancia de la seguridad y del medio ambiente (Espanha) / coordenador: Jorge Miranda, Carla Amado Gomes, Rubén Miranda Gonçalves; organizador: Bleine Queiroz Caúla, Marco Villas Boas, Valdetário Andrade Monteiro – Brasília: OAB Editora, 2022. v. 20 (xix, 413 p.)

ISBN: 978-65-5819-047-9.

Revisão Gramatical: Francisco Hugo Farias de Freitas  
Revisão da ABNT: Bleine Queiroz Caúla

1. Direito ambiental. 2. Direito Constitucional. 3. Direito Internacional. 4. Direito comparado. I. Miranda, Jorge, coord. II. Gomes, Carla Amado, coord. III. Gonçalves, Rubén Miranda, coord. IV. Caúla, Bleine Queiroz, org. V. Villas Boas, Marco, org. VI. Monteiro, Valdetário Andrade, org. VII. Título.

CDD: 341.347  
CDU: 34:504(81)

---

## Gestão 2019/2022

### Diretoria

Felipe Santa Cruz	Presidente
Luiz Viana Queiroz	Vice-Presidente
José Alberto Simonetti	Secretário-Geral
Ary Raghiant Neto	Secretário-Geral Adjunto
José Augusto Araújo de Noronha	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 Preuss 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 Rebello Presgrave, Artêmio Jorge de Araújo Azevedo e Francisco Canindé Maia; **RS:** Cléa Anna Maria Carpi da Rocha, Rafael Braude Canterji e Renato da Costa Figueira; **RO:** Alex Souza de Moraes Sarkis, Andrey Cavalcante de Carvalho e Franciany D'Alessandra Dias de Paula; **RR:** Emerson Luis Delgado Gomes e Rodolpho César Maia de Moraes; **SC:** Fábio Jeremias de Souza, Paulo Marcondes Brincas e Sandra Krieger Gonçalves; **SP:** Alexandre Ogusuku, Guilherme Octávio Batochio e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró; **SE:** Adélia Moreira Pessoa, Maurício Gentil Monteiro e Paulo Raimundo Lima Ralin; **TO:** Antônio Pimentel Neto, Denise Rosa Santana Fonseca e Kellen Crystian Soares Pedreira do Vale.

### Conselheiros Federais Suplentes

**AC:** Luiz Saraiva Correia, João Tota Soares de Figueiredo Filho e Odilardo José Brito Marques; **AL:** Ana Kilza Santos Patriota, João Luís Lôbo Silva e Sergio Ludmer; **AP:** Emmanuel Dante Soares Pereira, Maurício Silva Pereira e Paola Julien Oliveira dos Santos; **AM:** Márcia Maria Cota do Álamo e Sergio Rodrigo Russo Vieira; **BA:** Antonio Adonias Aguiar Bastos, Ilana Kátia Vieira Campos e Ubirajara Gondim de Brito Ávila; **CE:** Alcimor Aguiar Rocha Neto, André Rodrigues Parente e Leonardo Roberto Oliveira de Vasconcelos; **DF:** Raquel Bezerra Cândido, Rodrigo Badaró Almeida de Castro e Wilson 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 Piato 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 Iurk 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 e Daniela Campos Liborio; **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.** Atílio Viváqua (1952/1954) **8.** Miguel Seabra Fagundes (1954/1956) **9.** Nehemias Gueiros (1956/1958) **10.** Alcino de Paula Salazar (1958/1960) **11.** José Eduardo do P. Kelly (1960/1962) **12.** Carlos Povina Cavalcanti (1962/1965) **13.** Themístocles M. Ferreira (1965) **14.** Alberto Barreto de Melo (1965/1967) **15.** Samuel Vital Duarte (1967/1969) **16.** Laudo de Almeida Camargo (1969/1971) **17.** 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.** Emanoel Uchoa Lima (1995/1998) **30.** Membro Honorário Vitalício Reginaldo Oscar de Castro (1998/2001) **31.** Rubens Approbato Machado (2001/2004) **32.** Membro Honorário Vitalício Roberto Antonio Busato (2004/2007) **33.** Membro Honorário Vitalício Raimundo Cezar Britto Aragão (2007/2010) **34.** Membro Honorário Vitalício Ophir Cavalcante Junior (2010/2013) **35.** Membro Honorário Vitalício Marcus Vinicius Furtado Coêlho (2013/2016) **36.** Membro Honorário Vitalício Claudio Pacheco Prates Lamachia (2016/2019).

### **Presidentes Seccionais**

**AC:** Erick Venancio Lima do Nascimento; **AL:** Nivaldo Barbosa da Silva Junior; **AP:** Auriney Uchôa de Brito; **AM:** Marco Aurélio de Lima Choy; **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 Assistência dos Advogados – CONCAD**

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

### **Presidentes das 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:** Andréia de Araújo Silva; **RJ:** Ricardo Oliveira de Menezes; **RN:** Ricardo Victor Pinheiro de Lucena; **RS:** Pedro Zanette Alfonsin; **RO:** Elton Sadi Fulber; **RR:** Ronald Rossi Ferreira; **SC:** Claudia Prudencio; **SP:** Luís Ricardo Vasques Davanzo; **SE:** Hermosa Maria Soares França; **TO:** Sergio Rodrigo do Vale.

### **Fundo de Integração e Desenvolvimento Assistencial dos Advogados – FIDA**

Felipe Sarmento Cordeiro	Presidente
Gedeon Batista Pitaluga Júnior	Vice-Presidente
Andréia de 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; Luís Ricardo Vasques Davanzo; Paulo Marcondes Brincas; Pedro Zanette Alfonsin; Sílvia Marcia Nogueira; Thiago Roberto Morais Diaz; Afeife Mohamad Hajj; Lucio Flávio Siqueira de Paiva; Nivaldo Barbosa da Silva Junior; Raquel Bezerra Cândido; Thiago Vinicius Gwozdz Poersch.

### **ESA Nacional**

Ronnie Preuss Duarte	Diretor-Geral
Rafael Pontes de Miranda Alves	Diretor de Inovação e Tecnologia
Luís Cláudio Alves Pereira	Vice-Diretor

### **Conselho Consultivo**

Alcimir 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:** Eduardo Pragmácio de Lavor Telles Filho; **DF:** Rafael Freitas de Oliveira; **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'Avila Oliveira; **PE**: Mario Bandeira Guimarães Neto; **PI**: Aurelio Lobão Lopes; **RJ**: Sérgio Coelho e Silva Pereira; **RN**: Daniel Ramos Dantas; **RS**: Rosângela Maria Herzer dos Santos; **RO**: Solange Aparecida da Silva; **RR**: Caroline Coelho Cattaneo; **SC**: Marcus Vinícius Motter Borges; **SP**: Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho; **SE**: Kleidson Nascimento dos 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  
Paulo de Bessa Antunes – UNIRIO  
Roberta Teles – Universidade de Fortaleza  
Rodrigo Martiniano Ayres Lins – ABRADep  
Rômulo Guilherme Leitão – Universidade de Fortaleza  
Rubén Miranda Gonçalves – Universidad de Las Palmas de Gran Canaria  
Susana Borràs Pentinat – Universitat Rovira i Virgili  
Valério de Oliveira Mazzuoli – UFMT  
Valter Moura do Carmo – UFSC  
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.

### **Rubén Miranda Gonçalves**

Profesor Contratado Doctor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Postdoctor en Derecho por la Universidad do Estado do Rio de Janeiro; Doctor en Derecho con mención internacional, Máster en Derecho de las Administraciones e Instituciones Públicas y Licenciado en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela.

## **Organizadores**

### **Bleine Queiroz Caúla**

Doutora em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável - Universidade Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha. Reconhecimento no Brasil homologado pela Universidade de Marília - UNIMAR (julho de 2021). Professora Assistente da Universidade de Fortaleza. Pedagoga. Advogada agraciada com o V Prêmio Innovare, 2008 (Projeto Cidadania Ativa – gestão 2005-2008). Coordenadora Científica do Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. Mediadora e Conciliadora do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Principais obras publicadas: O Direito Constitucional e a Independência dos Tribunais Brasileiros e Portugueses: aspectos relevantes; Direitos Fundamentais: uma perspectiva de futuro; O direito administrativo na perspectiva luso-brasileira; A Lacuna entre o Direito e a Gestão do Ambiente: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais. E-mail: [bleinequeiroz@yahoo.com.br](mailto:bleinequeiroz@yahoo.com.br). ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-0033-8242>.

### **Marco Villas Boas**

Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Mestre em Direito Constitucional e Doutor em Ciências Jurídico-Políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). É membro da Academia Tocantinense de Letras. Atualmente é Presidente do Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura (COPEDEM). Diretor Geral da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Vice-Presidente e Corregedor do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins (TRE-TO).

### **Valdetário Andrade Monteiro**

Advogado. Procurador do Conselho Federal da OAB para os Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE e STM). Ex-Conselheiro do Conselho

Nacional de Justiça - CNJ. Presidente Licenciado da Academia Cearense de Letras Jurídicas - ACLJUR. Ex-Presidente da OAB Ceará por dois mandatos consecutivos (2010/2012-2013/2015). Especialista em Direito Empresarial pela Pontífice Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP (2002). Advogado empresarial, com especial atuação em Direito Privado.

## **Autores**

Alexandre Mesquita Araújo  
Ana Cristina de Carvalho Benevides  
André Godinho  
Aquilino Paulo Antunes  
Bleine Queiroz Caúla  
Bruno Romero Carvalho Lima  
Carina Barbosa Gouvêa  
Carla Amado Gomes  
Carla Mariana Café Botelho  
Cláudia Ribeiro Pereira Nunes  
Felipe Pires M. de Brito  
Fernando González Botija  
Igor Labre de Oliveira Barros  
Júlia Alexim  
Nikaelly Lopes de Freitas  
Pedro Henrique Martins Araújo Menezes  
Rubén Miranda Gonçalves  
Santiago Salvador Gimeno  
Sarah Passos Brasil  
Vânia Siciliano Aieta  
Vinicius Pinheiro Marques





## **Apresentação**

Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky\*

Em tempos de crise sanitária, pensar o Direito Ambiental e suas diversas nuances jurídicas, na perspectiva constitucional internacional, é projetar o futuro. O futuro é uma das palavras que guiam todo o sistema de proteção ambiental. Se hoje tomamos medidas para resguardar a nossa natureza, é porque almejamos um futuro que conserve a beleza e os recursos naturais dos quais possamos desfrutar e preservar para as próximas gerações.

A consolidação do Direito Ambiental enquanto pauta da agenda política internacional deu-se no final do século XX. Diante da necessidade urgente de se enfrentar o desafio da crise climática e os efeitos nocivos da degradação ambiental, as lideranças mundiais, junto aos movimentos sociais atuantes na temática, concluíram que se trata de uma luta de caráter global.

No Brasil, este processo ocorreu concomitantemente a própria redemocratização. Com a abertura política, as demandas, antes reprimidas, da sociedade civil por políticas públicas efetivamente voltadas para a salvaguarda do meio ambiente passaram a ser apresentadas e exigidas. A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, foi a primeira Lei Fundamental na história pátria a instituir um capítulo específico relativo à matéria. É nesse contexto que a publicação desta obra deve ser entendida.

Diante disso, cumpre parabenizar o trabalho irretocável da coordenação e da organização dos ilustres Jorge Miranda, Carla Gomes, Rubén Gonçalves, Bleine Caúla, Marco Villas Boas e Valdetário Monteiro, os quais reuniram grandes autores e autoras que compõem esta obra. Pensando a partir do Brasil e de Portugal, duas

---

\* Advogado e Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

grandes nações com parcerias históricas, esta valorosa coletânea propõe que devemos pensar globalmente e agir localmente para preservarmos a natureza em uma política de cooperação internacional que alinhe os interesses e especificidades de cada Estado.

Estou certo de que esta obra é uma contribuição fundamental para desenvolver profundas reflexões e propostas inovadoras para os desafios ambientais enfrentados no século XXI. Boa leitura!

# Prefácio

Anna Ciammariconi

Aprire un volume che reca per titolo *Os desafios dos direitos fundamentais no século XXI: a importância da segurança e do meio ambiente* vuol dire misurarsi inevitabilmente con una serie amplissima di problematiche e di questioni che intercettano i più vari argomenti su cui (anche) il diritto e la prospettiva giuridica sono chiamati ad interrogarsi tentando di fornire qualche utile risposta. In questo *mare magnum*, più di altri, vorrei soffermarmi su alcuni aspetti ovvero provare a proporre alcune riflessioni, sollecitata dal contenuto dei saggi contemplati nel presente Volume e da alcune recenti letture (o riletture) che mi hanno accompagnata nelle ultime settimane dell'anno appena conclusosi<sup>1</sup>. Il tempo attuale, tuttora segnato dalla pandemia da Covid-19, ha cambiato profondamente l'ordine delle cose, ribaltato paradigmi, in parte (ri)affermato l'importanza (e l'imprescindibilità) dei processi di integrazione sovranazionale, ha contribuito a fare dell'eccezione la regola, dell'emergenza uno stato pressoché ordinario. Per vero, la crisi sanitaria tuttora in corso ha probabilmente solo amplificato dei *trend* già diffusi da tempo; in special modo, la tendenza segnata progressivamente dall'adozione di misure che vanno ben oltre le logiche della regola quale fonte generale ed astratta, di interventi mirati e finalizzati a rispondere (*recte* porre riparo), nell'immediatezza, a situazioni di crisi ovvero a catastrofi, sempre più frequenti e (forse sempre meno) imprevedibili. Con la conseguenza, sul piano istituzionale, di un'estensione dei poteri degli Esecutivi e dei vertici degli stessi unitamente ad un ruolo sempre più ampio di *lobby*, *stakeholders*, tecnocrazia in generale, a discapito delle

---

<sup>1</sup> Ci si riferisce, in particolare, ai Volumi di F. Capra, U. Mattei, **Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni**, Sansepolcro (AR), Aboca, 2017, e di A. Cantaro, **Postpandemia. Pensieri (meta)giuridici**, Torino, Giappichelli, 2021.

compagnini parlamentari e rappresentative e, sul versante delle regole, di un consistente aumento di misure di settore o finanche derogatorie rispetto ad un ordine giuridico dato.

Ora, lungi dal voler qui richiamare suggestioni ed analisi relative alle declinazioni dello stato di eccezione<sup>2</sup>, si vuole prendere in considerazione – in aderenza con quanto proposto da autorevole dottrina – l’idea della necessità di alimentare una “nuova” impostazione giuridica<sup>3</sup>. Un’idea che si fondi su un cambio di prospettiva ovvero un nuovo paradigma, capace di superare o, meglio, ridimensionare, l’approccio individualista (in corrispondenza ad un’idea meccanicista della natura) e in grado di aprirsi ad una prospettiva ecologica e comunitaristica (coerentemente con un’idea olistica della natura e di tutte le sue componenti). Non si tratta evidentemente di un percorso (e di un processo) immediato o agevole, specialmente in quelle tradizioni e in quei sistemi – tra cui la *Western Legal Tradition* – che hanno posto al centro il singolo individuo, con i suoi diritti prima ancora che con i suoi doveri. Questa “rivoluzione” culturale, di cui può farsi volano il diritto, deve prendere le mosse da una rinnovata concezione della persona e della natura; in altri e più diretti termini, deve partire dalla consapevolezza che qualunque sviluppo possibile non può (più) fondarsi sullo sfruttamento incondizionato delle risorse, orientato alla quantità e al profitto (di pochi), bensì sull’idea della limitatezza e della scarsità delle stesse e, quindi, sulla imprescindibile necessità di orientare comportamenti, azioni, indirizzi politici, economie, in una prospettiva qualitativa, finalizzata al benessere (di tutti), anche in un’ottica intergenerazionale, ponendo al centro i beni comuni. Un ordine giuridico ecologico – si è detto – capace di muovere da una realtà, un tutto costituito da reti ed interconnessioni<sup>4</sup>, di cui l’uomo o, meglio, le comunità di persone, altro non sono che tasselli.

---

<sup>2</sup> Cfr. G. Agamben, **Stato di eccezione**, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

<sup>3</sup> Vedi F. Capra, U. Mattei, **Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni**, Sansepolcro (AR), Aboca, 2017, *passim*.

<sup>4</sup> F. Capra, U. Mattei, *op. cit.*, 39 e 171.

La pandemia non ha creato questa esigenza, semmai l’ha resa più evidente, ne ha accelerato il processo, ha contribuito a far emergere la necessità di accantonare la cultura individuale a vantaggio di una cultura comunitaria.

I saggi presenti nel testo che – dietro l’infaticabile coordinamento della collega e amica Bleine Queiroz Caúla – viene ora dato alle stampe, intercettano, direttamente o indirettamente, le problematiche appena sopra accennate, stimolando riflessioni sul ruolo e sulle trasformazioni del diritto nell’epoca attuale. Compaiono così lavori più direttamente compromessi con il tema del diritto dell’ambiente, nelle sue più diverse accezioni (tra cui il rischio ambientale, il consumo di suolo, la tutela del patrimonio culturale acquatico e ambiente, il tema del cambiamento climatico e dei rifugiati ambientali, l’ambiente e l’emergenza sanitaria, la responsabilità statale nella protezione dell’ambiente), unitamente a contributi che affrontano temi nuovi e non ancora particolarmente “arati” dalla dottrina giuridica (basti pensare, a mero titolo esemplificativo, alle implicazioni giuridiche dell’intelligenza artificiale o al diritto del farmaco) ma anche scritti che affrontano argomenti classici (si pensi alla libertà di espressione), i quali, calati nella complessità (e nelle contraddizioni) del contesto attuale, impongono ripensamenti ed orientamenti.

Come nella migliore tradizione delle pubblicazioni del DACI, anche questo testo ricalca le tre anime che fin dalla sua fondazione, costituiscono il nostro *Dialogo*: quella propria del diritto ambientale, quella riferita al diritto costituzionale e, *last but not least*, quella inerente al diritto internazionale. Ovviamente – come può chiaramente dedursi anche da questo volume – non vengono mai considerati alla stregua di categorie separate ovvero comparti stagni, bensì quali ambiti interrelati e necessariamente “in dialogo”.



## Exposição

Bleine Queiroz Caúla\*

A notícia do falecimento da querida professora Benedita Mac Crorie abateu-me com o sentimento de consternação. Imediatamente refleti que precisamos dizer as pessoas o quanto elas importam, são queridas. A ambiência da vida deve ser sempre regada com amizades de pessoas generosas, solidárias, retas, sinceras. Essa obra não contém um texto da professora Benedita Mac Crorie, mas a ela nossa eterna gratidão e saudade. Perdemos uma pesquisadora, uma amiga.

O volume 20 Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional homenageia o diplomata brasileiro Sérgio Vieira de Mello. Seu valoroso trabalho como Alto Comissário da Organização das Nações Unidas fez com que o mundo percebesse que a paz é mediada pelos Direitos Humanos. Determinado, lutou em nome do que acreditava ser o caminho de convergência para os conflitos internacionais.

Desde o surgimento da 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”.

O XIV Diálogo ACI – Tema “Los retos de los derechos fundamentales en el siglo XXI: la importancia de la seguridad y del medio ambiente” foi realizado no Brasil e na Europa, no ano de 2019. Esta edição entrega à sociedade e à comunidade acadêmica os volumes

---

\* Coordenadora Científica. Professora da Universidade de Fortaleza. Instagram @dialogoaci\_instituto. Site: [www.dialogoaci.com](http://www.dialogoaci.com).

19 e 20. A Escola Superior da Magistratura Tocantinense e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil promoveram o evento nos dias 17 e 18 de junho. A Universidade de Santiago de Compostela e a Universidade do Minho promoveram nos dias 1 e 3 de julho.

O volume 20 reúne os artigos de palestrantes brasileiros e estrangeiros (Palmas e Brasília) e na Europa (Santiago de Compostela e Braga) e de convidados. Agradecimentos especiais às professoras Carla Amado Gomes e **Benedita Mac Crorie - *In memoriam*** (Portugal); ao Professor Rubén Miranda Gonçalves (Espanha); aos advogados André Godinho e Valdetário Monteiro (CNJ e CFOAB) e ao Des. Marco Villas Boas (ESMAT) pela valorosa contribuição na realização e organização desta edição do evento.

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 brasileiros e estrangeiros de diferentes Instituições de Ensino Superior. 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.

A publicação impressa é editorada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Agradecemos ao Presidente Felipe Santa Cruz pelo inestimável apoio à publicação nacional. O e-Book internacional, na versão portuguesa, é publicado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

No ano de 2019 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).

Boa leitura!



## Sumário

<b>Urbanismo y Estado de Derecho: el caso de la estación de esquí de San Glorio .....</b>	<b>1</b>
Fernando González Botija	
<b>A avaliação administrativa da segurança do medicamento pré-comercialização é absolutamente necessária? .....</b>	<b>39</b>
Aquilino Paulo Antunes	
<b>Gestão do risco ambiental e “direito a saber”: em especial, no plano da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.....</b>	<b>79</b>
Carla Amado Gomes	
<b>Patrimonio Cultural y Medio Ambiente: La Protección del Patrimonio Cultural Subacuático desde un enfoque de Derecho Comparado.....</b>	<b>95</b>
Rubén Miranda Gonçalves	
<b>El Impacto Electoral Resultante de la Manipulación de las Fake News en el Universo de las Redes Sociales: la Construcción de la Desinformación .....</b>	<b>127</b>
Vânia Siciliano Aieta	
<b>Inteligência Artificial e o futuro da Advocacia .....</b>	<b>149</b>
Júlia Alexim	
<b>Qual o papel do direito penal (mínimo ou necessário) na defesa do bem jurídico de extrema relevância social - o ambiental? Uma análise da utópica aplicação das penas no Brasil somada ao colapso dos instrumentos técnico-institucionais de segurança.....</b>	<b>167</b>
Alexandre Mesquita Araújo	
Ana Cristina de Carvalho Benevides	
Bleine Queiroz Caúla	

**Análisis Jurídico de la Protección de los Migrantes Climáticos a la luz del Caso Teitiota y el reciente Dictamen del Comité de Derechos Humanos.....209**

Santiago Salvador Gimeno

**A natureza jurídica do Vaticano e a Filosofia Libertária: uma análise dos elementos constitutivos de Estado e uma visão jusnaturalista.....239**

Bruno Romero Carvalho Lima

**Contratações Públicas Emergenciais em tempos de Pandemia e Proteção Ambiental.....281**

Felipe Pires M. de Brito

**Liberdade de expressão e democracia: o acionamento da Lei de Segurança Nacional no Governo Bolsonaro.....303**

Nikaelly Lopes de Freitas

Pedro Henrique Martins Araújo Menezes

**Revisitando as teorias de interpretação dos tratados em Direitos Humanos no Brasil.....339**

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

Carina Barbosa Gouvêa

**O princípio constitucional da liberdade de expressão: uma análise em torno da presunção de inocência e os meios de comunicação social.....355**

Igor Labre de Oliveira Barros

Vinicius Pinheiro Marques

**A responsabilidade do Estado na proteção ao meio ambiente .....379**

André Godinho

**A síndrome de alienação parental e o contexto das falsas memórias: uma atuação interdisciplinar necessária entre Direito e Psicologia para garantia do melhor interesse da criança .....391**  
Sarah Passos Brasil  
Carla Mariana Café Botelho



# Urbanismo y Estado de Derecho: el caso de la estación de esquí de San Glorio

Fernando González Botija\*

## 1 Historia de un conflicto<sup>1</sup>

Conforme a lo que dispone la Ley 8/1991, de 10 de mayo, de Espacios Naturales de la Comunidad de Castilla y León, los planes de ordenación de los recursos naturales son instrumentos de planificación de los espacios naturales protegidos que han de responder a los objetivos medioambientales y socioeconómicos que se mencionan en su art. 26. Instrumentos de planificación, cuyo contenido mínimo viene determinado en el apartado 2 según el cual los planes de ordenación de los recursos naturales deben delimitar el ámbito territorial del espacio protegido; definir su estado de conservación, determinar limitaciones generales y específicas de usos y actividades, concretar aquellas actividades, obras o instalaciones a las que deba aplicárseles el régimen de evaluación de impacto ambiental; establecer criterios orientadores de las diversas políticas sectoriales que inciden en el espacio y fijar planes y programas que concreten las medidas que ayuden al progreso socio-económico de las poblaciones de los espacios.

Tales instrumentos de planificación han de seguir para su aprobación la tramitación prevista en el art. 32.1 de la Ley 8/1991 que prevé la elaboración, por parte de la Consejería con participación de las entidades locales afectadas, de una propuesta inicial, sometidas a diversos informes así como al trámite de información pública y a un

---

\* Profesor Titular UCM.

<sup>1</sup> La información aquí recogida se ha tomado de [https://es.wikipedia.org/wiki/estacion\\_de\\_esqui\\_de\\_san\\_glorio](https://es.wikipedia.org/wiki/estacion_de_esqui_de_san_glorio) y [https://es.wikipedia.org/wiki/Parque\\_natural\\_Monta%C3%B1a\\_Palentina](https://es.wikipedia.org/wiki/Parque_natural_Monta%C3%B1a_Palentina).

trámite de audiencia específico a los ayuntamientos y juntas vecinales afectados. La propuesta se remitirá al Consejo de urbanismo y ordenación del territorio de Castilla y León para su informe, así como al órgano colegiado previsto en el art. 39 de la Ley 8/1991. A la vista de este último informe, se elabora la propuesta definitiva que ha de ser sometida por el titular de la Consejería a su aprobación por Decreto de la Junta de Castilla y León.

Dentro de este marco jurídico encontramos, “el Parque Natural Montaña Palentina antes llamado Parque Natural de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina es un espacio natural protegido situado en el norte de la provincia de Palencia, en la Comunidad autónoma de Castilla y León, España. En él se encuentran algunas especies animales y vegetales que sólo se desarrollan en esta zona. Debe su nombre original a los dos parajes conocidos como Fuentes Carrionas y Fuente del Cobre, que son considerados los nacimientos de los ríos Carrión y Pisuegra, respectivamente”. Fue declarado parque natural el 5 de julio de 2000 al incluirse en el Plan de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad de Castilla y León, creado por la citada Ley de Espacios Naturales. Cuenta con su Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) previsto en el artículo 22 de la mencionada Ley 8/1991 de 10 de mayo, y de acuerdo con su art.32. Por Orden de 27 de abril de 1992, la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio dio iniciación al PORN de este espacio natural. Evacuados los preceptivos informes, la Dirección General del Medio Natural elaboró propuesta definitiva del instrumento de planificación, que fue aprobado por la Junta de Castilla y León, por Decreto 140/1998, de 16 de julio. El PORN de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina propone como figura de protección más apropiada para esta área la de parque natural, por tratarse de un espacio de relativa extensión, notable valor natural y singular calidad biológica, en los que se compatibiliza la coexistencia del hombre y sus actividades con el proceso dinámico de la naturaleza, a través de un uso equilibrado y sostenible de los recursos. La Junta de Castilla y León justificó la

declaración como parque natural mediante el siguiente argumento: *Espacio de gran valor natural, paisajístico, faunístico y botánico. Posee la masa de sabinas más septentrional de Europa, junto con endemismos de la Cordillera Cantábrica como la Artemisa cantabrica y el Echium cantabricum; y es refugio de una especie emblemática y en peligro de extinción: el oso pardo*". La población de oso pardo utiliza sus valles para comunicarse desde León con los parajes de Fuente del Cobre y Fuentes Carrionas en Palencia, y con la Liébana en Cantabria. También se trata de una zona de un alto valor ecológico por los endemismos de numerosas especies vegetales que se pueden encontrar en las laderas de los valles glaciares que conforman el entorno del puerto<sup>2</sup>.

En este marco legal se enmarcó el conflicto motivado por el deseo de construir dentro del Parque una estación de esquí que afectaría a 4800 km<sup>2</sup> de las provincias de León y Palencia, en Castilla y León, así como a parte de Cantabria, todo ello en las proximidades del puerto de San Glorio. Se ha explicado que "la construcción de un complejo de esquí en la zona fue una reivindicación de la comarca de la Montaña Oriental que surgió ya a mediados de los años 70, pero no fue atendida

---

<sup>2</sup> Para reforzar la protección se impusieron varias limitaciones. Así, pueden citarse: 1º) Restricciones - publicado en el BOCYL [1] del día 18 de marzo de 2010. *Restricción temporal de acceso y tránsito de visitantes, en varias zonas de Reserva y Uso Limitado, en los términos municipales de La Pernía, Polentinos y Cervera de Pisuerga dentro de los límites geográficos afectados por el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Espacio Natural de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina (Palencia)*; 2º) Restricciones - publicado en el BOCYL del día 1 de febrero de 2002. *El Servicio Territorial de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León, con motivo de la cría del oso, ha restringido de forma temporal el acceso y tránsito de visitantes, en varias zonas de reserva y uso limitado, en los términos municipales de La Pernía, Polentinos y Cervera de Pisuerga, dentro de los límites geográficos afectados por el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Espacio Natural de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina (Palencia)*.

*Estas restricciones afectan al uso turístico y recreativo y no afectan a los propietarios de los terrenos ni a los titulares de los derechos sobre su uso, y en particular a los titulares de aprovechamientos forestales, cinegéticos y ganaderos, que tendrán libre acceso a estas zonas para el desarrollo de las actividades permitidas. Período de restricción: del 1 de febrero hasta el 31 de mayo.*

debido al valor medioambiental de la zona arriba señalado. Lo cierto es que al final en los años 2000 el proyecto fue asumido por un grupo empresarial denominado “Tres Provincias”, que decidió acometer la construcción de un complejo recreativo utilizable en las distintas épocas del año, previéndose que el embalse de la zona fuese objeto de aprovechamiento para deportes náuticos. La idea se veía como la solución necesaria para evitar la despoblación de los pueblos aledaños y favorecer un resurgimiento económico de la comarca. Sin embargo, el proyecto chocaba con su emplazamiento dentro del Parque Natural<sup>3</sup>. Esta circunstancia la trató de salvar la Junta de Castilla y León en 2006 modificando el PORN, que en su redacción originaría no permitía una estación de esquí alpino, mediante el Decreto 13/2006, de 9 de marzo, por el que se modifica el anexo I del Decreto 140/1998, de 16 de julio, por el que se aprueba el plan de ordenación de los recursos naturales de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina.

Dicha modificación generó un fuerte rechazo por parte de las asociaciones ecologistas denunciaron el hecho de que se adoptase esta decisión sin haber elaborado un informe técnico o científico que la avalase. Al contrario, esgrimían informes que demostraban que el proyecto tendría un impacto significativo sobre las especies protegidas. Precisamente el defensor del pueblo emitió en diciembre de 2007, un informe que criticaba el Decreto de 2006 al considerarlo contrario a la legislación sobre medio ambiente al no haberse realizado antes un estudio de impacto ambiental. Hay que tener en cuenta que el proyecto afectaba a terrenos del Parque Natural que pertenecían a la Red Natura 2000 declarados como lugares de importancia comunitaria (LIC) y de

---

<sup>3</sup> Se destaca en las páginas citadas que “el 14 de febrero de 2006 la empresa promotora anunció que la ejecución de la parte de cántabra sería mediante una sociedad paralela para evitar que el Ministerio de Medio Ambiente fuese el encargado de realizar el estudio de impacto ambiental debido a que el proyecto afectaría a más de una comunidad autónoma”. Parte del territorio afectado fue declarado Reserva Nacional de Caza de Fuentes Carrionas, mediante la Ley 37/1966.



especial protección para las aves (ZEPA), y contiguos a otro en Cantabria, tal y como advirtió la asociación para la defensa de los recursos naturales de Cantabria, entidad que en su día presentó el recurso contra su construcción.

Ante la ausencia de rectificación por parte de la Administración castellano-leonesa, los ecologistas recurrieron ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Este Tribunal dictó una sentencia que vetaba la instalación de la estación de esquí en San Glorio anulando, por ser nulo de pleno derecho, el Decreto 13/2006 que permitía la construcción dentro del parque, dando así la razón a los ecologistas. El Tribunal afirmó que la Junta de Castilla y León, al rebajar la protección del espacio natural sin justificarlo, vulneró «flagrantemente» el plan de ordenación y que infringió la Ley autonómica de Espacios Naturales, la Ley estatal de Conservación y la normativa europea sobre la Red Natura 2000. Además, dicho Tribunal adujo que los cambios climáticos que se estaban produciendo hacían que la viabilidad económica del proyecto fuese «muy dudosa». Había que tener en cuenta que el medio ambiente no es una abstracción, sino el espacio donde viven los seres humanos del que dependen su calidad de vida y su salud, incluso para generaciones futuras.

Esta nulidad de pleno derecho fue confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2012. Se basaba en que no había quedado acreditada la variación de las circunstancias socioeconómicas o medioambientales tenidas en cuenta a la hora de aprobar el Plan que ahora se modificaba, sin que tampoco se hubiera valorado adecuadamente la repercusión que sobre la protección, conservación, mejora y utilización racional del espacio tiene la posible instalación de estaciones de esquí alpino. El Supremo subrayó que las estaciones de esquí alpino eran incompatibles con la conservación del Espacio Natural. Al suprimir la prohibición con la modificación impugnada, la Administración autonómica estaba autorizando una actividad sin haberse asegurado de que no causaría perjuicio a la

integridad del Parque Natural. Del mismo modo, resaltó que las meras propuestas de iniciativas privadas y las expectativas que las mismas podían producir no eran cambios de circunstancias socio-económicas producidas en esa zona distintas a las tenidas en cuenta al elaborar el PORN que justificasen su modificación. El establecimiento de estaciones de esquí alpino ya se valoró al elaborar el PORN y se concluyó que debía prohibirse.

Frente a estas derrotas judiciales el pleno de las Cortes de Castilla y León reaccionó aprobando la Ley 5/2010, de 28 de mayo, texto legal con el que se pretendía eliminar los últimos obstáculos legales para la construcción de la estación al elevar el rango normativo de la medida. El legislador autonómico justificó la situación excepcional que había llevado a la aprobación de la Ley 5/2010 en la necesidad de mejorar la economía de los núcleos de población del entorno del espacio natural protegido a través del incremento del turismo que se podía producir mediante el establecimiento de estaciones de esquí alpino hasta entonces prohibidas. Así, la exposición de motivos aludía en primer lugar al deterioro en términos demográficos y económicos que sufrían los municipios incluidos en este espacio natural, señalando el surgimiento de “diferentes iniciativas de desarrollo económico y empresarial”, entre las que se mencionaban las relativas al desarrollo de una estación invernal para la práctica de esquí alpino, lo que, a juicio del legislador suponía, en el caso de que su evaluación ambiental fuera satisfactoria, una oportunidad de desarrollo de los términos municipales en los que ubique. En la medida en que tales iniciativas no tenían cabida en la normativa que regía el parque natural, que prohibía expresamente la construcción de instalaciones de esquí alpino, se promovía esta modificación, solicitada por diferentes ayuntamientos y por las Cortes de Castilla y León, a fin de responder a uno de los objetivos perseguidos con la declaración del parque natural, “la promoción del desarrollo socioeconómico de las poblaciones del Espacio Natural y la mejora de sus condiciones de vida, de forma compatible con la conservación de sus valores”. Por ello, la norma consideraba necesaria

la adopción de las medidas oportunas para la modificación de la normativa que impedía el desarrollo de los proyectos de estaciones de esquí alpino, a fin de permitir la evaluación ambiental de estas actividades, como paso previo a su posible autorización.

De este modo la Ley 5/2010 constaba de un artículo único modificativo de la Ley 4/2000, de 27 de junio, de Declaración del parque natural de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina, para incorporar siete nuevas disposiciones adicionales las cuales, conforme a la exposición de motivos, persigían garantizar la compatibilidad de la conservación de los valores que motivaron la declaración de esta zona como parque natural con la posibilidad de autorizar determinados proyectos de estaciones de esquí alpino, previo análisis y evaluación de las repercusiones ambientales y de su adecuación a los objetivos de conservación del parque natural. Estas nuevas disposiciones adicionales modificaban determinados aspectos del anexo I del Decreto 140/1998, de 16 de julio, por el que se aprueba el plan de ordenación de los recursos naturales de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina (Palencia), en relación específicamente con instalaciones vinculadas al ocio, en particular, la práctica del esquí alpino. La exposición de motivos de la Ley 5/2010 reconocía expresamente que dichas modificaciones no tenían cabida en la normativa anteriormente vigente, que prohibía específicamente este tipo de instalaciones.

Las modificaciones del plan de ordenación de los recursos naturales introducidas por la Ley 5/2010 consistían en: excluir de las limitaciones en el uso de aguas a las instalaciones de esquí alpino (art. 12.4); permitir la introducción condicionada de elementos artificiales o infraestructuras para la prestación de servicios como televisión, radio, teléfono o electricidad (art. 17.2); eliminar la prohibición de construcción de estaciones de esquí alpino, como directriz relativa a las actividades deportivas y recreativas que es posible realizar en el espacio natural (art. 23.3) así como la prohibición absoluta de su instalación que se permite en las zonas de uso limitado y uso

compatible (art. 63.4); posibilitar, en una de las zonas calificadas como de especial fragilidad del espacio, la realización de movimientos de tierras, actividades extractivas o la instalación de infraestructuras que puedan alterar significativamente el paisaje previa su adecuada evaluación y adopción de las oportunas medidas de integración paisajística [art. 27 c)]; permitir excepcionalmente edificaciones de nueva planta en las zonas de más valor del espacio natural para el desarrollo de la actividad agraria o ganadera, con autorización de la administración del espacio natural y, previo sometimiento al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, para usos de interés público vinculados al ocio porque se aprecie la necesidad de su emplazamiento en suelo rústico a causa de sus específicos requerimientos en materia de ubicación (art. 29.4) e incluir la construcción de instalaciones de esquí alpino entre las actividades sometidas a evaluación de impacto ambiental (art. 47.8).

El 8 de mayo de 2012 la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria instó la ejecución de la Sentencia firme. El 15 de mayo de 2012 la Sociedad Española de Ornitología (*Birdlife*), la Asociación para la Defensa de la Naturaleza (WWW-ADENA) y la Fundación Oso Pardo promovieron incidente de ejecución de la Sentencia de 8 de enero de 2008 a efectos de que se declarase la imposibilidad de ejecución de la misma debido a la promulgación de la Ley 5/2010, de 28 de mayo, solicitando que, en el momento de resolver el incidente, se plantease por la Sala cuestión de inconstitucionalidad sobre la citada norma. El 6 de junio de 2012 la Sociedad Española de Ornitología-*Birdlife*, WWW-ADENA y la Fundación Oso Pardo, solicitaron que no se tuviese por ejecutada la Sentencia de 8 de enero de 2008 por la mera publicación oficial en el “Boletín de la Junta de Castilla y León” de 1 de junio de 2012 de la Orden FYM/366/2012, de 16 de abril, por la que se dispone el cumplimiento en sus propios términos de la Sentencia núm. 20/2008, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, así como de la Sentencia del Tribunal

Supremo de 25 de enero de 2012. Conferido a las partes traslado para que presentaran alegaciones, la Asociación para la defensa de los recursos naturales de Cantabria y la Sociedad Española de Ornitología-*Birdlife*, WWW-ADENA y Fundación Oso Pardo reiteraron la petición de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Por su parte la Letrada de la Junta de Castilla y León sostuvo que el único legitimado para plantear la imposibilidad de ejecutar la Sentencia era el órgano administrativo obligado a su cumplimiento y que la Sentencia ya había sido ejecutada mediante la publicación de la Orden FYM/366/2012. El 14 de noviembre de 2013 el órgano judicial dictó providencia por la que se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Ley 5/2010, por la posible infracción de los siguientes preceptos constitucionales: a) art. 24.1, en relación con el artículo 117.3 CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, “por cuanto que las siete disposiciones adicionales de la citada Ley 5/2010 se configuran como preceptos legales aprobados *ad casum*, con el propósito de eludir la ejecución de la sentencia firme de fecha 8 de enero de 2008, e impedir de esa forma su ejecución, con perjuicio de los derechos e intereses de los recurrentes y de las personas afectadas por el fallo de la mencionada sentencia. Ley autoaplicativa que impide un control de la misma intensidad que el que le correspondería realizar a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>4</sup>”; b) art. 9.3 CE, en relación al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, pues el órgano judicial considera que la norma se ha aprobado con la finalidad de “eludir y frustrar la ejecución de la sentencia firme de fecha 8 de enero de 2008”, ya que la razón del fallo de la misma “fue que con la modificación introducida por el citado Decreto anulado se suprimía la prohibición de establecer estaciones de esquí alpino anteriormente establecida en el PORN sin acreditar ni justificar que hubieran cambiado las circunstancias tenidas en cuenta al establecer la prohibición, ni evaluar adecuadamente ni

---

<sup>4</sup> Ver STC 129/2013, de 4 de junio.

asegurarse que la nueva actividad que se permitía no causaría perjuicio a la integridad del espacio natural protegido y todo ello con independencia de que cada proyecto de instalación tuviera que quedar sujeto a esa previa evaluación ambiental, viniendo a reproducir la Ley cuya constitucionalidad se cuestiona el contenido del Decreto anulado convalidándolo mediante su elevación de rango, sin datos de ninguna clase que permitan valorar su racionalidad”; c) art. 23 CE , en relación con el art.9, en cuanto la convalidación de la norma impide la intervención de los ciudadanos en los asuntos públicos; d) art. 24.2 CE, al privar a los ciudadanos de la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria para defender sus derechos legítimos y examinar la regularidad jurídica de este tipo de autorizaciones y, finalmente, infracción de los principios constitucionales de “división de poderes, generalidad de la ley, reserva de jurisdicción, jerarquía normativa, reserva de la Administración de la acción ejecutiva y control judicial de la actividad administrativa”, así como del principio de igualdad en la ley.

El órgano judicial dictó Auto de 28 de febrero de 2014 en el que acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto a la Ley 5/2010 por la posible infracción del art. 24.1 en relación con el art. 117.3 CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, y del art. 9.3 CE, en cuanto consagra el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos<sup>5</sup>. Aplicando la

---

<sup>5</sup> Es de señalar que a la fecha en que entra en vigor la Ley 5/2010 sigue vigente el art. 32 de la Ley 8/1991, de 10 de mayo, de Espacios Naturales de la Comunidad de Castilla y León que atribuye a la Junta de Castilla y León, mediante Decreto, la aprobación de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales. Y tanto esta Ley, como la Ley 4/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, establecen que corresponde a los PORN la determinación de las limitaciones generales y específicas que respecto de los usos y actividades hayan de establecerse en función de la conservación de los espacios y especies a proteger, con especificación de las distintas zonas, en su caso (arts. 26 y 19, respectivamente)”. La Sala continúa argumentando que en la Ley 5/2010 ni se describen ni se justifican las razones imperiosas de interés público que justifiquen suprimir una prohibición de instalar estaciones de esquí alpino que antes se había considerado incompatible con la conservación del lugar. No parece que, según el órgano judicial, haya quedado justificada la excepcional relevancia que la supresión de la prohibición de esquí alpino pueda tener para la economía y la sociedad de la zona de que

doctrina del Tribunal Constitucional<sup>6</sup>, el órgano judicial que lo juzgó llegó a la conclusión de que “en la ley de que se trata se reproducía

---

se trata, ni tampoco ha explicitado el legislador las razones por las que considera que la utilización de la ley es una medida razonable y proporcionada, aún a sabiendas de que su utilización elimina el control de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que la regulación material presente peculiaridad alguna con respecto de cualquier otra ordenación de recursos naturales aprobada por la Junta de Castilla y León. Con apoyo en la doctrina de las SSTC 129/2013 y 203/2013, el órgano judicial considera que la Ley 5/2010 vulnera los arts. 9.3, 24 y 117.3 CE, ya que carece de pretensión de generalidad y solo busca despejar un problema singular y circunstanciado, cual es el de la cobertura legislativa a situaciones anuladas por resoluciones judiciales. El efecto directo de la norma es excluir de la fiscalización de la jurisdicción contencioso-administrativa la actuación administrativa impugnada desde el momento en que, a través de la norma impugnada, se dota de fuerza legal a una disposición administrativa previamente anulada.

<sup>6</sup> A tal efecto recuerda la doctrina constitucional de las SSTC 73/2000 y 273/2000, en las que se desestimaron cuestiones de inconstitucionalidad descartando que el legislador hubiera tenido una actuación arbitraria. Recuerda el Auto, no obstante, que la STC 129/2013 anula una ley autonómica por entenderla autoaplicativa y contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos afectados y la STC 92/2013 hace lo propio con una disposición autonómica que introducía una causa de suspensión en la ejecución de resoluciones judiciales firmes. Y la STC 203/2013 declara la nulidad de un proyecto regional de ordenación urbanística del ámbito territorial castellano leonés, por no satisfacer el canon de razonabilidad y proporcionalidad exigido a las leyes singulares. Por ello, el órgano judicial considera que, en estos casos, ha de determinarse si la ley que impide la ejecución del fallo es o no constitucional. Una vez, que se declare la constitucionalidad de la ley controvertida o se inadmita la cuestión de inconstitucionalidad es cuando la parte puede instar al órgano encargado del cumplimiento de la Sentencia que promueva el incidente del art. 105.2 LJCA y se adopten las medidas necesarias para aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria. Respecto a la alegada imposibilidad de ejecutar la Sentencia, por cuanto ya lo habría sido en la Orden FYM/366/2012, entiende que la respuesta a este punto exige tener en cuenta cuál es el concreto contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de los promoventes del incidente desde la vertiente del derecho a la ejecución de la Sentencia, que se concretaría en que aquellos podrían impugnar cualquier acto o disposición reglamentaria que suprimiese la prohibición de estaciones de esquí alpino en el espacio natural protegido sin haberse modificado el plan de ordenación siguiendo los mismos trámites observados para su aprobación y teniendo en cuenta que el objetivo prioritario del plan no es otro que conservar y proteger los recursos naturales, su vegetación, flora, fauna, gea y paisaje. Por tanto, considera que no es cierto que la ejecución de la Sentencia se agote con la publicación mencionada, desde el momento en que al amparo del art. 103.4 LJCA podían los actores instar la

literalmente el contenido del Decreto 13/2006. Las Exposiciones de Motivos de ambas normas coincidían literalmente, salvo la inclusión de un par de párrafos en la Ley 5/2010. Párrafos que no iban dirigidos a dar explicación alguna por la que un Decreto de la Junta de Castilla y León, el Decreto 140/1998, precisaba ser modificado por un norma con rango de Ley; no se mencionaba en la Exposición de Motivos la sentencia de la Sala de 8 de enero de 2008 en la que se indicaba la necesidad de modificar el Decreto con los mismos trámites, entre los que se encontraba el esencial de la necesaria evaluación de impacto ambiental por exigirlo tanto la norma reglamentaria como el art. 6.3 de la Directiva 92/43/CEE, teniendo en cuenta el objetivo prioritario del Plan, que era la conservación y protección de los recursos naturales y se justificaba la modificación por las mismas razones económico-sociales que se rechazaban en la mencionada sentencia.

---

declaración de nulidad de pleno derecho de aquellos actos y disposiciones reglamentarias encaminadas a eludir el fallo de la Sentencia, lo que tienen vedado en este caso. Por ello, estima que la Sentencia no está ejecutada con la publicación de la Orden FYM/366/2012 y que, en consecuencia, cabe plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Descarta igualmente la existencia de deficiencias formales en la providencia pues se ha exteriorizado el esquema argumental dirigido a probar la imprescindible interrelación entre el fallo del proceso y la validez de la norma cuestionada, ya que es clara la interrelación entre la declaración de imposibilidad o no de la ejecución del fallo y la validez de la Ley 5/2010, pues si esta no es constitucional procederá la declaración de que no es imposible la ejecución de la Sentencia y si, por el contrario, se inadmite o se desestima la cuestión de inconstitucionalidad, la declaración procedente será la de imposibilidad de ejecución de la sentencia en sus propios términos. Respecto al fondo del asunto se remite para fundamentar la duda de constitucionalidad a la doctrina de la STC 203/2013.



## 2 Las partes ante el conflicto

Tanto el Abogado del Estado<sup>7</sup> como el Fiscal General del Estado<sup>8</sup> interesan la estimación de la cuestión, por considerar que

---

<sup>7</sup> El Abogado del Estado señala que tanto la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo como la doctrina especializada, vienen considerando que los instrumentos de ordenación territorial, como cabría calificar, con arreglo al art. 45 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, a los planes, programas o proyectos susceptibles de aprobación, ostentan la naturaleza de disposiciones de carácter general. Indica también que, a su juicio, la norma autonómica ha utilizado la cobertura legal que le dispensa el art. 45 de la Ley estatal 42/2007, conforme al cual la aprobación de los planes, programas o proyectos se someterá a una adecuada evaluación de las repercusiones, y si a pesar de las conclusiones negativas y a falta de soluciones alternativas debiera realizarse el plan o programa por razones imperiosas de interés público de primer orden, las Administraciones públicas competentes tomarán las medidas precisas para la salvaguarda para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida. Y que la concurrencia de razones imperiosas sólo podrá declararse para cada supuesto concreto: a) mediante una ley; b) mediante acuerdo motivado y público —por lo que a las Comunidades Autónomas respecta— del órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma. A la vista de la norma autonómica cuestionada y de la doctrina constitucional (STC 203/2013) estima el Abogado del Estado que, aunque ninguna ley se encuentra vinculada por el principio de jerarquía respecto de una ley previa, lo cierto es que el legislador, tanto el estatal como el autonómico, no ha establecido una reserva formal de ley para la aprobación de los planes, ni ha determinado tampoco las razones o causas generales susceptibles de actualización al caso concreto, por las que la utilización de la ley resulta ser o puede llegar a ser la medida adecuada de aprobación. Así, pues, continúa el Abogado del Estado “ante la falta de reserva material o formal de ley para la aprobación de, en este caso, primero el Plan ordenador y luego la Declaración misma de Parque Natural, debemos concluir con la doctrina constitucional general acerca de la viabilidad de las leyes singulares, que la utilización a tales efectos o fines, de esa clase de instrumento ordenador (la ley singular), resulta adecuada a la Constitución si dicha utilización obedece única y exclusivamente a una situación excepcional, pues el legislador se halla sujeto a los mismos límites constitucionales que el resto de leyes singulares que hayan sido dictadas en atención al supuesto de hecho excepcional que las justifica. Su canon de constitucionalidad es, como ya dijo la STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11.a, la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho (singular) sobre el que se proyecta. La ley singular sólo será compatible con el principio de igualdad cuando la singularidad de la situación resulte inmediatamente de los hechos, de

manera que el supuesto de la norma venga dado por ellos y sólo quepa al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone”. Aplicando la doctrina constitucional expuesta al caso de la Ley autonómica 5/2010, el Abogado del Estado concluye que el legislador no ha explicado las razones por las que entiende que la utilización de la ley es una medida razonable y proporcionada. Se trata de una norma que en sí misma podría haberse aprobado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, pues es mera reproducción de lo ya dispuesto normativamente mediante el citado Decreto autonómico, que fue anulado. En definitiva, la ley ha sacrificado el control que hubiera correspondido a la jurisdicción contencioso-administrativa, con infracción de los arts. 24.1 y 117.3 y del 9.3 CE, en tanto que éste garantiza el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, como el Auto de planteamiento asimismo concluye.

<sup>8</sup> El Fiscal General del Estado, en cuanto al fondo del asunto, señala que la norma legal imposibilita los efectos derivados del fallo de la Sentencia de 8 de enero de 2008 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo proponente de la presente cuestión de inconstitucionalidad, dado su rango normativo, lo que impide al órgano jurisdiccional adoptar medida alguna destinada a remover los obstáculos que imposibiliten su cumplimiento. Hace inviable el contenido de la resolución judicial, pues viene a reproducir el contenido de la normativa reglamentaria que había sido declarada nula por su incompatibilidad con el plan de ordenación de los recursos naturales de Fuentes Carrionas y Fuente cobre-Montaña Palentina (Palencia) del parque natural. La Ley autonómica crea un nuevo marco normativo que afecta directamente al objetivo prioritario del plan de ordenación de los recursos naturales de Fuentes Carrionas y Fuente cobre-Montaña Palentina (Palencia) del parque natural de conservar y proteger el espacio natural pues habilita la construcción de estaciones de esquí alpino prohibidas por el plan y de facto soslaya la normativa y las condiciones exigidas legal y reglamentariamente para la modificación del plan de ordenación de los recursos naturales, que es la norma básica para la protección, uso y gestión del parque. De esta manera, el legislador autonómico ha venido a sustituir al ejecutivo autonómico de la Comunidad de Castilla y León en su labor reglamentaria para llevar a cabo la reforma del plan de ordenación de los recursos naturales, subsanando la deficiente actuación administrativa. Alude el escrito del Ministerio Público a la doctrina de la STC 129/2013, para después señalar que la Ley 5/2010 supone la adopción de decisiones materialmente administrativas por parte del legislador, pero esta cuestión no es determinante ya que ninguna ley está vinculada por lo que dispone una ley previa. En consecuencia, aunque inicialmente la competencia para la modificación del plan de ordenación de los recursos naturales por vía reglamentaria le es atribuida por la legislación autonómica a la Administración de la Comunidad Autónoma, las Cortes de Castilla y León gozan de libertad para legislar sobre cualquier materia y abordar su regulación aunque exista un mecanismo administrativo para su normación. Ahora bien, para el Fiscal General del Estado, la Ley 5/2010 reuniría los requisitos que la doctrina constitucional ha exigido para considerar que

concurrir las vulneraciones constitucionales apreciadas por el órgano judicial, lo que también han hecho las organizaciones comparecidas en el proceso<sup>9</sup>.

---

estamos en presencia de una ley singular puesto que “se ha dictado para un supuesto concreto propiciar la posibilidad de construcción de una estación de esquí alpino en San Glorio (León) en el Parque natural, aboliendo obstáculos normativos, como la prohibición contenida en el PORN del Espacio Natural de construir estaciones de esquí alpino y aunque esta derogación pueda propiciar la instalación, en el Parque de otras estaciones de esquí, la referencia expresa a dicho proyecto de estación de esquí no por ello aparece que la ley nace con vocación de generalidad”. Concluye el Ministerio público que la Ley 5/2010 no respondería a circunstancias excepcionales de extraordinaria trascendencia y complejidad que imponen una actuación legislativa y que no son remediadas a través de los instrumentos normales de los que dispone la Administración autonómica. Por ello, el Fiscal concluye que la aprobación de la Ley 5/2010 sólo persigue dar solución a una situación singular, propiciar la construcción de una estación de esquí alpino en San Glorio (León). Con esa actuación el legislador autonómico “ha vulnerado el art. 24.1 C.E. al eludir la efectividad de la sentencia de 8 de enero de 2008, cuya real ejecución del fallo ha venido a impedir”. En cuanto a la vulneración del art. 9.3 CE indica que, si la norma no responde a un criterio razonable y objetivo y no es proporcionada ha de concluirse que la norma ha desconocido el principio contenido en dicho precepto que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos. Por todo lo expuesto, el Fiscal General del Estado considera que procede declarar la inconstitucionalidad de la Ley 5/2010 por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, y por vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3 CE.

<sup>9</sup> La Sociedad Española de Ornitología-*Birdlife*, de la Asociación para la Defensa de la Naturaleza (WWF-ADENA) y de la Fundación Oso Pardo sostiene que la Ley 5/2010 supone la consagración legislativa de un texto normativo que había sido previamente declarado nulo por los Tribunales de Justicia, identidad de contenido entre la norma legal y el Decreto anulado que también fue señalado por el órgano judicial que plantea la cuestión. En cuanto a los concretos preceptos constitucionales que se consideran infringidos estima que la norma vulnera el art. 24.1 CE en relación con el art. 117.3 CE. Igualmente se considera vulnerado el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3 CE, ya que la norma establece una regulación *ad hoc* para eludir la prohibición de instalaciones destinadas a la práctica del esquí alpino favoreciendo así determinados intereses privados. A las anteriores vulneraciones añade también las relativas al art. 23 CE, en cuanto que la tramitación legal habría eludido la información pública así como las del art. 14 CE, de las competencias estatales del art. 149.1. 23 CE, en concreto el apartado segundo del art. 21 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de matrimonio natural y de la

Por el contrario, la Junta de Castilla y León<sup>10</sup> y las Cortes de Castilla y León<sup>11</sup> entienden que la cuestión de inconstitucionalidad ha

---

biodiversidad y de los principios “de separación de poderes -al suponer una verdadera injerencia del poder legislativo en la Administración de Justicia-; de generalidad de la Ley —al tratarse de una Ley *ad causam*—; el de reserva de jurisdicción -al interferir el legislativo en las funciones jurisdiccionales-; el de jerarquía normativa -al vulnerar normativa básica estatal-; y el de control judicial de la actividad administrativa -al elevar lo que era un reglamento a rango de ley para evitar su fiscalización por la jurisdicción ordinaria-”.

<sup>10</sup> La Junta de Castilla y León, interesando la inadmisión de la cuestión o, subsidiariamente, su desestimación, expone en primer lugar que la cuestión ha de ser inadmitida ya que la sentencia ya ha sido ejecutada y, por otra parte, se han incumplido por la Sala los presupuestos procesales, con vulneración de los arts. 24 y 117 CE. En cuanto a lo primero, indica que la Orden FYM/366/2012 ya ha dado cumplimiento a la Sentencia en cuanto que resuelve dejar sin aplicación, por ser nulo de pleno derecho, el Decreto 13/2006. Así ejecutada la Sentencia, resulta que lo único que puede hacer el Tribunal en ejecución de Sentencia es controlar que la Administración no haya hecho uso o aplicado la disposición anulada y fuera de esas actuaciones no hay actividad ejecutiva susceptible de control. En segundo lugar argumenta que se han incumplido los presupuestos procesales con vulneración de los arts. 24 y 117 CE, en la medida en que ha abierto artificiosamente un incidente de ejecución con la única finalidad de promover la cuestión de inconstitucionalidad. Con ello se estaría vulnerando “el derecho de esta parte al debido proceso como soporte de su derecho a la tutela judicial efectiva y, sobre todo del derecho a la seguridad jurídica”. Entiende a este respecto que la sala proponente de la cuestión no se atiene a las normas de competencia y procedimiento que rigen el proceso, conducta procesal susceptible de ser enjuiciada por el Tribunal Constitucional “declarando la inconstitucional aplicación de las normas reguladoras del procedimiento con vulneración -por abuso- de los artículos 117.3 en relación con el 24 CE para concluir inadmitiendo la cuestión de inconstitucionalidad”. Estima también que en el presente caso realmente no existe un proceso abierto, ni siquiera ejecutivo, “toda vez que, como se ha dejado indicado, el proceso finalizó con la correcta expulsión del ordenamiento jurídico llevada a cabo por la sentencia que declaraba la nulidad del Decreto impugnado”. Para el Letrado de la Junta “se utilizan las normas procesales con una finalidad opuesta a la perseguida por la CE y en ella consagrada. Y se hace doblemente al forzar un improcedente incidente de imposibilidad legal de ejecución sin respeto de ninguno de los presupuestos necesarios para su apertura y se vulnera frontalmente el proceso constitucional contenido en la LOTC para el procedimiento regulador de la cuestión de inconstitucionalidad al aparentar la existencia del presupuesto esencial para su promoción que en realidad ni existe ni puede existir”. Tampoco resultaría procedente la apertura de un incidente de ejecución por imposibilidad legal de ejecutar la Sentencia a raíz de la promulgación de la Ley

---

5/2010, por cuanto el incidente de ejecución de Sentencia ya había finalizado y lo que se hace es forzar la interpretación de las disposiciones de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa relativas a los incidentes de ejecución de sentencia, (arts. 105.2 y 109) “combinando la legitimación y el plazo reconocido en uno de ellos con el objeto al que se dirige el otro, con la única finalidad de dar cabida a la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad a todas luces improcedente”. Además, se alega que no se ha justificado por el órgano judicial en qué medida la decisión sobre la ejecución de sentencia depende de la validez de la norma en cuestión, ni en la providencia de 14 de noviembre de 2013 ni en el Auto de 28 de marzo de 2014. Así, aprecia en la providencia el flagrante incumplimiento del necesario juicio de relevancia. Deficiencia que pretende ser suplida en el Auto de planteamiento, obviando que el juicio de relevancia ha de ofrecerse en la providencia por la que se da traslado para alegaciones a las partes. Tampoco en el mencionado Auto se realiza adecuadamente, pues “La Sala proponente no efectúa consideración alguna que permite al Tribunal Constitucional llevar a cabo su necesario control sobre el juicio de relevancia desde la perspectiva que se acaba de mencionar”. A lo que añade que “Se ofrece además una redacción confusa e ininteligible de la conexión de lo que resuelva el Tribunal Constitucional sobre la Ley 5/2010 con la ejecución de la Sentencia que anulaba el Decreto 13/2006, donde la única conclusión clara a que puede llegarse es que se pretende, a través de la inadecuada vía del incidente de ejecución, obtener un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la Ley que es irrelevante a todas luces en la Resolución que se dice pendiente de dictar sobre la imposibilidad legal de ejecutar”. En cuanto al fondo del asunto la Junta de Castilla y León sostiene que procede desestimar la cuestión por cuanto la Ley 5/2010 no es una ley singular ya que participa de la misma naturaleza que la ley que modifica, en cuanto se incorpora a ésta y afecta al mismo parque natural. Se argumenta también que no es encuadrable en ninguno de los tres tipos de leyes singulares que examina la STC 203/2013, ya que no es una ley autoaplicativa, pues es susceptible de ser aplicada mientras continúe vigente y precisa de actos administrativos de aplicación. La Ley 5/2010 no se refiere a ninguna clase de proyecto, infraestructura o actividad en sí misma. Tampoco es una ley de destinatario único en cuanto sus destinatarios son genéricos e indeterminados y se aplica su régimen con carácter general a toda actuación/proyecto/infraestructura que aquéllos pudieran pretender realizar en el espacio natural a que se refiere. Finalmente la norma no ha sido dictada en atención a ninguna circunstancia singular o especial, sino que responde al ejercicio normal de la potestad legislativa. También se alega que la norma no vulnera el art. 9.3 CE, ni tampoco los arts. 24.1 y 117.3 CE. En cuanto a lo primero, señala que, pese a la deficiente argumentación del Auto, es posible sostener que la Ley 5/2010 no es arbitraria ni desproporcionada, conforme a los criterios de la STC 73/2000, en cuanto que la norma expone las razones que justifican su aprobación, sin que contenga discriminación de ningún tipo, ya que sus previsiones, aplicables en un ámbito territorial concreto, lo serán con carácter general a todas las actuaciones y proyectos e infraestructuras que se puedan llevar a cabo a su

amparo, sin distingo alguno. Tampoco el derecho de acceso a la jurisdicción se ha visto impedido por la Ley 5/2010, pues hace referencia a un régimen normativo al que habrán de sujetarse, en su caso, las actuaciones, o los proyectos concretos que se pretendan llevar a cabo en el ámbito territorial del parque natural.

<sup>11</sup> El Letrado de las Cortes de Castilla y León aprecia una segunda causa de inadmisión consistente en la inadecuada formulación del juicio de aplicabilidad, en cuanto que la norma cuestionada no es aplicable en el incidente de ejecución de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 8 de enero de 2008. Se alega que la Ley 5/2010 solo incidirá sobre la nulidad del Decreto 13/2006 y, por extensión, sobre la Sentencia que la declara y sobre el procedimiento de ejecución de la misma, si efectivamente hace revivir al texto normativo, al vehículo formal en el que se contienen las normas, o si tiene alguna incidencia sobre actuaciones amparadas en ese Decreto, pero no por el simple hecho de incorporar los mismos mandatos normativos de éste. Tampoco se entienden adecuadamente cumplidas las exigencias del juicio de relevancia, en la medida en que el Letrado de las Cortes de Castilla y León considera que “la resolución que haya de dictar la Sala promotora para resolver el incidente de ejecución no puede vincularse a que la ejecución de la sentencia en sus propios términos consista en hacer efectivos los fundamentos de aquélla, como establece el órgano judicial remitente cuando afirma que dicha ejecución conlleva la modificación del Plan de Ordenación por los mismos trámites observados para su aprobación, con la correspondiente evaluación de impacto ambiental, y con el objetivo de conservar y proteger los recursos naturales”. La Ley 5/2010 hubiera sido relevante para el supuesto de que la misma hubiera pretendido convalidar o sanar actuaciones administrativas realizadas al amparo del Decreto 13/2006 anulado, pero tal cuestión hubiera debido suscitarse en un procedimiento distinto de éste, sin que pueda formularse ahora en una suerte de actuación preventiva del órgano judicial *a quo*. En cuanto a la desestimación de la cuestión por razones de fondo, comienza la representación procesal de las Cortes de Castilla y León por desechar las referidas al art. 23 CE y a la Ley 42/2007. Niega seguidamente que la Ley 5/2010 sea una ley singular autoaplicativa pues establece preceptos con naturaleza abstracta que pueden ser aplicados de manera indefinida sin agotar su eficacia, y que disponen también de la condición de la generalidad por la indeterminación de sus destinatarios. Por esta razón ninguna trascendencia tiene para determinar su constitucionalidad la doctrina respecto a las leyes singulares de esta condición, por lo que ha de descartarse la vulneración del art. 24.1 CE por este motivo. Tampoco es una ley singular desde el punto de vista de suponer un ejercicio excepcional de la potestad legislativa, ya que para ello no basta que responda a una situación excepcional. Para que la inconstitucionalidad concurra es necesario acreditar que la norma carece de una justificación objetiva y razonable y que es desproporcionada a la excepcionalidad de la situación que justifica su aprobación. En este caso la intervención del legislador en un ámbito habilitado al reglamento por la ley (la aprobación o modificación del plan de ordenación de los

de ser inadmitida, por diversos motivos que luego se examinarán o, subsidiariamente, desestimada ya que no se trataría de una ley singular y su finalidad, frente a lo afirmado por el órgano judicial, no sería eludir el cumplimiento de una resolución judicial, por lo que no se vulneran los arts. 9.3 y 24.1 CE.

### **3 Doctrina del Tribunal Constitucional**

El TC estima la presente cuestión de inconstitucionalidad y en consecuencia declara que la Ley de Castilla y León 5/2010, de 28 de mayo, es inconstitucional y nula.

---

recursos naturales de un parque natural) no reviste la condición de un supuesto de hecho excepcional, pues la ley genérica de referencia (Ley 8/1991, de 10 de mayo, de espacios naturales de la Comunidad de Castilla y León) establece únicamente el procedimiento para la aprobación original de los planes de ordenación de los recursos naturales, pero no dispone nada acerca del procedimiento a seguir para su modificación, ni establece tampoco que la intervención del legislador sólo pueda acontecer en circunstancias excepcionales o singulares, ni impide que la norma legal incorpore previsiones que se contienen en el correspondiente al plan de ordenación de los recursos naturales. Argumenta también el Letrado de las Cortes de Castilla y León que la Ley 5/2010 cuenta con una justificación objetiva y razonable, relacionada con la situación socioeconómica de los municipios incluidos en el espacio natural y la necesidad de hacer compatible la utilización racional de los recursos naturales con la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y la protección de las zonas de montaña. Es, asimismo, una medida razonable y proporcionada en las circunstancias del caso dado que la intervención del legislador en un ámbito habilitado y regulado por el reglamento se ha de considerar el ejercicio normal de su potestad legislativa sin necesidad de una justificación que avale que esa intervención es razonable y proporcionada, ya que no son exigibles al legislador los requisitos procedimentales necesarios para llevar a cabo una modificación reglamentaria. Finalmente se alega que la Ley 5/2010 no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva pues “lo que ha hecho el legislador de Castilla y León es atribuir un nuevo régimen jurídico a un ámbito material anteriormente regulado en un reglamento, y lo ha hecho en el ejercicio normal de su potestad legislativa, a través de una regulación intrínsecamente general y sobre la que no se ha alegado ninguna tacha de inconstitucionalidad acerca de su contenido”. Asimismo, la imposibilidad de atribuir a la ley cuestionada la vulneración del art. 24.1 CE impide considerar que vulnera el art. 117.3 CE.

En cuanto a la deficiente formulación en el Auto de los juicios de aplicabilidad y relevancia, explica el Tribunal que el planteamiento de la cuestión es, en este aspecto, correcto, ya que, dependiendo —en la interpretación del Tribunal Superior de Justicia— la decisión del incidente ejecutorio de la validez de la Ley 5/2010 en la medida en que es preciso determinar su incidencia en la efectividad de lo previamente resuelto, concurren los presupuestos para el acceso ante la instancia constitucional a través del cauce de la cuestión de inconstitucionalidad. La resolución judicial que está en el origen del proceso *a quo* impide que la modificación del plan de ordenación de recursos naturales de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina (Palencia) para posibilitar un determinado uso en un parque natural se lleve a cabo en la forma prevista por la disposición que ha sido anulada por el órgano judicial. En efecto, como señala el Auto de planteamiento aludiendo a la propia Sentencia de la Sala así como a la posterior del Tribunal Supremo, el derecho de los promotores del incidente se concreta en la posibilidad de “impugnar cualquier acto o disposición reglamentaria que suprimiese la prohibición de estaciones de esquí alpino en el espacio natural protegido sin haberse modificado el Plan de Ordenación siguiendo los mismos trámites observados para su aprobación con la correspondiente evaluación de impacto ambiental y teniendo en cuenta que el objetivo prioritario del Plan no es otro que conservar y proteger los recursos naturales, su vegetación, flora, fauna, gea y paisaje”. Dado que la cuestionada Ley 5/2010 presenta, *prima facie*, similar contenido que la anterior norma reglamentaria, el órgano judicial entiende que se interpondría en la completa ejecución del mandato judicial relativo a la forma adecuada de proceder a la modificación del plan de ordenación de recursos naturales de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina (Palencia), y que determinó la nulidad decidida en la Sentencia que ahora pretende ejecutarse. En ese sentido la Sala considera que “no es cierto que la ejecución de la sentencia se agote con la publicación mencionada, desde el momento en que al amparo del art. 103.4 LJCA podían los actores instar la



declaración de nulidad de pleno derecho de aquellos actos y disposiciones reglamentarias encaminadas a eludir el fallo de la sentencia, lo que tienen vedado en este caso al haberse aprobado la modificación mediante norma con rango de Ley”.

Del razonamiento del órgano judicial se desprende que el pronunciamiento del TC es necesario para resolver el caso sometido a su consideración, en la medida en que el incidente, relativo a “cuantas cuestiones se planteen en la ejecución” – en los términos del art. 109 LJCA – no puede resolverse sin antes despejar la duda de constitucionalidad planteada sobre la disposición legal, pues, como ha señalado también el Fiscal General del Estado, “de su validez depende la eficacia ejecutiva de la Sentencia de 8 de enero de 2008”. Así ha dejado constancia de ello el órgano judicial en el Auto, al considerar que su Sentencia no ha sido totalmente ejecutada y exponiendo el nexo de subordinación entre la validez de la norma cuestionada y la resolución del incidente sometido a su consideración, sin que corresponda a este Tribunal reemplazar o sustituir a la Sala en esa valoración, pues la interpretación del sentido del fallo de las resoluciones judiciales es una función estrictamente jurisdiccional que, como tal, corresponde en exclusiva a los órganos judiciales.

Por eso entiende que ha de examinar la Ley 5/2010 para determinar si se encuadra en alguno de los supuestos que hemos calificado como ley singular. Dado que el órgano judicial considera que estamos ante una norma de esas características que carecería de justificación en cuanto que se habría dictado con el propósito de eludir el cumplimiento de una decisión judicial, examina cuál es la naturaleza de la ley impugnada, pues sólo establecida su verdadera naturaleza, se puede pronunciar sobre las distintas vulneraciones de preceptos constitucionales que se le imputan<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> En este examen se atiende a su doctrina sobre la cuestión, sistematizada en la STC 203/2013, FJ 3, en la que señalamos la existencia de diversos tipos de leyes

Expuesto su contenido, se ha de determinar si la norma se incluye en alguno de los supuestos contemplados en la STC 203/2013. Así, desde la primera de las perspectivas allí examinadas, es claro que contiene mandatos en relación con los usos y actividades susceptibles de ser realizadas en el espacio natural protegido, bien levantando prohibiciones anteriormente existentes, bien sometiendo la realización de determinadas actuaciones a previos requisitos, por lo que tiene naturaleza normativa: es susceptible de ser aplicada mientras continúe vigente y precisa de actos administrativos de aplicación, que permitan llevar a efecto la ejecución jurídica y física de sus previsiones en relación con la construcción de las instalaciones a las que se refiere. Por eso a diferencia del primero de los supuestos de ley singular al que ha aludido no puede considerarse como una ley autoaplicativa. Tampoco es posible calificar la Ley 5/2010 como una ley de destinatario único, de estructura singular en atención a los destinatarios a los que va dirigida, pues tiene por objeto, en los términos que se han expuesto, la regulación de determinados usos y sus destinatarios son todos aquellos afectados por la modificación de la ordenación de los recursos naturales que la norma contiene.

Señala que resta por examinar si se trata del último tipo de ley singular al que se alude en la STC 203/2013, FJ 3, que considera leyes

---

singulares. Así, aludiendo a los supuestos contemplados en las SSTC 48/2005, de 3 de marzo, y 129/2013, de 4 de junio, incluimos en esta categoría a la ley autoaplicativa, “término éste que hace alusión a las leyes que contienen una actividad, típicamente ejecutiva, de aplicación de la norma al caso concreto”. Igualmente, citando el caso de la STC 166/1986, de 19 de diciembre, calificamos de ley singular aquella que lo es en atención a los destinatarios a los que va dirigida, indicando que tales leyes de destinatario único serían “otro de los supuestos que nuestra doctrina ha calificado como ley singular”. Finalmente, con apoyo en la doctrina de la STC 129/2013, FJ 4, ha señalado que son leyes singulares “[a]quellas dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la Ley singular y no comunicable con ningún otro” (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 10), de modo que una ley que no fuera de destinatario único, ni autoplicativa, adolece de tal naturaleza si ha sido dictada en atención a un supuesto de hecho concreto, esto es, a una situación singular o excepcional”.

singulares a las dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto que es el que justificaría la utilización de la ley, en razón del supuesto de hecho que regula pues, en otro caso y pese a que “no cabe deducir de la Constitución la existencia de una reserva reglamentaria, de manera que el legislador no tiene vedada la regulación de materias que no le están materialmente reservadas”, la regulación no precisa de norma de rango legal, por lo que la utilización de la ley no respondería al ejercicio normal de la potestad legislativa sino a una situación excepcional que ha de justificar el recurso a una norma de ese rango.

Explica el Tribunal que la ya mencionada Ley 8/1991, de 10 de mayo, de espacios naturales de la Comunidad de Castilla y León, establece los rasgos generales a los que han de responder los instrumentos de planificación que son los planes de ordenación de los recursos naturales y atribuye al Consejo de Gobierno la competencia para aprobarlos, pues la reserva legal se extiende únicamente a la declaración de un espacio como parque regional (art. 21.1). Es indiscutible que formalmente la Ley 5/2010 encontraría cobertura en dicha reserva, pues se presenta como una modificación de la Ley 4/2000, con lo que nos encontraríamos en un caso similar a los resueltos en las SSTC 128/1997, de 13 de febrero, y 248/2000, de 19 de octubre. Sin embargo, es patente que la norma ahora cuestionada no afecta en realidad a dicha Ley 4/2000, cuyo objeto se refiere a la delimitación del ámbito territorial del espacio protegido y a la fijación de los objetivos y finalidades a los que sirve la protección, remitiendo el régimen de protección, uso y gestión a lo que, en el marco de la Ley 8/1991, determine el correspondiente al plan de ordenación de los recursos naturales. Es dicho plan de ordenación de los recursos naturales el modificado por la introducción de las siete nuevas disposiciones adicionales que incluye la Ley 5/2010, con el contenido que antes hemos expuesto. El plan de ordenación de los recursos naturales y sus modificaciones que, en principio, habrían de aprobarse mediante una norma reglamentaria y, en cuanto tal, sometida al control

de la jurisdicción contencioso-administrativa. Es cierto que, no existiendo reserva reglamentaria en nuestro ordenamiento, tal previsión de aprobación del plan de ordenación de los recursos naturales por decreto no es determinante, pero lo cierto es que en este caso tampoco existe reserva de ley para la modificación del instrumento de planificación, respecto al que se da la paradoja de que se utiliza el vehículo formal de la ley para introducir innovaciones en una norma de rango reglamentario, como es la que establece el régimen de protección del espacio natural.

Esta forma de proceder se justifica en la existencia de “diferentes iniciativas de desarrollo económico y empresarial, derivadas de una creciente demanda social por las actividades de ocio, tiempo libre y disfrute en la naturaleza. Entre ellas, se han promovido varias iniciativas para el desarrollo de una estación invernal en la zona de San Glorio en León y sus inmediaciones en Palencia y Cantabria, que incluiría las instalaciones necesarias para la práctica de esquí alpino. Estas actuaciones permitirían, en el caso de que su evaluación ambiental fuera satisfactoria, una oportunidad de desarrollo de estos términos municipales, como ya ha ocurrido en otros territorios de España”. Por eso, a solicitud de diferentes ayuntamientos y de las propias Cortes de Castilla y León se promueve la modificación legislativa ahora cuestionada con la finalidad de favorecer “la adopción de las medidas oportunas para permitir la evaluación ambiental de estas actividades, garantizando a través de este procedimiento su compatibilidad con la conservación de los valores que motivaron la declaración de esta zona como Parque Natural”. En suma, a falta de una reserva material o formal de ley, la modificación del plan de ordenación de los recursos naturales de Fuentes Carrionas y Fuente cobre-Montaña Palentina (Palencia) en los términos expuestos mediante la inclusión de siete nuevas disposiciones adicionales en la Ley 4/2000, lo ha sido en razón de la singularidad del supuesto de hecho al que se quiere atender, que no es otra que posibilitar, previa la

tramitación correspondiente, el eventual emplazamiento de instalaciones destinadas a la práctica del esquí alpino en determinadas zonas del espacio natural protegido en la convicción de que con ello se contribuye al desarrollo económico de la zona.

Por tanto, como en el caso del último de los supuestos examinados en la STC 203/2013, FJ 3, concluye que se trata de una ley singular, en tanto que dictada en atención al supuesto de hecho excepcional que la justifica. Basta constatar que no todos los usos, ni todas las modificaciones de los planes de ordenación de los recursos naturales requieren norma legal, sino solamente este uso y la modificación del plan de ordenación de los recursos de este parque natural. La consecuencia es que “el canon de constitucionalidad que ha de aplicar es el establecido en la doctrina constitucional para las leyes de esta naturaleza, con las particularidades que derivan de las especiales características de este género de leyes singulares, que no son ni de destinatario único ni autoaplicativas”, canon al que aludimos en la STC 129/2013, FJ 4 cuando concluimos que “el canon de constitucionalidad que debe utilizar este Tribunal al ejercer su función de control de este tipo de leyes es el de la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación”. Así pues, dada la naturaleza de ley singular de la norma cuestionada comprueba, en primer lugar, si el supuesto de hecho que contempla tiene una justificación objetiva y, de ser así, si la utilización de la ley es proporcionada a la excepcionalidad que se trata de atender y que ha justificado su aprobación<sup>13</sup>.

En cuanto al carácter arbitrario de la norma en relación con la justificación ofrecida por el legislador, es clara su doctrina que establece la necesidad de manejar dicha calificación con la necesaria prudencia de forma que la aplicación del art. 9.3 CE como canon de control del legislador no le impongan constricciones indebidas y se respeten sus

---

<sup>13</sup> Ver STC 203/2013, FJ 4.

opciones<sup>14</sup>. Así, al examinar un precepto legal impugnado, desde ese punto de vista, el análisis se ha de centrar en verificar si tal precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda justificación, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias<sup>15</sup>. Por tanto, atendiendo a la prudencia con la que ha de atenderse para calificar una ley como arbitraria y al control negativo que nos es propio en relación con dicho principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, no cabe excluir que la modificación cuestionada carezca de justificación objetiva en la medida en que, dentro del margen de discrecionalidad del legislador, responde a la necesidad de promover el desarrollo socioeconómico de la zona, objetivo que, si bien no con el carácter de prioritario, es posible también hallar entre los perseguidos por la declaración del parque natural de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina (art. 2.4 de la Ley 4/2000).

Ahora bien, matiza el TC que aun pudiendo estimarse que la modificación propuesta pudiera tener una justificación razonable, resulta que, al igual que en el caso examinado en la STC 203/2013, lo que en ningún caso se ha explicado es la necesidad de que tal modificación se lleve a cabo mediante ley. En efecto, en primer lugar, resulta muy significativo que la regulación material de la Ley no presenta sustanciales diferencias con la que se contenía en el Decreto 13/2006, de 9 de marzo, anulado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en una Sentencia luego confirmada por el Tribunal Supremo<sup>16</sup>, decisiones judiciales en las que se apreció que no se había justificado que la modificación del plan de ordenación de los recursos naturales de Fuentes

---

<sup>14</sup> Ver por todas, STC 174/2013, de 10 de octubre, FJ 6.

<sup>15</sup> Ver por todas, STC 20/2013, de 31 de enero, FJ 8; con cita de la STC 196/2011, de 13 de diciembre, FJ 13.

<sup>16</sup> Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 5 de la Sala Tercera de 25 de enero de 2012.

Carrionas y Fuente cobre-Montaña Palentina (Palencia) obedeciese a una previa evaluación que pusiese de manifiesto un cambio de las circunstancias medioambientales y socioeconómicas tenidas en cuenta para su elaboración, sin que tampoco se evaluase la necesidad de modificar el plan de ordenación de los recursos naturales de Fuentes Carrionas y Fuente cobre-Montaña Palentina (Palencia), específicamente en relación con la instalación de estaciones de esquí alpino. Pese a que ya ha advertido no resulta en principio contrario a la Constitución, que el legislador asuma una tarea que antes había encomendado al poder reglamentario, resulta que, en este caso, la forma en la que el legislador la asume no se ajusta a las exigencias constitucionales. Frente a la vocación de generalidad que la ley ha de tener, esta no contiene mención alguna tendente a justificar la excepcional relevancia de la modificación del plan de ordenación de los recursos naturales de Fuentes Carrionas y Fuente cobre-Montaña Palentina (Palencia) en relación solamente con un específico uso, las instalaciones destinadas a la práctica del esquí alpino, determinante de su aprobación por ley, mientras que cualesquiera otras modificaciones del instrumento de planificación, sean o no relativas a los usos permitidos en el espacio protegido, deban llevarse a cabo por vía reglamentaria, con la circunstancia de que, en ese caso, la modificación está condicionada al cambio de las circunstancias o criterios que determinaron la aprobación del PORN además de tener que realizarse mediante los mismos trámites seguidos para su aprobación (art. 6 del anexo 1 del Decreto 140/1998). Tampoco la regulación presenta peculiaridad sustantiva alguna con respecto a cualquier otra modificación de un instrumento de este tipo, que ya hemos visto que corresponde aprobar al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma. Por último, no existe explicación alguna acerca de la prevalencia otorgada al desarrollo socioeconómico de los municipios que integran el espacio natural (objetivo básico, pero no prioritario de la declaración del parque natural de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina, con arreglo al art. 2.4 de la Ley 4/2000), pues conforme a dicha norma el

objetivo prioritario ha de ser “conservar, proteger y mejorar los recursos naturales, su vegetación, flora, fauna, gea, agua y paisaje, preservando la diversidad genética y manteniendo la dinámica y estructura funcional de los ecosistemas” (art. 2.1 de la Ley 4/2000). Para el TC no cabe entonces sino concluir, como en la STC 203/2013, FJ 8, que “la utilización de la ley no es una medida razonable ni proporcionada a la situación excepcional que ha justificado su aprobación, y por las mismas razones no satisface el segundo de los límites que la STC 166/1986, de 19 de diciembre, predica de las leyes singulares: ‘la adopción de Leyes singulares debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada, a una situación singular. De aquí se obtiene un segundo límite a las Leyes singulares, que es, en cierta medida, comunicable con el fundamentado en el principio de igualdad, en cuanto que esa excepcionalidad exorbitante a la potestad ejecutiva resulta válida para ser utilizada como criterio justificador de la singularidad de la medida legislativa’ [FJ 11 B]”.

Añade el Constitucional que, asimismo, atendiendo a las circunstancias del caso, es posible apreciar que la norma impugnada, en la medida en que reproduce casi miméticamente una regulación reglamentaria previamente declarada nula, vulnera el art. 24.1 CE. Este Tribunal ha afirmado reiteradamente que una de las proyecciones del derecho reconocido en el art. 24.1 CE es el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la efectividad otorgada por el Ordenamiento, lo que implica, de un lado, el derecho a que las resoluciones judiciales firmes se ejecuten en sus propios términos y, de otro, el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones



jurídicas en ellas declaradas<sup>17</sup>. Así, en la STC 312/2006, de 8 de noviembre, ya señalamos “que podría producirse una lesión del art. 24.1 CE en aquellos supuestos en los que los efectos obstativos de una ley o del régimen jurídico en ella establecido para una concreta materia fuesen precisamente hacer imposible de forma desproporcionada que un determinado fallo judicial se cumpla, pues siendo indudable que la Constitución reconoce al legislador un amplio margen de libertad al configurar sus opciones, no es menos cierto que también le somete a determinados límites, entre ellos el que se deriva del art. 24.1 CE”. Por tanto, señaló en la misma Sentencia y fundamento jurídico que “no tiene cabida en nuestra Constitución aquella ley o el concreto régimen jurídico en ella establecido cuyo efecto sea el de sacrificar, de forma desproporcionada, el pronunciamiento contenido en el fallo de una resolución judicial firme. Si se quiere, dicho en otros términos, cuando de forma patente o manifiesta no exista la debida proporción entre el interés encarnado en la Ley y el concreto interés tutelado por el fallo a ejecutar. Pues en este caso, atendidas las características del proceso y el contenido del fallo de la Sentencia<sup>18</sup>, cabría estimar que tal Ley sería contraria al art. 24.1 en relación con los arts. 117.3 y 118 CE, al faltar la debida proporción entre la finalidad perseguida y el sacrificio impuesto<sup>19</sup>. Ya ha constatado que, aun cuando la Ley 5/2010 pueda encontrar justificación en una razón atendible, impone un sacrificio desproporcionado de los intereses en juego expresados en el pronunciamiento judicial que hace que el legislador haya superado los límites constitucionales que debe siempre respetar. En particular porque tales supuestos han de ser objeto de un escrutinio especialmente riguroso asentado sobre la interpretación más favorable

---

<sup>17</sup> Ver SSTC 171/1991, de 16 de septiembre, FJ 3; 198/1994, de 4 de julio, FJ 3; 197/2000, de 24 de julio, FJ 2; 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4, entre otras muchas.

<sup>18</sup> Ver SSTC 153/1992, de 3 de mayo, FJ 4, y 91/1993, de 15 de marzo, FJ 3.

<sup>19</sup> Ver STC 4/1988, de 21 de enero, FJ 5)” (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 11.

al derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes como parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que se traduce en la “garantía de que el fallo se cumpla, impidiendo que las Sentencias y los derechos en ellas reconocidos se conviertan en meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna”<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Ver por todas, STC 223/2004, de 29 de noviembre, FJ 6, y las numerosas resoluciones allí citadas. Hay que advertir la existencia de un voto particular de varios magistrados donde se explica lo siguiente: “Quiero advertir ya, desde estas primeras líneas, que mi discrepancia no radica en el fondo del asunto, esto es, en la calificación de la Ley impugnada como ley singular inconstitucional, conclusión en la que coincido con la mayoría. Mi disenso se refiere a una cuestión previa de índole procesal, pues, en mi opinión, el Tribunal debería haber inadmitido la cuestión de inconstitucionalidad planteada al no cumplir debidamente con los juicios de aplicabilidad y relevancia. Es preciso tener en cuenta que la cuestión de inconstitucionalidad se suscita en el seno de un procedimiento de ejecución de una sentencia de anulación. En efecto, la sentencia había anulado el Decreto autonómico por el que se modificaba el plan de ordenación de los recursos naturales del parque natural Fuentes Carrionas dejando sin efecto la prohibición de instalar estaciones de esquí alpino en este espacio. Las partes interponen incidente de ejecución señalando que con la aprobación de la Ley 5/2010, de 28 de mayo, la Sentencia anulatoria del Decreto resulta de imposible ejecución y solicitando al órgano judicial que plantee cuestión de inconstitucionalidad. Es cierto que, como se afirma en la Sentencia de la que discrepo, la determinación del alcance del fallo y de si ha tenido o no lugar la total ejecución de la Sentencia es una cuestión que corresponde, en principio, valorar al órgano judicial al tratarse de un problema fundamentalmente de legalidad ordinaria. Pero también es cierto que, como veremos, en el presente caso, la interpretación y aplicación que ha hecho el órgano judicial va más allá de la legalidad ordinaria y termina teniendo un impacto sobre la configuración de la cuestión de inconstitucionalidad y su regulación procesal: es decir, termina teniendo un impacto sobre el proceso constitucional e incluso sobre la competencia de los órganos judiciales en relación con leyes inconstitucionales. En efecto, adviértase que el fallo de la Sentencia es de nulidad y que, por tanto, con la publicación en el boletín oficial de esa nulidad se ha dado cumplimiento a la Sentencia: el Decreto impugnado ha sido expulsado del ordenamiento jurídico. Ninguna medida adicional de ejecución es, en principio, necesaria para el cumplimiento del contenido de la sentencia. Otra cuestión es que las potestades de control que el art. 109 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa confiere a los órganos judiciales permitan evitar que la Administración aplique la disposición anulada. Pero no es esto, en modo alguno, lo que han suscitado las partes en el incidente de ejecución que, en realidad, no plantean

---

problema concreto alguno de ejecución de la Sentencia: no hay acto o medida concreta que consideren que haya de realizarse y no haya tenido lugar y tampoco ningún acto de la Administración que pretenda tener amparo en el Decreto anulado y al que se opongan pretendiendo su anulación por el órgano judicial. En el asunto Itoiz (STC 73/2000), el Tribunal aceptó que, en ejecución, el órgano judicial planteara cuestión de inconstitucionalidad respecto a una ley que pretendía eludir el cumplimiento de la Sentencia, pero en aquel caso la Sentencia no era de mera anulación, sino que imponía la adopción de determinadas medidas, es decir, imponía una condena de hacer, lo que no ocurre en el caso que ahora nos ocupa. Obligación de hacer que además aún no se había cumplido y que se hacía de imposible cumplimiento al aprobarse la ley. En el caso Itoiz, por tanto, sí se estaba claramente ante un problema relacionado con la ejecución de la Sentencia. Por el contrario, en el caso que nos ocupa, la Sentencia ya se ha cumplido, la pretensión se ha satisfecho y el fallo se ha traducido en la desaparición del Decreto del ordenamiento jurídico mediante la publicación de su anulación en el boletín oficial correspondiente, sin que la Administración haya realizado actividad alguna que con la que pretenda indebidamente aplicar la norma anulada. Las partes en el incidente de ejecución no suscitan, como ya hemos dicho, un problema concreto de ejecución. Lo que plantean es una duda abstracta sobre el impacto de la Ley en el régimen jurídico del espacio natural y sobre la constitucionalidad de la nueva regulación. Pero esto no es una cuestión relativa a la ejecución de la Sentencia, sino un problema jurídico nuevo: la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley por motivos además no necesariamente coincidentes con los que se plantearon respecto al Decreto anulado. Un problema jurídico nuevo y abstracto que no guarda vinculación alguna con la necesidad de adoptar determinadas medidas para la ejecución de la sentencia. Por ello, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no cumple con el juicio de aplicabilidad y relevancia exigible. A la postre, por un lado, el incidente de ejecución se utiliza de forma indebida para plantear al órgano judicial la conveniencia de interponer una cuestión de inconstitucionalidad cuando ello hubiera debido realizarse, si acaso, en un momento posterior, mediante la impugnación de actos de aplicación de la ley, en un nuevo proceso. Y, por otro lado, el órgano judicial está planteando una cuestión de inconstitucionalidad en abstracto, es decir, virtualmente está interponiendo un recurso de inconstitucionalidad para el que carece de legitimación. La afirmación de que es necesario conocer la constitucionalidad de la Ley para resolver el incidente de ejecución resulta así artificiosa, porque el incidente de ejecución no es tal, sino el mero planteamiento de una duda abstracta sobre la constitucionalidad de la Ley. Por ello, el pronunciamiento del Tribunal sobre la Ley ni afecta ni obliga a medida alguna de ejecución de la Sentencia, lo que evidencia que, como decíamos más arriba, la Ley no es ni aplicable ni relevante para resolver un problema de verdadera ejecución de la Sentencia. Nos encontramos ante el planteamiento de una duda abstracta sobre la constitucionalidad de una ley que debería haberse planteado por los cauces legalmente previstos y por los sujetos

## **Consideraciones finales: el Estado de Derecho prima sobre el principio democrático**

Los parlamentos siempre han sido los depositarios de una legitimidad democrática evidente al representar al pueblo. La pregunta que tenemos que hacernos es si la democracia lo es todo. La respuesta va a depender un poco de la parte del espectro político donde nos ubiquemos. Pero lo cierto es que una lección bien aprendida después de los traumas derivados del período de entreguerras en Europa es que la democracia no lo es todo, aunque sea una pieza básica e imprescindible de los Estados modernos. Esto en la práctica se traduce en la consecuencia jurídica de que la democracia tiene unos límites que vienen marcados por el Estado de Derecho. No es una casualidad de que el artículo 1 de nuestra Carta Magna se defina a España como un “Estado Democrático de Derecho” (aparte de social).

El caso que nos ocupa es un buen ejemplo de lo que acabamos de decir. El pueblo castellano-leonés representado por sus históricas Cortes tiene un ámbito de decisión para la gestión de su círculo de intereses. Uno de ellos, obviamente, es promover el desarrollo socio-económico de su sociedad. Aquí se incardina el respeto al principio democrático y la idea de que su Parlamento pueda aprobar leyes con dicho fin. Ahora bien, como hemos dicho, la acción democrática tiene unos límites que marca el Imperio de la Ley lo cual en este caso se concreta en tener que respetar una serie de principios y derechos

---

legitimados para ello. Por todo lo anterior, entiendo que la decisión de plantear la cuestión de inconstitucionalidad excede de la competencia que corresponde a los órganos judiciales para ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado y altera las vías procesales y requisitos de legitimación previstos en nuestro ordenamiento jurídico para impugnar la Ley. Razones éstas que deberían haber llevado a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada”.

fundamentales que sintetizan unos valores que la Constitución quiere proteger independientemente de lo que una asamblea pueda decidir en un determinado momento.

El Tribunal Constitucional basa su argumentación en la división de poderes, que lleva a que el legislativo no usurpe a golpe de leyes singulares el rol que debe jugar el papel ejecutivo, y en el derecho a la tutela judicial efectiva, para evitar que las sentencias del poder judicial queden en papel mojado cuando los parlamentos hacen un uso abusivo de su poder de legislar<sup>21</sup>.

Pero, quizás, se podía haber argumentado también sobre la base del derecho al medio ambiente y a la protección de los recursos naturales. El hecho de que esté reconocido en el artículo 45 de la CE entre los principios rectores de la política social y económica no impide su invocación desde el momento en que, como dice el citado texto legal, debe orientar la práctica judicial y la legislación positiva, aparte de la actuación de los poderes públicos<sup>22</sup>. Y, justamente, la normativa comunitaria y medioambiental de desarrollo exige la protección de los valores ecológicos que no deberían ser sometidos al escrutinio de las urnas. Según parece allí se encuentran las dos únicas poblaciones de oso pardo que quedan en España, entre otras especies protegidas. La estación de esquí parece incompatible con su supervivencia, tal y como parecía quedar avalado por un informe del CSIC, y con el respeto a la vegetación existente. De ahí la protección que se brindó al polémico espacio natural.

---

<sup>21</sup> Tema que por desgracia nunca deja de estar de actualidad. Véase al respecto FERNÁNDEZ TORRES, J.R: “La ejecución de sentencias sigue siendo un auténtico quebradero de cabeza veinte años después de la aprobación de la LJCA”, *Revista andaluza de administración pública*, nº. 100, 2018 (Ejemplar dedicado a: Veinte años de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: balance y perspectivas), pp.165-189.

<sup>22</sup> Esto último debían haberlo tenido en cuenta la Administración de Castilla y León y sus Cortes.

También se podría haber invocado otro principio: el de eficiencia en el gasto público, de acuerdo con lo dispuesto en el art.31.2 de la CE<sup>23</sup>, dado que se invocó en este litigio la "dudosa viabilidad económica" de una estación de esquí en ese espacio natural debido "al cambio climático" y por las circunstancias físicas que concurren en él.

Estos argumentos se emplearon por el Tribunal de Castilla y León y el Supremo.

Es cierto que en los parques naturales el desarrollo económico es un objetivo a tener en cuenta, pero no debe ser el prioritario.

La empresa promotora de las pistas de esquí obviamente exigió una reparación económica por los perjuicios sufridos derivados de la paralización de la obra con base en la responsabilidad patrimonial extracontractual por las actuaciones de la Administración plasmadas en el proyecto, como ejercicio de la potestad reglamentaria, y que han afectado a las inversiones que emprendió la empresa<sup>24</sup>. Esta solicitud fue desestimada en noviembre de 2017 por el Consejo Consultivo de Castilla y León.

Lo cierto es que este pleito demuestra que la democracia no lo puede todo. Ciertamente el proyecto contaba con un amplio apoyo

---

<sup>23</sup> "El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía".

<sup>24</sup> La empresa, constituida en 2003, realizó una inversión superior a los dos millones de euros en anteproyectos, proyectos, estudios, planes de desarrollo, sueldos, viajes, etc y debió proceder a la contratación de personal facultativo y administrativo necesario para el normal desarrollo del citado proyecto. Además, alegó que carecía de fondos económicos, advirtiendo sobre su posible desaparición tras la pérdida de su capital social y la imposibilidad de sus socios de acometer nuevas ampliaciones del mismo. La empresa además invocó que fue incentivada por los poderes públicos. Gobierno regional y Administración habían mantenido su apoyo, al menos formalmente al proyecto, así como todos los partidos políticos representados en las cortes de Castilla y León e, incluso, el gobierno central, recomendando incluso crear una estación de esquí en Picos de Europa o comprometiéndose al impulso de la estación de San Glorio en el denominado plan del Oeste.

popular<sup>25</sup> por el motivo que, ya hemos visto, sirvió de clave para impulsarlo consistente en el gran impulso que supondría esta inversión en la Montaña, que sería el inicio del resurgir económico de la zona. El Estado de Derecho implica que las asambleas y los movimientos populares locales o regionales no pueden violentar principios constitucionales sin contar con las mayorías pertinentes, ya no sólo en el nivel nacional sino también en el europeo<sup>26</sup>. Los valores medioambientales son vitales para garantizar el bienestar de las generaciones futuras. En este caso concreto existía un rechazo unánime por parte de la comunidad científica a un proyecto que suponía una amenaza irreparable para los valores ambientales de la zona. Esta es la idea del Estado de Derecho: la ley no puede violentarse por votaciones asamblearias reducidas a ámbitos sin competencia para alterarla y que en el fondo ocultan unos bien conocidos intereses inmobiliarios<sup>27</sup>. Porque se posea una mayoría en

---

<sup>25</sup> Así, varios sectores de la población leonesa habían reivindicado el protagonismo de la parte leonesa de la estación, al aportar casi el 80% del dominio total esquiable. La gente de los pueblos de los alrededores se había postulado claramente a favor del proyecto con grandes reivindicaciones como la del 7 de enero de 2006 para su puesta en marcha. En este sentido, la empresa promotora hizo una campaña de recogida de firmas, que superó las 4000. La «asociación San Glorio leonés» convocó una manifestación que concentró a unas 1000 personas en Cistierna.

<sup>26</sup> Esto no significa que se deba obviar la opinión de las poblaciones afectadas. Sobre el tema véase BOUAZZA ARIÑO, O: “La participación ciudadana en el proceso planificador: fundamento constitucional y legal”, *WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal: RI-SHUR*, n.º. 4, 2016, pp.37-49.

<sup>27</sup> “El proyecto iba a incorporar una cafetería-restaurante (tomen nota: y una tienda de artículos deportivos, y un aparcamiento para 100 vehículos, y una pista de hielo, y un campamento infantil, y rutas a caballo, y la biblia en verso), una meca a la que mandar escolares de toda la provincia para dinamizar la comarca de forma vigorosa”. Se preveía que las visitas rondarían la cifra de entre 40.000 a 50.000 personas por temporada. Ver SIMÓN, P: “La España del despilfarro Un proyecto paralizado por el TC en el que se empleó dinero público. 12 millones para poder esquiar en un secarral de Valladolid”, *El Mundo*, <https://www.elmundo.es/espana/2014/08/24/53f8fd8922601dc11a8b4586.html>.

un parlamento, esto no puede devenir en una patente de corso para operar un fraude de ley, que es en definitiva, lo que hicieron las Cortes de Castilla y León al aprobar el texto normativo declarado nulo por el Tribunal Constitucional<sup>28</sup>, yéndose incluso más lejos de lo previsto en el Código Civil al utilizarse una ley para burlar la Constitución y el Derecho de la Unión Europea.

Como dice FERNÁNDEZ FARRERES, G<sup>29</sup> *“las leyes singulares (sobre todo en el caso de las autoaplicativas) dificultan, cuando no impiden por completo, la intervención plena de los tribunales de justicia en orden a la fiscalización y control de las decisiones que adoptan, y ello por el mero hecho de estar revestidas de la forma de ley”*.

Afortunadamente, el fallo del Constitucional sirvió para ejecutar finalmente el pronunciamiento judicial del Tribunal castellano-leonés. Lamentablemente, la Administración castellano-leonesa no parece haber acogido con la debida diligencia las consecuencias que se derivaron del fallo del Tribunal Constitucional e intentó, causando otro problema mayúsculo, revitalizar el tema con

---

<sup>28</sup> Artículo 6.4 del Código Civil: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, G: “Sistema de Derecho administrativo I”, Ed. Civitas Thomson Reuters, 5ª Ed, Navarra, 2020, pp.608 y 609. También advierte (p.612) que *“otro fenómeno no menos preocupante, también reconducible al de la ley singular pero con particularidades propias, es el de las leyes de convalidación, que afectan directamente a la esencia misma del sistema democrático, a la separación de poderes, al propio significado y virtualidad de los derechos fundamentales y, en especial, del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación del derecho a la ejecución y cumplimiento efectivo de las sentencias, y, en última instancia, a la propia responsabilidad del Estado legislador, sin que, a pesar de ello, la jurisprudencia constitucional haya objetado su constitucionalidad de una manera clara y taxativa”*.



el nuevo proyecto Meseta Sport que también ha sido una fuente de quebraderos de cabeza<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Así, se informa en la prensa lo siguiente: “La Diputación de Valladolid ha concluido los trabajos para desmantelar los 140 metros de pista de Meseta Ski concretamente la ubicada en los terrenos forestales afectados por la sentencia del Tribunal Constitucional que anulaba la ley regional que autorizaba el proyecto de Meseta Ski en Villavieja del Cerro, obligando finalmente a la Diputación a restituirlo a su estado original.

El siguiente paso que dará la institución provincial será la reforestación de este terreno liberado cuya contratación saldrá a licitación pública en los próximos días, y así dejar la zona acondicionada para empezar a trabajar en el nuevo proyecto de la Diputación, Meseta Sport. El desmantelamiento de las pistas ha afectado a la parte más alta del cerro y, tras la conclusión de los trabajos, quedan unos 100 metros de pista de esquí seco que no están afectados por la sentencia y que formarán parte de la nueva oferta de ocio que pondrá en marcha la Diputación en este recurso de turismo activo que incluirá además otras actividades como paseos a caballo, paintball, karts, rutas de senderismo, cicloturismo, rocódromo etcétera. Meseta Sport pretende completar la oferta del Valle de los Seis Sentidos, un parque infantil pensado para el turismo familiar que atrae gran número de visitantes. Ver “Adiós a Meseta Ski. La Diputación de Valladolid termina de desmontar la pista de esquí seco de Villavieja del Cerro, obligada por una sentencia del Constitucional, de 19 de febrero de 2015, <https://www.elnortedecastilla.es/valladolid/201502/19/adios-meseta-20150219145904.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F>.



# **A avaliação administrativa da segurança do medicamento pré-comercialização é absolutamente necessária?\***

Aquilino Paulo Antunes\*\*

## **Considerações preliminares**

Pretende abordar-se neste trabalho uma questão que vimos discutindo em várias oportunidades e sob várias perspectivas, que é a questão de saber se é imprescindível proceder a uma avaliação da segurança do medicamento por uma entidade administrativa, seja ela a Agência Europeia do Medicamento, a nível da União Europeia (UE), o INFARMED<sup>1</sup>, em Portugal, ou a AGEMED<sup>2</sup>, em Espanha.

A questão coloca-se porque, como se sabe, o medicamento, para ser legalmente colocado no mercado, carece em regra de obter uma autorização de introdução no mercado (AIM), a qual só será concedida ao respectivo requerente se este demonstrar a qualidade, segurança e eficácia do produto.

A demonstração da segurança e eficácia do medicamento é feita essencialmente através dos resultados dos ensaios pré-clínicos, clínicos e farmacêuticos.

---

\* O presente trabalho constitui uma versão revista e actualizada do texto que serviu de base às apresentações feitas pelo Autor em 1 de Julho de 2019 na Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela e em 3 de Julho de 2019 na Escola de Direito da Universidade do Minho, no âmbito do XIV Diálogo Ambiental Constitucional Internacional.

\*\* Doutor em Direito pela FDUL. Advogado.

<sup>1</sup> INFARMED-Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P.

<sup>2</sup> *Agência Española de Medicamentos Y Productos Sanitarios.*

## 1 Ineficiências do regime vigente

Todavia, este regime apresenta diversas ineficiências. Com efeito, o modelo atualmente vigente implica uma proliferação de autorizações administrativas pré-comercialização e, concomitantemente, de ensaios necessários à obtenção dessas autorizações.

Os ensaios clínicos são morosos, podendo demorar entre cinco a nove anos, no conjunto das suas três primeiras fases, e suscitam várias questões éticas decorrentes da participação de pessoas e animais na sua realização. Além disso, os ensaios e os seus resultados enfermam frequentemente de limitações metodológicas, resultantes do desenho, do protocolo, das condições de inclusão e exclusão de doentes, dos próprios números e categorias de participantes, bem como da exclusão de terapêutica concomitante do respectivo ensaio.

Estes condicionalismos têm justificado a atividade de garantia da segurança após o início de comercialização<sup>3</sup>. Esta atividade é, em regra, a farmacovigilância<sup>4</sup>.

A obtenção das referidas autorizações administrativas, incluindo a realização dos ensaios, configura “legislação de produtor”<sup>5</sup> que, além de empolar os custos de desenvolvimento, constitui barreira à entrada de novos concorrentes, fatos que implicam preços de venda mais elevados, aumentando os encargos do Estado e dos doentes.

---

<sup>3</sup> Cfr. Maria, V. A. & R. Carmona (2003), 64; Silveira, D. M. (2010), 46 e ss; Antunes, A. P. (2014b), 60 e ss; Raposo, V. L. (2018), 35-36; Antunes, A. P. S. (2020), 163-164; 166-170; Antunes, A. P. (2020), 408-409; Antunes, A. P. (2020c), 11-12.

<sup>4</sup> Mas as questões de segurança não se esgotam na farmacovigilância. As mesmas também passam pela concessão de uma AIM sujeita a condições ou pela imposição de injunções por decisão posterior à decisão de concessão da AIM.

<sup>5</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 130 e ss; Antunes, A. P. (2020c), 13.

De resto, um dos grandes problemas que se suscita para garantir o desenvolvimento de novos medicamentos é exatamente o problema do retorno do investimento em I&D de medicamentos<sup>6</sup>.

Por esta razão, existem mecanismos destinados a garantir o exclusivo da exploração comercial do medicamento durante determinado período de tempo, como é o caso das patentes e certificados complementares de proteção (CCP) e como é o caso dos prazos de proteção de dados<sup>7</sup>.

Esta é, também, a razão pela qual são geralmente praticados preços demasiado elevados para os medicamentos inovadores<sup>8</sup>.

Além disso, a tramitação dos procedimentos visando a obtenção de uma AIM representa uma demora que pode ser muito elevada e que prejudica o acesso dos doentes aos medicamentos de que necessitam.

A este propósito do acesso ao medicamento e embora não se encontrem suficientemente estudados os riscos e benefícios da obtenção prévia de AIM, por comparação com os riscos e benefícios da entrada imediata do medicamento no mercado sem autorização prévia, o certo é que existem alguns dados que nos permitem questionar a bondade deste regime<sup>9</sup>.

Na realidade e volvidas várias décadas, nunca foi feito qualquer estudo comparativo entre o número de mortes evitadas por virtude da vigência da avaliação *ex ante* do medicamento e o número das mortes que poderiam ter-se evitado se essa avaliação não existisse –

---

<sup>6</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 60-62, 141 e ss., 195 e ss., 226, 498-500, 538 e ss., *passim*; Antunes, A. P. (2020b), 439 e ss.

<sup>7</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 50 e ss., 60 e ss., 137 e ss., 164, 195 e ss., 498 e ss.; Antunes, A. P. (2020b), 439 e ss.

<sup>8</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 488 e ss.

<sup>9</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 154 e ss., 194 e ss., 501 e ss.; Antunes, A. P. (2020b), 457-458; Antunes, A. P. (2020c), 3-4.

ou fosse feita *ex post* – e os doentes tivessem acedido ao medicamento oito ou 10 anos antes<sup>10-11</sup>.

Apesar disso, ainda na década de 1970, na sequência da alteração legislativa ocorrida em 1962 nos Estados Unidos da América (EUA), foi feita uma estimativa por SAM PELTZMAN assente na demora imposta pelo cumprimento das exigências regulamentares em matéria de segurança, a qual permitia concluir, por exemplo, que, se os medicamentos para a tuberculose tivessem entrado no mercado seis meses mais cedo, ter-se-ia poupado o triplo do número de vidas perdidas na crise do *cloranfenicol*<sup>12</sup>. Também WILLIAM WARDEL estimou na mesma década que nos EUA por ano poderiam ter sido evitadas 10.000 mortes causadas por doenças coronárias, caso um medicamento beta-bloqueador – já aprovado três anos antes na Suécia, com base em regras mais restritivas – tivesse entrado mais cedo no mercado americano<sup>13-14</sup>.

Por seu turno, existe um estudo de autores portugueses que estima, com base em dados da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 2008, a ocorrência em Portugal de 984 mortes anuais de pessoas portadoras do vírus da Hepatite C<sup>15</sup>. Tal poderá significar que, por exemplo, admitindo 10 anos de demora na aprovação do *Sofosbuvir*, poderiam ter-se evitado em Portugal cerca de 9840 mortes de portadores da referida doença, caso o medicamento tivesse entrado no mercado em 2005 em vez de ter entrado em 2015.

---

<sup>10</sup> Stigler, G. J. (1971), 3 e ss; Feldstein, P. J. (2006), 1-193, 195 e ss, 233 e ss.

<sup>11</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 154 e ss., 194 e ss., 501 e ss.; Antunes, A. P. (2020), 423-424; Antunes, A. P. (2020b), 457-459; Antunes, A. P. (2020c), 3-4.

<sup>12</sup> Peltzman, S. (1975), 51-73; Friedman, M. & R. Friedman (2012), 259.

<sup>13</sup> Wardell, W. (1979), 33; Higgs, R. (1994), 4.

<sup>14</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 154 e ss., 194 e ss., 501 e ss.; Antunes, A. P. (2020b), 457-459; Antunes, A. P. (2020c), 4.

<sup>15</sup> Anjo, J., A. Café, A. Carvalho, M. Doroana, J. Fraga, J. Gíria, R. Marinho, S. Santos & J. Velosa (2014), 47.

Em 1998, a Wyeth colocou no mercado uma vacina contra o rotavírus. Este vírus constitui a mais comum causa de diarreia viral em crianças e uma importante causa de mortalidade na primeira infância na África sub-sahariana. A vacina foi eficaz, mas foi, em ensaios, associada a um aumento da incidência de intussuscepção. Este é um evento espontâneo ao nível do intestino, incomum em crianças e geralmente não é letal. A vacina aumentaria esta possibilidade em 1:10000 crianças vacinadas. A Wyeth retirou, por esse motivo, a vacina do mercado mundial em 1999. Na África a diarreia rotaviral é responsável por cerca de quarenta por cento das mortes por diarreia. Só em 2006 surgiu no mercado uma nova vacina contra o rotavírus, com menor prevalência de intussuscepção (1:50000 crianças vacinadas). Entre 1999 e 2006 morreram cerca de três milhões de crianças de infecção com rotavírus<sup>16</sup>.

Atualmente, a propagação de vírus SARS-CoV-2 e da doença COVID-19 já fez mais de 9 milhões de infectados em todo o mundo e cerca de meio milhão de mortes, o que dará uma média superior a 80.000 óbitos por cada mês em todo o mundo<sup>17</sup>.

Estes números dão-nos uma noção de grandeza do que poderá estar em causa e de quão negativa poderá ser a demora no acesso ao medicamento, designadamente decorrente da tramitação destes procedimentos.

## **2 Atuais mecanismos suscetíveis de mitigar as ineficiências no acesso ao medicamento**

Existem no regime jurídico dos medicamentos alguns mecanismos que permitem mitigar as ineficiências que referimos, as quais se encontram na génese da demora no acesso ao medicamento por parte de quem dele necessita.

---

<sup>16</sup> Lachmann, P. J. (2012), 1187-1188.

<sup>17</sup> Antunes, A. P. (2020b), 459; Antunes, A. P. (2020c), 4.

De fato, o requerente de uma AIM pode, em certos casos, ficar dispensado de apresentar os resultados dos ensaios pré-clínicos e clínicos<sup>18</sup>. Esta possibilidade de dispensa é materialmente justificada pelas preocupações de ordem ética relacionadas com os princípios da proteção da integridade física das pessoas e animais participantes em ensaios<sup>19</sup>.

O próprio desenho dos procedimentos da União Europeia tendentes à obtenção de uma AIM já tem por efeito a redução do número de ensaios necessários<sup>20</sup>.

Além disso, a AIM pode, em certos casos, ser concedida em termos provisórios e sujeita a condições, pelo facto de, nomeadamente, a segurança do medicamento não se encontrar suficientemente demonstrada<sup>21</sup>.

Existe também a exceção do *uso compassivo* que, em certos casos, permite a utilização de medicamento sem AIM em Portugal e, mesmo, em qualquer parte do mundo<sup>22</sup>, bem como a designada Cláusula *Cipriota*.

Por último, existe a possibilidade de utilização *off-label* do medicamento, em termos diferentes daqueles em que foi autorizado, seja quanto às indicações terapêuticas seja quanto às dosagens<sup>23</sup>.

É o que veremos de seguida.

---

<sup>18</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 59-62, 75-77, 215 e ss., 505.

<sup>19</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 57 e ss., 69, 76-77, 222-223, 373-376; Antunes, A. P. (2020), 409-412.

<sup>20</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 69, 386 e ss; Antunes, A. P. (2020), 414 e ss.

<sup>21</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 162 e ss, 170 e ss., 383-385; Antunes, A. P. (2020), 412 e ss; Antunes, A. P. (2020b), 460-461; Antunes, A. P. (2020c), 7-8; Shorthose, S. (2017), 189-203.

<sup>22</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 76, 398, 412, 537, 619; Antunes, A. P. (2020b), 456-457; Antunes, A. P. (2020c), 8-9; Raposo, V. L. (2018), 41.

<sup>23</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 92, 567-568, 573; Raposo, V. L. (2018), 153 e ss.



## 2.1 Os processos abreviados

O requerente de uma AIM fica dispensado de instruir o seu pedido com os resultados dos ensaios pré-clínicos e clínicos nos designados processos *abreviados*<sup>24</sup>, ou seja: (i) no caso de medicamentos genéricos<sup>25</sup>, (ii) no caso medicamento composto por substâncias ativas de uso clínico bem estabelecido, eficácia reconhecida e nível de segurança aceitável<sup>26</sup> e (iii) no caso de consentimento do titular dos dados<sup>27</sup>. O respectivo regime consta dos artigos 19.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, na sua redação atual. Vejamos cada um deles.

Nos medicamentos genéricos, está em causa a utilização pela autoridade competente – no âmbito da apreciação do pedido de AIM para o genérico – dos resultados dos ensaios pré-clínicos e clínicos que instruem o processo do medicamento de referência<sup>28</sup>.

A utilização pela autoridade competente dos dados do medicamento de referência para apreciação de um pedido de AIM de um medicamento genérico só pode ocorrer após o decurso de um

---

<sup>24</sup> Antunes, A. P. (2020), 412-414.

<sup>25</sup> Pinheiro, P. & M. G. Henriques (2009), 64-68; Antunes, A. P. (2013), 16095-16096; Antunes, A. P. S. (2020), 59-60, 69, 76-77, 222-223, 373-376, 505; Later-Nijland, H. (2017), 439-466.

<sup>26</sup> Pinheiro, P. & M. G. Henriques (2009), 68-69; Antunes, A. P. S. (2020), 59, 76-77, 175, 375; Antunes, A. P. (2020), 412 e ss.; Later-Nijland, H. (2017), 439-466.

<sup>27</sup> Pinheiro, P. & M. G. Henriques (2009), 70; Antunes, A. P. S. (2020), 59, 69, 76-77, 374-376; Antunes, A. P. (2020), 412 e ss.; Later-Nijland, H. (2017), 439-466.

<sup>28</sup> Sobre os medicamentos essencialmente similares e genéricos cfr. os Acórdãos do TJUE proferidos no Caso C-368/96, *The Queen v. The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 (representada por The Medicines Control Agency), ex parte Generics (UK) Ltd, The Wellcome Foundation Ltd e Glaxo Operations UK Ltd e outros*, de 3 de Dezembro de 1998; no Caso C-106/01, *The Queen, a pedido da Novartis Pharmaceuticals UK Ltd v. The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 (representada por The Medicines Control Agency)*, de 29 de Abril de 2004; no Caso C-36/03, *The Queen, a pedido da Approved Prescription Services Ltd v. Licensing Authority*, de 9 de Dezembro de 2004; no Caso C-74/03, *SmithKline Beecham plc v. Lægemiddelstyrelsen*, de 20 de Janeiro de 2005.

período de proteção de dados e de proteção de comercialização ou “exclusivo de mercado”<sup>29</sup>, respectivamente de oito e 10 ou 11 anos.

O segundo caso é o dos *medicamentos de uso clínico bem estabelecido*. Os mesmos medicamentos são geralmente designados de *bibliográficos*, porque a sua segurança e eficácia é demonstrada através de informação recolhida na literatura científica publicada e não mediante recurso aos resultados de ensaios pertencentes a outra entidade e contra a vontade desta<sup>30/31</sup>.

O terceiro caso de possível dispensa da apresentação de resultados dos ensaios é aquele em que o requerente da AIM entrega no INFARMED, I.P., um instrumento jurídico, outorgado pelo titular da AIM do medicamento de referência, onde este declara consentir na utilização dos resultados dos ensaios farmacêuticos, pré-clínicos e clínicos para a autorização de determinado medicamento (artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, na sua redação actual). É geralmente o caso em que também existe licença conferida pelo titular da patente, ou CCP. Neste terceiro caso, é o próprio titular dos dados dos ensaios que, mediante negócio jurídico, permite a sua utilização por um concorrente. Esta permissão tem normalmente associada uma qualquer contrapartida económica, a qual pode consistir na remuneração do contrato de licença<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Antunes, A. P. (2013), 16096-16097; Antunes, A. P. S. (2020), 59-62, 75-77, 140 e ss., 215 e ss., 505; Later-Nijland, H. (2017), 439-466.

<sup>30</sup> Sobre os medicamentos bibliográficos cfr. o Acórdão do TJUE proferido no Caso C-440/93, *The Queen contra Licensing Authority of the Department of Health e Norgine Ltd, ex parte Scotia Pharmaceuticals Ltd.*, de 5 de Outubro de 1995.

<sup>31</sup> Antunes, A. P. (2013), 16098; Antunes, A. P. S. (2020), 59-62, 75-77, 140 e ss., 215 e ss., 505; Antunes, A. P. (2020), 412 e ss; Later-Nijland, H. (2017), 439-466.

<sup>32</sup> Nota anterior.

## 2.2 Os procedimentos centralizado, descentralizado e de reconhecimento mútuo

O desenho dos procedimentos da UE reduz o número de procedimentos avaliativos, bem como o número de ensaios necessários à obtenção de uma AIM<sup>33</sup>.

É o caso do procedimento centralizado<sup>34</sup>, ao qual é aplicável o disposto no Regulamento (CE) n.º 726/2004. A Agência Europeia de Medicamentos (EMA) avalia o pedido e a Comissão Europeia profere a decisão<sup>35</sup>.

A AIM obtida através do procedimento centralizado é válida em toda a UE. Não obstante, a comercialização em Portugal de medicamentos autorizados pelo procedimento centralizado depende da obtenção junto do INFARMED, I.P., de um número de registo de AIM (n.º 2 do artigo 54.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, na sua redacção actual)<sup>36</sup>.

Os dois restantes tipos de procedimento, que reduzem as necessidades de avaliação e o número de ensaios exigidos, são os procedimentos descentralizado e de reconhecimento mútuo<sup>37</sup>.

A tramitação procedimental estabelecida para ambos é essencialmente idêntica. As diferenças de tramitação consistem no fato que faz desencadear cada um deles e nos prazos para a prática de certos atos<sup>38</sup>.

Com efeito, o procedimento descentralizado deve ser desencadeado quando, à data da apresentação do pedido em Portugal,

---

<sup>33</sup> Antunes, A. P. (2020), 414-419.

<sup>34</sup> Pinheiro, P. & M. G. Henriques (2009), 106-107; Antunes, A. P. S. (2020), 60, 69, 76, 372 e ss., 383 e ss; Antunes, A. P. (2020), 415.

<sup>35</sup> Antunes, A. P. (2013), 16105 e ss; Antunes, A. P. S. (2020), 76; Antunes, A. P. (2020c), 6-7.

<sup>36</sup> Nota anterior.

<sup>37</sup> Pinheiro, P. & M. G. Henriques (2009), 91-106; Antunes, A. P. S. (2020), 60, 69; Antunes, A. P. (2020), 418.

<sup>38</sup> Antunes, A. P. (2013), 16106 e ss; Antunes, A. P. S. (2020), 386 e ss.; Antunes, A. P. (2020), 418.

não exista qualquer AIM concedida por outro Estado membro para o mesmo medicamento e para o mesmo requerente. Deste modo, o pedido é, neste procedimento, apresentado em simultâneo com, ou na pendência da avaliação de, pedidos apresentados noutro ou em vários Estados membros (cfr. artigo 47.º).

Por seu turno, o procedimento de reconhecimento mútuo é, nos termos do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, na redação atual, o procedimento a observar quando já exista uma AIM em Portugal, que o requerente pretende ver reconhecida noutro Estado membro, ou que já exista uma AIM concedida noutro Estado membro que o requerente pretende ver reconhecida em Portugal<sup>39</sup>.

Estes procedimentos, descentralizado e de reconhecimento mútuo, assentam no princípio do reconhecimento mútuo, de direito da UE. O mesmo princípio visa garantir o funcionamento do mercado interno e permitir a livre circulação de produtos. O princípio tem sido desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) assente no acórdão “*Cassis de Dijon*”<sup>40</sup>.

Ao princípio do reconhecimento mútuo subjaz também uma preocupação de eficiência, na medida em que evita a duplicação da avaliação, quando já exista avaliação anterior, realizada por uma autoridade competente de outro Estado membro.

Concretamente quanto aos medicamentos, o princípio reveste relevância assinalável. Estes dois tipos de procedimentos autorizativos encerram evidente aplicação do princípio da proteção da integridade física dos animais e dos participantes em ensaios clínicos, porque o número de

---

<sup>39</sup> Antunes, A. P. (2013), 16106-16107; Antunes, A. P. S. (2020), 386 e ss.; Antunes, A. P. (2020), 419.

<sup>40</sup> Acórdão proferido no Caso C-120/78, *Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* («*Cassis de Dijon*»), de 20 de Fevereiro de 1979; Antunes, A. P. S. (2020), 386 e ss.; Antunes, A. P. (2020), 419; Antunes, A. P. (2020b), 464.

ensaios necessários à autorização do medicamento é reduzido, evitando-se a multiplicação de ensaios pelos vários Estados membros<sup>41</sup>.

### 2.3 A AIM condicional

O Regulamento (CE) n.º 507/2006 da Comissão, de 29 de Março de 2006, relativo à autorização condicional de introdução no mercado de medicamentos para uso humano abrangidos pelo âmbito de aplicação do Regulamento (CE) n.º 726/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho<sup>42</sup>, conjugado com o n.º 7 do artigo 14.º deste Regulamento, permite a atribuição, em certos casos, de uma AIM sujeita a condições específicas.

O que caracteriza a AIM em causa é o fato de ser concedida, a título precário, sem o medicamento “ser previamente submetido a estudos aprofundados que garantam a sua segurança, elevada qualidade e eficácia de utilização para a população-alvo” [cfr. Considerando (1) do mesmo Regulamento].

O titular desta AIM condicionada fica especificamente obrigado, em calendário fixado na autorização, a completar os estudos em curso ou a realizar novos estudos, que confirmem a relação risco-benefício positiva e forneçam dados complementares, podendo ainda ficar obrigado a determinada recolha de dados de segurança (n.ºs 1 e 2 do artigo 5.º do Regulamento).

Esta AIM vale apenas pelo prazo de um ano, podendo ser renovada, desde que: (i) a renovação seja requerida com seis meses de antecedência e seja fornecido relatório do cumprimento das obrigações;

---

<sup>41</sup> Antunes, A. P. (2013), 16107; Antunes, A. P. S. (2020), 60, 69; Antunes, A. P. (2020), 419; Antunes, A. P. (2020b), 464.

<sup>42</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre este tipo de AIM, cfr. Shorthose, S. & S. Faircliffe (2017), 174-175; Shorthose, S. (2017), 189-203; Raposo, V. L. (2018), 42-43; Antunes, A. P. S. (2020), 384 e ss.; Antunes, A. P. (2020), 419; A. P. (2020b), 460-461; Antunes, A. P. (2020c), 7-8.

(ii) a relação risco-benefício se mantenha positiva e (iii) exista parecer favorável do CHMP, o qual igualmente se pronunciará sobre a manutenção ou modificação das obrigações (artigo 6.º).

O mencionado procedimento tem subjacente uma preocupação de eficiência e de respeito pelo princípio da integridade física dos animais e dos participantes em ensaios clínicos, pois permite que a mesma AIM seja válida em toda a UE, evitando a repetição de procedimentos desnecessários, incluindo ensaios<sup>43</sup>.

## **2.4 A AIM sob condições (ou circunstâncias) excepcionais**

No procedimento nacional, também pode ser concedida AIM sujeita a condições excepcionais<sup>44</sup> em dois conjuntos de situações: (i) aquelas em que é necessária a produção de prova adicional e (ii) aquelas, de carácter excepcional, em que os dados sobre a segurança ou eficácia do medicamento nas condições normais de utilização são insuficientes.

No primeiro dos indicados conjuntos são enquadráveis as situações em que o INFARMED, I.P., haja solicitado informações, elementos ou documentos adicionais nos termos do n.º 6 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, na sua redação atual, ou em que haja exigido a realização de exames laboratoriais nos termos do seu artigo 17.º.

Em tais situações, se, por qualquer razão relevante de interesse público – designadamente a necessidade de acesso precoce ao medicamento por parte dos doentes – for de imediato concedida a AIM, o requerente poderá – se assim, fundamentadamente, o entender o INFARMED, I.P. – ficar obrigado a cumprir uma das seguintes condições, consoante o caso: (i) incluir, no sistema de gestão do risco, medidas destinadas a garantir a utilização segura do medicamento

---

<sup>43</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 60; A. P. (2020), 419; Antunes, A. P. (2020b), 463-464.

<sup>44</sup> Sobre a autorização sob circunstâncias excepcionais a que se refere o n.º 8 do artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 726/2004, cfr. Antunes, A. P. (2000c), 8.

[alínea a) do n.º 5 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, na redação atual]; (ii) realizar estudo de segurança pós-autorização [alínea b) do n.º 5 do artigo 24.º]; (iii) cumprir as obrigações em matéria de registo ou notificação de suspeitas de reações adversas mais exigentes do que as previstas no capítulo sobre farmacovigilância [alínea c) do n.º 5 do artigo 24.º]; (iv) cumprir quaisquer outras condições ou restrições [alínea d) do n.º 5 do artigo 24.º]; (v) dispor de um sistema de farmacovigilância adequado [alínea f) do n.º 5 do artigo 24.º]; (vi) realizar estudos de eficácia pós-autorização, caso surjam dúvidas relacionadas com aspectos da eficácia do medicamento que só possam ser esclarecidas depois de o medicamento ser comercializado, atendendo às orientações da Comissão Europeia, caso existam [alínea g) do n.º 5 do artigo 24.º]<sup>45</sup>.

As situações enquadráveis no segundo dos referidos conjuntos revestem carácter excepcional: o requerente não dispõe ainda de dados completos sobre a eficácia ou segurança do medicamento nas condições normais de utilização (por exemplo, exposição do medicamento ao um número suficiente de doentes ou grupos específicos de doentes). A impossibilidade de apresentação dos dados deve ser demonstrada pelo requerente com fundamento em razões objetivas e verificáveis (n.º 2 do artigo 24.º)<sup>46</sup>.

As condições podem dizer respeito à segurança do medicamento e à notificação de todos os incidentes associados à respectiva utilização ou respeitar a certas medidas a tomar, em obediência ao estabelecido no Anexo I ao Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, na redação atual<sup>47</sup>.

Nos termos do n.º 4 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, na redação atual, neste segundo conjunto de situações, a AIM sujeita a condições é reavaliada anualmente. A

---

<sup>45</sup> Antunes, A. P. (2013), 16102-16103; Antunes, A. P. S. (2020), 379 e ss.

<sup>46</sup> Nota anterior.

<sup>47</sup> Nota anterior.

reavaliação deve ser requerida com uma antecedência não inferior a 90 dias relativamente ao termo do período de vigência anual, sob pena de caducidade da AIM. O requerimento a apresentar pelo interessado deve ser instruído com os elementos relevantes<sup>48</sup>.

## 2.5 A exceção do *uso compassivo*

A autorização de utilização excepcional (AUE) assenta na exceção do uso compassivo e pode ser excepcionalmente concedida em Portugal quando o medicamento não disponha de AIM ou quando, dela dispondo, não se encontre efetivamente comercializado no nosso país. A AUE pode ser concedida pelo INFARMED, I.P., em três hipóteses: (i) quando o medicamento seja, por razões clínicas, fundadamente considerado imprescindível à prevenção, diagnóstico ou tratamento de determinadas patologias, e comprovadamente inexista alternativa no conjunto de medicamentos com AIM; (ii) quando o medicamento seja necessário para impedir ou limitar a propagação, atual ou potencial, de agentes patogénicos, toxinas, agentes químicos, ou de radiação nuclear, suscetíveis de causar efeitos nocivos; (iii) quando o medicamento se destine a ser adquirido por serviço farmacêutico ou farmácia de oficina e a ser dispensado a um doente específico (n.º 1 do artigo 92.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, na redação atual).

A mesma autorização não deve ser concedida quando se trate da utilização de um medicamento experimental ou quando, na terceira hipótese, tenha sido emitido parecer desfavorável pela Comissão Nacional de Farmácia e Terapêutica (n.º 2 do artigo 92.º). O referido regulamento não se aplica a medicamentos destinados a uma utilização *off-label*<sup>49</sup>, os medicamentos manipulados, os medicamentos

---

<sup>48</sup> Nota anterior.

<sup>49</sup> Cfr. Earl-Slater, A. (1999), 100; Antunes, A. P. S. (2020), 400.



homeopáticos e os medicamentos tradicionais à base de plantas, conforme resulta das alíneas b) a e) do seu artigo 2.º.

Ao nível do direito da UE, estas autorizações fundam-se no designado *compassionate use*, previsto nos artigos 83.º do Regulamento (CE) n.º 726/2004 e no artigo 5.º da Directiva n.º 2001/83/CE<sup>50</sup>. No procedimento centralizado, estas autorizações devem efetivamente revestir carácter excepcional, face à regra da comercialização *canónica* de medicamentos ao abrigo de AIM.

Apesar da designação de *excepcionais*, as AUE são concedidas às centenas no nosso país. Acresce ainda que nem sempre essa concessão ocorre pelos melhores motivos, como acontece nos casos em que o titular da AIM pede a revogação desta, por não concordar com o PVP, e depois procura a comercialização, a preço mais elevado, ao abrigo de AUE.

## 2.6 A Cláusula Cipriota

O INFARMED, I.P., pode ainda conceder as designadas autorizações para medicamentos sem autorização ou registo (SAR), com fundamento em razões de saúde pública. Estas autorizações remontam ao processo de Revisão da Legislação Farmacêutica Europeia de 2004.

As referidas autorizações transpõem para o direito nacional a *Cláusula Cipriota*, prevista no artigo 126.º-A da Directiva n.º 2001/83/CE alterada, e visam obstar às consequências do eventual desinteresse económico, por parte do produtor do medicamento, em colocá-lo no mercado (artigo 93.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30

---

<sup>50</sup> Sobre a excepção do *uso compassivo*, cfr. Sáenz, F. M. B. (2010), 1-25; Shorthose, S. & S. Faircliffé (2017), 173; Antunes, A. P. S. (2020), 399-400; Antunes, A. P. (2020b), 461-462; Antunes, A. P. (2020c), 8-9.

de Agosto, na redação atual)<sup>51</sup>. Esta disposição permite que Estados membros com mercados de reduzida dimensão e pouco atrativos concedam licenças a terceiros para a produção dos medicamentos de que necessitam.

Essencialmente, trata-se de uma licença, específica do regime jurídico do medicamento, mas que apresenta afinidades com a licença obrigatória do regime da propriedade industrial (cfr. n.º 4 do artigo 93.º)<sup>52</sup>.

Esta autorização apresenta escasso interesse prático no nosso país, porquanto o nosso mercado tem maior dimensão do que o cipriota.

## 2.7 A utilização *off-label*

A utilização *off-label* consiste na utilização do medicamento para indicações terapêuticas ou em dosagem diferentes das autorizadas em sede de AIM. Este mecanismo é aceite internacionalmente, sob o ponto de vista ético. O próprio TJUE igualmente a reconhece: “... não se pode excluir que o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2001/83 possa ser invocado pela República Federal da Alemanha, no que se refere à disponibilização de um medicamento autorizado, como o *Avastin*, para indicações terapêuticas não cobertas pela AIM, quando uma tal elaboração é feita em conformidade com as especificações de um médico reconhecido e destinada aos seus doentes sob a sua responsabilidade pessoal direta”<sup>53/54</sup>.

---

<sup>51</sup> Pinheiro, P. & M. G. Henriques (2009), 153-155; Antunes, A. P. (2013), 16114; Antunes, A. P. S. (2020), 400-401.

<sup>52</sup> Sobre este ponto e a divergência quanto à possibilidade de concessão desta autorização no caso de prática de preços anormalmente elevados, cfr. Lamata, F., R. Gálvez, P. P. Barros & J. S. Caro (2015), 89. Cfr. Pinheiro, P. & M. G. Henriques (2009), 155, nota 4; Antunes, A. P. S. (2020), 401.

<sup>53</sup> Acórdão do TJUE proferido no Caso C-535/11, *Novartis Pharma GmbH v. Apozyt GmbH*, de 11 de Abril de 2013, 48.

<sup>54</sup> Sobre a proibição pela FDA da publicidade à utilização *off-label* de medicamentos nos EUA, cfr. Klasmeier, C. & M. H. Reddish (2011), 1-38. Sobre a utilização *off-label* em Espanha, cfr. Sáenz, F. M. B. (2010), 1-25. Cfr. Earl-Slater, A. (1999), 100;

### **3 Soluções alternativas ao regime vigente**

O regime em vigor é suscetível de melhoria, embora se reconheça que essa melhoria poderá ser muito dificultada pelo fato de o atual estado de coisas convir à indústria farmacêutica, porque constitui barreira à entrada de novos concorrentes e serve de fundamento para a prática de preços mais elevados por parte dos produtores<sup>55</sup>.

São equacionáveis soluções alternativas ao modelo atual, que consideramos aptas a reduzir as ineficiências que se lhe reconhecem.

As soluções que avançamos partem de um cenário mais conservador, no qual é mantida a exigência de autorização administrativa prévia à comercialização até um cenário mais ousado, em que essa autorização é dispensada, passando por outras soluções a meio caminho entre aquelas, nomeadamente aquela em que a avaliação prévia é realizada por uma entidade privada, mas acreditada junto dos vários países.

#### **3.1 Avaliação prévia ao início da comercialização e alargamento do âmbito do reconhecimento**

O cenário que agora vamos considerar é o mais conservador e consiste na manutenção da exigência de avaliação da segurança prévia à comercialização do medicamento. Referimos *supra* o princípio do reconhecimento mútuo que vigora no âmbito da UE e do espaço Económico Europeu (EEE), inclusivamente no regime jurídico do medicamento.

Face ao regime jurídico em vigor, admite-se que o referido princípio apenas se aplique, em termos territoriais, às autorizações administrativas concedidas pelas autoridades competentes dos Estados membros da UE e do EEE. Porém, esse âmbito revela-se demasiado redutor no que se refere aos medicamentos.

---

Antunes, A. P. S. (2020), 92; Antunes, A. P. (2020b), 462-463; Antunes, A. P. (2020c), 9; Raposo, V. L. (2018), 153 e ss.

<sup>55</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 534 e ss; Antunes, A. P. (2020), 424 e ss.

Na realidade, estamos convictos de que o aludido princípio deveria – no interesse da proteção da saúde e dos doentes – ser objeto de uma ampliação do seu âmbito, de modo a passar a abarcar as autorizações administrativas concedidas pelos países terceiros cujos regimes jurídicos de AIM consagrem um nível de exigência não inferior ao estabelecido no direito da UE<sup>56</sup>.

Refira-se que tal possibilidade não é alheia ao regime jurídico dos medicamentos, porque o direito da UE e, obviamente, o Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, já consagram, em certos casos e sob certas condições, um certo reconhecimento de atos praticados em países terceiros, conforme sucede com o seu n.º 5 do artigo 59.º, quanto à importação de substâncias ativas<sup>57</sup> e com o n.º 2 do seu artigo 61.º, quanto à libertação de lotes provenientes de países terceiros<sup>58</sup>.

Ainda que se entendesse ser demasiado lata a abertura a autorizações concedidas por qualquer país terceiro, poderia essa hipótese ser reduzida. Sabe-se que a UE faz parte do *International Council for Harmonisation* (ICH), na qual participam, desde a sua fundação, outros dois importantes blocos, que são os EUA e o Japão; participam igualmente as associações regionais representativas das empresas da indústria farmacêutica<sup>59</sup>. O mesmo organismo agremia também outras entidades de outros países e, nomeadamente, tem por missão harmonizar alguns requisitos para obtenção de AIM em cada país<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> Cfr., também neste sentido, Rago, L. & B. Santoso (2008), 75; Antunes, A. P. S. (2020), 388 e ss; Antunes, A. P. (2020), 425 e ss.

<sup>57</sup> O artigo 4.5 do Acordo CETA prevê um acordo de reconhecimento mútuo do programa de observância e execução das boas práticas de fabrico de medicamentos.

<sup>58</sup> O artigo 4.5 do Acordo CETA prevê um acordo de reconhecimento mútuo do programa de observância e execução das boas práticas de fabrico de medicamentos.

<sup>59</sup> Cfr. <http://www.ich.org/about/membership.html>; Gamboa, A., F. Canedo & S. Gomes (2003), 52 e ss; Antunes, A. P. S. (2020), 388 e ss.

<sup>60</sup> Cfr. Fernandes, R. S. M. (2012), 72 e ss, referindo-se, no entanto, à nomenclatura anterior desta organização; Antunes, A. P. S. (2020), 388 e ss.; Antunes, A. P. (2020), 425-426; Antunes, A. P. (2020b), 464-465; Antunes, A. P. (2020c), 14-15.

Parece, assim, razoável admitir que, em grande medida, pelo menos os três indicados blocos já partilham vários dos requisitos que a indústria farmacêutica tem de cumprir para a obtenção daquelas autorizações<sup>61</sup>.

Não custa, porém, admitir que, se é verdade que, a despeito dessa harmonização, os regimes vigentes nos EUA e no Japão, e em alguns outros países terceiros, serão diferentes do regime vigente na UE, parece igualmente admissível que, *grosso modo*, as autorizações neles concedidas não tenham um nível de exigência inferior ao nível de exigência praticado na UE<sup>62</sup>.

Nesta perspectiva, não existirá justificação, à luz de princípios relevantes – como sejam os da eficiência, da proteção da saúde, do acesso a medicamentos a custos comportáveis, da proteção da integridade física das pessoas e animais sujeitos a ensaios – para fazer depender a obtenção de AIM em solo europeu do cumprimento de toda a tramitação de AIM para um medicamento que, por exemplo, já passou por tramitação equivalente e obteve AIM nos EUA concedida pela *Food and Drug Administration* (FDA)<sup>63</sup>.

A este propósito, recorde-se que, no quadro do *uso compassivo*, nos casos em que o medicamento obteve autorização da FDA ou até de um país terceiro, o INFAMED, I.P., geralmente permite a sua utilização em Portugal, numa instituição de saúde, ao abrigo de uma AUE<sup>64</sup>.

E a verdade é que não têm sido conhecidos incidentes em Portugal com medicamentos utilizados ao abrigo de AUE, designadamente aqueles que foram previamente autorizados pela FDA e ainda não se mostrem autorizados em qualquer Estado membro da UE. Este fato demonstra, de algum modo, que a autorização concedida pela

---

<sup>61</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 390; Antunes, A. P. (2020), 426; Antunes, A. P. (2020b), 465; Antunes, A. P. (2020c), 14-15.

<sup>62</sup> Nota anterior.

<sup>63</sup> Nota anterior.

<sup>64</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 390; Antunes, A. P. (2020), 426.

FDA – mesmo que possa assentar em pressupostos não totalmente coincidentes – apresenta fiabilidade que deve ser tida em consideração<sup>65</sup>.

Neste contexto, poderá revelar-se excessiva a exigência de obtenção de AIM para Portugal ou para a UE, ao abrigo de um dos procedimentos em vigor, como condição da comercialização de um medicamento previamente autorizado num país terceiro, ou membro do ICH, ao abrigo de um ordenamento jurídico tão ou mais exigente que o nosso. Na verdade, essa exigência poderá representar uma demora acrescida e não imprescindível para o acesso ao medicamento por parte de *todos* os doentes que dele carecem – como é sabido, a AUE é normalmente concedida apenas *intuitu hospitalis* ou *intuitu personae* e não para uma utilização em todo o mercado nacional<sup>66</sup>. Mesmo o uso compassivo nos termos do artigo 83.º do Regulamento (CE) n.º 726/2004 é apenas permitido na base do doente identificado ou de um grupo restrito de doentes e não num potencial de mais de 9 milhões<sup>67</sup>.

Acresce referir que a sujeição de um medicamento, já anteriormente autorizado num país terceiro ao abrigo de um ordenamento jurídico tão ou mais exigente do que o da UE, a toda a tramitação de um novo procedimento autorizativo em solo da União, com condição *sine qua non* para comercialização, terá de ser considerado ineficiente. Na realidade, tal exigência implica que o requerente de AIM apresente neste procedimento os mesmos, ou novos, resultados de ensaios farmacêuticos, pré-clínicos e clínicos que já foram apresentados naquele país, o que representa a sujeição de mais pessoas e mais animais a ensaios, a despeito do preconizado pelo princípio da proteção da integridade física de pessoas e animais sujeitos a ensaios. Aquela exigência implica que se registre uma demora – com a duração da tramitação do procedimento – para o início da comercialização do medicamento, em detrimento dos doentes que dele

---

<sup>65</sup> Nota anterior.

<sup>66</sup> Nota anterior.

<sup>67</sup> Antunes, A. P. (2020c), 4.

necessitam, demora essa que, por vezes, poderá significar a perda de vidas nos termos já expostos<sup>68</sup>.

A sujeição do medicamento a novo procedimento autorizativo, território a território, implica custos de cumprimento mais elevados para os requerentes. Naturalmente que esses custos acabam por refletir-se negativamente no preço a que é vendido o medicamento, fato que igualmente prejudica o acesso por parte de quem dele necessita<sup>69</sup>.

Além disso e apesar dos esforços de limitação de custos e de *worksharing* que têm sido colocados em prática, a exigência de o medicamento dispor de AIM concedida por, pelo menos, uma autoridade da UE, para que possa ser comercializado no respectivo território, reclama a existência e manutenção de toda uma estrutura técnico-científica e de apoio à avaliação e decisão dos pedidos de concessão das AIM, bem como de todas as autorizações com elas conexas. Essa estrutura terá uma dimensão superior à que seria necessária se, por exemplo, se optasse por um âmbito mais amplo dos mecanismos de reconhecimento, como aquele que *supra* sugerimos. Quer isto dizer que esta estrutura, financiada em grande medida (ou até exclusivamente) através do pagamento das taxas pelos requerentes, tem necessariamente reflexos negativos nos preços a praticar na venda do medicamento ao público<sup>70</sup>.

Neste cenário, o Estado, os doentes e os contribuintes são obrigados a suportar os custos dessas exigências legais e regulamentares<sup>71</sup>.

Esta situação persiste no tempo – apesar do evidente reconhecimento das ineficiências<sup>72</sup> – porque quem poderia opinar, com maior conhecimento de causa, no sentido que propomos – como é o caso dos peritos e técnicos nacionais que participam nos procedimentos – acaba por extrair benefício pessoal do sistema vigente,

---

<sup>68</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 391; Antunes, A. P. (2020), 427.

<sup>69</sup> Nota anterior.

<sup>70</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 391; Antunes, A. P. (2020), 428.

<sup>71</sup> Nota anterior.

<sup>72</sup> Antunes, A. P. (2020c), 391-392.

nomeadamente através dos honorários que recebe e das deslocações e respectivas ajudas de custo de que usufrui. A situação assenta num conflito de interesse que impede uma análise mais distanciada desta problemática, bem como a apresentação de soluções mais eficientes e mais vantajosas para o Estado, para os doentes e para os contribuintes, que simultaneamente protejam a saúde<sup>73</sup>.

Esta questão tem ainda outras implicações importantes. Na verdade, a demora no início da comercialização do medicamento ao abrigo de uma AIM concedida em solo da UE, tem como consequência o fato de os direitos de propriedade industrial sobre esse medicamento, resultantes de patente e CCP, vigorarem até momento mais tardio.

Tenha-se em mente que a patente e o CCP garantem a exploração comercial exclusiva do medicamento durante um período não superior a 15 ou 15,5 anos após a concessão da primeira AIM em solo do EEE. Os prazos de protecção de dados igualmente garantem um período de exclusivo de exploração comercial. Por isso, se a AIM concedida pelo país terceiro for reconhecida na UE, o medicamento pode ser logo comercializado e a duração de patente e do CCP contar-se-á desse reconhecimento. Se, pelo contrário, tiver de realizar-se toda a tramitação do procedimento de AIM (mínimo 10 dias de validação e 210 dias de tramitação, a que acrescem os períodos de tempo concedidos para apresentação de elementos, informações e documentos pelos requerentes – *clock stops*), bem como, no caso do procedimento centralizado, até 67 dias para decisão pela Comissão Europeia, concluir-se-á que a demora poderá ser superior a um ano e, por este motivo, a duração da patente e do CCP terminará mais tarde, porque o início da contagem dos 15 ou 15,5 anos se iniciará em momento posterior<sup>74</sup>.

Os titulares de direitos de propriedade industrial sobre medicamentos beneficiam com este *statu quo*, porquanto, mediante

---

<sup>73</sup> Nota anterior.

<sup>74</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 392; Antunes, A. P. (2020), 429.



recurso às AUE, iniciam a comercialização do medicamento mesmo antes de a AIM ser concedida – sem qualquer concorrência – e beneficiam da proteção conferida, quer pelos prazos das patentes e CCP quer pelos prazos de proteção de dados, os quais apenas se contam a partir do momento em que a AIM vier a ser concedida<sup>75</sup>.

Todavia, com esta situação perdem o Estado e os doentes, porque o retardamento da entrada dos genéricos tem efeitos em matéria de preços e participações, bem como de eventual perda de vidas<sup>76</sup>. E perde também a concorrência<sup>77</sup>, porque os produtores de genéricos têm de respeitar aqueles prazos – para os quais não releva a comercialização anterior à concessão da primeira AIM em solo do EEE.

Por tudo isto, julgamos que, à semelhança do que sucede com o princípio do reconhecimento mútuo no EEE das autorizações administrativas concedidas, deveria evoluir-se para um reconhecimento mútuo de âmbito mais amplo, de modo a, no mínimo, abranger o espaço do ICH<sup>78</sup>.

O ICH já constitui um espaço de harmonização na área do medicamento, nomeadamente em alguns aspectos procedimentais. A harmonização e o consenso em matérias tão importantes como a qualidade, segurança e eficácia dos medicamentos permite agilizar a introdução no mercado de novos medicamentos, bem como aumentar a disponibilidade de medicamentos genéricos, com o que aumenta a concorrência e baixam os preços e, acima de tudo, poupa-se vidas<sup>79</sup>.

Importa notar que alguns passos já têm disso dados. Por exemplo, quanto aos medicamentos órfãos, a UE e os EUA já têm algo

---

<sup>75</sup> Nota anterior.

<sup>76</sup> Nota anterior.

<sup>77</sup> Cfr. AA. VV. (2008b), 84-86; Antunes, A. P. S. (2020), 392; Antunes, A. P. (2020), 429.

<sup>78</sup> Cfr., também neste sentido, Rago, L. & B. Santoso (2008), 75; Antunes, A. P. S. (2020), 581; Antunes, A. P. (2020), 430.

<sup>79</sup> Rago, L. & B. Santoso (2008), 66; Antunes, A. P. S. (2020), 581; Antunes, A. P. (2020), 430.

em comum do que poderia ser este reconhecimento mútuo alargado<sup>80</sup>. De fato, a EMA e a FDA adotaram um formato comum de requerimento de designação como medicamento órfão, que tem uma parte que é comum a ambas as entidades e duas partes com os aspectos específicos de cada um dos regimes (da UE e dos EUA)<sup>81</sup>. O referido modelo comum é pautado pela necessidade de redução dos custos de I&D por parte da indústria farmacêutica, para mais facilmente aderirem ao desenvolvimento desses fármacos. Além disso, têm sido desenvolvidos outros esforços de harmonização procedimental, mas sem dar o passo decisivo, que é o do reconhecimento<sup>82</sup>.

Se um sistema de reconhecimento mútuo das autorizações concedidas nos três blocos da ICH fosse adotado, aumentar-se-ia a eficiência e o bem-estar social, com diversas vantagens. Em primeiro lugar, ao nível ético, porque se reduziria a necessidade de repetição de ensaios e de sujeição de pessoas e animais a ensaios desnecessários; em segundo lugar, ao nível dos custos em I&D e cumprimento das obrigações regulamentares, porque as empresas apenas apresentariam os seus pedidos junto de uma entidade competente de um dos blocos; em terceiro lugar, esta solução teria reflexos positivos nos preços; em quarto lugar, haveria economias de custos por parte das entidades competentes, pois poderiam reduzir os seus corpos avaliativos, dada a redução do fluxo de trabalho; por último, os doentes acederiam mais cedo aos medicamentos de que necessitam, podendo, no limite, poupar-se vidas<sup>83</sup>.

Não se ignora que a mudança proposta implica modificações ao nível do direito internacional e do direito da UE, que dependem do grande empenho das partes envolvidas e – como tem sucedido noutros

---

<sup>80</sup> Hall, A. & M. R. Carlson (2014), 1-7; Antunes, A. P. S. (2020), 581; Antunes, A. P. (2020), 430.

<sup>81</sup> Faircliffe, S. (2017), 469-470; Antunes, A. P. S. (2020), 581; Antunes, A. P. (2020), 430.

<sup>82</sup> Antunes, A. P. (2020c), 9-10.

<sup>83</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 582; Antunes, A. P. (2020), 430-431; Antunes, A. P. (2020b), 465-466.

casos – do envolvimento ativo da indústria farmacêutica, pelo que é de se esperar alguma resistência, atenta a natureza de “legislação de produtor” que revestem estas exigências<sup>84</sup>.

### **3.2 Eliminação da autorização prévia e controlo após comercialização**

Por oposição ao que acabamos de referir, pode equacionar-se a abolição da exigência de prévia concessão de AIM. Provavelmente, este cenário encerrará menor risco, por contraponto ao risco para os doentes que decorre da demora necessária à preparação e tramitação do procedimento conducente a tal autorização<sup>85</sup>.

Esta poderá ser uma forma ousada de aumentar o acesso a medicamentos e de simultaneamente reduzir os seus preços.

Em resumo, transferir-se-ia para o produtor do medicamento todo o risco relativo à sua qualidade, segurança e eficácia no momento da entrada do mercado. Atualmente este risco encontra-se repartido entre o produtor e a(s) autoridade(s) competente(s) para a avaliação e concessão da AIM. No cenário que propomos, a segurança do medicamento, bem como a sua qualidade e eficácia, seria controlada após o início da comercialização do medicamento<sup>86</sup>.

Da abolição da exigência de avaliação de segurança e de autorização prévia ao início da comercialização não decorre necessariamente que o medicamento deixe de ser ensaiado e de ser produzido com a maioria das preocupações que atualmente norteiam a sua produção. É preciso notar que nenhuma companhia farmacêutica

---

<sup>84</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 130 e ss.

<sup>85</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 154 e ss., 194 e ss., 501 e ss.; Antunes, A. P. (2020), 432; Antunes, A. P. (2020b), 466; Antunes, A. P. (2020c), 11 e ss.

<sup>86</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 625; Antunes, A. P. (2020), 432; Antunes, A. P. (2020b), 466; Antunes, A. P. (2020c), 11 e ss.

pretende a má publicidade que resultaria de uma ou mais fatalidades causadas por um medicamento comercializado sem ensaios suficientes.

Porém, a abolição proposta implicaria que a empresa produtora do medicamento não teria de repetir ensaios nem de realizar ensaios adicionais, consoante o país onde apresentasse o pedido; apenas realizaria os ensaios considerados necessários de acordo com o seu próprio padrão de exigência e de qualidade<sup>87</sup>.

Tal como no caso do alargamento do âmbito do reconhecimento mútuo, a alteração preconizada permitiria ainda que as autoridades competentes deslocassem recursos da avaliação para a farmacovigilância, ou seja, para a atividade de controlo nomeadamente da segurança após comercialização<sup>88</sup>.

Deste modo, os doentes poderiam aceder mais depressa ao medicamento, porque este poderia entrar no mercado logo que o seu produtor assim entendesse, sem necessidade de sujeição à demora da tramitação dos procedimentos administrativos, ainda que, por exemplo, pudesse ficar obrigado a *notificar* o início da comercialização, em termos similares aos que vigoram para os produtos cosméticos.

Atualmente já existem em utilização centenas de medicamentos sem AIM em Portugal e, em certos casos, em todo o mundo, sem que se registem problemas maiores de segurança. É o que sucede com os medicamentos adquiridos através de AUE e com os medicamentos incluídos em programas de acesso precoce. Existem outros casos em que, apesar de o medicamento dispor de AIM, a mesma encontra-se sujeita a condições, ou foi concedida sob circunstâncias excepcionais, pelo que a sua qualidade, segurança e eficácia também ainda não se encontram suficientemente demonstradas e poderão nunca vir a sê-lo<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 579 e ss.; Antunes, A. P. (2020), 432; Antunes, A. P. (2020b), 467; Antunes, A. P. (2020c), 11 e ss.

<sup>88</sup> Nota anterior.

<sup>89</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 581; Antunes, A. P. (2020), 432-433.

Neste contexto, aquilo que propomos não é absolutamente desconhecido do sistema e não tem causado problemas de monta nem, na maioria dos casos, tem representado risco acrescido.

Tal não impede que, ao menor sinal de risco para a saúde, proveniente do medicamento, este seja, provisória ou definitivamente, retirado do mercado, por iniciativa do produtor ou por iniciativa da autoridade competente, em termos similares aos vigentes para a suspensão ou revogação da AIM, bem como similares ao que sucede com outros produtos colocados no mercado, tais como os alimentares ou os cosméticos<sup>90</sup>.

### 3.3 Outras possíveis soluções

É evidente que, entre os dois referidos extremos, são equacionáveis soluções menos ousadas. Seguidamente daremos dois exemplos de soluções suscetíveis de contribuir para a simplificação das exigências de que depende a comercialização do medicamento.

A primeira solução consiste na possibilidade de o produtor optar por um mais baixo *standard* de segurança, devendo essa opção ser revelada pelo preço, ao mesmo tempo que aumenta a capacidade de escolha tanto pelo produtor como, especialmente, pelo consumidor<sup>91</sup>.

A referida solução implicaria redução das exigências regulamentares e em particular do conjunto de ensaios exigido para obtenção da AIM, bem como dos preços dos medicamentos, por via da redução dos respectivos custos. Trata-se de uma solução inicialmente sugerida há mais de 30 anos pelo casal MILTON E ROSE FRIEDMAN<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 580; Antunes, A. P. (2020), 433; Antunes, A. P. (2020b), 467; Antunes, A. P. (2020c), 11 e ss.

<sup>91</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 534 e ss.; Antunes, A. P. (2020), 433; Antunes, A. P. (2020b), 467-468; Antunes, A. P. (2020c), 11 e ss.

<sup>92</sup> Friedman, M. & R. Friedman (2012), 253 e ss; Antunes, A. P. S. (2020), 534 e ss.; Antunes, A. P. (2020), 433-434.

As teses liberais defendidas pelo casal FRIEDMAN assentam *grosso modo* no princípio do aumento da liberdade de escolha por parte das pessoas<sup>93</sup>. Todavia, ao nível do medicamento, a liberdade de escolha do doente ainda permanece condicionada por vários fatores. Desde logo, essa liberdade está condicionada pela demora na obtenção de AIM e, depois, nos casos em que o titular da AIM beneficia de um exclusivo de exploração comercial, pelo fato de o medicamento não ter concorrência<sup>94</sup>. Acresce que a procura, no caso dos medicamentos, é inelástica e em que existe grande assimetria informativa dos doentes, por referência aos profissionais que prescrevem ou dispensam os medicamentos.

Até na maioria dos casos em que existem medicamentos genéricos, a liberdade de escolha do utente encontra-se condicionada pela obrigatoriedade legal de receita médica, bem como pela faculdade que assiste ao prescritor de, em alguns casos e mediante justificação, se opor à opção pela dispensa de um medicamento genérico. Acresce ainda que o farmacêutico tem o dever de dispensar um medicamento com preço igual ou inferior aos cinco preços mais baixos do grupo homogêneo, fato que igualmente condiciona a escolha pelo doente.

Acima de tudo, no caso dos medicamentos, está vedada ao doente a escolha do nível de segurança do medicamento que vai tomar, porque a legislação em vigor define que os medicamentos devem, todos sem exceção, obedecer a um elevado padrão de proteção da saúde, não admitindo níveis de segurança inferiores ao padrão fixado<sup>95</sup>.

Este regime causa perplexidade, pois, enquanto, por exemplo, a pessoa que compra um automóvel pode escolher de entre todos os veículos disponíveis no mercado, sabendo-se que, em regra, os de

---

<sup>93</sup> Sobre a escolha na saúde, cfr. também Rice, T. (2001), 9 e ss; Antunes, A. P. S. (2020), 535; Antunes, A. P. (2020), 434.

<sup>94</sup> Sobre a distinção entre direitos de exclusivo e monopólio, cfr. Bostyn, S. & N. Petit (2013), 18-19 Antunes, A. P. S. (2020), 535; Antunes, A. P. (2020), 434.

<sup>95</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 535; Antunes, A. P. (2020), 434; Antunes, A. P. (2020b), 467-469; Antunes, A. P. (2020c), 11 e ss.

preços mais elevados tenderão a ser mais seguros do que os de preços mais baixos, tal não sucede no caso dos medicamentos. Dito de outro modo, enquanto no mercado automóvel o sistema de preços cumpre a sua função de informação, tal não sucede no caso dos medicamentos – ou, pelo menos, essa informação é distorcida pelo conjunto de condicionamentos que referimos<sup>96</sup>.

Outro exemplo: no caso dos produtos alimentares, é razoável admitir que os produtos de preço mais elevado são tendencialmente mais seguros do que os de preço menos elevado. O mesmo sucede com as viagens aéreas, cujo nível de segurança tende a variar consoante se trate de uma companhia de bandeira ou de uma *low cost*, porque é razoável admitir que esta terá menores disponibilidades financeiras para assegurar uma mais exigente e frequente manutenção das aeronaves e, conseqüentemente, de segurança das viagens<sup>97</sup>.

Nos referidos exemplos, o nível de segurança é definido pelo mínimo indispensável e não por um elevado nível de segurança, como sucede com os medicamentos<sup>98</sup>.

Naqueles exemplos, o sujeito que pretende adquirir um automóvel, ou o que pretende adquirir determinado alimento ou realizar uma viagem aérea, tem maior amplitude de escolha, nomeadamente quanto ao nível de segurança que está disposto a pagar, do que o consumidor de medicamentos. O nível de segurança nesses casos é, como referimos, revelado pelo preço, o que não ocorre quanto aos medicamentos<sup>99</sup>.

Nos três exemplos apontados é possível uma opção do consumidor por um preço mais reduzido com um nível de segurança menor, o que não se verifica com os medicamentos. Neste caso, o doente é obrigado a comprar o medicamento com o nível de segurança

---

<sup>96</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 535; Antunes, A. P. (2020), 434-435; Antunes, A. P. (2020c), 11 e ss.

<sup>97</sup> Nota anterior.

<sup>98</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 536; Antunes, A. P. (2020), 435; Antunes, A. P. (2020c), 11 e ss.

<sup>99</sup> Nota anterior.

definido por lei e com o preço compatível com esse nível de segurança, o qual, em grande medida, se encontra influenciado pelos custos suportados com o seu desenvolvimento e com o procedimento visando a obtenção de AIM<sup>100</sup>.

Refira-se, aliás, que o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia também prevê um *standard* de um elevado nível de protecção dos consumidores nos seus artigos 12.º e 169.º, confirmado no artigo 38.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Todavia, enquanto no caso dos medicamentos o direito derivado da UE cumpre à risca o *standard* definido, já isso não sucede nos sectores automóvel, da alimentação e do transporte aéreo de passageiros, fato que poderá indiciar que o *standard* releva mais do próprio direito derivado do que do direito originário da UE, sendo, por isso, de mais fácil alteração<sup>101</sup>.

Assim, um modo possível de redução do número de ensaios exigidos, bem como dos custos com medicamentos e, conseqüentemente, da redução do respectivo preço de venda ao público, poderá passar pela alteração do *standard* de segurança definido para estes produtos, nos termos que expusemos.

Se, em vez de *um elevado nível* de protecção da saúde – ou seja, segurança tendencialmente máxima possível –, for definido *um nível mínimo indispensável* de segurança, abre-se todo um vasto campo de possibilidades, assente essencialmente no aumento da faculdade de escolha por parte do doente e no aumento da concorrência através do binómio segurança/preço. Este nível mínimo, ao implicar um menor número de ensaios, significa menor morosidade no desenvolvimento e autorização do medicamento, permitindo que o doente a ele possa aceder mais celeremente, com evidentes benefícios para a protecção da saúde<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> Nota anterior.

<sup>101</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 536; Antunes, A. P. (2020c), 11 e ss.

<sup>102</sup> Nota anterior.



Não são expectáveis consequências mais gravosas para os doentes do que aquelas que resultam para os consumidores em geral da aquisição e utilização do automóvel por si escolhido ou da aquisição e consumo de certo alimento ou da aquisição e realização de determinada viagem aérea em certa companhia de aviação. Na verdade, os medicamentos não são menos seguros nem implicam maiores riscos do que a circulação automóvel ou do que os alimentos ou do que uma viagem de avião. Todas são atividades que comportam riscos, mas o direito derivado da UE ou os Estados não têm, quanto a esses setores, adotado *standards* de segurança com grau de exigência mais elevado<sup>103</sup>.

Não encontramos outra justificação racional e objetiva para o que sucede com os medicamentos que não seja a da criação de condições monopolísticas fundamentadas nos “elevados custos” incorridos com I&D, bem como no cumprimento de obrigações legais, e que justificam a prática pela indústria farmacêutica de preços mais elevados. O regime atual poderá ser ainda justificado pela “aversão às más notícias relativas a um produto cuja qualidade, segurança e eficácia foi alvo de chancela pública por parte da autoridade competente”<sup>104</sup>.

A referida exigência poderá contribuir para o empolamento dos preços de monopólio e para, simultaneamente, desresponsabilizar as empresas e as autoridades, que assim – quando ocorra um acidente – poderão procurar exonerar-se, alegando ter cumprido todos os requisitos de segurança do medicamento, mesmo que a aplicação destes requisitos seja dispensável na maioria dos casos e, ainda assim, insuficiente para evitar tais ocorrências, por eventual inadequação<sup>105</sup>.

A UE já começa a perceber a irracionalidade, do ponto de vista da proteção da saúde e do desperdício de recursos, que este *standard* implica. Tanto assim que já condescende, em certos casos,

---

<sup>103</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 537; Antunes, A. P. (2020), 436; Antunes, A. P. (2020c), 11 e ss.

<sup>104</sup> Carpenter, D. (2010), 585 e ss; Antunes, A. P. S. (2020), 537; Antunes, A. P. (2020), 436-437; Antunes, A. P. (2020c), 11 e ss.

<sup>105</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 537; Antunes, A. P. (2020), 437.

com a concessão das autorizações sujeitas a condições, conforme resulta do n.º 7 do artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 726/2004 e do Regulamento (CE) n.º 507/2006<sup>106</sup>, das autorizações sob circunstâncias excepcionais nos termos do n.º 8 do mesmo artigo 14.<sup>o107</sup>, ou da AIM sujeita a condições por outras razões de segurança, nos termos do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, alterado. A EMA vem desenvolvendo outros mecanismos de *soft law* visando a aceleração do acesso do medicamento ao mercado<sup>108</sup>.

Além disso, a UE já vai defendendo, em certas áreas, algumas abordagens baseadas no risco. Isto é, procura concentrar recursos avaliativos nos aspectos suscetíveis de representar risco mais elevado. Só que esta abordagem continua a manter o mesmo nível de exigência junto dos requerentes e titulares de AIM, pelo que a mesma não influi no sentido da redução dos custos de cumprimento por parte das empresas nem da redução dos preços nem influi necessariamente na demora do acesso do medicamento ao mercado.

Além disso, em Portugal, algumas AUE são concedidas apenas mediante a apresentação de provas preliminares de benefício clínico, sem que o medicamento disponha de IAM em qualquer parte do mundo.

Deste modo, a redução do *standard* é uma medida que, por um lado, incrementa a racionalidade; por outro lado, aumenta a capacidade de escolha por parte do doente – este, acima do nível mínimo de segurança, poderá sempre optar por um medicamento que apresente maior nível de segurança, suportando o respectivo diferencial de preço; e, por último, permite um acesso mais célere ao medicamento e potencia a concorrência, seja pelo acesso mais precoce ao mercado por parte dos concorrentes, com reflexos no sentido da redução dos preços,

---

<sup>106</sup> Shorthose, S. (2017), 189-203; Antunes, A. P. S. (2020), 537; Antunes, A. P. (2020), 437; Antunes, A. P. (2020c), 11 e ss.; Raposo, V. L. (2018), 39-45.

<sup>107</sup> Antunes, A. P. (2020c), 11 e ss.

<sup>108</sup> Nota anterior.

seja pela possibilidade de concorrência pelo nível de segurança oferecido por cada medicamento similar<sup>109</sup>.

A segunda possível solução, também a meio caminho entre os dois referidos extremos, passaria pela adoção do modelo das diretivas “Nova Abordagem”. De acordo com o mencionado modelo, o medicamento continuaria a ser avaliado previamente à colocação no mercado, mas a avaliação seria efetuada por uma entidade privada: um *organismo notificado*<sup>110</sup>. Este organismo seria acreditado junto do maior número possível de autoridades do medicamento dos diversos países à volta do mundo<sup>111</sup>.

O mesmo organismo avaliaria o medicamento e – à semelhança do que sucede com a atribuição da marcação CE – dá-lo-ia como apto para ser comercializado. Sendo a avaliação privada é expectável que a mesma seja mais célere do que a realizada por organismo público. A tudo acresce o fato de o resultado da avaliação feita pelo *organismo notificado* ser válido para todos os Estados que reconheçam/acreditem o mesmo organismo<sup>112</sup>.

Este modelo, embora mantivesse uma avaliação prévia, reduziria o atual vasto número de autorizações Estado a Estado e o número de ensaios exigidos, podendo, na melhor das hipóteses, ser reduzido a uma só avaliação para a entrada em todos os mercados do Globo, o que representaria um ganho assinalável, em termos de tempo e de custos<sup>113</sup>.

Uma vez iniciada a comercialização, as autoridades públicas de cada Estado sempre poderão fiscalizar a conformidade do medicamento colocado no mercado e o *dossier* do medicamento avaliado, nomeadamente no que respeita à conformidade da informação

---

<sup>109</sup> Antunes, A. P. S. (2020), 537-538.

<sup>110</sup> Antunes, A. P. (2020), 439; Antunes, A. P. (2020b), 470; Antunes, A. P. (2020c), 11 e ss.

<sup>111</sup> Antunes, A. P. (2020), 439-440; Antunes, A. P. (2020b), 470-471; Antunes, A. P. (2020c), 11 e ss.

<sup>112</sup> Nota anterior.

<sup>113</sup> Nota anterior.

sobre o medicamento – rotulagem, folheto informativo e resumo das características do medicamento – e poderão suspender ou da revogar a AIM, se se verificar incerteza quando ao fato de o medicamento provocar, ou não, determinado efeito adverso.

### **Considerações finais**

O regime jurídico dos medicamentos poderia ser substancialmente melhorado, em termos que permitiriam o aumento da eficiência, a redução do número de ensaios exigidos e a redução dos preços, com benefício para as pessoas e animais participantes em ensaios, para os doentes e para o Estado. Mas, em particular, estas alterações permitiriam reduzir significativamente a demora do início da comercialização dos medicamentos e, assim, poupar grande número de vidas que se perdem na espera pelo acesso pelos doentes ao medicamento.

### **Referências**

AA. VV. **The Social Economics of Health Care**. John B. Davis (ed.), London, New York, Routledge, 2001.

AA. VV. **Farmacovigilância em Portugal**. *In*: VASCO, A. Maria (coord.). Lisboa, INFARMED, 2003.

AA. VV. **Drug Benefits and Risks**: International Textbook of Clinical Pharmacology, revised 2<sup>nd</sup> edition, C. J. Van Boxtel, Budiono Santoso & I. R. Edwards (eds.), Uppsala, IOS Press and Uppsala Monitoring Centre, 2008.

AA. VV. **The Encyclopedia of Libertarianism**. Ronald Hamowi (ed.-in-chief), Thousand Oaks, California, SAGE, 2008b.

AA. VV. **Direito(s) dos Riscos Tecnológicos**. GOMES, Carla Amado (coord.). Lisboa: AAFDL, 2014. Disponível em: <https://livraria.aafdl.pt/pt/direito-administrativo/480-direito-administrativo-direitos-dos-riscos-tecnologicos-5606939008114-5606939008114.html>.

AA. VV. **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; BOAS, Marco Anthony Stevenson Villas; CARMO, Valter Moura do (org.). v. 8. Palmas: Escola Superior da Magistratura Tocantinense.

AA. VV. **Guide to EU Pharmaceutical Regulatory Law**, Sally Shorthose (ed.), Bird & Bird LLP, Amsterdam, Wolters Kluwer, 2017b.

ANJO, Joana; CAFÉ, A.; CARVALHO, A.; DOROANA, M.; FRAGA, J.; GÍRIA, J.; MARINHO, R.; SANTOS, S.; VELOSA, J. O impacto da hepatite C em Portugal. **Jornal Português de Gastrenterologia**, 2014, 21 (2): 44/54. Disponível em: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0872817814000277?token=3B67DA1013EC5CAFDFB9020E199488E36FF1A124E63370C174BB56AE18F9DAD84779E6789BA11B841F4BD6F43F8F8E6A&originRegion=us-east-1&originCreation=20211220031129>. Acesso em: 20 dez. 2021.

ANTUNES, Aquilino Paulo. Alguns aspectos da autorização e do acesso ao mercado de medicamentos em Portugal. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Ano 2, n.º 14 de 2013, p. 16077-16163.

ANTUNES, Aquilino Paulo. Riscos associados a medicamentos: a garantia da segurança. *In*: AA. VV. 2014, p. 39-101.

ANTUNES, Aquilino Paulo. Ensaio Clínicos, Protecção dos Participantes e Acesso ao Medicamento: Preocupações Ético-Jurídicas e de Eficiência. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 6, n. 1, 401-446, 2020.

ANTUNES, Aquilino Paulo. Uma vacina para a COVID-19: recompensa por I&D e acesso. **Revista do Ministério Público**, número especial, p. 435-471, 2020b.

ANTUNES, Aquilino Paulo. Medicamentos para SARS-CoV-2 e COVID-19: time matters. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Lisbon Law Review (no prelo), 2020c.

ANTUNES, Aquilino Paulo da Silva. **O Acesso a Medicamentos em Portugal**. Uma Análise Jurídico-Económica. Lisboa: AAFDL, 2020.

BOSTYN, Sven; PETIT, Nicolas. **Patent=Monopoly**: A Legal Fiction, paper, p. 1-19, 2013.

CARPENTER, Daniel. Reputation and power: organizational image and pharmaceutical regulation at the FDA. **Princeton**, Oxford, Princeton University Press, 2010.

EARL-SLATER, Alan. **Dictionary of Health Economics**, Abingdon, Oxon, Radcliffe Medical Press, 1999.

FAIRCLIFFE, Sarah. Orphan Drugs. *In*: **AA. VV.** Chapter 13, p. 467-503, 2017b.

FELDSTEIN, Paul J. The Politics of Health Legislation: An Economic Perspective. **Third Edition**, Chicago, Health Administration Press, 2006.

FERNANDES, Roberta Silva Melo. 2012. **A Patente Farmacêutica e o Medicamento Genérico**: o problema da tensão jurídica entre o direito exclusivo e a livre utilização. Tese (Doutoramento em Ciências Jurídicas) - Universidade do Minho.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade para escolher**. Alfragide, Lua de Papel (grupo Leya), 2012.

GAMBOA, Adriana; CANEDO, Fátima; GOMES, Sílvia. Harmonização em Farmacovigilância. *In: AA. VV.* p. 49-59, 2003.

GOMES, Carla Amado. Precaução e Protecção do Ambiente: da Incerteza à Condicionalidade. *In: AA. VV.* p. 323-351, 2017.

HALL, Anthony K.; MARILYN, R. Carlson. The Current status of orphan drug development in Europe and the US. *In: Intractable & Rare Diseases Research*, 3(1), 1-7 (1 e ss), 2014.

HIGGS, Robert. Should The Government Kill People To Protect Their Health? **Foundation For Economic Education**, Saturday, January 01, 1994. Disponível em: <https://fee.org/articles/should-the-government-kill-people-to-protect-their-health/>.

KLASMEIER, Coleen; MARTIN, H. Reddish. **Off-Label Prescription Advertising, the FDA and the First Amendment**: A Study in the Values of Commercial Speech Protection. p. 1-38, 2011.

LACHMANN, P. J. The penumbra of thalidomide, the litigation culture and licensing of pharmaceuticals. **Quartely Journal of Medicine**, 2012, 105, 1179-1189.

LAMATA, Fernando; GÁLVEZ, Ramón; BARROS, Pedro Pita; CARO, Javier Sánchez. **Acesso aos Novos Medicamentos**: o Exemplo da Hepatite C – Custos, Preços e Patentes, 2015. Disponível em: [www.infarmed.pt](http://www.infarmed.pt).

LATER-NIJLAND, Hanneke. Abridged Procedure. *In: AA. VV.* Chapter 12, 439-466, 2017b.

MARIA, Vasco A.; CARMONA, Regina. Organização do Sistema Nacional de Farmacovigilância. *In: AA. VV.*, 2003.

PELTZMAN, Sam. **The Regulation of Pharmaceutical Innovation**: The 1962 amendments, Washington, D. C., American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1975.

PINHEIRO, Paulo; MIGUEL, Gorjão-Henriques. **Direito do Medicamento**. Centro de Direito Biomédico: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009.

RAGO, Lembit; BUDIONO, Santoso. Drug Regulation: History, Present and Future. *In: AA. VV.* p. 65-77, 2008.

RAPOSO, Vera Lúcia. **Danos Causados por Medicamentos**: Enquadramento Jurídico à Luz do Ordenamento Europeu. Coimbra: Almedina, 2018.

RICE, Thomas. Should consumer choice be encouraged in health care? *In: AA. VV.* p. 9-39, 2001.

SÁENZ, Francisco Miguel Bombillar. The Compassionate Exemption. *In: Spain: Not Asking for Compassion, paper*, p. 1-25, 2010.



SHORTHOSE, Sally & Sarah Faircliffe. Obtaining a Marketing Authorisation. *In: AA. VV.* Chapter 4, 153-188, 2017a.

SHORTHOSE, Sally. Conditional Marketing Authorisations. *In: AA. VV.* Chapter 5, p. 189-203, 2017b.

SILVEIRA, Diana Montenegro. **Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos.** Centro de Direito Biomédico, 18, Coimbra: Coimbra, 2010.

STIGLER, George J. The theory of economic regulation. **The Bell journal of economics and management science**, p. 3-21, 1971.

WARDELL, William R. More Regulation or Better Therapies? **Regulation**, p. 25-33, set./out. 1979.

WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. **O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017.



# Gestão do risco ambiental e “direito a saber”: em especial, no plano da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

*Environmental risk management and “right to know”: in particular, in terms of the jurisprudence of the European Court of Human Rights*

Carla Amado Gomes\*

**Resumo:** O texto versa sobre o direito de acesso à informação no contexto da sociedade de risco e muito especialmente sobre a jurisprudência que tem sido dedicada ao “direito a saber” pela Corte Europeia dos Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Acesso à informação. Informação ambiental. Direito a saber.

**Abstract:** The text is about the right of access to information in the context of risk society and very especially about the jurisprudence that has been dedicated to the “right to know” by the European Court of Human Rights.

**Keywords:** Access to information. Environmental information. Right to know.

## 1 O *direito a saber*: breve relance comparado

Nas últimas décadas, em razão do imperativo democrático da comunicação de riscos, naturais e tecnológicos, começa a impor-se, no contexto da gestão do risco, sobretudo tecnológico, um “direito a saber” (*right to know*). A Declaração do Rio, de 1992, inclui um artigo (10º) dedicado ao direito de acesso à informação ambiental, mas na

---

\* 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). <https://www.facebook.com/carlamadogomes?ref=hl>.

verdade esse dispositivo limita-se a reconhecer e a consagrar com dimensão universal um direito emergente.

No espaço da União Europeia, a primeira diretiva Seveso (directiva 82/501/CEE, do Conselho, de 24 de Junho) estabelece o direito do público potencialmente afetado pelo risco criado pela instalação perigosa a conhecer toda a informação relevante no sentido da adopção de comportamentos de autoproteção (bem assim como dos funcionários da instalação). O direito alargou-se depois a um objeto material mais vasto através da diretiva 90/313/CEE, do Conselho, de 7 de Junho, alterada na sequência da ratificação da Convenção de Aarhus pela diretiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro. O artigo 3º, nº 1 desta diretiva estabelece, com efeito, que “Os Estados-Membros asseguram que as autoridades públicas sejam, nos termos da presente Diretiva, obrigadas a disponibilizar a qualquer requerente informação sobre ambiente na sua posse ou detida em seu nome, sem que o requerente tenha de justificar o seu interesse”.

Na mesma diretiva, estabelece-se uma obrigação de divulgação sistemática de informação sobre o estado do ambiente pelas entidades públicas competentes, conforme se extrai do nº 1 do artigo 7º: “Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para garantir que as autoridades públicas organizem a informação sobre ambiente na sua posse ou detida em seu nome e pertinente para o desempenho das suas funções, com vista à sua divulgação ao público de uma forma ativa e sistemática, através, nomeadamente, de tecnologias telemáticas e/ou electrónicas, quando estas estejam disponíveis”.

Apesar da firmeza formal das normas deve assinalar-se, em abono da verdade, que este dever de concessão e divulgação de informação encontra sérias resistências da parte das instituições europeias, tanto no plano geral como especificamente ambiental. O Tribunal de Justiça da União Europeia tem desenvolvido uma linha jurisprudencial a favor do fortalecimento deste direito, embora haja aspectos que permanecem vulneráveis, nomeadamente no plano da

legitimidade de organizações não governamentais e movimentos cívicos através da ação popular<sup>1</sup>.

Note-se que este direito é exercido sobretudo junto das autoridades administrativas especificamente competentes, uma vez que as atividades com potencial risco para o ambiente e saúde necessitam de autorização prévia. Assim, importava desde logo quebrar o paradigma de segredo que pautou a atuação das Administrações durante séculos, fazendo irromper o princípio do *open file*/arquivo aberto, que implica o direito de acesso dos cidadãos à informação na posse das autoridades administrativas, **a toda** a informação (pública e privada), ressalvadas, evidentemente, certas restrições decorrentes da necessidade de salvaguarda de outras posições jusfundamentais (como a privacidade, o segredo de Estado, os segredos industriais).

Na Europa, os Estados resistiram durante muito tempo a abandonar a lógica do segredo nas relações entre a Administração e os particulares (Portugal, por exemplo, consagrou o princípio do arquivo aberto com a Constituição de 1976 – artigo 268º, nº 2), um tanto em razão dos regimes políticos, outro tanto devido ao alegado conflito entre o acesso à informação generalizado e o princípio da democracia representativa. Honrosas exceções a este quadro constituem alguns Estados escandinavos, dos quais se destaca a Suécia, onde desde 1766 (*Freedom of the Press Act*) os cidadãos têm acesso irrestrito (ressalvadas as restrições a que aludimos) à informação detida por entidades públicas. A Finlândia seguiu o exemplo em 1951 (*Publicity of Documents Act*) e a Dinamarca também, em 1970 (*Public Access Act*)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Mais desenvolvidamente sobre este ponto, Carla AMADO GOMES e Rui TAVARES LANCEIRO, O Acesso à informação ambiental no Direito Internacional e no Direito da União Europeia. *In: Direito Internacional do Ambiente: uma abordagem temática*, Lisboa, 2018, p. 231 segs, esp. 255 segs.

<sup>2</sup> Peter, SAND. **The Right to Know: Environmental Information Disclosure by Government and Industry**, 2005. p. 2. Disponível aqui: <https://www.researchgate.net/publication/228464480>.

Os Estados Unidos da América levaram, numa primeira fase, a dianteira neste processo de democratização do acesso à informação. Recorde-se o *US Freedom of Information Act*, de 1966, anunciado pelo *Federal Administrative Procedure Act*, de 1946, onde se consagra o princípio do *open file*. Mais especificamente no campo das informações sobre riscos ambientais, o *Emergency Planning and Community Right-to-Know Act* norte-americano, de 1986, incorpora mesmo no seu título a formulação do “direito a saber”. Este diploma reage ao desastre de Bhopal, na Índia, originado na fuga de 40 toneladas de gases tóxicos da fábrica de pesticidas da empresa Union Carbide, em 1984, que gerou milhares de mortes, imediatas e protraídas no tempo, e para cujo balanço letal muito contribuiu a total ignorância da população e das autoridades (de saúde, de segurança) sobre o risco a que estavam expostos.

O *Emergency Planning and Community Right-to-Know Act* coloca uma especial ênfase na vertente educacional, formacional e informacional das estruturas de contraditório público, quando estabelece a necessidade de criação dos Comitês locais de planeamento de emergência (*Local Emergency Planning Committees, LEPC*), onde se reúnem mensalmente vizinhos, representantes do Governo estadual, representantes da indústria, autoridades de saúde e de segurança e quaisquer outros cidadãos e organizações interessados nas questões em debate, mais concretamente sobre planos de emergência, notificações de emergência, relatórios sobre armazenamento de substâncias perigosas e publicitação de acidentes<sup>3</sup>.

Nesta primeira fase, inclui-se também a aprovação do *Toxics Release Inventory (TRI)*, que faz parte do *Emergency Planning and Community Right-to-Know Act*. Este normativo impõe às empresas deveres de comunicação sistemática de emissões industriais, a qual é publicitada numa base de acesso público gerida pela *Environmental Protection Agency*, bem assim como através de redes nacionais de

---

<sup>3</sup> Cfr. a página da EPA dedicada ao sistema de emergência: <https://www.epa.gov/epcra>.

Organizações não Governamentais. Desta forma, qualquer pessoa pode descarregar informação específica relativa a emissões industriais emitidas por determinada instalação numa linguagem acessível<sup>4</sup>.

Nesta primeira fase de implementação do direito a saber, os resultados foram extraordinariamente positivos, tendo conseguido promover a redução de componentes tóxicos na água e na atmosfera entre 40% a 85%. Os atentados do 11 de Setembro de 2001 travaram, no entanto, esta rota de sucesso na medida em que levaram à aprovação de variada legislação a qual, em nome da segurança nacional, permite às empresas e à Administração ambiental uma maior margem de reserva de divulgação de informação sobre instalações industriais e suas emissões<sup>5</sup>.

Independentemente do grau de restrições oponível, a convicção de que a informação pode salvar vidas torna a comunicação do risco, mais do que uma exigência legal, um verdadeiro imperativo moral. Para além de salvar vidas, a informação é um importante fator de *empowerment* das populações em face das grandes empresas, uma vez que lhes permite fazer escolhas conscientes, evitar manipulações e prevenir a tomada de decisões lesivas para o ambiente e para a saúde – ou seja, torna a comunicação do risco num procedimento mais equitativo. O direito a saber, cuja afirmação de cidadania especificamente política já vinha de longe, ganha com o *Emergency Planning and Community Right-to-Know Act* uma dimensão de defesa de interesses coletivos das e pelas comunidades, o que leva HADDEN a concluir que existe, na verdade, um *continuum* de direitos a saber<sup>6</sup>:

---

<sup>4</sup> No plano dos estados, refira-se que a Califórnia aprovou, também em 1986, o *Safe Drinking Water and Toxic Enforcement Act* (conhecido por ‘Proposition 65’), no qual se exige a emissão de avisos sobre níveis de toxicidade especificamente no setor da água potável, salvo se os abastecedores puderem provar que o nível de exposição é suficientemente baixo para constituir um risco não significativo.

<sup>5</sup> Cfr. Peter SAND, *The Right to Know...*, *cit.*, p. 7.

<sup>6</sup> *Apud* Bernardo H. MOTTA e Michael J. PALENCHAR, **Awareness, Attitudes and Utilization of Community Right to Know: Public Relations Practitioners and Environmental Risk Communication**. 2008, p. 8. Disponível em:

- 1) um básico direito a saber;
- 2) um direito a saber com vista à redução do risco;
- 3) um direito participativo a saber (no contexto da tomada de decisão pública); e
- 4) um direito a saber para reformular o jogo de poder (*changing the balance of power*).

## **2 O direito a saber na jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem: um direito oblíquo**

O direito à informação sobre riscos ambientais e sanitários vem sendo progressivamente reconhecido pela Corte de Estrasburgo, no âmbito da teoria das obrigações positivas (para o Estado), a qual extrai do direito à privacidade e à vida familiar (artigo 8º CEDH) vários direitos correlacionados. A *vis expansiva* desta posição jurídica permite a configuração de um direito a conhecer os riscos a que o cidadão está exposto quando tem na sua vizinhança uma instalação perigosa ou pratica atividades profissionais de risco.

Recorde-se, desde logo, o clássico caso *Ana Maria Guerra e outros c. Itália* (1998), no qual a Corte Europeia dos Direitos do Homem (doravante, Corte) condenou Itália por violação do direito dos autores a receber informação sobre o risco de contaminação do ar decorrente do funcionamento de uma fábrica de produtos químicos na localidade de Manfredonia (estabelecimento considerado de risco pela diretiva Seveso), a cerca de 1 km das suas residências, na sequência de um acidente ocorrido em 1985. A Corte preferiu a via da garantia da reserva da vida privada ao direito à informação (artigo 10º), entendendo que este direito pressupõe que o sujeito solicite a informação e esta lhe

---

[https://www.academia.edu/3066868/Motta\\_and\\_Palencar\\_2008\\_. \\_Awareness\\_attitudes\\_and\\_utilization\\_of\\_community\\_right\\_to\\_know\\_”\\_30th\\_Annual\\_Research\\_Symposium\\_of\\_the\\_College\\_of\\_Communication\\_and\\_Information\\_The\\_University\\_of\\_Tennessee\\_Knoxville\\_TN.](https://www.academia.edu/3066868/Motta_and_Palencar_2008_. _Awareness_attitudes_and_utilization_of_community_right_to_know_”_30th_Annual_Research_Symposium_of_the_College_of_Communication_and_Information_The_University_of_Tennessee_Knoxville_TN.)



não seja facultada, mas já não que tenha um direito a ser informado *independentemente* de solicitação.

Uma década mais tarde, a Corte prolataria uma decisão identicamente célebre, na qual procedeu a uma recensão de instrumentos que consagram o direito à informação como instrumento de proteção do ambiente e da saúde (além de remeter para alguns outros casos próximos, decididos no interim). Foi no caso *Tatar c. Roménia* (2009), onde se apreciou a responsabilidade do Estado romeno por défice de informação à população sobre os riscos associados a uma fábrica de extração de cianeto de sódio em Baia Mare. Um acidente no ano 2000 levou à fuga de 100.000 m<sup>3</sup> de água contaminada, a cuja exposição os residentes em Baia Mare e concretamente, o autor, foram especialmente sujeitos e que terá agravado significativamente a doença respiratória deste último.

A Corte sublinhou que este acidente era previsível, em face de estudos de impacto ambiental de 1993, não devidamente publicitados e, ademais, negligenciados nas suas conclusões relativas a obrigações de prevenção. Os Juízes de Estrasburgo realçaram ainda que:

112. Dadas as consequências sanitárias e ambientais do acidente ecológico, conforme foi apontado por estudos e relatórios internacionais, a Corte considera que a população da cidade de Baia Mare, incluindo os requerentes, tinha que viver em estado de emergência, ansiedade e incerteza, acentuadas pela passividade das autoridades nacionais, que tinham, por seu turno, o dever de fornecer informações suficientes e detalhadas sobre as consequências passadas, presentes e futuras do acidente ecológico sobre a sua saúde e meio ambiente e sobre as medidas preventivas e recomendações para a gestão de populações que seriam sujeitas a eventos semelhantes no futuro. A isso se soma o medo devido à continuação da atividade e à possível reprodução, no futuro, do mesmo acidente.

Recentemente, têm-se sucedido os casos de condenação do Estado por violação de deveres – materiais e comunicacionais – de prevenção de riscos, continuando a Corte a invocar o artigo 8º da Convenção e eventualmente também o artigo 2º (direito à vida). Um caso relevante para a matéria da gestão do risco tecnológico e do correlativo dever de informação sobre este foi analisado pela Corte de Estrasburgo na decisão *Kolyadenko e outros c. Rússia* (2012), que condenou o Estado russo por déficit de prevenção de inundações provocadas por descarga de um reservatório em agosto de 2001 (houve avisos de sobrecarga do reservatório e de necessidade de limpeza desde 1999).

A Corte reconheceu que as condições meteorológicas foram anormalmente adversas e que os danos eram porventura minimizáveis (embora em menor medida, em caso de prevenção adequada e atempada); todavia, cabendo a monitorização do reservatório no domínio das atividades técnicas de gestão do risco, os deveres de prevenção eram acrescidos e foram gravemente negligenciados.

Este acórdão remete para o caso *Boudaïeva e outros c. Rússia* (2008), no qual a Corte afirmou a necessidade de observância de deveres de prevenção do risco natural (no caso, relativamente à população de uma localidade situada no sopé de uma encosta sazonalmente exposta a enxurradas), tendo condenado o Estado russo por omissão grave de condutas materiais de minimização do risco e por grave déficit de cumprimento de deveres de informação à população.

Deve incluir-se nesta análise também um aresto de 2013, no qual a Corte deu mais um passo no fortalecimento do *direito a saber*, ao condenar o Estado norueguês por não ter assegurado devidamente o dever de as empresas petrolíferas atuando no Mar do Norte fornecerem aos seus mergulhadores as tábuas de descompressão que lhes permitiriam apreender os riscos profissionais a que ficavam sujeitos. No caso *Vilnius c. Noruega* (2013), o autor argumentava ter sofrido sérios danos neurológicos, auditivos e ósseos em virtude da sua atividade de mergulhador,

exercida em várias empresas norueguesas durante a “era pioneira” da exploração de petróleo (1965-1990).

A Corte, através da análise dos documentos carreados para os autos, concluiu que as autoridades públicas estavam perfeitamente cientes de que a atividade de mergulho e a metodologia de descompressão envolvia graves riscos para a saúde dos mergulhadores, mesmo em condições normais (ou seja, sem acidentes). Daí que deveriam velar para que as empresas partilhassem a informação disponível com os seus funcionários através de atividades inspectivas periódicas, sobretudo quando as dúvidas sobre o impacto da atividade na saúde dos mergulhadores, mesmo sem acidentes, começaram a surgir. Nas palavras da Corte,

Tendo em conta todas as considerações acima mencionadas, em particular o papel das autoridades na autorização de operações de mergulho e na proteção da segurança de tais operações, bem como a falta de consenso científico na altura sobre os efeitos a longo prazo da doença descompressiva e a incerteza sobre essas questões que existiam na época (...), a fim de minimizar a possibilidade de dano, foi exigida uma abordagem muito cautelosa (...). Na opinião do Tribunal, teria sido razoável, portanto, que as autoridades tomassem a precaução de garantir que as empresas observassem a total transparência sobre as mesas de mergulho utilizadas e que os requerentes, e outros mergulhadores como eles, recebessem informações sobre as diferenças entre tabelas, bem como sobre as suas preocupações em relação à segurança e saúde, que constituíam informação essencial de que necessitavam para avaliar o risco para a sua saúde e para dar o seu consentimento informado aos riscos envolvidos. Isso as autoridades poderiam ter feito quando, por exemplo, autorizavam operações de mergulho e inspeções. Se o tivessem feito, talvez pudessem ter ajudado a eliminar mais cedo o uso de tabelas rápidas como um meio para as empresas promoverem os seus próprios interesses comerciais, aumentando potencialmente os riscos à saúde e segurança dos mergulhadores. Ao não fazê-lo, o Estado demandado

não cumpriu sua obrigação de garantir o direito dos requerentes a respeito de sua vida privada, violando o artigo 8 da Convenção. Por conseguinte, houve uma violação desta disposição.

Destarte, a Corte confirma a responsabilidade do Estado, ainda que em posição subsidiária ou de garante das empresas petrolíferas, pela omissão destas, uma vez que, autorizando as operações de mergulho, tem deveres de fiscalização inerentes ao bom cumprimento das obrigações decorrentes dos atos autorizativos (nomeadamente, a segurança e saúde dos trabalhadores nelas envolvidos).

Este aresto é particularmente ilustrativo da multilateralização das questões da governança na gestão do risco, tanto do ponto de vista da sua avaliação, como da sua comunicação. A *democratização do risco* força o alargamento do universo do contraditório público, em ordem à legitimação das decisões tomadas em contextos de incerteza, quer quanto à escolha dos riscos (toleráveis/intoleráveis), quer quanto à minimização da sua eventualidade e/ou efeitos.

No ano seguinte, a Corte confirmou esta linha jurisprudencial num caso que envolveu contaminação por amianto, com danos físicos variados, de um conjunto de trabalhadores da Malta Drydocks Corporation, uma empresa estatal ligada à reparação de navios (*Brincat e outros c. Malta*, 2014). Sem embargo da dificuldade de estabelecer uma data precisa a partir da qual os riscos do amianto se tornaram conhecidos e conseqüentemente, de fazer decorrer desse fato uma obrigação de divulgação do risco e de prevenção e minimização do mesmo, a Corte considerou haver suficientes indícios provenientes da comunidade científica e de autoridades competentes ao nível sanitário para se poder concluir que houve violação do dever de informação sobre riscos vitais por parte do Estado maltês aos seus empregados num período (1980-2000) em que tal informação já seria disponibilizável. Nas palavras da Corte,

113. Quanto ao dever de fornecer acesso a informações essenciais que permitam aos indivíduos avaliar os riscos à sua saúde e vidas, a Corte observa que o Governo alegou que não havia relatórios ou informações disponíveis e que, por isso, era difícil fornecer qualquer informação fiável aos requerentes. Eles observaram, no entanto, que a Autoridade de Saúde e Segurança Ocupacional forneceu informações preventivas e diretrizes sobre o manejo e uso do amianto, embora nenhuma acção investigativa tenha sido desenvolvida especificamente sobre a situação do amianto no local de trabalho dos requerentes.

Além disso, o Governo nem sequer argumentou que, de fato, qualquer informação geral fosse acessível ou disponibilizada aos requerentes. Em vez disso, o Governo, aparentemente alheio às obrigações decorrentes da Convenção, optou por considerar que não era sua responsabilidade fornecer informações desde o início e que qualquer pessoa em tal ambiente de trabalho estaria, em qualquer caso, plenamente ciente dos riscos envolvidos. A Corte considera que a última declaração contrasta com o argumento reiterado do Governo de que eles (apesar de serem empregadores e, portanto, bem familiarizados com tal ambiente), por muito tempo desconheciam os perigos. A Corte considerou inadequada a alegação do Governo de que a distribuição das máscaras mencionadas acima [fornecidas desde finais da década de 1970] era uma fonte implícita de informações.

Fica bem patente, desta jurisprudência, que a Corte considera o dever de divulgação de informação sobre riscos para a saúde e para o ambiente uma obrigação inarredável dos Estados nos tempos atuais. O que surpreende é a sua posição inflexível de filiação do direito a ser informado ao direito à vida (ou à reserva de intimidade da vida privada), na linha da teoria das “obrigações positivas”, em vez de, na senda da Convenção de Aarhus (1998, em vigor desde 2001), fazer decorrer esta pretensão do direito à informação consagrado no artigo 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, dotando-o de autonomia procedimental.

Porventura uma alteração à Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotando a ‘fertilização cruzada’ com a Convenção de

Aarhus se justificasse neste momento. Repare-se que a Corte chega a invocar a Convenção de Aarhus e as suas disposições específicas para sediar essas obrigações procedimentais no plano do direito interno — mas depois consome-as em dimensões positivas do direito à vida no plano da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Anote-se, por exemplo, este passo do caso *Di Sarno e outros c. Itália* (2012), no contexto da “crise do lixo” vivida na Campania entre 2008/2010:

106. Particularmente no contexto de atividades perigosas, os Estados têm a obrigação de aprovar regulamentação voltados para as características especiais da atividade em questão, particularmente no que diz respeito ao nível de risco potencialmente envolvido. Devem reger o licenciamento, o estabelecimento, o funcionamento, a segurança e a supervisão da atividade e devem obrigar todos os interessados a tomar medidas práticas para assegurar a proteção efetiva dos cidadãos cujas vidas possam ser ameaçadas pelos riscos inerentes (...).

107. Quanto às obrigações processuais nos termos do artigo 8.º, o Tribunal reitera que atribui especial importância ao acesso do público a informações que lhes permitam avaliar os riscos a que estão expostos (...) Reitera ainda que o nº 1, alínea c), do artigo 5º da Convenção de Aarhus, ratificada pela Itália, exige que cada Parte assegure que “em caso de ameaça iminente para a saúde humana ou para o ambiente, causada por atividades humanas ou devido a causas naturais, todas as informações que possam permitir ao público tomar medidas para prevenir ou mitigar os danos decorrentes da ameaça e que sejam mantidas por uma autoridade pública são divulgadas imediatamente e sem demora aos membros do público que possam ser afetados.

Encerrando este breve périplo, não podemos deixar de aludir a um caso que lateralmente envolve o direito à informação – mais uma vez, sobre os riscos do amianto – mas que ilumina sobretudo o problema de saber até quando, na ausência de informação atempada sobre riscos vitais, pode uma vítima apresentar uma ação judicial para

efetivar responsabilidade contra quem não adoptou medidas preventivas. No caso *Howald Moor e outros c. Suíça* (2014) discutia-se a violação do artigo 6º, nº 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que garante o direito a um processo equitativo, alegadamente violado pela norma da legislação suíça que consagra um prazo decadencial — de dez anos — do direito de ação, contado a partir da ocorrência do facto lesivo. O Sr. Moor teria estado pela ultima vez exposto a amianto no ano de 1987, sendo que a produção deste material foi proibida na Suíça em 1989; todavia, apenas em 2007 (dois anos após a sua morte) foi proposta, pela viúva, uma ação contra a empresa para a qual trabalhara desde 1964 — que os tribunais suíços consideraram improcedente, em razão da caducidade do direito de ação.

A Corte, sublinhando a complexidade do caso, chamou a atenção para que os danos da contaminação por amianto são danos por acumulação, o que significa que podem levar décadas a manifestar-se. Nesse quadro, uma norma de decadência de dez anos torna inviável a esmagadora maioria das pretensões indemnizatórias e revela-se desproporcionada, violando assim o direito a um processo equitativo. Em discurso direto:

77. Além disso, mesmo convencido dos objetivos legítimos prosseguidos pelas regras de caducidade aplicadas, a saber, em particular, a segurança jurídica, o Tribunal questiona a proporcionalidade da sua aplicação ao presente caso. Aceita, como afirmam as recorrentes, que a aplicação sistemática dessas regras às vítimas de doenças que, como as causadas pelo amianto, só podem ser diagnosticadas durante longos anos após os acontecimentos patogénicos, é susceptível de privar as pessoas em causa da possibilidade de fazer valer os seus direitos em tribunal.

78. Tendo em conta a legislação existente na Suíça em situações semelhantes e sem antecipar outras soluções possíveis, o Tribunal considera que, quando se prove cientificamente que uma pessoa é incapaz de saber que ela sofre de uma certa doença, tal circunstância deve ser levada em conta ao calcular o prazo de validade ou prescrição.

79. Por conseguinte, tendo em conta as circunstâncias excepcionais do presente caso, o Tribunal considera que a aplicação dos prazos de caducidade ou de prescrição tem um acesso limitado a um órgão jurisdicional que os direitos das recorrentes alcançado em sua própria substância, violando assim o artigo 6 § 1 da Convenção.

Assinale-se a extrema cautela da Corte em frisar que se trata de um caso excepcional. A definição do momento do conhecimento da prova científica de que uma pessoa é suscetível de sofrer de uma certa doença — ou, pela negativa, a prova de que antes de uma determinada data, ela não sabia nem podia saber que sofria de uma certa doença — pode ser árdua e desde logo incerta. Mas, malgrado a importância da salvaguarda da segurança jurídica, a rigidez dos prazos de prescrição deve poder ser quebrada — por exemplo, com base na alegação de uma figura como o “justo impedimento” ou outra similar — para garantir a substancialidade dos deveres de proteção da vida e de prevenção contra riscos vitais.

### **Nota conclusiva**

O direito a saber é hoje – pelo menos nos Estados desenvolvidos – uma conquista de cidadania, embora as preocupações securitárias o queiram descartar, em nome de um pretenso sobrevalor da segurança (sobretudo em face dos receios de aproveitamento da informação sobre instalações perigosas por terroristas para perpetração de atentados). Antes pelo contrário, a percepção (*awareness*) do risco pela comunidade reforça o sentimento de alerta comunitário e diminui a vulnerabilidade. Já se tornou um chavão a expressão “Informação é poder” – poder, sobretudo, escolher entre estar sujeito *a que* riscos e *com que* salvaguardas. A informação e a educação para o risco reduz a vulnerabilidade das comunidades e reforça a sua legitimidade na gestão democrática de aspectos existenciais vitais. O direito a



conhecer o risco a que se está exposto é atualmente um imperativo moral, jurídico e político.

## **Referências**

GOMES, Carla Amado; LANCEIRO, Rui Tavares. O Acesso à informação ambiental no Direito Internacional e no Direito da União Europeia. *In: Direito Internacional do Ambiente: uma abordagem temática*, Lisboa, 2018, p. 231 segs.

H. MOTTA, Bernardo; J. PALENCHAR, Michael. **Awareness, Attitudes and Utilization of Community Right to Know**: Public Relations Practitioners and Environmental Risk Communication, 2008. Disponível em: [https://www.academia.edu/3066868/Motta\\_and\\_Palenc har\\_2008\\_.Awareness\\_attitudes\\_and\\_utilization\\_of\\_community\\_right\\_to\\_know\\_30th\\_Annual\\_Research\\_Symposium\\_of\\_the\\_College\\_of\\_Communication\\_and\\_Information\\_The\\_University\\_of\\_Tennessee\\_Knoxville\\_TN](https://www.academia.edu/3066868/Motta_and_Palenc_har_2008_.Awareness_attitudes_and_utilization_of_community_right_to_know_30th_Annual_Research_Symposium_of_the_College_of_Communication_and_Information_The_University_of_Tennessee_Knoxville_TN). Acesso em: 13 dez. 2021.

SAND, Peter. **The Right to Know**: Environmental Information Disclosure by Government and Industry, 2005. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/228464480>. Acesso em: 13 dez. 2021.



# **Patrimonio Cultural y Medio Ambiente: La Protección del Patrimonio Cultural Subacuático desde un enfoque de Derecho Comparado**

*Cultural Heritage and The Environment: Protecting Underwater Cultural Heritage from a Comparative Law Approach*

Rubén Miranda Gonçalves\*

**Resumen:** Uno de los mayores legados que poseemos del pasado es el patrimonio cultural, en general. En este sentido, para poder disfrutar de él debemos protegerlo y conservarlo ya sea con legislación local, nacional o internacional, teniendo en cuenta que para su protección, no puede perjudicarse el medio ambiente. Para ello, es necesario reconocer todos los elementos que forman parte del patrimonio cultural y así brindarle la protección que se merece. En lo que afecta al patrimonio cultural subacuático, debe destacarse que ha sido un tipo de patrimonio olvidado, ya que los Estados no se han preocupado por legislar al respecto y, por si fuera poco, hasta el año 2001 no se aprobó una legislación específica que lo protegiese a nivel internacional. En este capítulo abordaremos la protección del patrimonio cultural subacuático desde el enfoque comparado, utilizando como ejemplos los países de Brasil y Colombia.

**Palabras clave:** patrimonio cultural, medio ambiente, patrimonio cultural subacuático.

**Abstract:** One of the greatest legacies we have from the past is cultural heritage in general. In this sense, to be able to enjoy it we must protect and

---

\* Profesor Contratado Doctor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Postdoctor en Derecho por la Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Doctor en Derecho con mención internacional, Máster en Derecho de las Administraciones e Instituciones Públicas y Licenciado en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela.

preserve it, be it with local, national or international legislation, bearing in mind that for its protection, the environment can't be harmed. To this end, it is necessary to recognize all the elements that form part of the cultural heritage and thus provide it with the protection it deserves. As far as underwater cultural heritage is concerned, it should be stressed that it has been a forgotten type of heritage, since States haven't been concerned with legislating on it and, as if that were not enough, it was only in 2001 that specific legislation was adopted to protect it at the international level. In this chapter we will address the protection of underwater cultural heritage from a comparative approach, using as examples the countries of Brazil, Colombia and Italy.

**Keywords:** cultural heritage, environment, underwater cultural heritage.

## Introducción

En el curso de los últimos años, los esfuerzos legales internacionales para salvaguardar el patrimonio cultural han experimentado dos desarrollos aparentemente contrastantes: por un lado, el público en general ha expresado una creciente preocupación con respecto a la protección del patrimonio cultural contra la destrucción y el saqueo, primero a la luz de los conflictos en la ex Yugoslavia, Afganistán e Irak, y más recientemente como resultado de los actos del Estado Islámico en Irak y Siria y Ansar Dine en Malí<sup>1</sup>. Si dejamos el patrimonio cultural en general y nos centramos en uno de sus subtipos, como es el patrimonio cultural subacuático, ocurre lo mismo, pues sin una protección efectiva, la destrucción y saqueos pueden causar daños irreversibles.

Por otro lado, la UNESCO, el organismo de la ONU con un mandato para la protección del patrimonio cultural, se ha enfrentado a las crecientes críticas no solo de sus Estados miembros, sino también

---

<sup>1</sup> JIMÉNEZ, Pedro José. Destrucción del patrimonio histórico y cultural. Tombuctú como encrucijada. **Instituto Español de Estudios Estratégicos**, 114, 2019. p. 1-18.

de la sociedad civil y la academia. Estas críticas se han visto agravadas por los recientes llamamientos a la restitución de los objetos saqueados durante el período colonial, que (aunque no siempre se dirigen necesariamente a la UNESCO) indican una creciente insatisfacción entre una gama de actores sociales con el régimen legal actual.

La cultura es la totalidad de las costumbres aprendidas, socialmente transmitidas, el conocimiento, objetos materiales y comportamiento. Incluye las ideas, el valor, las costumbres y los artefactos de un grupo de personas. La cultura es un patrón de actividades humanas y los símbolos que dan importancia a estas actividades. Es lo que come la gente, cómo viste, las creencias que sostienen y las actividades en las que se involucran, los objetos que utilizaron en el pasado, etc. Es la totalidad del camino de la vida desarrollada por un pueblo en sus intentos de enfrentar los desafíos de vivir en su medio ambiente, que da orden y significado a sus aspectos sociales, políticos, económicos, normas y modos de organización estéticos y religiosos que distinguen así personas de sus vecinos<sup>2</sup>.

Ya sea que uno favorezca o no una distinción entre patrimonio cultural y natural, la idea de patrimonio juega un papel importante en el pensamiento reciente sobre la preservación del medio ambiente. Entre las muchas razones por las que uno podría pensar que la naturaleza es valiosa, incluyen la idea de que las cosas naturales tienen un cierto tipo de historia, en particular, una historia independiente de la intervención humana<sup>3</sup>.

Esta creencia lleva a la conclusión de que, al menos con respecto a este tipo particular de valor natural, la restauración ambiental es imposible: uno no puede restaurar una historia libre de intervención

---

<sup>2</sup> ABARA, Chinwe Julie. The challenges of safeguarding and securing cultural heritage materials during violent conflict in Nigeria. **Personas y comunidades**: Actas del Segundo Congreso Internacional de Buenas Prácticas en Patrimonio Mundial. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015. p. 6.

<sup>3</sup> ELLIOT, Robert. Faking nature. **Inquiry, An Interdisciplinary Journal of Philosophy**, v. 25, n. 1, 1982. p. 22.

humana a través de la intervención humana. Por lo tanto, si queremos retener este tipo de valor, además de legislar al respecto, se deben implementar políticas de preservación ambiental que protejan los espacios naturales que lo soportan<sup>4</sup>.

La clara distinción entre naturaleza y cultura representada en este punto de vista ha sido criticada desde muchos frentes, por razones que van desde una perspectiva demasiado estrecha sobre el valor ambiental hasta minimizar la historia real y el alcance actual de la influencia humana en el medio ambiente. Dicho esto, se puede señalar que Elliot identifica un valor ambiental importante, siempre que no se cometa el error de pensar que es el único. Por supuesto, esto moderará significativamente el poder de las conclusiones normativas de Elliot sobre la promesa de la restauración ambiental. Sin embargo, una comprensión más matizada de la diferenciación entre naturaleza y cultura, una que reconoce un espectro más amplio en lugar de una dicotomía estricta, aún puede proporcionar razones para cultivar el respeto por la autodirección o "espontaneidad" de la naturaleza, así como razones para preservar y proteger este patrimonio natural<sup>5</sup>. Otros enfoques para la preservación del medio ambiente también aprovechan el valor patrimonial del medio ambiente, aunque enfatizan las dimensiones culturales de este patrimonio, así como las "naturales".

Por ejemplo, uno podría pensar que reconocer que el medio ambiente es parte de nuestro patrimonio cultural puede fundamentar razones u obligaciones distintivas para preservarlo<sup>6</sup>. Por ejemplo, ver los aspectos del medio ambiente como parte de una herencia cultural de nuestros antepasados podría ofrecer razones para preservar el medio

---

<sup>4</sup> ELLIOT, Robert. Faking nature. **Inquiry, An Interdisciplinary Journal of Philosophy**, v. 25, n. 1, 1982, p. 22.

<sup>5</sup> HEYD, Thomas. Nature, culture, and natural heritage: Toward a culture of nature. **Environmental Ethics**. Vol. 27, n. 4, 2005. p. 345.

<sup>6</sup> THOMPSON, Janna. Environment as Heritage. **Environmental Ethics**, Centre for Environmental Philosophy and the University of North Texas, v. 22, n. 3, 2000. p. 241.

ambiente como parte de un contrato social intergeneracional<sup>7</sup>; o, porque "los lugares particulares son importantes tanto para los individuos como para las comunidades en virtud de encarnar su historia e identidades culturales"<sup>8</sup>.

No obstante, poder abordar toda la cuestión relativa al patrimonio cultural en general resultaría completa en tan poco espacio, de ahí que nos centremos en cómo se protege el patrimonio cultural en algunos de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos como Brasil y Colombia, aunque sea de forma resumida.

## 1 La Protección del Patrimonio Cultural Subacuático en Brasil

Brasil ha sido uno de los países más afectados por una política de dejadez administrativa y gubernamental, lo que ha dado lugar al expolio de múltiples yacimientos debido a la corrupción sistemática que ha padecido el país a lo largo de amplios periodos de tiempo y a la figura del caza tesoros<sup>9</sup>. Como dice CASTRO, "el negocio de ellos no es encontrar galeones con tesoros debajo del agua sino inversionistas ricos o suficientemente estúpidos que les paguen las cuentas (...) Desentierran de entre los archivos la historia de un naufragio cualquiera, con un tesoro, real o imaginario. A veces se inventan una historia y le mezclan elementos de plausibilidad", se unen junto con los

---

<sup>7</sup> THOMPSON, Janna. Environment as Heritage. **Environmental Ethics**, Centre for Environmental Philosophy and the University of North Texas, vol. 22, nº. 3, 2000. p. 241.

<sup>8</sup> O'NEILL, John, HOLLAND, Alan, LIGHT, Andrew. **Environmental values**. Nueva York: Routledge, 2008. p. 2-3.

<sup>9</sup> RAMBELLI, Gilson y FUNARI, Pedro Paulo, "Patrimonio cultural subacuático en Brasil: pensamientos varios". **Memorias, Revista Digital de Historia y Arqueológica desde el Caribe**, año 4, n. 7, Barranquilla. (<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85540704>. consultado el 6 de junio de 2020).

políticos corruptos y la prensa sensacionalista, todo esto con el fin de atraer patrocinadores que se dejan llevar por el “canto de la sirena”<sup>10</sup>.

La Constitución Brasileña de 1988 en su art. 20.10 reconoce como bienes de la Unión las “cuevas naturales subterráneas y los parajes arqueológicos y prehistóricos”, de forma que el patrimonio cultural subacuático debe de interpretarse englobados en estos términos<sup>11</sup>. En su defecto podría quedar englobado dentro de otros bienes que forman parte de la Unión al encontrarse el patrimonio cultural subacuático bajo el lecho de diferentes bienes.

A pesar de no ser uno de los países signatarios de la Convención de 2001, el patrimonio cultural subacuático está protegido por la Ley n° 7542, de 26 de septiembre de 1986, a través de la modificación que se produjo con la Ley n° 10.166, de 27 de diciembre de 2000, que trata sobre la búsqueda, exploración, remoción y demolición de los bienes hundidos bajo el mar, encallados o perdidos en aguas brasileñas o de su competencia<sup>12</sup>. Debido a la influencia

---

<sup>10</sup> CASTRO, Filipe. “Caçadores de tesouros: proposta de uma taxomia”, **Revista Eletrônica História e-História**, 2004. p. 51-53.

<sup>11</sup> Estos otros bienes son:

- “1. Los que actualmente le pertenecen y los que pudieran serle atribuidos;
2. las tierras desocupadas indispensables para la defensa de las fronteras, de las fortificaciones y construcciones militares, de las vías definidas en la ley;
3. los lagos, los ríos y cualesquiera corrientes de agua en terrenos de su dominio, o que bañen más de un Estado, sirvan de límites con otros países, o se extiendan a territorio extranjero o provengan de él, así; como los terrenos marginales y las playas fluviales;
4. las islas fluviales y lacustres en las zonas limítrofes con otros países; las playas marítimas, las islas oceánicas y las costeras, excluidas de éstas las áreas referidas en el artículo 26 II.
5. los recursos naturales de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva;
6. el mar territorial;
7. los terrenos de marina y sus aumentos;
- (...) 9. los recursos minerales, incluso los del subsuelo; (...)
11. las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios”.

<sup>12</sup> RAMBELLI, Gilson y GUSMÃO, Daniel. “Estratégias para produção de um inventário nacional do patrimônio cultural subaquático”, **Revista Navigator**, n. 20, 2014, p. 119-215; RAMBELLI, Gilson y FUNARI, Pedro Paulo “Patrimonio cultural



anglosajona, en Brasil se utiliza el término arqueología pública como sinónimo de destinada al público en general, y no en el sentido de que sean bienes de dominio público o patrocinados por una entidad con personalidad pública<sup>13</sup>.

Desde 2010, la Marina brasileña viene realizando esfuerzos para proteger de la manera más eficaz el patrimonio cultural subacuático. Tal esfuerzo ha provocado la elaboración del *Atlas dos Sítios de Naufrágio da Costa do Brasil*<sup>14</sup>.

Otro de los logros del país es el centro de Estudios de Arqueología Náutica y Subacuática, en adelante CEANS, en el Núcleo de Estudos e Pesquisas Ambientais de la Universidad Estadual de Campinas, en adelante NEPAM/UNICAMP<sup>15</sup>.

La influencia de la Convención de 2001 se ha hecho notar en Brasil, ya que ha supuesto un cambio en el régimen de concesiones de exploraciones y en los rescates y recuperación de objetos. De esta forma, Brasil convocó el I Simposio Internacional de Arqueología Marítima de las Américas en 2007, con sede en Itaparica, en el Estado de Bahía, y al que acudieron no sólo países americanos, sino también

---

subacuático en Brasil: pensamientos varios”. **Memorias, Revista Digital de Historia y Arqueológica desde el Caribe**, año 4, n. 7, Barranquilla (<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85540704>.consultado el 6 de junio de 2020) y GUSMÃO, Daniel “Patrimônio cultural subaquático: preservação por meio da conscientização”, **IV Seminario de Preservação de Patrimônio Arqueológico**, p. 84-96.

<sup>13</sup> RAMBELLI, Gilson “A arqueologia subaquática no Brasil, **Revista do Museu de Arqueologia e Etnologia**, São Paulo, Anais da 1 Semana de Arqueologia, Suplemento, 8, 2009. p. 53-62; RAMBELLI, Gilson y FUNARI, Pedro Paulo “Patrimonio cultural subacuático en Brasil: pensamientos varios” **Memorias, Revista Digital de Historia y Arqueológica desde el Caribe**, año 4, n. 7, Barranquilla (<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85540704>.consultado el 6 de junio de 2020), p. 41.

<sup>14</sup> GUSMÃO, Daniel “Patrimônio cultural subaquático: preservação por meio da conscientização”, **IV Seminario de Preservação de Patrimônio Arqueológico**, p.86.

<sup>15</sup> RAMBELLI, Gilson y FUNARI, Pedro Paulo. **Patrimonio cultural subacuático en Brasil: pensamientos varios**, *cit.*, p. 39.

Europeos y de Oceanía. Las principales conclusiones de dicho Simposio fueron las siguientes<sup>16</sup>:

- Son cada vez más los países que reconocen los beneficios sociales, económicos y culturales de la protección del patrimonio cultural subacuático, de la ratificación de la Convención de 2001 e se invita Brasil a ratificarla. Se recuerda que la ICOMOS siempre está disponible para prestar cualquier ayuda e información sobre el patrimonio cultural subacuático<sup>17</sup>.

La doctrina también está haciendo esfuerzo por concienciar e intentar crear una legislación acorde con la Convención de 2001, o que al menos permita disfrutar de dicho patrimonio a las generaciones venideras<sup>18</sup>.

## 2 Legislación Brasileña sobre Patrimonio Cultural Subacuático

La Ley N° 10.166, de 27 de diciembre de 2000, en su versión actual acerca de la investigación, exploración, remoción y demolición de cosas o bienes hundidos, sumergidos, encallados y perdidos en aguas bajo jurisdicción nacional y en terrenos marginales, como consecuencia de siniestro, aligeramiento o fortuna del mar, es la norma

---

<sup>16</sup> AMARANTE, Eugenia y BAVA DE CAMARGO, Paulo, “Arqueologia Subaquática Brasileira: ¿Por qué o país aproveita mal sua capacidade científica? **Cadernos do Lepaarq**, v. XIV, n. 27, 2017. p. 252-279.

<sup>17</sup> AMARANTE, Eugenia y BAVA DE CAMARGO, Paulo, Arqueologia Subaquática Brasileira: ¿Por qué o país aproveita mal sua capacidade científica? **Cadernos do Lepaarq**, cit., p. 262.

<sup>18</sup> En este sentido podemos encontrar a BARCELOS DE FREITAS, que explica dicha tesis con estas palabras: “(...) engatinha na direção do zelo para com o patrimônio cultural submerso em suas águas, mas com suas portas escancaradas aos piratas atuais, não obstante o empenho da classe dos arqueólogos para mudar a posição oficial”. “Arqueologia Subaquática: as legislações brasileira e portuguesa a luz da Convenção sobre a proteção do Patrimônio Cultural subaquático de 2001” (<http://www.webartigos.com/artigos/arqueologia-subaquatica-as-legislacoes-brasileira-e-portuguesa-a-luz-da-convencao-sobre-a-protecao-do-patrimonio-cultural-subaquatico-de-2001/92877>, consultado el 18 de junio de 2020).

aplicable en Brasil a la protección del patrimonio cultural subacuático<sup>19</sup>. Por la descripción del enunciado de la propia ley se puede dar a entender que no está pensada en sí misma para proteger los bienes que componen el patrimonio cultural subacuático, sino más bien para rescatar y proteger bienes derivados de accidentes o extraviados de embarcaciones o naves<sup>20</sup>.

Por ello, en sus capítulos iniciales se dedica a definir lo que se debe considerar como bienes perdidos y no lo que es el patrimonio subacuático como realizan otras normas<sup>21</sup>. No es hasta el art. 20 cuando

---

<sup>19</sup> AMARANTE, Eugenia y BAVA DE CAMARGO, Paulo. Arqueologia Subaquática Brasileira: ¿Por quê o país aproveita mal sua capacidade científica? **Cadernos do Lepaarq**, *cit.*, p. 252-279.

<sup>20</sup> MIRANDA, Rubén, El patrimonio cultural en la Constitución Federal de Brasil de 1988. Especial referencia al patrimonio cultural subacuático, **Diario LA LEY**, n. 9360, 2019. p. 4.

<sup>21</sup> Los primeros artículos de la norma detallan cuando se consideran bienes perdidos y cómo estos pasan a ser de “dominio público”:

“Art. 3º As coisas ou bens referidos no art. 1º desta lei serão considerados como perdidos quando o seu responsável:

I – Declarar à Autoridade Naval que o considera perdido;

II – Não for conhecido, estiver ausente ou não manifestar sua disposição de providenciar, de imediato, a flutuação ou recuperação da coisa ou bem, mediante operação de assistência e salvamento”.

“Art. 4º O responsável por coisas ou bens referidos no art. 1º desta lei poderá solicitar à Autoridade Naval licença para pesquisá-los, explorá-los, removê-los ou demolí-los, no todo ou em parte”.

“Art. 5º A Autoridade Naval, a seu exclusivo critério, poderá determinar ao responsável por coisas ou bens, referidos no art. 1º desta lei, sua remoção ou demolição, no todo ou em parte, quando constituírem ou vierem a constituir perigo, obstáculo à navegação ou ameaça de danos a terceiros ou ao meio ambiente.

Parágrafo único. A Autoridade Naval fixará prazos para início e término da remoção ou demolição, que poderão ser alterados, a seu critério”.

“Art. 6º O direito estabelecido no art. 4º desta lei prescreverá em 5 (cinco) anos, a contar da data do sinistro, alijamento ou fortuna do mar.

Parágrafo único. O prazo previsto neste artigo ficará suspenso quando:

I – O responsável iniciar a remoção ou demolição;

II – A Autoridade Naval determinar a remoção ou demolição;

III – A remoção ou demolição for interrompida mediante protesto judicial”.

se empieza hablar de bienes con valor artístico, histórico o arqueológico y que no pueden ser objeto de apropiación directa o a través de licitación. Es destacable el contenido del art. 32.1, que, pese a no hablar de patrimonio subacuático, protege de manera explícita y clara ciertos bienes con un pasado histórico y con determinados rasgos, al indicar que “los restos de buques de casco de madera hundidos en los siglos XVI, XVII y XVIII se incorporan automáticamente en el dominio de la Unión, independientemente del lapso de tiempo de un año”, siendo por tanto objeto de protección y de “dominio público”. No obstante, dicha protección podría extenderse a épocas anteriores y no sólo al periodo colonial, pudiendo ser objeto de protección genérica tanto el siglo XIX como las épocas precolombinas.

En primer lugar, se otorga la potestad al Ministerio de Marina para coordinar el control y la fiscalización de las operaciones y actividades investigación, explotación, remoción y demolición de cosas o bienes hundidos, sumergidos, encallados y perdidos en aguas bajo jurisdicción nacional, en terrenos de marina, así como en aquellos casos producidos como consecuencia de un siniestro, pudiendo el Ministro delegar la ejecución de tales servicios a otros órganos.

Será esta entidad la que autorice a que se celebre un contrato. En él se puede establecer un pago o recompensa por la remoción y extracción de los bienes de valor artístico, histórico y arqueológico, no pudiendo ser superior al 40% del total del valor que se atribuya a los bienes. También se puede establecer una fianza, así como un sistema de responsabilidad subsidiaria por las acciones que se lleven a cabo.

---

“Art. 7º Decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, a contar da data do sinistro, alijamento ou fortuna do mar, sem que o responsável pelas coisas ou bens referidos no art. 1º desta lei tenha solicitado licença para sua remoção ou demolição, será considerado como presunção legal de renúncia à propriedade, passando as coisas ou os bens ao domínio da União”.

“Art. 8º O responsável pelas coisas ou pelos bens referidos no art.1º desta lei poderá ceder a terceiros seus direitos de disposição sobre os mesmos”.

Las cosas rescatadas deben ser evaluadas por una comisión de peritos convocada por la Autoridad Naval o por el Ministerio de Cultura, que decidirá si tienen valor artístico, histórico y arqueológico, teniendo además que detallar el valor de estos de acuerdo con el mercado internacional. El Estado siempre se reservará la potestad de elegir y adjudicar los bienes rescatados o encontrados, así como las formas de adjudicación de los mismos.

A su vez, la ley establece cómo se deberá pagar este 40% sobre el valor de los bienes encontrados y rescatados, ya sea en dinero en efectivo o con valores. Con independencia del pago, todos los bienes recuperados deben ser entregados a la Autoridad Naval para llevar a cabo el análisis. El autorizado está obligado a asegurar los bienes y la conservación de estos hasta que se efectúe la entrega.

La Autoridad puede cancelar y retirar la autorización siempre que el autorizado no realice las operaciones en el plazo establecido de inicio, cuando estas no sean acordes a lo establecido o cuando se haya verificado que se han producido riesgos inaceptables para la seguridad de la navegación, daños a terceros, al medio ambiente o acciones declaradas ilícitas de acuerdo con otra normativa. En este sentido, la Autoridad Naval también está autorizada para obligar al autorizado a terminar las obras que venía realizando. En estos casos no se hará efectivo ningún pago al afectado por el incumplimiento de lo autorizado<sup>22</sup>.

Hay que destacar cómo esta ley cumple con la función de difusión cultural, puesto que, en el caso de submarinismo en las zonas con gran valor en patrimonio cultural subacuático, basta con la comunicación al Ministerio de Marina o al Instituto Brasileiro de Turismo<sup>23</sup>. La única condición es que no represente ningún riesgo

---

<sup>22</sup> MIRANDA, Rubén, “El patrimonio cultural en la Constitución Federal de Brasil de 1988. Especial referencia al patrimonio cultural subacuático”, **Diario LA LEY**, n.º. 9360, 2019. p. 5.

<sup>23</sup> MIRANDA, Rubén “A proteção jurídica do patrimônio cultura subaquático no direito espanhol e brasileiro. Estudo de direito comparado de ambos ordenamentos jurídicos”,

inaceptable para la seguridad de la navegación, para terceros o para el medio ambiente. Dado que el submarinismo es la forma más fácil de acceder a los lugares con valor patrimonio cultural subacuático y la poca protección que reciben este tipo de bienes de forma legal, ha sido utilizado por la doctrina para fomentar el uso de los arqueólogos submarinistas, de forma que se consiga no solo un reconocimiento al patrimonio cultural subacuático, sino que se amplíe a los pecios y lugares de las aguas interiores de Brasil y no sólo a las costeras<sup>24</sup>.

### 3 La Protección del Patrimonio Cultural Subacuático en Colombia

En Colombia, como en muchos otros países, ha existido una falta de consciencia real acerca de la importancia de este tipo de patrimonio hasta hace no mucho, lo que ha tenido como consecuencia que no haya habido ningún tipo de control sobre estos sitios, permitiéndose la pérdida, saqueo, actividades de dragado y destrucción de cualquier resto de patrimonio histórico o cultural que se encontrase sumergido en las aguas colombianas<sup>25</sup>.

Durante varios años se ha buscado aprobar una regulación sobre el patrimonio cultural subacuático<sup>26</sup>, siendo el primer antecedente al respecto la legislación sobre especies náufragas, donde se ponía énfasis en el valor histórico de los bienes, de forma que quedaba

---

**Imágenes contemporáneas de la realización de los derechos en la cultura jurídica iberoamericana**, MARTÍN, Laura (Dir.), Dykinson, Madrid, 2019. p. 149.

<sup>24</sup> RAMBELLI, Gilson “A arqueologia subaquática no Brasil”, **Revista do Museu de Arqueologia e Etnologia**, São Paulo, Anais da 1 Semana de Arqueologia, Suplemento 8, 2009. p. 53-62.

<sup>25</sup> DELGADILLO-GARZÓN, Óscar y ZAPATA-RAMÍREZ, Paula. “Contexto natural del patrimonio cultural subacuático en la bahía de Cartagena: perspectivas de estudios interdisciplinarios y potencial de utilización”, **Memorias: Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe**, n. 7, 2007. p. 67.

<sup>26</sup> Colombia utiliza en su regulación el término “patrimonio cultural sumergido”, por lo que en este punto se utiliza de forma reiterada.

contenido en el Decreto 655 de 1968 como un elemento integrante del patrimonio histórico de la nación<sup>27</sup>. Durante mucho tiempo no se llevó a cabo una verdadera protección debido a diversos motivos, aunque la doctrina ha considerado que la razón principal era que el rescate de los naufragios era una tarea complicada y por tanto no merecían protección estos bienes<sup>28</sup>. Con la aprobación de la nueva Constitución Colombiana de 1991 se dedica un lugar especial a la protección de los valores culturales como elementos principales de la identidad nacional<sup>29</sup>.

Con la Ley 397 de 1997 se desarrollan los Artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política. A su

---

<sup>27</sup> OCHOA, Ramiro **Las especies náufragas**, Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2003, p. 14 y AGUILAR, Iván “¿Especies náufragas: patrimonio cultural y factor de desarrollo económico y social?”, **Memorias: Revista digital de Historia y Arqueología desde el Caribe**, n. 12, 2010, p. 223-245.

<sup>28</sup> SALAZAR, Mario Germán. **El Rescate de un Patrimonio y Cultural, el Galeón San José**, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2013. p. 20; OCHOA, Ramiro. **Las especies náufragas**, *cit.*, p. 18.

<sup>29</sup> Art. 7 de la Ley 1675 de 2013, de 30 de julio, Reglamentada por el Decreto Nacional 1698 de 2014, por medio de la cual se reglamentan los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política de Colombia en lo relativo al Patrimonio Cultural Sumergido.

Los artículos citados de la Constitución Política de Colombia expresan lo siguiente:

Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Artículo 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la nación.

Artículo 72. El patrimonio cultural de la nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

vez, se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias. También establece el Sistema Nacional de Patrimonio Cultural de la Nación Colombiana conformado por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, el Archivo General de la Nación, el Instituto Caro y Cuervo, el Consejo Nacional de Patrimonio Cultural, los Consejos Departamentales y Distritos de Patrimonio Cultural y general por las entidades que desarrollen financien, fomenten o ejecuten actividades con el patrimonio cultural de la nación.

Dado que el patrimonio cultural sumergido pertenece a la Nación colombiana, será el Ministerio de Cultura quien ejerza la mayoría de las competencias al respecto<sup>30</sup>.

#### 4 Legislación Colombiana sobre Patrimonio Cultural Subacuático

Tras un largo proceso de elaboración, se aprueba la Ley 1675 de 2013, de 30 de julio dedicada al patrimonio cultural sumergido<sup>31</sup>. Como expresa LÓPEZ RAMÓN, “la norma se compone de tres pilares que convergen para el cumplimiento del mismo fin: a) la existencia de una declaración administrativa, b) un régimen de gestión y c) un régimen de protección, judicial y sancionatorio”<sup>32</sup>. Esta norma ha sido ampliamente criticada tanto en el plano interno como internacional. Se le atribuye un enfoque contrario al sustentado por la Convención de la 2001<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> RAMÓN, Fernando. **El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica**, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017. p. 217-218.

<sup>31</sup> El título completo es LEY 1675 de 2013 por medio de la cual se reglamentan los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política de Colombia en lo relativo al Patrimonio Cultural Sumergido, en adelante Ley 1675 de 2013.

<sup>32</sup> RAMÓN, Fernando, **El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica**, *cit.*, p. 217.

<sup>33</sup> MANTECA, Rafael “La protección jurídica del patrimonio cultural subacuático frente al expolio”, **Cuadernos de Prehistoria y Arqueología de la Universidad de Granada**, n. 25, 2015. p. 60-66; RAMÓN, Fernando, **El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica**, *cit.*, p. 201-223; MATEUS-RUGELES, Andrea y VALENZUELA, Ingrid. “Pecios españoles en aguas colombianas entre el patrimonio



Otro criterio en el que discrepan ambas normas es en el espíritu de conservación *in situ* y de no aprovecharse económicamente de los yacimientos. Pese a que la norma colombiana tiene como finalidad la protección y conservación del patrimonio cultural sumergido, esta busca al mismo tiempo la explotación económica de los mismos, tal y como se puede entender de su art. 4.3, de forma que permite que se desarrollen actividades bajo una autorización que exige ciertos requisitos.

Esta ley define el patrimonio cultural sumergido como parte del patrimonio arqueológico y que es propiedad de la Nación Colombiana, siempre que los bienes sean representativos de la cultura, que se encuentren sumergidos de forma permanente en aguas internas o marítimas, pudiendo ser restos orgánicos o inorgánicos, y que evidencian una presencia física de grupos humanos desaparecidos constituidos por naves o artefactos, cualquiera que sea su naturaleza o estado y la causa del hundimiento o naufragio. Otro de sus requisitos esenciales es el que se encuentren en el lecho más de 100 años.

La propia ley exceptúa de la definición de patrimonio cultural sumergido las cargas constituidas por materiales en su estado bruto, con independencia de su origen, tales como perlas, corales, piedras preciosas y semipreciosas, arenas y maderas, los bienes muebles seriados que hubiesen tenido valor de cambio o fiscal, tales como monedas y lingotes, y las cargas industriales.

Como otros países influenciados por la Convención de 2001, la protección del patrimonio cultural subacuático se centra un difícil equilibrio entre las investigaciones y el fomento de actividades económicas que permitan obtener fondos sin deteriorarlos.

El ámbito de aplicación de esta norma abarca tanto la protección y regulación de los hallazgos fortuitos<sup>34</sup>, como el régimen de

---

cultural subacuático y la inmunidad jurisdiccional de los estados”, **Revista de Derecho Valdivia**, v. 29, n. 29, Valdivia, 2016. p. 253-275.

<sup>34</sup> “Art. 7. Hallazgo fortuito de bienes pertenecientes al patrimonio cultural sumergido.

contratas. En cuanto a estas últimas, se regulan en el Capítulo III bajo el título “Autorizaciones y Régimen de Contratación”. Este se basa en conceder al Ministerio de Cultura la potestad para contratar, a través de licitación con entidades expertas, la realización de actividades de forma que deben cumplir con las disposiciones vigentes para el desarrollo de actividades marítimas en aguas jurisdiccionales colombianas, de acuerdo con la norma y procedimiento interno, respetando los métodos regulados en la norma, así como las disposiciones sobre los hallazgos.

El art. 6 de la ley colombiana señala que “los métodos utilizados para la exploración, recuperación o explotación del patrimonio cultural sumergido deben priorizar la conservación y garantizar el menor deterioro posible para lo cual deberán valerse de las técnicas y procedimientos arqueológicos internacionalmente reconocidos y aceptados”. Pese a la tardanza para aprobar una nueva ley sobre el patrimonio cultural subacuático, las investigaciones y metodología derivadas de la misma, así como su novedad, la convierten en un factor a tener en cuenta. La propia ley nacional establece un sistema de sanciones a quien no notifique en el plazo de 24 horas desde la llegada a tierra del patrimonio encontrado. Debe avisarse a la autoridad civil o marítima más cercana, que deberán remitir la información al Instituto Colombiano de Antropología e Historia.

El Ministerio de Cultura, previo informe favorable del Consejo Nacional de Patrimonio Cultural, puede declarar áreas arqueológicas marinas, quedando sujetas a la legislación expuesta en el apartado 1.4 del

---

Quien de manera fortuita encuentre bienes que forman parte del patrimonio cultural sumergido, en el curso de las veinticuatro (24) horas siguientes del regreso a tierra deberá dar aviso inmediato a la autoridad civil o marítima más cercana, y estas a su vez deberán dar aviso inmediato al Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH.

Los hallazgos de bienes pertenecientes al patrimonio cultural sumergido que se realicen en el curso de las actividades descritas en este artículo, o en cualquiera otra no contemplada en esta ley, se informarán al Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH, entidad que adoptará las medidas previstas en esta ley con el concurso inmediato, si fuera necesario, de la Fuerza Pública y demás autoridades”.

art. 11 de la Ley 397 de 1997, modificado por la Ley 1185 de 2008. Hasta el momento, el Ministerio de Cultura solamente ha declarado la zona de Cartagena de Indias, dado que es un escenario con gran pasado bélico del periodo colonial. En esta zona se encuentran los restos del navío Conquistador<sup>35</sup>, echado a pique en 1742 por el propio comandante de la armada española en Cartagena, el almirante Blas de Lezo.

Los bienes culturales son propiedad de la Nación Colombiana. Por ello, de acuerdo con su propia legislación, sólo las Administraciones públicas pueden obtener beneficios de estos<sup>36</sup>. En otras legislaciones no aparece entre las actuaciones arqueológicas (prospecciones, exploraciones, sondeos, extracciones, planeamientos, rescates, etc.) la actividad de aprovechamiento económico o similar. A pesar de lo grave que puede parecer esto, se puede establecer en dicho contrato que el adjudicatario de la explotación de los bienes deba observar los procedimientos internacionalmente aceptados para acometer los trabajos arqueológicos (anexo de la Convención UNESCO, Carta de Sofía de ICOMOS) y entregar al Ministerio de Cultura la totalidad de los materiales extraídos. La actuación del contratista será supervisada por instituciones de reconocida trayectoria (en el campo del patrimonio cultural subacuático, se entiende), e incluso la Dirección General Marítima ejercerá una vigilancia y control de las actividades marítimas del contratista.

---

<sup>35</sup> PATEMAN, Michael. “Fundación ARGOS, Patrimonio Cultural Sumergido en Colombia”, **Patrimonio Cultural Subacuático. América Latina y el Caribe. Underwater Cultural Heritage**, Oficina Regional de Cultura para América Latina y el Caribe de la UNESCO, p. 46-48; DELGADILLO-GARZÓN, Óscar y ZAPATA-RAMÍREZ, Paula “Contexto natural del patrimonio cultural subacuático en la bahía de Cartagena: perspectivas de estudios interdisciplinarios y potencial de utilización”, **Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe**, n°. 7, 2007. p. 60-73.

<sup>36</sup> MANTECA, Rafaela. **La protección jurídica del patrimonio cultural subacuático frente al expolio**, *cit.*, p. 54.

Por último, el expolio del patrimonio cultural subacuático aparece castigado en el Código Penal colombiano<sup>37</sup> (artículo 269-1), en su modalidad de destrucción total o parcial<sup>38</sup>.

## 5 Caso Particular del Galeón San José

Colombia es conocida a su vez por haber conseguido recuperar todo el patrimonio que compone el Galeón San José en los tribunales, siendo un caso paradigma de cómo ha ido cambiando la legislación colombiana para adaptarse a las diferentes esferas de protección y así beneficiar a sus propios intereses nacionales, en vez de a la explotación privada y saqueo de bienes que componen el patrimonio cultural sumergido.

Tras el cambio de regulación colombiana, la empresa Sea Search Armada demanda a Colombia tanto en los juzgados colombianos como los americanos. El origen de dicho conflicto está en el trato que firmó el Gobierno colombiano con la antecesora de dicha sociedad (Glocca Morra Company), para que llevara a cabo el salvamento del tesoro del San José, de forma que se le autorizaba para que buscara en la plataforma continental los restos de un posible naufragio, siendo descubiertos en 1981 los restos de dicho galeón. En dicho acuerdo se establecía que los bienes se repartirían por mitad entre

---

<sup>37</sup> Ley 5999 de 2000, de 24 de julio, por la cual se expide el Código Penal.

<sup>38</sup> “TÍTULO VII-A DE DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO.

Artículo 269-1. Delitos contra el Patrimonio Cultural Sumergido. El que, por cualquier medio o procedimiento, sin autorización de la autoridad competente, explore, intervenga, aproveche económicamente, destruya total o parcialmente bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural Sumergido, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de hasta mil doscientos (1.200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En iguales penas incurrirá quien por cualquier medio compre o venda los bienes que conforman el Patrimonio Cultural Sumergido.

Cuando se incurra sucesivamente en cualquiera de los verbos rectores de este delito, la pena prevista se aumentará hasta en las tres cuartas partes”.

ambos, cediendo en 1984 los derechos de Glocca Morra Company a Sea Search Armada<sup>39</sup>.

La Dirección General de la Marina Colombiana competente en estos asuntos concedió en 1980 a Glocca Morra Company, con domicilio en Nueva York y organizada según la Ley general de empresas del Estado de Delaware, Estados Unidos de América el 7 de agosto de 1979, y registrada en el condado de Kent el 8 de agosto del mismo año<sup>40</sup>. En 1984, ya a la Sea Search Armada, se le conceden otras áreas que también se enmarcan en la latitud 10° N longitud 75° W<sup>41</sup>. En los archivos de la Dirección General de la Marina Colombiana también consta que en 1984 la compañía sueca Nova Ltd. presentó una oferta para el rescate del San José en la que solicitaba explorar un área de 514 kilómetros<sup>42</sup>.

El 20 de marzo de 1980, el Director General Marítimo y Portuario, vicealmirante Benjamín Álzate Reyes, resolvió con su oficio 00854 I una consulta realizada a la Dirección General de la Marina Colombiana sobre dicho contrato, de forma que establecía que el “decreto-ley 2349 de 1971, concluye en que los artículos 111 y siguientes del decreto citado, autorizan al Gobierno Nacional para celebrar contratos de recuperación de especies náufragas con las personas naturales o jurídicas que habiendo explorado determinada zona, tengan un denuncia de preferencia sobre algún tesoro; esto es, que sean los primeros en hablar de él. No se puede en estricto derecho, dar la calificación de exclusivo, pues además del denuncia, deben mediar otras circunstancias que deberán ser calificadas posteriormente

---

<sup>39</sup> CONTE DE LOS RIOS, Augusto. “El rescate del San José y la Ley de Navegación Marítima (Ley 14/2014)”, **Revista General de Marina**, n.º. 270, 2016. p. 218-222; SALAZAR, Mario Germán. El Rescate de un Patrimonio y Cultural, el Galeón San José, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2013. p. 26-33.

<sup>40</sup> SALAZAR, Mario Germán. **El Rescate de un Patrimonio y Cultural, el Galeón San José**, *cit.*, p. 27.

<sup>41</sup> CONTE DE LOS RIOS, Augusto., **El rescate del San José y la Ley de Navegación Marítima** (Ley 14/2014), *cit.*, p. 221.

<sup>42</sup> CONTE DE LOS RIOS, Augusto., **El rescate del San José y la Ley de Navegación Marítima** (Ley 14/2014), *cit.*, p. 221.

y ya cuando se pretenda celebrar el contrato. En resumen, para poder contratar con la nación, la recuperación de especies náufragas debe el solicitante haber obtenido el correspondiente permiso de exploración, denunciar los hallazgos que crea haber hecho, y luego sí, de manera preferencial entrar a negociar los términos del respectivo contrato con arreglo a las leyes”<sup>43</sup>.

El acuerdo con Sea Search Armada se quebró por los diferentes puntos de vista sobre el destino de los objetos, encargándose de las actividades arqueológicas el propio Gobierno colombiano a través del Instituto Colombiano de Antropología e Historia y desde el buque de la Armada Nacional “ARC Malpelo”, que cuenta con la más moderna tecnología sónar y robótica submarina. El presidente Santos comunicó en 2015 el hallazgo producido, fruto de las actuaciones realizadas por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia<sup>44</sup>.

Desde 1981, ambas sociedades (Glocca Morra Company y Sea Search Armada) han querido quedarse con el tesoro que transportaba el galeón. Mientras tanto, la sociedad colombiana fue cada vez dándole mayor importancia al patrimonio cultural subacuático y comenzó a dictar, aunque de forma deficitaria, una regulación al respecto como la Ley 397 de 1997 o Ley General de la Cultura, en cuyo artículo 9 se establece:

Del patrimonio cultural sumergido. Pertenecen al patrimonio cultural o arqueológico de la Nación, por su valor histórico o arqueológico, que deberá ser determinado por el Ministerio de Cultura, las ciudades o cementerios de grupos humanos desaparecidos, restos humanos, las especies náufragas constituidas por las naves y su dotación, y demás bienes muebles yacentes dentro de éstas, o diseminados en el fondo del mar, que se encuentren en el suelo o subsuelo marinos de las aguas interiores, el mar territorial, la plataforma continental o zona económica

---

<sup>43</sup> SALAZAR, Mario Germán. **El Rescate de un Patrimonio y Cultural, el Galeón San José**, *cit.*, p. 28.

<sup>44</sup> CONTE DE LOS RIOS, Augusto. **El rescate del San José y la Ley de Navegación Marítima (Ley 14/2014)**, *cit.*, p. 219.

exclusiva, cualquiera que sea su naturaleza o estado y la causa o época del hundimiento o naufragio. Los restos o partes de embarcaciones, dotaciones o bienes que se encuentren en circunstancias similares, también tienen el carácter de especies náufragas.

La Corte Constitucional con su sentencia del 10 de junio de 2003, con ponencia del magistrado Edgardo Montealegre Lynnet, resolvió la primera de las demandas que hacía referencia al caso del galeón San José, de la siguiente forma:

Primero: Declarar INEXEQUIBLE la expresión acusada «que será reglamentado por el Gobierno Nacional» contenida en el inciso tercero del párrafo primero del artículo 9 de la Ley 397 de 1999 (sic), tarea que corresponderá únicamente al Congreso de la República.  
Segundo: Declarar EXEQUIBLE la expresión acusada «éste tendrá derecho a un porcentaje del valor bruto de las especies náufragas», contenida en el inciso tercero del párrafo primero del artículo 9 de la Ley 397 de 1999 (sic), en el entendido de que el porcentaje a que tiene derecho el denunciante no puede ser pagado total o parcialmente, con las especies náufragas que integran el patrimonio arqueológico y cultural nacional.

Esta exequibilidad hace casi imposible el rescate de cualquier especie náufraga de gran valor, pues tendría que contar el Estado con dinero para pagar la parte del contratista en su recuperación. Dinero que no podría recuperar pues debería conservar ese patrimonio cultural. No sería inteligente comprar una considerable cantidad de monedas y/o lingotes de oro y plata para exhibirlas.

La única posibilidad viable sería que la propia Nación explorara y rescatara las especies naufragas de sus aguas territoriales”<sup>45</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia falló en 2007 que las piezas que fueran halladas en el San José y que poseían valor histórico, artístico y arqueológico serían propiedad de Colombia<sup>46</sup>.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia colombiana inicialmente estimó la reclamación de la empresa y falló que el 50 por 100 era válido para todo aquello que no fuera patrimonio cultural, histórico, artístico y arqueológico. En octubre del 2011, un tribunal en Washington ratificó esta decisión y declaró el galeón como propiedad del Estado colombiano, rechazando la demanda de Sea Search Armada<sup>47</sup>. El 29 de marzo de 2013 se interpone una demanda por parte de la empresa Sea Search Armada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington, contra la República de Colombia, pidiendo que se obligue al Gobierno colombiano a cumplir los fallos judiciales que le otorgaron derechos a esa empresa norteamericana para rescatar el tesoro del San José, causa que fue desestimada por prescripción, pero que Sea Search Armada apeló a la Corte Federal de Apelaciones del Distrito de Columbia<sup>48</sup>.

Una vez que se ha abordado las cuestiones más generales sobre el Galeón San José, para no excederse en el procedimiento realizado por Colombia para recuperar los elementos y restos del San José, se expondrá el caso del Galeón San José desde la óptica española.

---

<sup>45</sup> OLIVELLA, Jorge. **El Galeón Perdido. ¿Dónde está el San José?**, Villegas Editores, Bogotá, Colombia, 2003, p. 253; SALAZAR, Mario Germán. **El Rescate de un Patrimonio y Cultural, el Galeón San José**, *cit.*, p. 41.

<sup>46</sup> CONTE DE LOS RIOS, Augusto. **El rescate del San José y la Ley de Navegación Marítima** (Ley 14/2014), *cit.*, p. 220.

<sup>47</sup> CONTE DE LOS RIOS, Augusto. **El rescate del San José y la Ley de Navegación Marítima** (Ley 14/2014), *cit.*, p. 221

<sup>48</sup> CONTE DE LOS RIOS, Augusto. **El rescate del San José y la Ley de Navegación Marítima** (Ley 14/2014), *cit.*, p. 222.



Primeramente, hay que indicar que, hasta la fecha, España no se ha pronunciado ni ha intervenido o mostrado una postura firme al respecto. Lo único que ha emitido el Gobierno español son comunicados de prensa sobre la intención de recuperar dicho patrimonio cultural subacuático.

Existe una contradicción entre la postura ejercida contra otras naciones o empresas, como en los casos de la “Galga” o la “Mercedes”, frente a la inoperancia en este caso para mostrarse parte en los procedimientos y normas que Colombia ha ejercido para atribuirse el patrimonio cultural subacuático<sup>49</sup>. Esta postura contrasta con la mantenida desde 1997 y los éxitos conseguidos, pues todavía no se ha personado ante los tribunales, aunque haya comunicado en prensa que el San José también fue una nave soberana y que en la misma combatieron y murieron cerca de 600 españoles.

A nuestro juicio, quizás España esté manteniendo una doble política dependiendo de los Estados en dónde se encuentra patrimonio cultural subacuático, las empresas que vayan a llevar la búsqueda, el destino de los bienes o incluso en donde se van a exponer. Es decir, la mayoría de lo que puede considerarse como patrimonio subacuático español se encuentra cerca de los territorios históricos del Imperio Hispánico<sup>50</sup>, en donde ambos países (España y Colombia) pueden

---

<sup>49</sup> DELGADILLO-GARZÓN, Óscar y ZAPATA-RAMÍREZ, Paula. “Contexto natural del patrimonio cultural subacuático en la bahía de Cartagena: perspectivas de estudios interdisciplinarios y potencial de utilización”, **Memorias: Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe**, n. 7, 2007. p. 67; CONTE DE LOS RIOS, Augusto “El rescate del San José y la Ley de Navegación Marítima (Ley 14/2014)”, **Revista General de Marina**, 2016. p. 218-222; SALAZAR, Mario Germán. **El Rescate de un Patrimonio y Cultural, el Galeón San José**, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2013. p. 26-33.

<sup>50</sup> MANTECA, Rafael. “La protección jurídica del patrimonio cultural subacuático frente al expolio”, **Cuadernos de Prehistoria y Arqueología de la Universidad de Granada**, n. 25, 2015. p. 60-66; RAMÓN, Fernando. **El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica**. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017, p. 201-223; MATEUS-RUGELES, Andrea y VALENZUELA, Ingrid. “Pecios españoles en aguas colombianas entre el patrimonio cultural subacuático y la

considerarse con derechos a los bienes. Son muchos los países y ciudadanos que se consideran legitimados para recuperar el patrimonio cultural subacuático y que pueden tener tantas o más razones que España para que se les otorgue la posesión y propiedad de estos. En este sentido, podemos traer a colación la posición que adopto Perú en el caso del *Odyssey* al considerar que las monedas que se habían encontrado formaban parte de su patrimonio al haber sido elaboradas por la Casa de la Moneda de Lima. También la de los herederos o descendientes de los fallecidos o dueños de los bienes encontrados en el pecio de la Mercedes que, en muchos casos, dado que los bienes pertenecían a aristócratas de la época con títulos nobiliarios era fácil identificarlos. Estos últimos son, en la práctica, un problema menor al haber sido ya indemnizados por la pérdida de los bienes o existen formas para convertir automáticamente los bienes encontrados en bienes de derecho público.

La posición de Perú o la de cualquier otro Estado hispano es una concepción diferente sobre la titularidad de los bienes, dado que unos protegen los bienes que se encuentran en sus aguas territoriales, en sentido idéntico al que han establecido las Comunidades Autónomas para autootorgarse e integrar los bienes que se encuentren en su territorio<sup>51</sup> o aguas territoriales, frente a la postura española que esgrime derechos históricos. Es decir, tanto las Comunidades Autónomas como las naciones hispanas poseen rasgos identitarios históricos españoles que podrían por sí mismo justificar la integración de los bienes en su propio patrimonio cultural. No obstante, las regulaciones sectoriales sobre el patrimonio cultural subacuático identifican en la mayoría de los casos como propios los bienes encontrados en su territorio con independencia del origen histórico.

---

inmunidad jurisdiccional de los estados”, **Revista de Derecho Valdivia**, v. 29, n. 29, Valdivia, 2016. p. 253-275.

<sup>51</sup> LLOP, Javier. “Patrimonio cultural submarino: dominio público, titularidad y competencias de las comunidades autónomas”, **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 99-100, 2014. p. 493-512.

De existir una política tácita para permitir que las naciones hispanas se atribuyan el patrimonio cultural subacuático que se encuentre en sus costas, estaría legitimando un reconocimiento pleno y traspaso de bienes a las naciones independizadas. Ahora bien, la protección del patrimonio cultural subacuático es un instrumento jurídico de reciente creación y que aún no está desarrollado o articulado de manera adecuada, ni siquiera en España que cuenta con mejores medios. Muchas naciones siguen viendo los pecios como una fuente para obtener ingresos extras a través de modelos de reparto de las exploraciones y descubrimientos, como sucedía en Colombia hasta la modificación de la ley. Otras ni siquiera lo protegen, sino que basan su normativa en leyes de descubrimientos y tesoros que son contrarios al espíritu de la Convención de 2001.

Lo anterior se refleja en que en muchos países la actividad de los *cazatesoros* se ve como algo relativamente habitual o, en el mejor de los casos, como un precio a pagar para evitar el expolio total de los yacimientos, al no tener los Estados ribereños la capacidad para gestionar los hallazgos. No es infrecuente, en esta época de crisis económica y financiera global con los precios de los metales preciosos disparados en los mercados, escuchar a políticos, empresarios o simples ciudadanos de a pie, ideas peregrinas sobre la oportunidad que pueden representar los metales escondidos en los galeones naufragados para fortalecer las reservas nacionales de oro.

En estos casos, España debe ejercer cierto paternalismo y doble actitud, es decir, debe combatir aquellas actuaciones que supongan un lucro o que se vayan a realizar por normativas contrarias a los ideales y principios de la Convención con independencia del Estado que las autorice o lleve a cabo. En segundo lugar, debe firmar protocolos de colaboración con todas aquellas naciones que por sí solas no puedan llevar a cabo políticas de protección de dicho patrimonio, ya sea destinando fondos para investigación o protección, o bien establecer qué sucede con el destino de los bienes encontrados. En este

último caso, lo ideal sería que los bienes se pudiesen exponer de forma itinerante en ambos países.

En cuanto a la postura que España debe adoptar ante el San José no es sencilla, pues estamos ante un problema de difícil solución. En primer lugar, se muestran los rasgos de identidad cultural y pasado entre los dos Estados como una muestra de herencia compartida. Colombia hasta la fecha no es un Estado firmante de la Convención de 2001<sup>52</sup>, por lo que las normas de protección o los conflictos que se produzcan entre España y Colombia en esta materia deben resolverse a través de convenios internacionales o en la vía judicial.

Pese a que no es un Estado parte, sí que se puede proteger el patrimonio a través de los Anexos de la Convención, es decir, a través de los principios científicos que consagra este instrumento internacional como compendio de normas y buenas prácticas en materia de trabajo arqueológico. Del mismo modo, España debería anticiparse y entablar posiciones protocolarias y convencionales con otros países, pero de forma especial con los países caribeños, sobre el patrimonio cultural subacuático español que se encuentre en sus aguas y las formas de protección de estos.

En definitiva, se trataría de impulsar el desarrollo de una estrategia integrada que implique a todas las Administraciones públicas que pueden y deben contribuir a defender este valioso patrimonio frente al expolio como el Museo Nacional de Arqueología ARQUA, los Ministerios de Cultura y Defensa, entre otros. Como expresa BARBARÁ GÓMEZ, “debemos continuar los esfuerzos desarrollados por las administraciones en los últimos años, y dotarlos de una dimensión exterior, con una auténtica política que garantice la

---

<sup>52</sup> GÓMEZ, Mariano José “La definición del patrimonio cultural subacuático en la Convención UNESCO de 2001”, **PH Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico**, n. 67, 2008. p. 102 y AGUILAR, Iván, “¿Especies náufragas: patrimonio cultural y factor de desarrollo económico y social?”, **Memorias: Revista digital de Historia y Arqueología desde el Caribe**, n.º. 12, 2010. p. 223-245.

sostenibilidad de este esfuerzo en el tiempo y que establezca acciones de cooperación estables con los países en donde se encuentra este patrimonio que nos permitan protegerlo adecuadamente. Todo ello con el fin último de preservar este legado y de descubrirlo en interés de todos, en beneficio de los españoles, de los iberoamericanos y de la Humanidad en su conjunto”<sup>53</sup>.

## **Consideraciones finales**

Aunque pueda parecer que está todo hecho en lo que se refiere a la protección del patrimonio cultural, no es cierto, pues queda mucho por hacer tanto a nivel estatal como a nivel personal, pues cada uno de nosotros tiene que seguir preocupándose de conservar el legado que nos han dejado nuestros antepasados, especialmente pensando en las generaciones futuras que están por venir.

El patrimonio cultural nos hace humanos, nos da una sensación de lugar e identidad y sirve para estudiar, explicar y explorar cómo vivieron otras generaciones, de ahí la importancia de preservarlo, cuidarlo y protegerlo, pues de lo contrario, difícilmente podremos conocer la existencia que hemos tenido como ser humanos con la historia y nuestros antecesores.

Siendo la cultura la totalidad de las costumbres aprendidas, el conocimiento, las costumbres socialmente transmitidas, todos los objetos materiales, etc., la convierte en algo esencial para la construcción de la historia, ya sea global, regional o local, y en el pilar de la preservación y difusión de la memoria colectiva de un pueblo.

Es por ello por lo que surge la necesidad de proteger todo el patrimonio cultural, sin excepción. En nuestro caso en particular, hemos abordado la protección del patrimonio cultural subacuático, un

---

<sup>53</sup> GÓMEZ, Pablo. “Protejamos nuestros galeones”: hacia una política de protección del patrimonio subacuático español en el exterior”, **ARI. Real Instituto Elcano**, Área Europa, 148/2011. p. 2011.

tipo de patrimonio cultural en concreto, que también forma parte de nuestro legado desde el pasado, pues el valor de este tipo de patrimonio es incalculable, no solo por el valor histórico sino también por el valor económico que puede reportar un cargamento como lingotes de oro, monedas de oro y plata, diamantes, etc., que solían cargarse en navíos, galeones o fragatas en la antigüedad.

## Referencias

ABARA, Chinwe Julie. The challenges of safeguarding and securing cultural heritage materials during violent conflict in Nigeria. **Personas y comunidades: Actas del Segundo Congreso Internacional de Buenas Prácticas en Patrimonio Mundial**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015.

AGUILAR, Iván “¿Especies náufragas: patrimonio cultural y factor de desarrollo económico y social?”. **Memorias: Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe**, n. 12, 2010.

AMARANTE, Eugenia; BAVA DE CAMARGO, Paulo. “Arqueologia Subaquática Brasileira: ¿Por quê o país aproveita mal sua capacidade científica? **Cadernos do Lepaarq**, v. XIV, n. 27, 2017.

CASTRO, Filipe “Caçadores de tesouros: proposta de uma taxomia”. **Revista Eletrônica História e-História**, 2004.

CONTE DE LOS RIOS, Augusto. “El rescate del San José y la Ley de Navegación Marítima (Ley 14/2014)”. **Revista General de Marina**, nº. 270, 2016. p. 218-222.

DELGADILLO-GARZÓN, Óscar; ZAPATA-RAMÍREZ, Paula. “Contexto natural del patrimonio cultural subacuático en la bahía de

Cartagena: perspectivas de estudios interdisciplinarios y potencial de utilización”, **Memorias: Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe**, n. 7, 2007.

ELLIOT, Robert. Faking nature. **Inquiry, An Interdisciplinary Journal of Philosophy**, v. 25, n. 1, 1982.

GÓMEZ, Mariano José Aznar “La definición del patrimonio cultural subacuático en la Convención UNESCO de 2001”. **PH Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico**, n. 67, 2008.

GÓMEZ, Pablo. “Protejamos nuestros galeones”: hacia una política de protección del patrimonio subacuático español en el exterior”, **ARI. Real Instituto Elcano**, Área Europa, 148/2011.

HEYD, Thomas. Nature, culture, and natural heritage: Toward a culture of nature. **Environmental Ethics**, vol. 27, n. 4, 2005.

LLOP, Javier. “Patrimonio cultural submarino: dominio público, titularidad y competencias de las comunidades autónomas”, **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 99-100, 2014.

JIMÉNEZ, Pedro José. Destrucción del patrimonio histórico y cultural. Tombuctú como encrucijada. **Instituto Español de Estudios Estratégicos**, 114, 2019.

MANTECA, Rafael “La protección jurídica del patrimonio cultural subacuático frente al expolio”. **Cuadernos de Prehistoria y Arqueología de la Universidad de Granada**, n. 25, 2015.

MATEUS-RUGELES, Andrea; VALENZUELA, Ingrid. “Pecios españoles en aguas colombianas entre el patrimonio cultural

subacuático y la inmunidad jurisdiccional de los estados”. **Revista de Derecho Valdivia**, v. 29, n. 29, Valdividia, 2016.

MIRANDA GONÇALVES, Rubén, **El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático: especial referencia al ordenamiento jurídico español**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MIRANDA GONÇALVES, Rubén. El patrimonio cultural en la Constitución Federal de Brasil de 1988. Especial referencia al patrimonio cultural subacuático. **Diario LA LEY**, n. 9360, 2019.

MIRANDA GONÇALVES, Rubén. “A proteção jurídica do patrimônio cultura subaquático no direito espanhol e brasileiro. Estudo de direito comparado de ambos ordenamentos jurídicos”. In: MARTÍN, Laura (dir.). **Imágenes contemporáneas de la realización de los derechos en la cultura jurídica iberoamericana**. Dykinson, Madrid, 2019.

OCHOA, Ramiro. **Las especies náufragas**. Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2003.

O’NEILL, John; HOLLAND, Alan; LIGHT, Andrew. **Environmental values**. Nueva York: Routledge, 2008.

OLIVELLA, Jorge. **El Galeón Perdido. ¿Dónde está el San José?** Bogotá, Colombia: Villegas Editores, 2003.

RAMBELLI, Gilson. “A arqueologia subaquática no Brasil”. **Revista do Museu de Arqueologia e Etnologia**, São Paulo, Anais da 1 Semana de Arqueologia, Suplemento 8, 2009.

RAMBELLI, Gilson; FUNARI, Pedro Paulo. “Patrimonio cultural subacuático en Brasil: pensamientos varios”. **Memorias, Revista**



**Digital de Historia y Arqueológica desde el Caribe**, 4, n. 7, Barranquilla. (<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85540704>. consultado el 6 de junio de 2020).

RAMÓN, Fernando. **El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica**, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017.

SALAZAR, Mario Germán. **El Rescate de un Patrimonio y Cultural, el Galeón San José**, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2013.

THOMPSON, Janna. Environment as Heritage. **Environmental Ethics**, Centre for Environmental Philosophy and the University of North Texas, v. 22, n. 3, 2000.



# El Impacto Electoral Resultante de la Manipulación de las Fake News en el Universo de las Redes Sociales: la Construcción de la Desinformación\*

*The Electoral Impact of Manipulation of Fake News in The Universe of Social Networks: The Construction of Disinformation*

O Impacto Eleitoral Resultante da Manipulação das Fake News No Universo Das Redes Sociais: a Construção da Desinformação

Vânia Siciliano Aieta\*\*

**Abstract:** Lies have always existed in the world of politics, but the phenomenon known as fake news is a thornier obstacle to democracy in algorithmic societies. The present work analyzes the phenomenon of disinformation from a broader perspective of the damages caused in social networks, in view of the inevitable collision between the regulations imposed and freedom of expression. By summarizing the regulatory scenario and the complexity of regulating disruptive sectors, we contribute to the regulatory debate by expounding some interdisciplinary premises necessary for the regulation of freedom of expression in social networks, especially in Brazil.

**Keywords:** Social Networks. Interactive Platforms. Fake News. Democracy. Fact Checking.

---

\* Traducción por Talita de Assis Barreto, profesora y traductora de español/portugués, Doctora en Letras Neolatinas por la Universidade Federal do Rio de Janeiro. Profesora en la Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Universidade Federal Fluminense (UFF) y Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

\*\* Profesora del Programa de Posgrado en Derecho de la Faculdade de Direito de la UERJ, Post-Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Santiago de Compostela, España, y por la PUC-Rio, Brasil. Doctora en Derecho Constitucional por la PUC-SP, Máster en Teoría General del Estado y Derecho Constitucional por la PUC-Rio. Visiting Researcher en la Universidad de Santiago de Compostela, España, y Visiting Scholar en la Università Unitelma Sapienza, Roma, Italia.

**Resumen:** Mentiras siempre existieron en el universo de la Política, pero el fenómeno mundialmente conocido como *fake news* representa un óbice más espinoso para la Democracia en las Sociedades Algorítmicas. En el presente trabajo pretendemos analizar el fenómeno de la desinformación en un campo más amplio de daños practicados en las redes sociales, con vistas a la colisión inevitable entre las regulaciones impuestas y la libertad de expresión. Sintetizándose el escenario regulatorio y la complejidad en regular sectores disruptivos con incertidumbres científicas, se objetiva una contribución al debate regulatorio, exponiendo algunas premisas interdisciplinarias necesarias para pensar la regulación de la libertad de expresión en las redes sociales, especialmente en Brasil.

**Palabras clave:** Redes Sociales- Plataformas Interactivas - Fake News - Democracia - Fact checking.

**Resumo:** Mentiras sempre existiram no universo da Política, mas o fenômeno mundialmente conhecido como fake news, representa um óbice mais espinoso para a Democracia nas Sociedades Algorítmicas. No presente trabalho pretendemos analisar o fenômeno da desinformação em um campo mais amplo de danos praticados nas redes sociais, tendo em vista a colisão inevitável entre as regulações impostas e a liberdade de expressão. Sintetizando-se o cenário regulatório e a complexidade em regular setores disruptivos com incertezas científicas, se objetiva uma contribuição para o debate regulatório, expondo algumas premissas interdisciplinares necessárias para pensarmos a regulação da liberdade de expressão nas redes sociais, especialmente no Brasil.

**Palavras-chave:** Redes Sociais. Plataformas Interativas. Fake News. Democracia. Fact checking.

## Introducción

El fenómeno de la desinformación en el universo de las redes sociales nos impone preliminarmente la observancia del binomio *fake news* y *democracia*. Debemos hacer la distinción entre la *creación de*

*informaciones falsas* que ocurre en los casos en que la información nace intencionalmente falsa del fenómeno denominado *misinformation*, que es la transmisión inadvertida de informaciones falsas o imprecisas.

La creación de informaciones falsas tiene el objetivo explícito de engañar. En el caso de la *misinformation*, estamos delante de contenidos que pueden o no ser falsos, pero que se utilizan para transformar la información vehiculada en un producto engañoso o ilusorio. De ese modo, el enfrentamiento de las *fake news* se distingue en distintos vectores que son la verdad, la verdad apenas contada y la mentira.

Hacer la distinción de esas realidades es relevante para la tarea de pensar formas de contraatacar las *fake news*, sea por la *vía regulatoria* o por *medio de decisiones judiciales que determinen la retirada de contenido* de la Red.

La tarea de construcción y una definición conceptual de lo que es o no *fake news* es desafiante y compleja. En First Draft, una organización sin fines de lucro que disemina buenas prácticas en el intercambio de contenido en Internet, propone siete situaciones diferenciadas, a saber: la *falsa conexión*, cuando titulares, ilustraciones o subtítulos no confirman el contenido vehiculado; el *falso contexto*, cuando el contenido se comparte con otras informaciones falsas; la *manipulación del contexto*, cuando se manipula la información para engañar; el *contenido engañoso*; que es el uso de informaciones falsas para encuadrar una cuestión o individuo; el *contenido impostor*, cuando se imitan o transcriben las fuentes genuinas; el *contenido fabricado*, que es un contenido nuevo, pero completamente falso, creado para engañar y perjudicar; la *sátira o la parodia*; para los casos donde no hay intención de perjudicar, pero tienen potencial para engañar.

## **1 Desarrollo**

En las últimas elecciones brasileñas, los medios tradicionales tuvieron mucha dificultad en lidiar con la profusión de noticias falsas,

hecho constantemente abordado en los noticieros. En realidad, el modo como tales noticias se transmiten en los días actuales tiene como pilar principal la manipulación de los procesos cognitivos de los consumidores de información. Estas características sistémicas funcionan como estructura de control de las redes sociales.

La expresión "fake news" se utiliza, a veces, de forma inapropiada y conflictiva. Se hace necesario aseverar que las noticias falsas no pueden ser confundidas con otras formas de desinformación pública, pues lo que ocurre hoy, en el mundo de la Política, es que todo lo que desagrada como "crítica" más contundente, es falazmente llamado "fake news", sin ser "fake news". Hay una diferencia crucial entre mentira objetiva y manipulación de la información a través de una "perspectiva periodística" manipuladora, aunque no revele esencialmente una mentira, sino tan sólo una lectura interpretativa por un sesgo ideologizado, lo que no se deflagra como el maleficio causado por la incidencia de "fake news".

La transmisión de información falsa puede generar mala asignación de recursos, desalineación de inversiones empresariales, elecciones mal informadas y una serie de otros daños que ya se han notado alrededor del mundo. El actual sistema informacional opera de manera disfuncional para la esfera pública democrática, culminando en la incapacidad de los individuos en convivir con discursos racionales y bien informados sobre la sociedad. Al revés, se observa tan sólo polarización y extremismo ideológico.

Los primeros desafíos a enfrentarse están vinculados a una mayor colaboración científica a partir de las perspectivas de las empresas de tecnología y del ámbito académico, y hay, incluso, quien argumenta una responsabilidad ética y social, trascendiendo las fuerzas del mercado, para que las plataformas contribuyan con los datos (que puedan contribuir y no estén totalmente protegidos por leyes de propiedad industrial) para investigaciones sobre la transmisión de informaciones falsas,

especialmente sobre comportamiento y psicología humana. Entender cómo se propagan las noticias falsas es el primer paso para contenerlas.

La sociedad algorítmica es la primera concepción que se debe enfrentar en el camino hacia la comprensión de la problemática. Significa una sociedad organizada en torno a la toma de decisión social y económica por algoritmos, robots y agentes de inteligencia artificial, que no solo toman las decisiones, sino también, en algunos casos, las realizan. Los algoritmos de búsqueda son fundamentales para nuestra experiencia en Internet, pues, sin ellos, tendríamos que elegir entre los millones de comentarios y noticias publicados diariamente, lo que sería hercúleo y prácticamente inviabilizaría el consumo.

Sin embargo, en una sociedad libre, las personas tienen mayores condiciones para filtrar materiales no deseados. Por su parte, ambientes políticos poco democráticos obligan a las personas a leer o ver contenido específico. En las naciones libres, quien lee periódicos puede no leer el mismo periódico; otras personas no leen ningún periódico. Todos los días, las personas hacen elecciones por sus gustos y punto de vista.

El simple hecho de que el cerebro humano tome esa o aquella decisión, sea sobre el tipo de comida que elegimos ingerir, o el vehículo de noticias que elegimos prestar atención, hace que realicemos algún tipo de filtración. Es bueno tener en mente que los *algoritmos*, en el sentido literal de la palabra, no son más que secuencias finitas de acciones ejecutables que buscan obtener una solución para determinado tipo de problema, o sea, su uso puede ser entendido como la *aplicación de una fórmula matemática a un contexto particular, para solucionar un problema*.

Sin embargo, en lo que se refiere a los algoritmos que nos interesan para estudiar el sistema informacional, ocurre la aplicación de secuencias de acciones ejecutables con la *finalidad de filtrar y dirigir contenido informacional*. Las redes sociales, así como la mayoría de los servicios de comunicación en línea, cuentan con algoritmos para determinar cómo las noticias, en realidad, cualquier contenido, se difunden y consumen. Esto quiere decir que además de la filtración

automáticamente hecha por nuestro cerebro, que necesita elegir qué contenido deberá prestar atención, se suma a esa filtración preliminar cerebral el filtrado algorítmico de las nuevas tecnologías. Por lo tanto, la información proporcionada en el feed de noticias de Facebook, en la búsqueda de Google y en los temas de Twitter se selecciona y prioriza mediante algoritmos altamente complejos, que constituyen propiedad industrial de estas empresas, y que han sido codificados para clasificar, filtrar y proporcionar contenido para maximizar el compromiso de los usuarios con el contenido y el tiempo dedicado a la plataforma.

Así, los algoritmos organizan el gran volumen de informaciones producidas y compartidas en las plataformas, personalizando el contenido en torno a los intereses de los usuarios y en torno a los intereses de personas que tienen hábitos y perfiles en línea similares. Lo que sucede de diferente, sin embargo, es que desde hace algún tiempo los individuos y las empresas intentan aplicar estos sistemas de filtrado para fines de marketing y consumo.

En un contexto de disputa por la atención, la desinformación se constituye como arma de control político y social. Al respecto, Tim Wu, profesor de Derecho de la Universidad de Columbia, explica que varios desarrollos tecnológicos y económicos importantes en las últimas dos décadas han transformado la relativa escasez de atención del habla y del oyente (WU, 2017). El primer desarrollo está asociado a la popularización de Internet: la caída masiva desde los años 90 en los costos de ser un comunicador en línea. Este hecho fue conocido como "discurso barato" o "inundación de información", pues con las herramientas ofrecidas por las redes sociales cualquier persona puede diseminar ideas en la esfera pública digital.

De este modo, a diferencia del siglo XX, vivimos en una época en que los ciudadanos, usuarios de las redes sociales, reciben o no esa o aquella información porque sus algoritmos de investigación decidieron que eran o no relevantes para ese individuo, o simplemente porque su atención ya ha sido capturada por otros servicios en línea.



La información es abundante y cualquier persona se manifiesta, pese a que ser oído sea difícil. Como consecuencia de ello, el tiempo y la atención de los individuos se convirtieron en *commodities* altamente valorados. El segundo desarrollo señalado por Tim Wu, a más largo plazo, ha sido justamente el surgimiento de una "industria de la atención", es decir, un conjunto de actores cuyo modelo de negocio es la reventa de la atención humana (WU, 2017).

La conclusión es que el ascenso y la centralidad de la publicidad y la propaganda en estos modelos de negocio de la industria de la atención tienen el amplio efecto de hacer que la atención del oyente sea cada vez más valiosa.

El tercer desarrollo señalado por el investigador es el surgimiento de los "*filtros burbujas*", los cuales, considerando la importancia dada a las "*cascadas cibernéticas*", se pueden definir como un conjunto de datos generado por todos los mecanismos algorítmicos utilizados para hacer una edición invisible orientada a la personalización de la navegación en línea. En otras palabras, es una especie de personificación de los contenidos de la red, hecha por determinadas empresas como Google, a través de sus motores de búsqueda, y redes sociales como Facebook, entre varias otras plataformas y proveedores de contenido.

Se forma, a partir de las características de navegación de cada persona, un universo particular en línea, tanto accesible, como (y principalmente) impuesto, condicionando su navegación. Esto se da a partir del rastreo de diversos elementos, entre ellos, la ubicación del usuario y el registro de las cookies, así como los datos de acceso.

Por lo tanto, el resultado de que cada uno de nosotros esté, involuntariamente, inserido en un *filtro burbuja* es meticulosamente definido a partir de las preferencias y costumbres de navegación, haciendo que, al buscar por una información en la red, seamos dirigidos a un tipo de contenido específico, mientras que otra persona cualquiera,

cuyos diferentes hábitos han sido filtrados por sus propios algoritmos, se encuentra con un contenido bastante diverso.

Como resultado de ello, los usuarios se distancian de informaciones que discrepan de sus puntos de vista, aislándose efectivamente en sus propias burbujas culturales o ideológicas, de manera que los filtros burbujas pueden ser considerados como aisladores intelectuales.

La cuestión de los filtros burbujas gana aún más importancia cuando se analiza bajo la óptica de las cascadas de información, extremadamente comunes en el sistema informacional online. Los algoritmos de control son capaces de dividir a las personas en nichos fragmentados y polarizados.

En esta perspectiva, las redes sociales hacen más fácil escuchar opiniones de otros que piensan de la misma manera, y aislándose de las visiones concurrentes, lo que es aún más intensificado en el caso de usuarios que simplemente excluyen los vínculos en línea con "opositores políticos". Sólo por esa razón las plataformas interactivas ya se muestran un terreno fértil para la polarización y potencialmente peligroso para la democracia y la paz social. Hay dos razones principales para la polarización de grupos. El primero de ellos tiene que ver con la persuasión, y por eso está más relacionado con las cascadas informativas. El segundo está conectado a lo que se ha convenido llamar "cascadas reputacionales", y toma en cuenta el hecho de que las personas quieren ser percibidas favorablemente por otros miembros del grupo del que se sienten partícipes.

En una cascada informacional, las personas dejan de confiar en determinado punto en sus informaciones u opiniones privadas. En su lugar, deciden sobre las señales transmitidas por otros. Se sigue que el comportamiento de las primeras pocas personas, o incluso una, puede, en teoría, producir un comportamiento similar de innumerables seguidores.

En una cascada de reputación, la gente piensa que sabe lo que es correcto o lo que es probable que sea cierto, pero, sin embargo, acompaña

a la multitud para mantener la buena opinión de otros. Incluso las personas más confiadas a veces son víctimas de esa presión, silenciándose en el proceso. Por temer la ira de los demás, las personas no cuestionan públicamente prácticas y valores que privadamente abominan.

La preocupación aquí es que, para que una democracia funcione bien, las personas no pueden vivir en capullos de información. Deben estar en contacto con otros puntos de vista e ideas. En realidad, ellas deberían hacerlo sin querer ver u oír sobre determinados tópicos, pues eso es lo que hace que los ciudadanos estén en contacto con la pluralidad y las muchas otras visiones del mundo, considerando que buena parte de la información que consumimos nos es traída a través de las redes sociales y que esos nuevos transmisores de información personalizan el contenido que recibimos. La personalización del contenido es posible a partir de la recolección de datos y otra información que dejamos esparcidos por la red.

Con el surgimiento de la inteligencia artificial, los algoritmos tienden a mejorar inmensamente. Ellos aprenderán mucho sobre uno y sabrán lo que uno quiere o prefiere, conociendo emociones, siendo capaces de imitar emociones por su cuenta. Y si el algoritmo conoce sus predilecciones de todo orden sabrá también cuáles son los candidatos políticos que serán atractivos para uno. Y, si sabe qué sitios una persona visita, puede saber qué productos probablemente comprará y qué piensa sobre los asuntos que están en pauta en la contemporaneidad.

Facebook, por ejemplo, probablemente conoce sus convicciones políticas. Él categoriza a sus usuarios como muy conservadores, conservadores, moderados, liberales y muy liberales. Lo hace observando las páginas que les gustan.

Otro aspecto importante a ser observado es que los medios sociales vinieron al mundo no como órganos de la prensa libre o servicios de noticias e informaciones, no como mediadores entre ciudadano y Estado y ni siquiera como mediadores entre ciudadanos y ciudadanos, sino como formas de socializar. La función de los medios sociales como

canales de transmisión de informaciones, incluyendo aquí el noticiario político, simplemente ocurrió natural y paulatinamente.

Sin embargo, seguro, no fue con tal fin que se concibieron las plataformas interactivas o aparentemente las planificaron; incluso porque esas plataformas están en constante mutación, una regla fundamental del ambiente tecnológico. Preparadas o no para ello, la realidad es que esas plataformas son nuevas instituciones del actual flujo informacional.

Se puede considerar que las misiones del periodismo y de las plataformas están, en cierto modo, en desacuerdo, pues mientras el periodismo intenta proporcionar los hechos necesarios, pero a veces incómodos, así como el contexto pertinente para dar sentido a ellos y mantener el ciudadano bien informado, las redes sociales objetivan proporcionar informaciones deseadas y divertidas para mantener a sus usuarios felices e interesados, captando la máxima atención, por el mayor tiempo posible. Así, estamos ante "zombis" teleguiados por el hedonismo ofrecido.

La deliberación pública perfecciona la calidad de las decisiones en la democracia, permitiendo que los individuos comprendan mejor los intereses existentes en la sociedad, e incluso cuando la deliberación pública produce más desacuerdos que acuerdos, desde el punto de vista democrático-institucional, esto también puede ser positivo. El gran desafío, sin embargo, es el enfrentamiento de la mentira, sobre todo en la política.

El problema se intensifica por la dificultad de compatibilización de la existencia de los filtros burbuja y de las cascadas cibernéticas que nos dejan rehenes de los algoritmos desarrollados por los medios sociales, creando obstáculos serios al acceso a la información. En esta perspectiva, todavía hay la problemática de la filtración algorítmica y el alto grado de personalización de contenido, cabiendo reportar cómo el reciente caso Cambridge Analytica transportó la discusión a la *óptica electoral*.

Es bajo el enfoque de la personalización de la red y de la dirección de información para nichos políticos que el caso Cambridge Analytica chocó el mundo, pues a través del tratamiento de los datos personales de usuarios recogidos en Facebook la empresa logró desarrollar perfiles "psicográficos" para cada individuo, permitiendo un direccionamiento de discurso aún más subjetivo.

El mapeo de preferencias y costumbres en la red es una estrategia que ya era utilizada en gran escala por el marketing digital y el comercio en línea. Al individualizar al máximo los consumidores, las plataformas son capaces de definir nuestras preferencias de consumo, e imponen psicológicamente productos y servicios, todo ello a través de un lucrativo mercado de comercio de datos.

Con la utilización de los perfiles psicográficos, es posible no sólo identificar *qué electores son más propensos a ser cooptados por ciertas causas*, candidatos, asuntos e incluso frases de efecto, sino también *manipular la información para prever y alterar el comportamiento futuro de esos potenciales electores*, por medio de propaganda personalizada, adaptativa y adictiva.

El objetivo no es sólo evaluar correctamente el probable comportamiento del elector, pero, cuando sea necesario, cambiarlo, explorando sus emociones. En cuanto al aprovechamiento de las emociones, es importante resaltar que una de las facetas de la desinformación es justamente la manipulación de las emociones y de los instintos humanos por medio de un contenido pretendido como periodístico, o sea, a través de frases apelativas, colores y diseños seductores. A partir de ahí, las etapas emocionales pueden ser transferidas a otros, provocando contagio emocional por las redes sociales. Así, es posible llevar a un individuo a experimentar las mismas emociones sentidas por aquellos que los rodean en las redes.

En al menos veinte países patrones característicos de actividad en línea sugirieron el uso coordinado de tales bots para influir en el escenario político. El uso de estos robots en la política se hace con tres

objetivos principales: (1) pretender base de apoyo para un actor político en particular (táctica también conocida como "astroturfing"), (2) desagrupar oponentes y (3) alejar la atención de los temas polémicos, manipulando los llamados "trend topics".

En el contexto de disputas político-electorales, se manejan los robots para distorsionar la dimensión de movimientos políticos, manipular y radicalizar debates en la esfera pública, y crear falsas percepciones sobre disputas y consensos en las redes sociales. Es posible medir el poder de una *fake news* por la viralidad de la mentira que ella propaga, por la velocidad con que se disemina y por el número de personas que reciben y creen en la falsedad. Muchos factores pueden impulsar la popularidad de una historia, pero el ritmo con que las mentiras pueden viajar en las plataformas interactivas es ciertamente potenciado por el uso coordinado de bots, y no solo por razones directamente relacionadas con el contenido diseminado.

Estas cuentas automatizadas se presentan como humanos en Facebook, Twitter y otras redes sociales. Hay investigaciones que estiman que Twitter tiene hasta 48 millones de robots-usuarios y Facebook ya entre 67,65 millones y 137,76 millones de usuarios falsos, siendo algunos de ellos aprovechados para ayudar a difundir desinformación y otras tácticas de guerra cibernética, como la persecución a periodistas. En Twitter, por ejemplo, cuentas de bots suelen tuitar con frecuencia, retuitarse unos a otros y diseminar enlaces a contenido externo con más frecuencia que las cuentas operadas por humanos.

Este uso malicioso de robots representa una sofisticada y lucrativa industria transnacional de "gustar" y seguidores, que opera en las sombras de Internet.

El actual modelo financiero de los medios digitales favorece y alienta el fenómeno de las falsas news: cuanto más clics, mayor es el retorno. La remuneración a través de anuncios no siempre está relacionada al contenido que está disponible, sino a la cantidad de

accesos. Los autores de estas noticias, entonces, buscan maximizar el tráfico en sus páginas y, consecuentemente, el beneficio.

De este modo, el problema se bifurca. La primera complicación es que las informaciones falsas (principalmente las que apelan a las emociones) son más lucrativas que enlaces con noticias verdaderas, porque son más llamativas (click baits). El segundo obstáculo es que, en el universo de ese mercado de la atención, los algoritmos utilizados por las plataformas para orientar el contenido poseen un altísimo valor de mercado, y están protegidos por leyes de propiedad intelectual y por protocolos de seguridad empresariales. En el primer desafío presentado, las plataformas interactivas necesitan el dinero de la publicidad, siendo que en los modelos de negocio practicados por ellas (mercado de captación de atención) el dinero es generado por clics. Por su parte, la segunda cuestión está relacionada con la falta de transparencia en la forma en que los algoritmos trabajan para canalizar informaciones y noticias a través de los feeds de las redes sociales o de los proveedores de búsqueda, así como nuestra imposibilidad de cuestionar o alterar el tratamiento de esos datos, ya que los algoritmos terminan convirtiéndose en los "editores" de contenido.

Por lo tanto, además de que las *fake news* son más lucrativas, no tenemos control sobre cómo y por qué una u otra noticia apareció en detrimento de otra. Para intentar el problema, los investigadores del área propusieron que los medios sociales pasen a ordenar las fuentes de información por un criterio de calidad, de modo que las plataformas suministren a los consumidores señales de la calidad del origen de la información que podrían incorporarse a los rankings algorítmicos de contenido.

Sin embargo, permitir que hagan el ranking de noticias puede aproximarse a la figura de un curador de la calidad del discurso público, como si fuera posible situar algún ente (estatal o privado) en la posición de evaluar lo que merece y lo que no merece ser dicho. Por un lado, permitir el ranking por las plataformas puede plantear cuestiones serias sobre estar

depositando demasiados poderes en esas empresas de tecnología, que también poseen sus intereses económicos y privados. En el otro lado de la moneda, si se buscan soluciones gubernamentales, el problema persistiría, pues si el Estado pasara a hacer el ranking de los órganos de la prensa, nos aproximaríamos a la censura y el control de los discursos y la libertad de prensa es crucial para un ambiente democrático.

Aunque es innegable que las plataformas puedan contribuir con soluciones al problema, lo que ya vienen haciendo, la sociedad civil también necesita crear sus mecanismos de averiguación de la verdad, incluso porque el problema de la diseminación de información falsa no es culpa exclusiva de cuentas automatizadas. El comportamiento humano contribuye más a la diseminación diferencial de falsedades y verdades que los robots automatizados. Esto implica que las políticas de contención de información falsa también deben enfatizar las intervenciones de comportamiento, como recompensar e incentivar la disolución de la diseminación de la desinformación, especialmente a través de la *educación*, en lugar de centrarse exclusivamente en cercenar los bots. Entender la lógica y las razones para la diseminación de las noticias falsas es el primer paso para contenerlas.

Con el fin de mitigar la problemática de las *fake news* surgen agencias de chequeo de hechos, verdaderas herramientas de concientización de los usuarios sobre fake news y de chequeo de hechos por palabras clave y robots automatizados, como la reciente herramienta brasileña PegaBot, o las columnas y sectores de los medios tradicionales destinados únicamente a desbancar informaciones falsas. En el lado de las plataformas, es crucial continuar la revisión de los términos de uso y de las políticas de privacidad para dificultar el uso de bots en el impulso de *fake news*, además de invertir en inteligencia artificial capaz de detectar contenido falso y acciones orquestadas por bots y actores políticos maliciosos.

Un ejemplo interesante para analizar acerca de la influencia de las *fake news* en los procesos electorales es el caso de las elecciones



presidenciales americanas de 2016, cuando fue desvelado al mundo de forma más visible la guerra cibernética por medio de la desinformación, *troll armies* y *overload* informacional.

Según las agencias de inteligencia norteamericanas, Rusia interfirió activamente en las elecciones presidenciales de 2016 en Estados Unidos a través de campañas de desinformación y propaganda realizadas en gran parte por las redes sociales. Se percibe también que la interferencia rusa viene notándose en otros lugares, pues el modelo con características de *guerra cibernética* viene repitiéndose en varios países a lo largo de los últimos años, especialmente a medida en que momentos electorales significativos se acercan.

La influencia en las elecciones se da, brevemente, por la distorsión de hechos, por el micro-direccionamiento de los votantes, para persuadirlos a votar de cierta manera, o simplemente para reprimir su deseo de votar. Rusia ha realizado intentos de interferir en la opinión pública, apoyando a organizaciones que crean y diseminan desinformación, contenido falso e hiper-partidario, con el objetivo de minar la confianza pública y de desestabilizar los estados democráticos. Se trata de una amenaza activa, configurándose como un verdadero modelo de guerra cibernética por medio de la información.

Actuando de forma muy sofisticada y eficaz, por la persecución en línea abusiva, perpetrada por ejércitos cibernéticos, también llamados "web brigades" o *troll armys*, estos grupos tienen como objetivo amenazar, hackear y ofender a periodistas y medios de comunicación, para que piensen dos veces antes de escribir contenido crítico, haciendo el periodismo político patrullado y amenazado.

El modelo se utiliza de la "arquitectura de control de las redes sociales" para minar el sistema informacional, desviando la atención dirigida a temas claves para debates políticos menos importantes por medio de la manipulación de *trend*, temas y creación estratégica de noticias falsas y cascadas cibernéticas, así como para la persecución de la prensa libre.

En Brasil, el diario Folha de São Paulo denunció, en las últimas elecciones, un supuesto esquema de envío masivo de mensajes por la aplicación del Whatsapp, programado ya en las últimas semanas de las elecciones para diseminar en masa contenido en los últimos días antes de la segunda vuelta, existiendo indicios suficientes para confirmar que el modelo de propaganda ruso viene tomando cuenta del sistema informacional brasileño como canal de distribución de *fake news*.

Por su parte, el WhatsApp, que también es controlado por Facebook, viene invirtiendo en mejoras para evitar la desinformación masiva. Algunos de los ejemplos de cambio en la plataforma son: la restricción de los grupos para hasta 250 miembros; la creación de la advertencia "encaminada" cuando los mensajes se comparten de una ventana a otra (señalando la posibilidad de ser una corriente tratando de propagar información en cascada); y restricciones en la cantidad de usuarios en las listas de transmisión y el intercambio de mensajes.

Además, la empresa viene trabajando en conjunto con el Poder Judicial brasileño, especialmente el Superior Tribunal Electoral. Cambios como éstos también se han implementado en países como India, algunos por razones similares, otros por particularidades sociales diferentes, como olas de linchamientos públicos.

El tema gana aún más actualidad, pues el 18.10.2018, a tan solo 10 días de la segunda vuelta, el grupo político comandado por el entonces candidato Fernando Haddad, posteriormente derrotado en los comicios, ingresó con una Acción de Investigación Judicial Electoral -AIJE (0601771-28.2018.6.00.0000)- en el Tribunal Superior Electoral (TSE), instando a la corte a investigar denuncias de abuso de poder económico y uso indebido de medios de comunicación digital debido a supuesta contratación de empresas de disparos de mensajes masivos, en el Whatsapp, que se habría hecho indirectamente por grupos económicos apoyadores de la candidatura de Bolsonaro. La conducta sería vedada por la Ley de las Elecciones 9504/1997 y por la decisión del STF en la ADIn 4650,59 que prohíben la donación por empresas para campañas electorales.

En este contexto, las investigaciones en el área sugieren que este contemporáneo modelo de propaganda y de interferencia en la opinión pública internacional, con características de guerra cibernética, tiene el potencial de ser altamente eficaz justamente porque se utiliza de la manera como el cerebro humano recibe, interpreta, almacena y comparte información, para dirigir psicológicamente al intérprete a los objetivos pretendidos. En síntesis, el éxito del modelo de propaganda basado en técnicas de la Guerra Fría soviética involucra 4 características principales: gran volumen de información a través de múltiples vehículos y canales de comunicación, continuidad, repetitividad y falta de compromiso con la consistencia periodística.

Considerando que estos aspectos exitosos de la propaganda rusa tienen fundamentos sorprendentes en la literatura sobre psicología y ciencia conductual, es necesario primero entender que tal modelo funciona produciendo un volumen increíblemente grande de información, falsa, parcialmente falsa o descontextualizada, que se transmite o distribuye a través de un amplio número de canales, preferentemente vía Internet y redes sociales, como Facebook y Twitter, y aplicaciones de mensajería como Whatsapp.

Sin embargo, también se puede utilizar de la televisión y la radiodifusión. El contenido de los mensajes recurrentemente implica noticias presuntamente periodísticas, con titulares apelativos, alegaciones chocantes, en formatos similares a los medios de comunicación auténticos, pero sin que haya la indicación de quien escribió el reportaje o fuentes confiables. Las noticias falsas a menudo contienen imágenes o vídeos manipulados, o incluso auténticos, pero descontextualizados.

En el contexto específico de disputas político-electtorales, los robots pueden ser manejados para distorsionar la dimensión de movimientos políticos, manipular y radicalizar debates en la esfera pública, y crear falsas percepciones sobre disputas y consensos en las redes sociales. La práctica denominada "*astroturfing*" funciona de la siguiente manera: múltiples identidades en línea y grupos de presión

falsos con gran cantidad de bots se utilizan, por ejemplo, para promover falsamente una noticia.

En las elecciones brasileñas de 2018, se reportaron diversos informes de grupos de Whatsapp creados con el propósito de diseminar noticias, en los cuales se agregaban a personas sin su consentimiento.

Hay cada vez más cuentas automatizadas en los medios sociales para manipular discursos en la esfera pública en línea, con perfil presuntamente periodístico, introducidos en una variedad de grupos políticos, creando la impresión de amplio apoyo popular a una idea, política, individuo o producto.

En el caso del *modus operandi* del modelo de propaganda ruso, especialmente en Internet, con el gran volumen de mensajes y la cantidad de noticias falsas sobre un mismo hecho, de hecho, las versiones manipuladas salen en el frente, pues en condiciones iguales de competencia, la propaganda ofrecida en mayor volumen y proveniente de una mayor cantidad de fuentes se vuelve más persuasiva. Las razones de esto son porque, primero, el gran volumen puede consumir la atención y desviar el foco de otros canales de información disponibles, desacreditando los medios tradicionales. Segundo, el alto volumen puede sobrecargar los mensajes concurrentes en una inundación de desacuerdo. En tercer lugar, con varios canales se aumentan las posibilidades de que el público blanco sea expuesto al mensaje o idea diseminada. Cuarto, recibir un mensaje de varios lugares y de varios orígenes aumenta la credibilidad percibida del mensaje, especialmente si una fuente de divulgación es una con la que un miembro de la audiencia se identifica, como amigos y familiares.

## **Consideraciones finales**

En resumen, la variedad de fuentes es importante porque múltiples fuentes son más persuasivas que una sola fuente, recibir el mismo mensaje o mensaje similar de varias fuentes es más persuasivo. Las

personas suponen que las informaciones de varias fuentes probablemente se basan en perspectivas diferentes y, por lo tanto, merecen una consideración mayor. El endoso de un gran número de usuarios aumenta la confianza y la confiabilidad del consumidor en la información, a menudo con poca atención a la credibilidad de aquellos que hacen el endoso, y comunicaciones de grupos a los que el destinatario pertenece tienen más probabilidades de considerarse creíbles. Lo mismo se aplica cuando la fuente se percibe como similar al destinatario.

Facebook tiene un sector específico dentro de la empresa solo para hacer el chequeo de cuentas falsas, y hay una opción específica para denunciar el comportamiento en la red social.

Este modelo no tiene compromiso con la realidad objetiva y cuanto más sofisticada es la transmisión de la noticia falsa, más posibilidades tiene de ser acreditada y propagada en cascadas cibernéticas.

Otro problema que se debe notar acerca de las informaciones falsas, en especial las que apelan a las emociones, es el hecho de que son más lucrativas que enlaces con noticias verdaderas. Se percibe también que la proporción de las falsedades aumenta aún más cuando la desinformación es consistente con narrativas o prejuicios mantenidos por el público, prejuicios no raros en Brasil, y dirigidos al público específico, más propenso a aceptar las ideas que se pretende introducir.

Es bajo este enfoque que el reciente caso Cambridge Analytica chocó el mundo, pues, a través del tratamiento de los datos personales de cada usuario recogido en Facebook, la empresa logró desarrollar perfiles "psicográficos" para cada uno y permitió un direccionamiento de discurso aún más subjetivo.

La característica distintiva final del modelo de propaganda ruso es que no está comprometido con la consistencia periodística. Potenciales pérdidas en la credibilidad debido a la inconsistencia se compensan potencialmente por sinergias con otras características de la propaganda contemporánea.

A pesar de las *fact checking*, las noticias falsas persisten. No sólo las noticias verificadoras no llegan a las mismas personas que visualizan las falsas *news* - una vez que cada una de ellas se encuentra en su burbuja de filtrado algorítmica, que tiende a rechazar contenido (o páginas y sitios) de las cuales el usuario diverja, pero la reiteración de las noticias "verdaderas" puede conceder aún más credibilidad a las falsas.

La conclusión, entonces, es alarmante: las *fake news* y los falsos rumores, que son uno de los mecanismos utilizados por el modelo ruso de propaganda, alcanzan a más personas, penetrando más profundamente en la red social y extendiéndose con más rapidez que la información precisa. En contraste, el "chequeo de hechos" puede acabar pareciendo una minoría y, por lo tanto, una opinión menos creíble, resultando en el más devastador problema de los tiempos de post-verdad: la desvalorización y deslegitimación de voces especialistas, instituciones autorizadas y el concepto de datos objetivos. Todo esto acaba minando la capacidad de la sociedad de involucrarse en un discurso racional basado en hechos compartidos, distorsiona lo que sería una visión mayoritaria, y el funcionamiento de la esfera pública, fabrica odios, miedo y mentiras, a través de un sistema policíaco de vigilancia y control permanente, que artificializa la inteligencia natural por la artificial, haciendo paráfrasis del Profesor Boaventura de Sousa Santos, y atinge la democracia y los derechos humanos, sobre todo por la recusa del diálogo y discusión con adversarios políticos, pues para la ola conservadora que hoy asuela el mundo y se utiliza de las herramientas tecnológicas disponibles en la actualidad, no existen adversarios sino enemigos a ser eliminados por la intolerancia, el odio y el miedo (SANTOS, 2019).

## Referencias

BALKIN, Jack M. Free Speech in the Algorithmic Society: **Bid Data**, Private Governance, and New School Speech Regulation. Disponible

em: [https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/3/Essays/51-3\\_Balkin.pdf](https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/3/Essays/51-3_Balkin.pdf).

BALKIN, Jack M., "Old-School/New-School Speech Regulation" (2014). **Faculty Scholarship Series**. 4877. Disponível em [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/4877](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4877).

MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático**. Curitiba: Juruá, 2014.

PERSILY, Nathaniel. Can Democracy Survive the Internet? **28 Journal of Democracy n° 63** (2017).

SANTOS, Boaventura de Sousa. **As incessantes fábricas do ódio, do medo e da mentira**. Disponível em: <https://www.brasil247.com/pt/colunistas/geral/383746/As-incessante-f%C3%A1bricas-do-%C3%B3dio-do-medo-e-da-mentira.htm>. Acesso em 15 fev. 2019.

SOUZA, Carlos Affonso; PADRÃO, Vinicius. **Quem lê tanta notícia (falsa)?** Entendendo o combate contra as “fake news”. Disponível em: <https://feed.itsrio.org/queml%C3%AA-tanta-not%C3%ADcia-falsaentendendo-o-combate-contras-fake-news70fa0db05aa5>.

SUNSTEIN, Cass. R. **Human Agency and Behavioral Economics**. Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan, 2017.

WU, Tim. Is the First Amendment Obsolete? **Columbia Public Law Research Paper**, n. 14/573. (2017). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3096337>.





# Inteligência Artificial e o futuro da Advocacia

*Artificial Intelligence and Law*

Júlia Alexim\*

**Resumo:** o presente artigo visa mostrar ao leitor, em uma perspectiva histórica, os avanços no desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial para, em seguida, discutir os desafios colocados por essas novas tecnologias para o exercício da advocacia. Expõe como exemplo de sistema de inteligência artificial o sistema cognitivo da IBM: o IBM Watson. Por fim, propõe alguns caminhos para o futuro da advocacia, da formação dos advogados e tarefas que devem ser assumidas pelo Poder Público para minimizar potenciais desigualdades que podem ser produzidas pelo uso dessas novas tecnologias.

**Palavras-chave:** Inteligência artificial. Sistemas cognitivos. Advocacia. IBM Watson. Constituição.

**Abstract:** This paper aims to discuss, in a historical perspective, the development of artificial intelligence systems in order to discuss the current challenges faced by lawyers in dealing with these new technologies. Watson, the IBM cognitive system, is used as an example of artificial intelligence system. This paper also proposes some ways for the future of law professionals and their training, as well as actions that must be taken by the public power entities to minimize potential inequalities produced by the use of artificial intelligence systems.

**Keywords:** Artificial intelligence. Cognitive systems. Law. IBM Watson. Constitution.

---

\* Advogada criminalista. Graduada em Direito pela PUC-Rio. Especialista em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Mestranda em Memória Social pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro-PUC-Rio.

## Introdução

O Título IV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que trata da organização dos Poderes – Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – possui quatro capítulos. O quarto capítulo é dedicado às chamadas funções essenciais à justiça, são elas as funções: i) do Ministério Público; ii) da Advocacia Pública; iii) da Advocacia e iv) da Defensoria Pública. Sobre a advocacia, determina o artigo 133 do texto constitucional que: “o advogado é indispensável à Administração da Justiça”<sup>1</sup>.

Seguindo o texto constitucional, o artigo 2º do Estatuto da Advocacia (Lei Federal nº 8906/1994) reproduz em seu “caput” o artigo 133 da Constituição e acrescenta em seu § 1º que: “no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”<sup>2</sup>.

A inclusão da advocacia privada no capítulo da Constituição Federal de 1988 que trata da organização dos Poderes não significa que essa seja uma função ou atividade típica de Estado. Significa apenas, se atentarmos para o disposto no já referido artigo 133, que a advocacia é essencial na busca e realização da Justiça, que deve aqui ser entendida tanto como instituição, isto é, como sinônimo de Poder Judiciário, quanto como valor que compreende o fazer o justo, o dar a cada um o que é seu<sup>3</sup>.

As ordens constitucionais contemporâneas, com efeito, são fundadas na premissa segundo a qual é papel do Estado distribuir justiça por meio de leis, atos administrativos e decisões judiciais.

---

<sup>1</sup> 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 15 jul. 2021.

<sup>2</sup> BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm). Acesso em: 15 jul. 2020.

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **A advocacia pública como função essencial à justiça**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>. Acesso em: 15 jul. 2020.

Sobre a procura por sistemas de justiça, afirma Antônio Pedro Barbas Homem<sup>4</sup>:

Duas situações aparecem de modo inovador: de um lado é a instituição estadual; de outro lado, a lei. O resultado é a crença no papel do Estado como constituidor de justiça, que constitui ainda uma dimensão central na reflexão atual da justiça.

Nessa perspectiva, os/as advogados/as, profissionais qualificados e legalmente legitimados a representar os interesses dos cidadãos perante as instituições do Estado, são, de fato, indispensáveis à administração da justiça, como bem aponta o artigo 133.

Para José Afonso da Silva, a disposição constitucional apenas afirma um princípio do funcionamento da justiça. O Judiciário, inerte por natureza e princípio, deve ser provocado por sujeitos com conhecimentos técnicos: os advogados. Afirma o autor<sup>5</sup>

A advocacia não é apenas um pressuposto da formação do Poder Judiciário. É também necessária ao seu funcionamento. (...) ‘O advogado é indispensável à administração da justiça’, diz a Constituição artigo 133), que apenas consagra aqui um princípio basilar do funcionamento do Poder Judiciário, cuja inércia requer um elemento técnico propulsor. O antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 1.215/63, art. 68) já o consignava. Nada mais natural, portanto, que a Constituição o consagrasse e prestigiasse, reconhecendo no seu mister a prestação de um serviço público.

A essencialidade da advocacia na realização da justiça decorre especialmente do fato de que, em regra, as pessoas não podem postular em juízo sem advogado. Portanto, todas as normas que regem o exercício da

---

<sup>4</sup> HOMEM, Antônio Pedro Barbas. **O justo e o injusto**. Lisboa: A.A.F.D.L, 2005. p. 35.

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 580-581.

advocacia – sejam os direitos, prerrogativas, proibições ou regras éticas – protegem não a pessoa do advogado, mas sim o jurisdicionado, aquele que o advogado representa perante o Poder Judiciário.

Sendo assim, todas as transformações na realidade material, inclusive as inovações tecnológicas, que afetem potencialmente os direitos da advocacia, geram, de imediato, questões de natureza jurídica com reflexos diretos nos direitos fundamentais de todos, bem como na Administração da Justiça pelo Estado.

O que se pretende, portanto, ao longo deste texto é traçar um histórico do desenvolvimento dos sistemas de inteligência artificial e elencar os usos da inteligência artificial na prática da advocacia – que já são reais e não apenas sonhos para o futuro – para, então, pensar os desdobramentos e riscos trazidos por esses usos para as diversas atividades econômicas<sup>6</sup>, para a profissão de advogado e, conseqüentemente, para a administração da Justiça.

## **1 O que é inteligência artificial?**

### **1.1 Os sistemas simbólicos**

Para entender o que é inteligência artificial, precisamos entender a evolução dos sistemas simbólicos. Os sistemas simbólicos são aqueles que relacionam informações ou símbolos de forma lógica. Por exemplo, se as seguintes informações são inseridas em um sistema simbólico: i) todos os pássaros voam e ii) o rouxinol é um pássaro, mesmo o mais rudimentar sistema simbólico seria capaz de concluir que rouxinol voa. Esse, porém, é um exemplo demasiado simples. Os sistemas simbólicos vêm se tornando cada vez mais desenvolvidos e complexos.

---

<sup>6</sup> Sobre o impacto das novas tecnologias ver: JENSEN, Michael C. The modern industrial revolution, Exit, and failures of internal Control Sistem. *In*: JENSEN, Michael C. **Theory of the Firm**, Cambridge: Harvard University Press, 2000.

Um exemplo é o GPS – *General Problem Solver*<sup>7</sup> –, sistema que visa responder a uma pergunta: qual o menor caminho para uma determinada solução? O GPS que conhecemos e utilizamos em nossos carros e telefones, especificamente, associa dados para responder à seguinte pergunta: qual o menor ou mais rápido caminho que leva de um ponto a outro em menos tempo?

O problema que se coloca, contudo, é se esses sistemas, alimentados por pessoas humanas, são verdadeiramente inteligentes.

Voltemos ao GPS: nem sempre o caminho mais rápido, escolhido pelo sistema informatizado, é, de fato, o melhor para o sujeito, ou a escolha desse caminho a mais racional. Às vezes, um caminho, embora mais rápido, é perigoso, e a melhor escolha é deslocar-se por um caminho mais longo e mais seguro.

Cabe questionar, portanto, se existe efetiva inteligência nesses sistemas<sup>8</sup> ou se, considerando que é uma pessoa humana que insere a pergunta no sistema e uma pessoa humana que interpreta a resposta para saber se a resposta dada pelo sistema simbólico é, de fato, a melhor resposta, a inteligência não seria, na verdade, humana.

## 1.2 *Big data*

Desenvolveu-se, então, a ideia de que os sistemas seriam aperfeiçoados se fossem alimentados com uma quantidade massiva de dados.

Duas condições se reuniram para permitir a formação de bancos massivos de dados. A primeira condição foi o armazenamento de dados tornar-se barato. Hoje, quase todos nós possuímos amplo espaço para armazenamento de dados de forma gratuita apenas mediante o uso, por exemplo, de uma conta de e-mail de determinada empresa.

---

<sup>7</sup> CÁCERES, Enrique. Inteligencia artificial, Derecho y e-justice. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nova série, ano XXXIX, n. 116, maio-ago. 2006. p. 593-611.

<sup>8</sup> TÁPIA, Angel Gutierrez. Inteligência artificial. **Manual formativo de ACTA**, n. 60, 2011, p. 31-39.

A segunda condição foi o uso de computadores e da internet por pessoas e empresas de forma generalizada, de modo que esses usuários produzem dados em imensa quantidade, de fontes e natureza variáveis que, mais tarde, podem ser utilizados em sistemas de inteligência artificial.

No campo do Direito, por exemplo, podemos pensar que a disponibilização em processos eletrônicos de quase a totalidade das decisões judiciais produzidas fornece a esses sistemas de inteligência, dados suficientes para que eles possam encontrar padrões e tendências na jurisprudência, tendências de juízes específicos, soluções para casos concretos entre outras respostas para perguntas diversas.

Em referência ao seu volume massivo, essa possibilidade de acesso e reunião de informações passou a ser chamado de *big data* e a busca por dados por programas, inteligentes ou não, de *data mining*.

O volume de informações é tamanho que elas não podem ser processadas por meios tradicionais, e não podem ser acessados e ordenados em tempo razoável pela ação humana.

O *big data*, com efeito, não é apenas o acesso a dados. Ele envolve também novos procedimentos de processamento e análise de dados. A transformação trazida pelo *big data* é muito mais profunda, porque ele modifica os processos de produção de conhecimento.

Assim, diz-se, o que o fordismo foi para a indústria o que o *big data* e a inteligência artificial serão para a produção do conhecimento, mudando não apenas o que se conhece, mas como conhecer.

Essas mudanças afetam a indústria, o mercado de trabalho e todas as áreas da economia, bem como colocam para os Estados e para todos nós questões éticas<sup>9</sup>, filosóficas<sup>10</sup> e jurídicas<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Sobre o tema, ver: GARCIA, Fernando de Cuadra. Limites éticos de la inteligencia artificial. **Anales de Mecánica y Electricidad**, jan./fev. 2002, p. 10-15.

<sup>10</sup> Sobre o tema, ver: MCCARTH, Jonh; HAYES, Patricia. **Some philosophical problems from the standpoint of artificial intelligence**. Disponível em: <http://jmc.stanford.edu/articles/mcchay69.html>. Acesso em: 15 jul. 2020.

### 1.3 Conexionismo

Já vimos que a inteligência artificial não se caracteriza pela mera reunião de símbolos ou dados. A inteligência artificial envolve, também, a capacidade de encontrar padrões, e de fazer conexões entre os dados que os humanos que alimentam os sistemas de inteligência artificial não são capazes de identificar. Trata-se de padrões e conexões, portanto, que sem sistemas de inteligência artificial não seriam conhecidos. O conexionismo foi o desenvolvimento de sistemas com essa capacidade de criar relações, padrões e sequências novos.

### 1.4 *Big data*, conexionismo e inteligência artificial

Inteligência artificial é utilização de uma quantidade massiva de dados combinada ao ato de encontrar padrões e relações entre esses dados. Além disso, na inteligência artificial, essas conexões, padrões e relações entre dados são direcionadas para a solução de problemas.

É importante ressaltar que o conhecimento produzido pela inteligência artificial é um conhecimento prático, voltado para solução de problemas concretos.

Tal como na formação de qualquer especialista, a compilação de dados e o conhecimento teórico são os primeiros passos na formação de um sistema de inteligência, eventualmente, esse conhecimento é aplicado na prática.

Os sistemas de inteligência artificial, ademais, se diferenciam de outros sistemas simbólicos e podem ser chamados de inteligentes por outro motivo: os sistemas de inteligência artificial “aprendem”.

---

<sup>11</sup> Sobre o tema, ver: HUESO, Lorezo Cotino. Big data e inteligencia artificial: una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales. **Dilemata**, ano 9 (2017), n. 24, p. 131-150.

Por isso, podemos concluir que, embora seja um erro igualar a inteligência artificial à inteligência humana, ou supor que os sistemas de inteligência artificial reproduzem os processos cognitivos humanos, a capacidade dos sistemas de inteligência artificial de encontrarem padrões, conexões e relações entre dados que não seriam encontradas de outro modo – ou que demandariam tempo incalculável –, e a capacidade desses sistemas de aprender com a descoberta desses padrões e conexões – e até mesmo de aprender com erros e se aprimorar – configuram uma forma de inteligência.

### **1.5 O futuro: agentes inteligentes**

O futuro da inteligência artificial parece estar na criação de agentes inteligentes<sup>12</sup>. Além das habilidades anteriores, os agentes inteligentes são móveis, isto é, podem mover-se para interagir com seu interlocutor. O objetivo é que esses agentes, assim como as crianças, aprendam por meio da interação com o meio e sigam aprendendo como se se tornassem adultos. Os agentes inteligentes, além disso, podem representar seres humanos em negociações, tomadas de decisões etc.

### **1.6 Devemos temer a inteligência artificial?**

A inteligência artificial, muitas vezes representada como potencialmente maléfica e perigosa em filmes de ficção científica, já não vive mais apenas na ficção. A inteligência artificial já é realidade, e a questão que se coloca para os homens, mulheres e, sobretudo, para os profissionais que terão seu campo de atuação afetado por essas novas tecnologias é como agir diante delas.

---

<sup>12</sup> WOOLDRIDGE, Michael e JENNINGS, Nicholas. Intelligent agents: Theory and practice. *The Knowledge Engineering Review*, v. 10, n. 2, 1995. p. 115-152.



## Sobre a rápida infiltração e presentificação da inteligência artificial em nossa realidade, afirma João Teixeira:

Nos últimos anos a Inteligência Artificial surpreendeu a todos. A nova ideia é que a IA será uma inteligência em rede que não surgirá de uma máquina específica. A inteligência será uma *comodity* na forma de um fluxo de dados fornecido por algumas empresas, como já ocorre com a água, a energia elétrica e os serviços de telefonia. Como a internet, ela estará em toda parte e em nenhuma parte. O desenvolvimento da nova IA incluirá, também, o esforço colaborativo, muitas vezes involuntário, de todos que utilizam a internet. Nessa nova arquitetura, seremos parte de uma inteligência criada coletivamente, na qual cada ser humano agregará constantemente novas informações, contribuindo para que ela se expanda e se mantenha sempre atualizada. Softwares para reconhecimento de rostos e para traduzir linguagens surpreendem e encantam as pessoas. Mas as máquinas ainda não sabem o que fazem, isto é, não sabem o significado do que estão fazendo. Do ponto de vista filosófico e antropológico, a Inteligência Artificial continua sendo uma ameaça para o monopólio humano da inteligência. O que acontecerá se um dia um dispositivo físico replicar a inteligência humana? Ou superá-la? Há ainda muitos obstáculos, não apenas técnicos, mas também, teóricos e conceituais até que um dia, quando amanhecer, vejamos essa notícia nos jornais e na televisão. Mas, se um dia isso ocorrer, teremos de repensar nossa posição no universo e buscar, além da inteligência e da consciência, algo que nos defina como criaturas especiais. Ou, talvez aceitar, definitivamente, nossa insignificância<sup>13</sup>.

Pouco adianta, portanto, temer a inteligência artificial. Melhor é saber lidar com ela, bem como saber identificar quais atividades humanas os sistemas de inteligência artificial não podem substituir.

---

<sup>13</sup> TEIXEIRA, João. **O que é inteligência artificial**. 3. ed. São Paulo: E-Galáxia, 2019. p. 6-7.

## 2 Inteligência artificial já é realidade

### 2.1 O IBM Watson

Diferentes sistemas de inteligência artificial vêm sendo desenvolvidos. Um deles é o Watson, o sistema de inteligência definido pela própria IBM como um sistema cognitivo<sup>14</sup>.

O IBM Watson ficou famoso após vencer humanos no popular programa televisivo *Jeopardy*<sup>15</sup>. A sua primeira característica é a capacidade de analisar rapidamente uma quantidade massiva de dados; mas ele faz mais do que isso: o IBM Watson é capaz de processar linguagem e encontrar padrões e relações que o permitem produzir conhecimento a partir dos dados a que tem acesso. Além disso, ele filtra a resposta e a compara com evidências, aumentando a confiabilidade das soluções apresentadas. Em outras palavras, o próprio Watson busca evidências que corroborem as respostas por ele apresentadas.

Seu maior diferencial, contudo, é que o IBM Watson aprende. Ele aprende com os erros, com a interação e com a colocação de novas questões, e ele é capaz de absorver novas informações. Ele aprende através da linguagem e de seu interlocutor. Por isso, talvez seja correto chamá-lo de um sistema cognitivo e diverso de outros instrumentos e programas que apenas processam, pesquisam ou até mesmo interpretam dados. O IBM Watson se aperfeiçoa com o tempo. Nas atividades que envolvem relações com cliente, por exemplo, ele se aperfeiçoa ao interagir com a clientela.

---

<sup>14</sup> Ver MOBLE, Dave. **How Watson works**. Disponível em: [www.ibm.com](http://www.ibm.com). Acesso em: 18 out. 2018; HIGH, Rob. **The era of cognitive systems: an inside look at IBM Watson and how it works**. Disponível em: [www.ibm.com](http://www.ibm.com). Acesso em: 18 out. 2020.

<sup>15</sup> SCHIRRU, Luca. A inteligência artificial e o big data no setor da saúde: os sistemas especialistas e o Direito. **PIDCC**, ano V, v. 10, n. 3, out./2016, p. 81-89.

O IBM Watson, portanto, reúne inteligência artificial e *big data*, mineração de dados e busca de padrões e, ainda por cima, é capaz de aprimorar sua performance com o tempo.

Inicialmente, o sistema cognitivo da IBM foi criado para tomada de decisões em políticas de saúde e investimentos financeiros, áreas em que há um fluxo permanente de informações novas que o IBM Watson pode processar, mas o IBM Watson pode ser customizado com qualquer indústria, como tem acontecido com os robôs advogados.

## 2.2 O Robô advogado

Watson é o nome da tecnologia de computação cognitiva da IBM, utilizada por Ross<sup>16</sup>, um robô desenvolvido pela Universidade de Toronto que já cumpre funções em grandes escritórios de advocacia norte-americanos. Ross é capaz de peneirar mais de um bilhão de documentos de texto em um segundo, e retornar a passagem exata que o usuário precisa.

Não se trata apenas de um sistema de pesquisa e processamento de dados. O robô compreende o significado das leis e das decisões pesquisadas, classifica as informações de interesse e indica soluções jurídicas, apresentando perspectivas e potenciais resultados práticos. É um impressionante exemplo da chamada inteligência artificial, adotada por Ross e por tantos outros softwares, que se propõem a eliminar a ineficiência dos trabalhos jurídicos e, assim, reduzir custos. Se um advogado leva horas para elaborar uma ação, defesa ou recurso judicial, já há softwares que os preparam em questão de minutos, ou até segundos.

---

<sup>16</sup> MELO, João Ozório de. **Escritório de advocacia estreia primeiro "robô-advogado" nos EUA**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-16/escritorio-advocacia-estrela-primeiro-roboto-advogado-eua>. Acesso em: 15 jul. 2020.

### **2.3 As múltiplas possibilidades de uso da inteligência artificial por operadores do Direito**

Sistemas de inteligência artificial podem ser adotados por operadores do direito em diferentes áreas, e não apenas em atividades próprias da advocacia, tais como na produção de textos acadêmicos, na busca, organização e interpretação de fontes, nas negociações jurídicas, na educação jurídica, na elaboração de leis e de políticas públicas.

Sistemas de inteligência artificial, ademais, não são utilizados apenas por empresas e escritórios de advocacia. São também utilizados por órgãos públicos e até mesmo por tribunais.

No Brasil, sistemas de inteligência artificial já são utilizados pelo Tribunal de Contas da União, pelo Supremo Tribunal Federal, e devem ser adotados por órgãos do Ministério Público.

A adoção da inteligência artificial não apenas na advocacia, mas também por órgãos públicos, afeta o trabalho dos advogados e, por isso, essa nova realidade coloca desafios não apenas para os advogados privados, mas também para o legislador e para os operadores do direito em geral.

## **3 Novos desafios e a necessidade de atuação do Poder Público**

### **3.1 O futuro da advocacia**

Como vimos, a advocacia é função essencial à justiça e uma exigência da nossa ordem constitucional. Com efeito, todo nosso sistema de justiça é fundado na premissa segundo a qual, o embate de duas partes que possam argumentar e produzir provas em condição de igualdade levará o juiz ou juíza a encontrar a solução mais justa.

Essa disputa que ocorre no processo judicial, bem como outros tantos atos praticados fora do Poder Judiciário – como a celebração e formalização de contratos, registros de marcas, registros de pessoas

jurídicas, elaboração de estatutos e contratos sociais, divórcios e inventários extrajudiciais entre tantos outros – dependem de conhecimento técnico.

Dessa forma, os cidadãos envolvidos em processos judiciais, e que dependam ou participem de atos extrajudiciais que exigem conhecimento técnico precisam, para ter acesso à justiça, de advogado. A advocacia, então, não vai – ou ao menos não deve – desaparecer.

Sem dúvida, porém, a prática da advocacia irá se transformar, e muitas das tarefas hoje realizadas por advogados podem passar a ser realizadas por sistemas de inteligência artificial. Advogados que se dedicam à produção de peças jurídicas, contratos ou outros documentos de forma repetitiva, sem grande contribuição intelectual, já podem facilmente ser substituídos por sistemas de inteligência artificial.

Os sistemas de inteligência artificial, porém, não funcionam sozinhos. Eles precisam ser alimentados por pessoas humanas, e as soluções por ele oferecidas deverão ser interpretadas por pessoas humanas, isto é, por advogados. Será necessário, contudo, que os advogados sejam formados e qualificados, por meio de uma formação interdisciplinar, para lidar com esses sistemas de inteligência.

Além disso, quem lida com a advocacia e, sobretudo, com clientes, sabe que, muitas vezes, não é a melhor solução técnica que atende aos anseios de quem procura o advogado. Sabe também que os clientes têm dificuldade de relatar os fatos dos quais é preciso extrair a questão jurídica a ser enfrentada<sup>17</sup>. Sabem até mesmo que, eventualmente, clientes mentem e fornecem informações falsas, distorcidas ou interpretações variadas dos mesmos acontecimentos.

Essa dimensão humana da advocacia, essa tarefa de interpretar o relato apresentado pelo cliente, ainda é do advogado. Os sistemas de inteligência artificial ainda não são capazes de realizá-la, de modo que,

---

<sup>17</sup> Sobre as dificuldades na elaboração da questão jurídica ver: FERRER, Ángel Sancho; HERNÁNDEZ, Carlos Fernández; BOULAT, Pierre. La búsqueda de información jurídica: de los tesauros a la inteligencia artificial. *Scire*, v. 18, n. 1, jan./jun., 2012, p. 73-83.

cada vez mais, a interação humana e a compreensão dos anseios humanos serão a missão dos advogados.

### **3.2 O papel do Poder Público**

Está claro que o desenvolvimento e a popularização de sistemas de inteligência artificial colocam desafios não apenas para profissionais da área privada como advogados, mas também para o Poder Público em todas as esferas: legislativa, executiva e judiciária.

Ao legislador caberá a tarefa de regular o uso dessas tecnologias enfrentando uma série desses desafios. O primeiro desses desafios será a regulação do uso de dados privados pelos sistemas de inteligência artificial. Como já dito, somos nós quem fornecemos os dados que são utilizados pelos sistemas de inteligência, que se valem de informações que vão desde movimentação e localização de pessoas, passando por postagens em redes sociais, e até por informações sigilosas, como prontuários médicos, que alimentam sistemas de inteligência artificial capazes de fazer diagnósticos médicos.

O uso dessas informações por empresas privadas e órgãos públicos detentores de sistema de inteligência cria uma série de desafios para o legislador a quem cabe disciplinar esse uso, proteger a privacidade, bem como regular a apropriação, venda e remuneração do uso dessa massa de dados que tem valor econômico e monetário.

No Brasil, em resposta as novas situações concretas colocadas por avanços tecnológicos, foi editada a Lei nº 13.709/2018, conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados<sup>18</sup>. Outro exemplo de norma que

---

<sup>18</sup> BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF: Presidência da República (2018). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 15 jul. 2020.

regula o uso de dados massivos e direitos fundamentais é a resolução do parlamento Europeu de 14 de março de 2017<sup>19</sup>.

A proteção de dados, todavia, não é o único desafio que se coloca para o Poder Público. O desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial coloca desafios, por exemplo, na área de educação, já que as pessoas terão que ser qualificadas para lidar com essas tecnologias. Políticas públicas de formação e qualificação dos advogados, por exemplo, podem auxiliar bastante profissionais evitando que eles sejam excluídos do mercado de trabalho.

O fato de quem nem todos os advogados têm acesso a sistemas de inteligência artificial, mas, ainda assim, terão que atuar em processos judiciais como *ex adverso* de outros advogados, ou mesmo de instituições públicas com acesso a tais sistemas, gera também para o Poder Público a tarefa de produzir normas e políticas públicas que garantam a igualdade, o contraditório e a paridade de armas nos processos judiciais.

A atuação do Estado, portanto, não apenas na regulação do uso dessas novas tecnologias, mas também na promoção de medidas que visem a reduzir as desigualdades que podem ser criadas pela concentração desses recursos tecnológicos nas mãos de poucos é essencial.

## **Considerações finais**

A advocacia é função essencial à justiça que não vai e, em nossa ordem jurídica, não pode desaparecer. A Constituição e o Estatuto da advocacia não apenas determinam que a advocacia exista, dado que fundamentais para o bom funcionamento do sistema de justiça, como também exigem que a advocacia seja realizada por

---

<sup>19</sup> BÉLGICA. **Résolution du Parlement européen du 14 mars 2017 sur les incidences des mégadonnées pour les droits fondamentaux**: respect de la vie privée, protection des données, non-discrimination, sécurité et application de la loi. Bruxelas: Parlamento Europeu (2017). Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0076\\_FR.html?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0076_FR.html?redirect). Acesso em: 15 jul. 2020.

pessoas humanas, ainda que tais pessoas utilizem avançadas tecnologias em suas práticas.

A advocacia não vai desaparecer, mas vai se transformar. Os advogados deverão se dedicar a uma formação interdisciplinar que os prepare para esses desafios e, vale lembrar, a revisão das grades curriculares pelos cursos superiores em Direito será fundamental.

Nesse cenário, é papel do Estado regular o uso dessas tecnologias e promover política de inclusão com respeito à igualdade entre os advogados no mercado de trabalho e, sobretudo, no processo judicial. Lembrando-se que o exercício livre, eficaz e qualificado da advocacia não é prerrogativa dos advogados, mas sim direito de todos aqueles que dependem da atuação desses profissionais.

Por fim, cada vez mais devem os advogados atentar para a dimensão humana da advocacia e para compreensão dos conflitos humanos que demandam a sua atuação.

## **Referências**

**BÉLGICA. Résolution du Parlement européen du 14 mars 2017 sur les incidences des mégadonnées pour les droits fondamentaux: respect de la vie privée, protection des données, non-discrimination, sécurité et application de la loi.** Bruxelas: Parlamento Europeu (2017). Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0076\\_FR.html?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0076_FR.html?redirect). Acesso em: 15 jul. 2020.

**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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 15 jul. 2021.

**BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, DF:



Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/18906.htm). Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF: Presidência da República (2018) Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 15 jul. 2020.

CÁCERES, Enrique. Inteligencia artificial, Derecho y e-justice. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nova série, ano XXXIX, n. 116, p. 593-611, maio-ago. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A advocacia pública como função essencial à justiça**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>. Acesso em: 10 jul. 2020.

FERRER, Ángel Sancho; HERNÁNDEZ, Carlos Fernández; BOULAT, Pierre. La búsqueda de información jurídica: de los tesauros a la inteligencia artificial. **Scire**, v. 18, n. 1, p. 73-83, jan./jun. 2012.

GARCIA, Fernando de Cuadra. Limites éticos de la inteligencia artificial. **Anales de Mecánica y Electricidad**, p. 10-15, jan./fev. 2002.

HIGH, Rob. **The Era of Cognitive Systems**: an inside look at IBM Watson and now it works. Disponível em: [www.ibm.com](http://www.ibm.com). Acesso em: 18 out. 2020.

HOMEM, Antônio Pedro Barbas. **O justo e o injusto**. Lisboa: A.A.F.D.L, 2005.

HUESO, Lorezo Cotino. Big data e inteligencia artificial: una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales. **Dilemata**, n. 24, p. 131-150, 2017.

JENSEN, Michael C. The Modern Industrial Revolution, Exit, and failures of internal Control Sistem. *In*: JENSEN, Michael C. **Theory of the Firm**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

MCCARTH, Jonh; HAYES, Patricia. **Some Philosophical Problems from the Standpoint of Artificial Intelligence**. Disponível em: <http://jmc.stanford.edu/articles/mcchay69.html>. Acesso em: 15 jul. 2020.

MELO, João Ozório de. **Escritório de advocacia estreia primeiro "robô advogado" nos EUA**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-16/escritorio-advocacia-estrela-primeiro-robo-advogado-eua>. Acesso em: 15 jul. 2020.

MOBLE, Dave. **How Watson works**. Disponível em: [www.ibm.com](http://www.ibm.com). Acesso em: 18 out. 2018.

SCHIRRU, Luca. A inteligência artificial e o big data no setor da saúde: os sistemas especialistas e o Direito. **PIDCC**, ano V, v. 10, n. 3, p. 81-89, out./2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TÁPIA, Angel Gutierrez. Inteligência artificial. **Manual formativo de ACTA**, n. 60, p. 31-39, 2011.

TEIXEIRA, João. **O que é inteligência artificial**. 3. ed. São Paulo: E-Galáxia, 2019.

WOOLDRIDGE, Michael; JENNINGS, Nicholas. Intelligent agents: Theory and practice. *In*: **The Knowledge Engineering Review**, v. 10, n. 2, p. 115-152, 1995.

# **Qual o papel do direito penal (mínimo ou necessário) na defesa do bem jurídico de extrema relevância social – o ambiental? Uma análise da utópica aplicação das penas no Brasil somada ao colapso dos instrumentos técnico-institucionais de segurança\***

What is the role of criminal law (minimum or necessary) in defending the extremely important legal asset – the environmental? An analysis of the utopian application of sentences in Brazil added to the collapse of technical-institutional security instruments

Alexandre Mesquita Araújo\*\*

Ana Cristina de Carvalho Benevides\*\*

Bleine Queiroz Caúla\*\*

**Resumo:** A pesquisa tem o escopo de avaliar o papel do Direito Penal (*ultima ratio*) na proteção do Meio Ambiente. Faz uma análise interpretativa prático-jurídica acerca dos dispositivos constantes na Lei nº 9.605/98 (Crimes

---

\* A ordem da autoria obedeceu ao critério alfabético. O artigo é uma adaptação da monografia de conclusão do curso de Direito do advogado Alexandre Mesquita Araújo, no ano de 2018, apresentado no Seminário Internacional XIV Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, realizado na Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, nos dias 17 e 18 de junho de 2019; na Universidade de Santiago de Compostela e a Universidade do Minho, nos dias 1 e 3 de julho de 2019. Todas as alterações foram pactuadas pelos autores subscritos.

\*\* Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (2018).

\*\* Acadêmica de Direito - Universidade de Fortaleza (9º período).

\*\* Professora Assistente da Unifor (Direito Ambiental, Prática Jurídica, Projeto de Pesquisa). Doutorado em Direito (Universitat Rovira i Virgili, Espanha - Tarragona). Reconhecimento no Brasil homologado pela Universidade de Marília - UNIMAR (julho de 2021). Pesquisadora do Grupo Transdisciplinar de Estudos e Pesquisas Interinstitucionais - GTeia (Universidade Federal do Ceará). Coordenadora Científica do Seminário Internacional Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional. Editora das obras Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional (Volumes 1 a 22). Coordenadora Acadêmica do Congresso Cearense de Direito Eleitoral – CONCEDE.

Ambientais), no sentido de verificar quais normas possuem eficácia prático-jurídica e quais não possuem, de modo a facilitar a interpretação e atuação dos magistrados, Ministério Público. No Brasil – território dos mais importantes biomas do mundo, a Mata Atlântica – punir os infratores de crimes ambientais é um desafio. Das penas cabíveis às pessoas físicas e jurídica, apenas duas são impostas a contento, mas ainda com grande dificuldade de efetividade. O estudo aponta as falhas no texto normativo penal ambiental, sugere revisão legislativa dos dispositivos da Parte Geral da Lei nº 9.605/98, de modo a impedir atuações judiciais temerárias facilitadas pela referida Lei. Aponta para a necessária reanálise da interpretação do Direito Penal Ambiental sob o entendimento de que crimes contra interesses difusos não comporta a Teoria da *Ultima Ratio* diante da insuficiente prevenção das responsabilidades civil e administrativa.

**Palavras-chave:** Bens ambientais. Análise prático-jurídica da responsabilidade penal no Brasil. Lei de Crimes Ambientais. Ineficácia na aplicação das penas.

**Abstract:** The research has the scope of evaluating the role of Criminal Law (ultima ratio) in the protection of the Environment. It carries out a practical-legal interpretative analysis of the provisions contained in Law No. 9,605/98 (Environmental Crimes), in order to verify which norms have practical-legal effectiveness and which do not, in order to facilitate the interpretation and performance of magistrates, Ministry Public. In Brazil – territory of the most important biomes in the world, the Atlantic Forest – punishing violators of environmental crimes is a challenge. On the list of penalties applicable to individuals and legal entities, only two are satisfactorily imposed, but still with low effectiveness. The study points out the flaws in the environmental penal normative text, suggests a legislative revision of the provisions of the General Part of Law No. 9,605/98, in order to prevent reckless legal actions facilitated by the referred Law. It aims to the necessary reanalysis of the Environmental Criminal Law interpretation under the understanding that crimes against diffuse interests does not support the Ultima Ratio Theory in view of the insufficient prevention of civil and administrative responsibilities.

**Keywords:** Environmental goods. Practical-legal analysis of criminal liability in Brazil. Environmental crimes law. Ineffectiveness of penalties application.

## Introdução

Não há dúvida de que o direito penal é menos indulgente do que o direito civil e direito administrativo em termos de responsabilidade à proteção e prevenção de riscos ambientais. Entrementes, sua força conformadora é maior do que esses dois ramos do direito, assim “como menor é, por isso, a força estabilizadora das expectativas comunitárias na manutenção da validade da norma violada [...]”<sup>1</sup>.

A máxima liberal e social da intervenção jurídico-penal do Princípio da Mínima Intervenção do Direito Penal – *ultima ratio* está na contramão da crescente criminalização, posto que o número de novos tipos penais no Brasil só aumenta. A conta não fecha. A sociedade 5.0 parece que deu criatividade a quase tudo possa vir a ser considerado crime. A intervenção jurídico-penal vem tomando para si o que era do jurídico-civil. No entanto, embora o direito penal não tenha natureza de prevenir, a ele cabe reprimir.

A *ultima ratio* no direito penal é uma discussão jurídica ou política? Naquilo que o Estado for incompetente, negligente ou imprudente, aplica-se? Nesse ponto cabe destacar a ADPF 347 – reclama ao Poder Judiciário determinar que o Poder Executivo cumpra “harmonicamente e independentemente”, suas funções constitucionais.

A degradação e exploração mostraram-se tão vorazes que se fez necessário aderir a certas posturas políticas e jurídicas de proteção do meio ambiente. Em tempos pós-modernos, a “proteção” penal

---

<sup>1</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do direito penal na proteção das gerações futuras**. p. 49. Disponível em: [https://silo.tips/queue/o-papel-do-direito-penal-na-protecao-das-geracoes-futuras?&queue\\_id=1&v=1632075489&u=MTc5LjE4My4yMjcuMTIx](https://silo.tips/queue/o-papel-do-direito-penal-na-protecao-das-geracoes-futuras?&queue_id=1&v=1632075489&u=MTc5LjE4My4yMjcuMTIx). Acesso em: 19 set. 2021.

ambiental surge como medida a coibir a prática de delitos contra o patrimônio ambiental. Entrementes, a questão é nova, controversa e põe em discussão os verdadeiros fundamentos e a legitimação da intervenção penal e a idoneidade dos seus instrumentos. Jorge de Figueiredo Dias chama atenção para o “choque antropológico brutal” que estamos a sofrer face ao colapso iminente dos instrumentos técnico-institucionais de segurança, seja porque “talvez descortinemos os remédios radicais que a situação exige, mas não temos a coragem (ou a possibilidade) nem de os usar, nem de requerer a sua aplicação aos níveis comunitários em que nos inserimos”<sup>2</sup>.

Não menos difícil para o direito penal é a questão de valorar o direito à vida. O filme “Quanto vale?” retrata a delicada e complexa valoração da vida de modo a definir o *quantum* merece receber cada família vítima do atentado terrorista aos Estados Unidos, no dia 11 de setembro de 2001. Para a jurista Carla Amado Gomes “Os bastidores do Fundo de Compensação norte-americano, no entanto, revelam um problema ético lancinante - para além do óbvio do 'quanto vale uma vida' -, na medida em que, na colmeia que eram as Torres Gêmeas, laboravam desde CEOs com rendimentos de milhões a empregados indiferenciados, alguns ilegais, com salários irrisórios”. Por sua vez, Georgetown Ken Feinberg, professor de Direito e advogado nomeado pelo governo americano para gerir o Fundo, pergunta aos seus alunos, durante a aula, como resolver um conflito envolvendo o direito à vida? E responde: “você não entrou num curso de Filosofia. No que diz respeito à lei, esta pergunta tem uma resposta. Um número”.

No Brasil, iniciou-se, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o período de aperfeiçoamento do Direito Ambiental, e persiste até os dias atuais. Dez anos depois foram regulamentados aos

---

<sup>2</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do direito penal na proteção das gerações futuras**. p. 46. Disponível em: [https://silo.tips/queue/o-papel-do-direito-penal-na-protecao-das-geracoes-futuras?&queue\\_id=1&v=1632075489&u=MTc5LjE4My4yMjcuMTIx](https://silo.tips/queue/o-papel-do-direito-penal-na-protecao-das-geracoes-futuras?&queue_id=1&v=1632075489&u=MTc5LjE4My4yMjcuMTIx). Acesso em: 19 set. 2021.

tipos penais ambientais – Lei nº 9.605/1998 – guindou à categoria de crime uma grande quantidade de condutas que seriam meras infrações administrativas ou contravenções penais. Referida norma continua sujeita a várias críticas que vão desde o que realmente é pedagógico e punitivo nas penas estabelecidas aos diferentes tipos penais ambientais, até os modelos de aferição da responsabilidade. O legislador foi absolutamente descuidado e desatencioso à orientação político-criminal.

Não obstante os méritos da referida Lei, como a possibilidade de responsabilizar pessoas jurídicas por condutas que lesem o meio ambiente, percebe-se que é de grande dificuldade para os juízes aplicarem as penas que façam justiça ao bem ambiental lesado ou punição aos infratores. Há quem ainda acredite que a função social do Direito conseguirá assegurar proteção efetiva às gerações futuras ao passo que defendem a tese da “abolição” do direito penal. Nesse mesmo cenário tornam-se indispensáveis que ética, política e racionalidade sejam significativamente remodeladas.

A pesquisa procurou responder a questionamentos como: Por quais as razões a Lei de Crimes Ambientais (nº 9.605/98) não consegue proteger de forma eficaz o meio ambiente? A redação dada aos artigos da lei referentes à aplicação das penas cumpre o papel de efetivar a responsabilização penal ambiental? Quais os pontos falhos na redação dos dispositivos? Como solucionar o problema eficaz da Lei nº 9.605/1998?

A justificativa para a investigação decorre da necessidade de efetivar a responsabilidade penal ambiental no Brasil ou ao menos ampliar a segurança jurídica. A Lei nº 9.605/1998 ainda não conseguiu inibir a prática nem a reincidência dos crimes ambientais. Entrementes, há uma nítida resistência da doutrina penalista à designada “criminalização da pessoa jurídica”.

Por exemplo, Friedrich Carl von Savigny<sup>3</sup>, jurista alemão do século XIX, afirmava com base em sua teoria da ficção legal que a pessoa jurídica teria existência abstrata, fictícia, destituída de consciência e vontade própria, por isso não seria possível que esta praticasse delitos ou fosse responsabilizada penalmente e que para uma pessoa ,seja física ou jurídica ,responder criminalmente seriam necessários três requisitos: capacidade de ação, capacidade de culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa) e capacidade de pena, seja esta privativa de liberdade ou restritiva de direitos. Além de Savigny, René Ariel Dotti sustenta que tantos os crimes quanto as contravenções não podem ser aplicadas sobre pessoas jurídicas, na qual a imputabilidade penal só seria aplicada às pessoas físicas.

Neste sentido, faz-se necessário tratar a problemática de modo a verificar como os juízes podem melhor aplicar os dispositivos que definem a aplicação das penas em favor da proteção e defesa dos bens ambientais. A pesquisa tem o escólio de demonstrar que a Lei nº 9.605/1998 não protege de fato o bem ambiental, a partir de análise dos sujeitos, tipos penais e penas dispostas. Dentre os artigos 2º a 24 das disposições gerais, existem possíveis falhas na redação que permitem qualquer advogado, numa interpretação simples, defender seu cliente eximindo-o facilmente da responsabilidade penal por crime praticado contra o meio ambiente. Entrementes, merece especial atenção seu artigo 24 – estabelece que o patrimônio da pessoa jurídica constituída ou utilizada para prática de crime nela definido, será considerado instrumento do crime e perdido em favor do Fundo Penitenciário

---

<sup>3</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. A inconstitucionalidade das sanções penais da pessoa jurídica em face dos princípios da legalidade e da individualização da pena. *In*: DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Regis. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 293-307.



Nacional – verifica-se a inabilidade do legislador ao desprezar o verdadeiro valor dos bens ambientais.

No que diz respeito aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas recorrendo à pesquisa bibliográfica. Em relação à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, aplicada, visto que visa produzir um conhecimento que o possa e deva ser aplicada numa transformação da realidade dos procedimentos atualmente utilizados na proteção do bem ambiental. Segundo a abordagem, é quantitativa, através da pesquisa de fatos e dados objetivos que enfatizam a compreensão do tema. Em relação aos objetivos, a pesquisa é exploratória, definindo objetivos e buscando maiores informações sobre o tema em questão, e descritiva, descrevendo fatos, natureza, características, consequências, causas e relações com outros fatos.

O ponto nodal da investigação é demonstrar a impossibilidade de no Brasil haver a efetiva responsabilização penal por crimes praticados, por pessoas físicas ou jurídicas, contra o meio ambiente. Entrementes, nenhuma lei deve ser o condutor de descredibilidade ou instrumento que promova o desacreditar no Direito ou que perderá a palavra na sociedade do futuro. Os dispositivos da Lei nº 9.605/1998 atuam em oposição ao intuito para o qual ela foi elaborada, sempre fragilizando a punição pelos crimes ambientais ao dificultar a aplicação das penas, beneficiando, assim, os infratores. Tal constatação leva à insegurança jurídica e pode favorecer a prática e reincidência de crimes ambientais. Ressalta-se que a referida pesquisa representa a visão dos autores acerca da redação dada aos artigos que tratam da aplicação das penas sob um olhar prático-jurídico.

## **1 Análise interpretativa dos dispositivos da parte geral da lei de crimes ambientais – a aplicação das penas**

Para efetuar uma análise interpretativa acerca da aplicação prática das penas da Lei de Crimes Ambientais necessário se faz

mencionar, inicialmente, que constitui um marco regulatório que tipificou as condutas criminosas na seara ambiental e, conseqüentemente, propôs sanções para estas, sendo, portanto, um avanço extremamente eficaz, no sentido de uma lei específica tratar exclusivamente da tipificação e sanção de crimes ambientais.

Sendo assim, fez-se necessário enfatizar que os artigos da parte geral definam e explicam como se dará a aplicação das penas, o que influencia diretamente, por consequência lógica, na eficácia ou ineficácia dos mesmos, sendo este o foco deste estudo.

## **1.1 Análise dos sujeitos ativos**

De início, se faz necessário verificar os primeiros dispositivos da lei que definem quem são os possíveis infratores das normas, os sujeitos ativos que poderão cometer os crimes ambientais, sendo necessária a devida análise destes quanto a sua aplicação prático-jurídica. Tendo o artigo 1º sido vetado, a Lei nº 9.605/98 tem início no art. 2º, determinando que concorre na prática dos crimes previstos na lei em comento, nos seguintes termos:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

O art. 2º da Lei nº 9.605/98 transcreve o preconizado no art. 225 da Constituição Federal de 1988. Entrementes, impõe a obrigação de agir para impedir a prática dos crimes previstos –delito omissivo próprio. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, seja jurídica ou física. A vítima ou sujeito passivo a coletividade, animais, bens ambientais.

Ao contrário do que possa parecer, o problema de colocar toda a coletividade e o poder público como obrigados a coibir quaisquer condutas que venham a degradar o meio ambiente é trata-los como “cúmplices” dos crimes quando *deixem de impedir* a prática de condutas criminais, quando podiam agir para evitá-las, criando, assim, um problema jurídico imenso e de quase impossível resolução, o que muitas vezes gerará mais impunidade do que segurança jurídica.

Pela interpretação do art. 2º, os crimes praticados na Amazônia, desde o advento da Lei nº 9.605/98, passam a ser da culpa do Poder Público e da Coletividade que não agiram quando deviam para impedir a degradação do bioma protegido, assume por força da Constituição Federal de 1988 e da referida lei, responsabilidade compartilhada, tendo como base o princípio da precaução<sup>4</sup>, que está diretamente ligado à proteção do meio ambiente, buscando também a segurança da integridade da vida humana, devem ser analisados não só os riscos eminentes, mas também os futuros.

Dito isto, é perceptível o problema referente ao agente infrator do crime, tornando impossível determinar o grau de culpabilidade de certos agentes, o que seria imprescindível, pois neste se baseia a pena aplicável, a quantidade de pena, o regime inicial de cumprimento da pena e a possível substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie, se cabível, mas faz-se necessário cumprir o determinado pelo dispositivo.

Em verdade, o próprio legislador utilizou os termos “na medida de sua culpabilidade” e “quando poderia agir para evitá-la”, o que suaviza o problema, mas ainda não consegue efetividade tendo em vista que, pragmaticamente, pode ser uma “manobra” utilizada para dividir a responsabilidade do agente infrator. Dito isto, a norma exposta no art. 2º é

---

<sup>4</sup> Conforme MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, prática, glossário. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 264: “precaução é substantivo do verbo precaver-se (do latim *prae* = antes e *cavere* = tomar cuidado), e sugere cuidados antecipados, cautela para que uma atitude ou ação não venha resultar em efeitos indesejáveis”.

ineficaz e utópica por facilitar que a culpa seja dividida solidariamente entre dois ou mais agentes, um que cometeu o dano ambiental fruto de crime e outro que poderia e deveria agir para impedi-lo.

Veja-se o caso de uma pessoa dirigir seu veículo na estrada e observar um grupo de pessoas realizando um desmatamento ilegal ou incêndio criminoso. Nessa hipótese deve-se ter em mente que, por força do art. 2º da Lei nº 9.605/98, a pessoa do veículo incorre na hipótese omissiva do crime de desmatamento ilegal. Nada razoável, tampouco proporcional! Caso se entenda que a obrigação do motorista, na hipótese elencada, seria denunciar a conduta dos agentes, nesse momento o Poder Público incorreria no crime caso não conseguisse chegar no local a tempo, visto que *deixou de impedir* que a conduta criminosa acontecesse, podendo e devendo agir para impedi-la. Entretanto, se o motorista não teve a intenção de cometer o crime, não agiu para cometê-lo, não pode e não deve incidir no crime, por força da Teoria do Domínio do Fato.

Pode-se citar a hipótese de uma empresa prestadora de serviços à outras empresas chegar ao conhecimento de que uma parceira comercial importantíssima está cometendo algum crime ambiental ou até quando um empregado de uma empresa toma conhecimento que sua empregadora está cometendo crime ambiental, não podendo agir para impedi-la sem prejudicar o seu empregador e arriscar ser demitido. À luz do artigo mencionado acima, tanto as empresas quanto o empregador incidem nos crimes ambientais cometidos por ação (comissivo) e outros por omissão (omissivo), restando patente uma maior injustiça do que justiça.

Neste sentido, é necessário entender que a omissão à prática criminosa a toda e qualquer pessoa ou ente público que poderia agir para impedi-lo faria incidir no crime de pessoas e entes que não tiveram nenhuma relação com a referida conduta, mesmo que com pequenos graus de culpabilidade. Em verdade, numa análise mais complacente com as

impropriedades trazidas pelo legislador infraconstitucional, percebe-se a desatenção à Teoria do Domínio do Fato. Nas lições de Gonçalves<sup>5</sup>

[...] Autor é quem tem o domínio do fato, ou seja, controle pleno da situação, com poder de decidir sobre sua prática ou interrupção, bem como acerca de suas circunstâncias. Por esta corrente, o mandante pode ser considerado autor, enquanto pela teoria restritiva, adotada em nosso Código, o mandante é partícipe, porque não realiza ato de execução.

Nestes termos, a Teoria do Domínio do Fato não admite a aplicação em tipos penais culposos, ou seja, formas de violação do dever de cuidado ou modalidades de culpa, caracterizados pela imprudência, negligência e imperícia, apenas dolosos, visto que a ação do agente expressaria a vontade desta, ensejando em um resultado, e este resultado que incidiria no tipo penal. Ou seja, para a essa teoria o que determinaria a tipificação penal seria o elemento volitivo<sup>6</sup>.

Em uma análise da Lei nº 9.605/98 à luz da Teoria do Domínio do Fato percebe-se uma clara contradição entre o que é escrito no dispositivo e a aplicação pragmática deste, não havendo como coexistir sem criar mais impunidade e injustiças do que uma real proteção do bem ambiental ou responsabilização dos agentes infratores.

Ademais, caso o presidente de uma empresa de grande porte não soubesse que um setor da mesma estava cometendo crimes ambientais, o mesmo vai incidir na modalidade omissiva do crime, constante do art. 2º da Lei nº 9.605/98, até que prove que não tinha o conhecimento das atividades do setor infrator. Ou então, nos casos em que o mandante seja o próprio presidente da empresa, resta apenas

---

<sup>5</sup> GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**: Parte Geral. v. 7. 13. ed. Coleção Sinopse Jurídicas São Paulo: Saraiva, 2007. p. 102.

<sup>6</sup> BOMBARDELLI. Pablo. **Domínio do fato em Welzel e em Roxin**: Critérios de Conceitos Restritivos de Autoria. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRS. 2014. p. 38.

provar em hipotético processo judicial que não tinha conhecimento do ato que o mesmo poderá não incidir na modalidade omissiva do crime, visto que bastaria provar que o grau de culpabilidade do mesmo não existe mesmo que por meios fraudulentos.

Por sua vez, necessário fazer menção a intenção do legislador em tratar de forma solidária a conservação e defesa do meio ambiente, solidarizando a obrigação de preservá-lo e de impedir a ocorrência de crimes ambientais, mas resta claro que a redação do artigo gera mais problemas jurídicos do que soluções, não sendo este o intuito da lei. No entanto, o dispositivo prevê a modalidade especial de delito omissivo próprio, sem o correspondente tipo penal, o que para Milaré e Costa Júnior “não é estabelecido, como se impunha, qualquer dever de agir, tornando o dispositivo inaplicável”<sup>7</sup>.

Ato contínuo, o art. 3º da lei em comento pode ser considerado um dos mais puramente eficazes pela falta de elementos, em sua redação, que fragilizem a norma jurídica.

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, **no interesse ou benefício de sua entidade**.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

O artigo traz a nova possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas pelos crimes ambientais cometidos, sendo claramente um ponto extremamente eficaz, pois as infrações são praticadas por empresas, em sua grande maioria. Mais uma vez recorre-se à Teoria do Domínio do Fato, no que se refere ao elemento volitivo. Em outros termos, quando o legislador determina que a infração deve ser cometida

---

<sup>7</sup> MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, José Paulo. **Direito penal ambiental**: comentários a Lei nº 9.605/98. Campinas: Millennium, 2002. p. 40.

*no interesse ou benefício de sua entidade*, o mesmo deixa claro, conforme mencionado acima, que o elemento volitivo determina a conduta que incide no tipo penal<sup>8</sup>.

Extrai-se da redação do art. 3º para não serem consideradas culpadas apenas as pessoas que só cumpriram ordens, atingindo também os que, de fato, foram mandantes da infração. Esse cuidado do legislador é extremamente necessário à tentativa de coibir e desestimular ações criminosas por parte das empresas. A inovação desse artigo surge como força motora ao possibilitar que sejam responsabilizados os “maiores infratores” de crimes ambientais – as pessoas jurídicas na proporção das suas possibilidades.

Oportuno enfatizar que o Brasil adota a teoria da realidade, reconhecendo a pessoa jurídica como ente real, existente, que age e consegue fazer coisas em seu nome, e não abstrato, havendo duas condicionantes/requisitos para que essa pessoa jurídica responda criminalmente, as quais a infração tem que ter sido cometida em interesse ou benefício da pessoa jurídica e que tenha esta sido cometida também por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, conforme o artigo supramencionado.

Dessa forma, é um avanço quando comparada à teoria anteriormente adotada, a teoria da dupla imputação, na qual uma pessoa jurídica não seria capaz de realizar atos volitivos, de agir por si só, pois seria mera ficção ou órgão, portanto seria necessária a existência de uma pessoa física para a responsabilização da pessoa jurídica. Entendimento este que mudou em 2013 para o STF<sup>9</sup> e em 2015 para o STJ<sup>10</sup>, que decidiram ser possível a responsabilização da pessoa

---

<sup>8</sup> BOMBARDELLI, Pablo. **Domínio do fato em Welzel e em Roxin**: Critérios de Conceitos Restritivos de Autoria. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRS. 2014. p. 38.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª turma. **RE 548181/PR**, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 06/08/2013 – Info 714.

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª turma. **RMS 39.173-BA**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 06/08/2015 - Info 566.

jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome, afirmando que a jurisprudência não mais adotaria a chamada teoria da dupla imputação.

Porém, deve-se colocar *olhos de lince* no modo como cada caso é analisado pelo Poder Judiciário, a partir de um juízo de ponderação entre o interesse econômico, o bem jurídico-ambiental atingido e a possibilidade de atenuar a pena. Não é de estranhar que a Lei nº 9.605/1998 optou por proteger os interesses das empresas.

O art. 4º dispõe sobre personalidade da pessoa jurídica. Tem-se norma importante –**Desconsideração** da Personalidade Jurídica, utilizada em outras searas jurídicas, essencial à obtenção de reparação pelos prejuízos. Toda pessoa jurídica tem personalidade distinta da dos seus membros. Referida teoria, segundo Milaré e Costa Júnior<sup>11</sup> conduz à desconsideração da pessoa jurídica “para alcançar a responsabilidade dos sócios. Sua aplicação, porém, é excepcional. [...]. Só será possível se tiver ela sido utilizada para acobertar fraudes ou abuso de direito”.

No caso de a pessoa jurídica ser insolvente e não dispuser de patrimônio, os sócios ficam obrigados a responder pelos prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. Desse modo, mesmo que a empresa seja limitada, ou seja, só o patrimônio desta responderia pelo dano, serão alcançados os patrimônios dos sócios.

Ora, seja no âmbito trabalhista, cível ou ambiental, uma pessoa jurídica já tem o objetivo de proteger seus sócios, mas o ordenamento jurídico não pode e nem deve aceitar que o mesmo seja utilizado como arma favorável à impunidade. No tocante à responsabilização penal já é difícilíssima tarefa de se efetivar o cumprimento das penas presente na lei.

Necessário mencionar que as medidas expostas nos art. 3º e 4º juntam-se como pontos favoráveis à eficácia da lei penal ambiental.

---

<sup>11</sup> MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, José Paulo. **Direito penal ambiental: comentários a Lei nº 9.605/98**. Campinas: Millennium, 2002. p. 42.



Isto porque torna-se possível aplicar penas às pessoas físicas e jurídicas em um mesmo fato típico criminoso, dependendo da situação, conforme mencionado acima, impedindo que a pessoa jurídica proteja seus sócios infratores das penas previstas aos crimes praticados. Os referidos dispositivos, por exemplo, permitiriam que, no âmbito civilista, desconsiderasse a personalidade jurídica para reparação do dano ambiental e, no âmbito penal, que pessoa física mandante do crime fosse condenada sem a pessoa jurídica para defender-lhe e impedir a ação efetiva das penas.

Não há entendimento uníssono na doutrina. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a desconsideração da personalidade jurídica no julgamento do REsp 1339046/SC, em 05/03/2013. No voto, o Ministro Herman Benjamin aduz

Não custa lembrar que o Direito Ambiental adota, amplamente, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica [...]. Sua incidência, assim, na Ação Civil Pública, vem a se impor, em certas situações, com absoluto rigor. O intuito é viabilizar a plena satisfação de obrigações derivadas de responsabilidade ambiental, notadamente em casos de insolvência da empresa degradadora. No que tange à aplicação do art. 4º da Lei 9.605/1988 (= lei especial), basta tão somente que a personalidade da pessoa jurídica seja “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”, dispensado, por força do princípio da reparação in integrum e do princípio do poluidor-pagador, o requisito do “abuso”, caracterizado tanto pelo “desvio de finalidade”, como pela “confusão patrimonial”, ambos próprios do regime comum do art. 50 do Código Civil (= lei geral).

Ainda no mesmo ano, no julgamento do REsp 279273/SP defendeu que o critério a nortear a aplicação da desconsideração no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental é o objetivo. Dispensável à prova da fraude ou abuso da personalidade jurídica, ao

contrário do que exige o art. 50 do Código Civil. Embora os ministros tenham analisado a exegese a ser dada ao § 5º do Código de Defesa do Consumidor, a grande similaridade entre este dispositivo e o art. 4º da Lei nº 9.605/98 permite perfeitamente a aplicação analógica<sup>12</sup>. No voto a ministra relatora aduz

[...] - A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. [...]

Tanto o Código de Defesa do Consumidor como a Lei de Crimes Ambientais são omissos ao não enunciarem os casos em que será possível o juiz levantar o véu da desconsideração personalidade jurídica. O legislador optou por um preceito genérico que pode levar ao dervirtuamento da utilização desse instituto<sup>13</sup>.

Desta forma, a análise dos artigos 2º, 3º e 4º torna-se necessária ao estudo da aplicação da pena de modo a compreender quem de fato é sujeito ativo – autor de crimes ambientais, definindo qual pena incide sobre os mesmos.

---

<sup>12</sup> ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Desconsideração da Personalidade Jurídica como Instrumento Jurídico de Efetivação da Reparação por Danos Ambientais. In: **XVI Congresso Nacional do CONPEDI**, 2008. p. 4133.

<sup>13</sup> ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Desconsideração da Personalidade Jurídica como Instrumento Jurídico de Efetivação da Reparação por Danos Ambientais. In: **XVI Congresso Nacional do CONPEDI**, 2008. p. 4130.

Culpar uma pessoa jurídica por um crime ambiental é uma tarefa “delicada” pelo fato de ela ser composta por muitas outras pessoas que podem ou não ter tido relação com a autoria do crime. Por outro lado, o mesmo acontece na aplicação de qualquer outra pena, inclusive pena suspensão parcial ou total de atividades, podendo sempre prejudicar pessoas que não contribuíram com a conduta criminosa, afetando o direito laboral.

## **1.2 Análise da ineficiência na aplicação das penas**

A aplicação da pena é uma tarefa jurisdicional de extrema complexidade em relação às outras instâncias e que se torna consideravelmente mais difícil quando se leva em consideração as falhas da Lei n° 9.605/1998.

Tem-se uma relativização do novo instituto jurídico que merece atenção e cuidado quando se trata de responsabilização de pessoas jurídicas também nos crimes ambientais – a política de *Compliance*, do verbo “*to comply*” significa agir de acordo, definem os códigos de ética feitos pelas empresas para nortear as atividades dos seus empregados, mais comumente utilizados para prevenir corrupção do ente público ou de membro da própria empresa. Tem origem nos Estados Unidos e ganhou forças no Direito brasileiro depois da criação da Lei de Anticorrupção, mesmo não possuindo uma vasta doutrina sobre o assunto e não sendo de conhecimento comum. Mas em matéria ambiental, é pouquíssimo utilizada no Brasil, tendo como foco determinar e declarar o comprometimento das empresas com o meio ambiente sustentável. Pode ser usada como mais um meio de proteção do mandante do crime em detrimento dos mandados, devendo ser norteadada pelo ente administrativo e regulada pelo Poder Judiciário.

O Capítulo III da Lei de Crimes Ambientais (LCA) começa por definir as penas que poderão ser sancionadas de modo a punir os infratores de crimes ambientais, merecendo especial análise. Inicia com

o art. 6º que determina quais critérios seriam utilizados na imposição das penas, o que, acaba novamente por sua redação gerando mais problemas na aplicação. Para a imposição e gradação da penalidade, levar-se-á em conta “I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente”; [...]. Entrementes, é um requisito totalmente absurdo tendo em vista que o dano ambiental atinge toda a coletividade, sendo qualquer pequena infração poderosa o bastante para desestabilizar todo um ecossistema.

Não menos emblemático são os dois outros incisos do art. 6º: “II - os **antecedentes do infrator** quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; III - a **situação econômica do infrator**, no caso de multa” podem induzir o magistrado.

Na prática, como a penalidade sujeita ao pagamento de multa poderá ser aplicada aos crimes ambientais que atingirem difusamente número indeterminado de pessoas e/ou animais? Como o magistrado vai equacionar as condições econômicas do infrator com o resultado da infração cometida por este? Mesmo que o fato constituído como crime traga graves consequências para a sociedade (contaminação do lençol freático) levar-se-á em conta os antecedentes do infrator?

Para imposição e gradação da pena ficam ofertados ao magistrado alguns critérios que a lei “impropriamente” denomina de autoridade competente. Na visão de Milaré e Costa Júnior “os critérios ofertados pelo art. 6º, para aplicação da pena, ao infrator, mostram-se insuficientes. Far-se-á mister recorrer ao art. 59, *caput*, do Código Penal, de aplicação subsidiária”<sup>14</sup>, que dispõe:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime,

---

<sup>14</sup> MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, José Paulo. **Direito penal ambiental: comentários a Lei nº 9.605/98**. Campinas: Millennium, 2002. p. 44-45.

bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

A Convenção de Lugano (Conselho da Europa), em seu art 2.7, “c”, determina o significado de dano ambiental, qual seja:

Art. 2.7. (...) c) qualquer perda ou prejuízo resultante da alteração do meio ambiente, na medida em que não seja considerada como dano no sentido das alíneas a ou b acima mencionadas, desde que a reparação a título de alteração do meio ambiente, excetuada a perda de ganhos por esta alteração, seja limitada ao custo das medidas de restauração que tenham sido efetivamente realizadas ou que serão realizadas; (...)

De acordo com a Convenção de Lugano se torna importantíssimo no direito ambiental que, sob a luz da esfera penal, acata o princípio da insignificância, como albergado na redação dada ao art. 6º da Lei nº 9.605/1998. Importante frisar que o princípio da insignificância é aplicado quando não há tipicidade material, ou seja, lesão ou perigo de lesão. Portanto, se não há tipicidade não há fato típico, se não há fato típico não há crime. Além disso, alguns critérios doutrinários são basilares para a sua aplicação, como o valor do bem, a condição econômica da vítima, as consequências do crime e *modus operandi*. Sendo aplicado somente se houver mínima ofensividade na conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Em termos simples, percebe-se que foram utilizados os vernáculos imposição e gradação da pena, sendo plenamente possível

não impor pena aos crimes que sejam considerados insignificantes, enfraquecendo a proteção e preservação do bem ambiental, numa visão diametralmente oposta à Convenção de Lugano.

Ainda, o STF já começou a entender a aplicação deste princípio e seu cabimento, como pode ser visto a seguir:

[...] CRIME AMBIENTAL. PESCA MEDIANTE PETRECHOS NÃO PERMITIDOS. MÍNIMA OFENSIVIDADE AO BEM JURÍDICO TUTELADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. [...] 2. Aplica-se o princípio da insignificância, reconhecendo a atipicidade material da conduta, consubstanciada em pescar mediante a utilização de petrechos não permitidos, se foi apreendida a ínfima quantidade de um quilo de peixe, o que denota ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado. 3. Flagrante ilegalidade reconhecida. [...] (STJ, Sexta Turma, HC 178.208/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 20/06/2013).

Portanto, foi reconhecida a aplicação do princípio de acordo com o caso concreto exposto, tratando um quilo de peixe como valor ínfimo, analisando também como e quanto a conduta dele afetou o meio ambiente. Porém, o STF também optou em decisão diversa pela não aplicação do princípio:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PESCA EM ÉPOCA E COM PETRECHOS PROIBIDOS. APREENSÃO DE 12 CAMARÕES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não é insignificante a conduta de pescar em época proibida, e com petrechos proibidos para pesca (tarrafa, além de varas de pescar), ainda que pequena a quantidade de peixes apreendidos (REsp. 1.685.927/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 27/10/2017).

Nesta segunda decisão o STF entendeu que pescar em época proibida cumulativamente com petrechos proibidos para pesca não se caracteriza valor ínfimo e seria de fato uma agressão ao direito ambiental, sendo a conduta do agente reprovável e ofensiva ao meio ambiente.

Neste sentido, por força do art. 6º, I, tendo em vista a gravidade do dano pode-se determinar a majoração e, inclusive, não imposição de pena. Ou seja, no direito brasileiro o dano ambiental depende da gravidade da ação, análise esta que torna ineficaz a intenção de proteger o bem jurídico ambiental.

No ordenamento jurídico brasileiro tem-se a dificuldade de definir dano ambiental, visto que a Constituição Federal de 1988 não determinou parâmetro claro para tanto. Nas lições de Milaré<sup>15</sup>,

ratiose o próprio conceito de meio ambiente é aberto, sujeito a ser preenchido casuisticamente, de acordo com cada realidade concreta que se apresente ao interprete, o mesmo entrave ocorre quanto à formulação do conceito de dano ambiental.

No entanto, Milaré<sup>16</sup> define que “dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação – alteração adversa ou in pejus – do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida”. Sendo assim, percebe-se novamente, em vista a má elaboração da lei, consubstanciou-se que para caracterizar dano ambiental deve ocorrer uma deterioração considerável do patrimônio ambiental – um desequilíbrio ecológico ou uma conseqüência grave, sendo a referida visão totalmente desprovida de prevenir que o crime aconteça.

---

<sup>15</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 5. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1118.

<sup>16</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 5. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1119.

Quanto ao art. 7º, em verdade, tem-se uma clara fragilização das regras do Direito Penal, quando possibilita a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito.

Art. 7º As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando: I - tratar-se de crime culposo ou for aplicada a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a **personalidade do condenado**, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição seja suficiente para efeitos de reprovação e prevenção do crime.

Parágrafo único. As penas restritivas de direitos a que se refere este artigo terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.

Mesmo em posição favorável à aplicação do princípio da intervenção mínima ou pelo fato de o perfil de um infrator ambiental ser diferente de outros infratores, não é possível aceitar a presente norma como benéfica na defesa do bem jurídico ambiental. Isto porque deve-se ter em mente que as consequências atingem difusamente as pessoas. Além disso, o inciso I trata dos requisitos objetivos, enquanto o inciso II trata dos requisitos subjetivos, e ambos têm que ser cumulativos para que a substituição seja aplicada. Noutro ponto o legislador transfere para o magistrado a tarefa de observar a personalidade do condenado, cuja expertise é do psicólogo. Se os magistrados tivessem a habilidade de analisar a personalidade do condenado provavelmente não concederiam tantos pedidos de liberdade provisória e tantos infratores perderiam a oportunidade de reincidir no crime.

Enquanto o infrator penal deve ser afastado da sociedade pelo cometimento de crime contra um particular, entende-se que para um infrator de crime contra todo o meio ambiente, atingindo um bem difuso, sem o qual vidas de número indeterminado de pessoas se tornem impossíveis, deve ter sua pena substituída por restritiva de direitos. Por óbvio, cada caso terá suas peculiaridades, sendo



desproporcional comparar um infrator do crime de homicídio com um infrator (pessoa física ou jurídica) do crime de pesca ilegal, mas, se o propósito da lei é punir infrator que causou prejuízo toda uma coletividade, que as penas sejam severas.

Neste sentido, destaca Milaré<sup>17</sup> “o infrator da norma penal ambiental não se encaixa no perfil do criminoso comum. Em verdade, o criminoso ambiental via de regra não age individualmente, mas atua em nome de uma pessoa jurídica”. Freitas<sup>18</sup> adverte “os crimes ambientais são cometidos por pessoas que não oferecem nenhuma periculosidade ao meio social, e que foram levadas a praticar a infração penal por circunstâncias do meio em que vivem, dos costumes”.

Esta ideia construída ao longo de anos é não valorar o dano ambiental. No desastre ambiental em Mariana/MG mesmo que a empresa tenha sido condenada a permanecer no local até que o desastre seja totalmente revertido, nenhum dos seus dirigentes responsáveis foi preso, estão se protegendo pela pessoa jurídica que já pediu recuperação judicial. Indaga-se: os dirigentes responsáveis de empresas como Petrobras, construtora Samarco dentre outras, que culposamente praticaram um tipo penal merecem ter sua privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos? A aplicação do art. 7º, I traz uma sentença justa de modo a punir e desestimular o crime ambiental? Por óbvio, se o intuito for de proteger o bem jurídico ambiental necessário dar-lhe valor de bem difuso e essencial à sadia qualidade de vida, não sendo aceitável medidas como as expostas na lei em comento.

Necessário repisar que a mesma injustiça é comprovada no parágrafo único do art. 7º, ao dispor que em caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a pena manterá a

---

<sup>17</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 5. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1287.

<sup>18</sup> FREITAS, 1998, p. 113 *apud* MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 5. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1287.

mesma duração da primeira. Por óbvio que uma pena restritiva de direitos não tem o mesmo peso das penas privativas de liberdade, o que, repisa-se, ensejaria em impunidade e não cumpriria a sua função de punir a conduta e desestimular possíveis novos crimes, sendo necessário, em caso de substituição, uma majoração da mesma.

No art. 8º estão dispostas as penas restritivas de direito: prestação de serviços à comunidade; interdição temporária de direitos; suspensão parcial ou total de atividades; prestação pecuniária; recolhimento domiciliar. Na visão de Milaré e Costa Júnior<sup>19</sup> “daí o posicionamento acertado do legislador pátrio em estabelecer substitutivos penais para as penas privativas de liberdade, mormente aquelas de curta duração [...]”. Segundo os autores, diante da falência da prisão impunha-se dela se socorrer como *ultima ratio*.

Ato contínuo, faz-se necessário mencionar a eficácia social da interdição temporária de direitos, ínsita no art. 10, tem um caráter de punir infratores (pessoas físicas e empresas) condenados por crime ambiental por ficarem impossibilitados de contratar com o poder público temporariamente, de receber incentivos fiscais ou outros benefícios, nem participar de licitações, pelo prazo de cinco anos, no caso de crimes dolosos, e de três anos, no de crimes culposos.

No entanto, deve-se analisar que grandes empresas firmam diversos negócios com o Poder Público, participando de licitações e tendo grande dificuldade manter suas contas balanceadas sem poder realizar as referidas contratações. Em assim sendo, acertou o legislador em punir a empresa de modo a demonstrar que não será aceito o cometimento de crimes ambientais e seria de grande efetividade o cumprimento do referido dispositivo que viabiliza uma punição justa pelos crimes ambientais. Entretanto, é de grande dificuldade a incidência no referido dispositivo, visto que, através de seus

---

<sup>19</sup> MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, José Paulo. **Direito penal ambiental:** comentários a Lei nº 9.605/98. Campinas: Millennium, 2002. p. 46-47.

advogados, a empresa faria de tudo para não cumprir a pena e fugir da responsabilização, conseguindo em boa parte dos casos.

De todas as penas constantes na referida lei tem-se como mais eficazes as de multa simples e apreensão de bens, visto que são aplicadas cumulativamente pelo ente administrativo e como sanção penal após um processo judicial. Neste sentido, acertadamente o art. 21 permitiu que fossem aplicadas cumulativamente as penas de Multa, Restritiva de Direito e Prestação de Serviço.

Entretanto, tem-se no art. 18 uma preocupação clara com a ineficácia da multa, assim possibilitando que, mesmo sendo aplicada em nível máximo que fosse aumentada em três vezes, dependendo do quanto que o agente lucrou com o crime ambiental.

Art. 18. A multa será calculada segundo os critérios do Código Penal; se revelar-se ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida.

Deste modo, percebe-se que a multa pode não ser o meio mais eficaz de sancionar algum ente pela prática de algum delito penal, mas há a intenção de torná-la mais reparadora do dano causado, o que seria de grande importância nas penalidades direcionadas a pessoas jurídicas que necessita uma multa que realmente demostre-se como uma punição e não qualquer valor irrisório que a empresa possa pagar sempre que cometer um dano ambiental, visto que auferiu uma vantagem bem maior.

Ademais, o art. 18, segue a regras do art. 49 do Código Penal que prevê “o pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada em sentença e calculada em dias multa”, sendo necessário ressaltar que o valor do dia multa, fixado no §1º do referido dispositivo penal, prevê

limite mínimo de um trigésimo do salário mínimo vigente e limite máximo de 5 (cinco) vezes o salário mínimo vigente<sup>20</sup>.

Por outro lado, o art. 12 foi mais específico no que se refere aos limites mínimos e máximos.

Art. 12. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada com fim social, de importância, fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator.

Entretanto, por melhor que tenha sido a intenção do legislador, ao limitar o valor da prestação pecuniária em trezentos e sessenta salários mínimos, que deve ser revertido para o reparo do bem ambiental, a lei não leva em consideração que o dano ambiental cometido pode ser maior, incidindo na ineficácia do art. 18 e não podendo mais ser majorado.

Há contradição latente nas intenções do que o legislador visa proteger. A multa fica fragilizada ante a dificuldade de cobrança. Com a determinação do art. 12, a medida que deveria servir à reparação da infração acaba sendo ineficaz, como tenta evitar o art. 18. Ademais, deve-se analisar a parte final art. 12 – dispõe que o valor da prestação pecuniária seria deduzido do montante de eventual reparação civil que o infrator tenha sido condenado. Entretanto resta claro que a medida só privilegia o infrator em detrimento do meio ambiente.

Por outro lado, como é sabido, em matéria de responsabilidade civil, tem-se que a responsabilidade penal é independente em relação a cível. Desta forma, não seria possível a referida dedução indo de encontro a um dos princípios do estudo das responsabilidades.

---

<sup>20</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 5. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1299.

Conforme determina o art. 125 da Lei nº 8.112/90: “As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”. Neste sentido, também está o art. 935 do Código Civil

Artigo 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Desta forma, indaga-se como pode uma prestação pecuniária que é uma sanção penal, ser deduzida de uma sanção cível se as duas são independentes. E mesmo admitindo-se que possa haver alguma relação entre as duas responsabilidades, na medida que a lei permita, no caso em tela percebe-se que a dedução fragiliza uma punição em detrimento da outra o que iria totalmente de encontro com a lei.

Conforme Parisio<sup>21</sup>:

[...] parto da hipótese que, para os ministros do STF, as áreas penal e administrativa são parcialmente interrelacionadas, interagindo na medida da lei, de modo que a independência entre as esferas aparece como a regra.

Sendo assim, resta clara a incompatibilidade da norma jurídica acima mencionada, o que inviabiliza totalmente sua aplicação prática, visto que quando há o embate de normas assim, cabendo ao juiz escolher a que mais se coaduna com a justiça, mas não necessariamente sob o viés ambiental.

---

<sup>21</sup> PARISIO, Isabela de Oliveira. **Independência entre esferas x comunicabilidade de instâncias**: como o STF considera esses conceitos quando se trata das esferas administrativa e penal, 2016. p. 8.

### 1.3 Da ineficiência na dosimetria da pena

Os art. 14 e 15 da Lei 9.605/98 são de grande importância à análise de aplicação da pena, visto que tratam das circunstâncias atenuantes e agravantes.

Art. 14. São circunstâncias que atenuam a pena: I - baixo grau de instrução ou escolaridade do agente; II - arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada; III - comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental; IV - colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental.

Art. 15. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – reincidência nos crimes de natureza ambiental; II - ter o agente cometido a infração: a) para obter vantagem pecuniária; b) coagindo outrem para a execução material da infração; c) afetando ou expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública ou o meio ambiente; d) concorrendo para danos à propriedade alheia; e) atingindo áreas de unidades de conservação ou áreas sujeitas, por ato do Poder Público, a regime especial de uso; f) atingindo áreas urbanas ou quaisquer assentamentos humanos; g) em período de defeso à fauna; h) em domingos ou feriados; i) à noite; j) em épocas de seca ou inundações; l) no interior do espaço territorial especialmente protegido; m) com o emprego de métodos cruéis para abate ou captura de animais; n) mediante fraude ou abuso de confiança; o) mediante abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental; p) no interesse de pessoa jurídica mantida, total ou parcialmente, por verbas públicas ou beneficiada por incentivos fiscais; q) atingindo espécies ameaçadas, listadas em relatórios oficiais das autoridades competentes; r) facilitada por funcionário público no exercício de suas funções.

Entretanto, vale mencionar que foram elencadas 4 (quatro) circunstâncias que atenuam a pena e 17 (dezessete) circunstâncias que

agravam a penas, o que, à luz da proteção do bem ambiental, poderia ser considerado um ponto positivo. Assevera-se que as quatro circunstâncias que atenuam as penas restam como artifícios que ajudarão as empresas infratoras de crimes ambientais a não serem punidas por qualquer órgão julgador administrativo.

Ora, por mais complicada que seja a atividade jurisdicional, no que se refere a determinar uma pena em qualquer processo criminal ambiental, o art. 14 vem facilitar em muito a atividade do juiz, ao elencar quatro atenuantes simples a serem utilizada na dosimetria da pena de todos os crimes desta lei. Devendo-se asseverar que só 4 (quatro) figuras típicas possuem penas que ultrapassam 4 (quatro) anos.

Outrossim, apenas os art. art. 35, 40 e 54 §2º da Lei 9.605/98 possuem penas que ultrapassam os 4 (quatro) anos e, utilizando as atenuantes do art. 14, tornam-se quase impossível a obtenção de uma sentença que determine pena prisão, sempre facilitando a impunidade e reduzindo imensamente o valor do dano ambiental.

Desta forma, conforme art. 14, se uma empresa contratar uma pessoa de baixa instrução ou escolaridade para realizar o crime de extração de madeira em área de preservação ambiental e, sem ter intenção, inicia um incêndio que reduz consideravelmente a área de preservação. Assim, percebendo que irá ser culpado pelo crime, bastaria aos advogados da empresa recomendar que o agente tente reduzir o fogo, peça ajuda aos bombeiros e informar a Secretaria de Meio Ambiente da localidade e ao IBAMA, para possibilitar a redução da pena, não se levando em consideração a degradação do bem ambiental e impossibilidade de reverter o dano cometido.

Na hipótese demonstrada, que é perfeitamente viável, a imensa injustiça com o bem ambiental, atingindo a possibilidade de o agente receber uma pena irrisória pela simples análise da redação dada ao artigo, ou até nenhuma, tendo em vista a redação dada aos artigos supramencionados. Desse modo, a proteção ao meio ambiente não é assegurada, sendo fácil burlar as normas ambientais e sair ileso,

constituindo-se o artigo 14 de atenuante genérica que deve ser considerada para efeito de dosimetria da pena.

Ademais, quanto ao art. 15, acredita-se que todos os meios de se tentar atingir a justiça pelo bem ambiental são oportunos, mas em nenhum dos incisos constates do dispositivo, encontra-se a valoração do bem ambiental que é necessário à valoração do dano. De acordo com Siqueira<sup>22</sup>, o “retorno ao *status quo ante* em matéria de impacto/dano ambiental decorre diretamente da garantia constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Para referido autor, necessária uma política que leve em consideração que qualquer dano ambiental é um prejuízo de grande proporção, devendo qualquer punição levar em consideração o valor deste para que se possa efetivar alguma medida, de fato, eficaz.

Portanto, a ausência de valoração do bem ambiental torna as medidas propostas, como as circunstâncias atenuantes e agravantes da pena, ineficazes à justiça e em punir de fato o ato ilegal cometido. Nessa senda, oportuna a reflexão de Michael Kloepfer<sup>23</sup>

[...] uma política eficaz para o meio ambiente requereria uma maneira completamente nova de aquilatar o meio ambiente. Enquanto não lhe fosse atribuído um valor (ético-filosófico) próprio na consciência do povo em geral e dos políticos, a política para o meio ambiente tampouco teria mais do que um valor secundário no conflito de interesses. A valorização do meio ambiente deveria se refletir na asseguaração de direitos próprios à natureza, que teriam de ser considerados na ponderação dos interesses conflitantes.

---

<sup>22</sup> SIQUEIRA, Lyssandro Norton. **Qual o valor do meio ambiente?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 190.

<sup>23</sup> KLOEPFER, Michael. **A caminho do Estado Ambiental?** A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica, 2008. p. 26.



Não há dúvida de que a redação dada aos artigos da Lei nº 9.605/98 torna quase inviável a aplicação das penas, sendo muito fácil a utilização por qualquer advogado no intuito de defender uma empresa de um crime ambiental, enquanto o magistrado fica em opção senão aplicar o diz a lei. O enfraquecimento da segurança jurídica ambiental é detectado nas três modalidades de responsabilidade: administrativa, civil e penal. As condenações à reparação de danos assumem valores elevadíssimos que, na prática, não atingem o retorno do *status quo* e as empresas estão protegidas pelo instituto da recuperação judicial.

Em 9 de abril de 2021 a mineradora Samarco protocolou, no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Processo Número: 5046520-86.2021.8.13.0024 – 2ª Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte), o pedido de recuperação judicial, aceito no dia 12. A causa atribui o valor de R\$ 50.568.866.466,82, referente ao montante total dos créditos sujeitos à recuperação judicial, nos termos do art. 51, §5º, da LRF. O Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais provocado profere sentença e acata pedido da mineradora que causou o desastre de Mariana, em 2015<sup>24</sup>. A decisão judicial tem como efeito a paralisação de algumas execuções judiciais até que a empresa apresente uma proposta de reorganização administrativa de modo a planejar formas de pagamento aos credores. O conflito envolve a colisão entre direito ambiental e empresarial. E afinal: qual dos 3 Poderes tem mais condições de resolver os problemas ambientais?

Entrementes, possui a Lei nº 9.605/98 diversas falhas que precisam ser corrigidas para que haja a devida proteção penal ao Meio Ambiente, constante do art. 255 da Constituição Federal de 1988,

---

<sup>24</sup> MINAS GERAIS. Tribunal do Estado de Minas Gerais. **Processo Número: 5046520-86.2021.8.13.0024** – 2ª Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-decreta-recuperacao-samarco.pdf?fbclid=IwAR3jXz3BPasWM6TWQoMI4IXGNqHNTYJRsbBa7FmVIDu-SPR2v089jhxImjHg>. Acesso em: 7 jul. 2021.

efetivando o direito ao meio ambiente sustentável, além da aplicação das normas benéficas já criadas, mas insuficientes de densidade normativa.

Sobre o artigo 24 da Lei nº 9.605/98, Milaré e Costa Júnior<sup>25</sup> advertem

Uma vez mais os termos usados por esta lei mostram-se dúbios e incertos. Como será possível concluir que a pessoa jurídica preponderantemente permitiu ou facilitou a prática de crime definido nesta lei? Como estabelecer a preponderância, com critérios matemáticos e precisos? Sendo as consequências do fato por demais graves, a lei deveria ter ofertado critérios objetivos e precisos, que pudessem orientar com segurança o aplicador da lei penal ambiental.

Tramita na Câmara dos Deputados o PL 6131/2002<sup>26</sup> que visa alterar o art. 24. Propõe que o patrimônio da pessoa jurídica, no caso de ter sido decretada a liquidação forçada, seja revertido em favor do Fundo Nacional de Meio Ambiente. A situação da tramitação do PL aguarda designação – aguardando devolução do Relator que deixou de ser membro.

No tocante a responsabilidade administrativa, a Lei nº 9.605/98 estabelece 15 (quinze) sanções aplicadas às infrações administrativas: advertência; multa simples; multa diária; apreensão de animais, produtos, equipamentos ou veículos; destruição ou inutilização do produto; suspensão de venda e fabricação do produto; embargo da obra ou atividade; demolição de obra; suspensão parcial ou total de atividades; restritiva de direitos; suspensão de registro, licença ou autorização; cancelamento de registro, licença ou autorização; perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais; perda ou suspensão da participação de

---

<sup>25</sup> MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, José Paulo. **Direito penal ambiental:** comentários a Lei nº 9.605/98. Campinas: Millennium, 2002. p. 68.

<sup>26</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 6131/2002**. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, no que se refere aos instrumentos do crime. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=44576>. Acesso em: 21 set. 2021.

linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito; proibição de contratar com a administração pública por até três anos<sup>27</sup>.

Destaca-se, também, como adição à pesquisa em conteúdo, a desproporcionalidade presente entre o artigo 29 da Lei de Crimes Ambientais e seu §2º:

Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º No caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.

Desse modo, desproporcional que caso não seja uma espécie ameaçada de extinção o juiz possa aplicar, utilizando-se de circunstâncias cuja definição é muito vaga, qualquer tipo de perdão judicial deixando de aplicar a devida pena, pois nesse caso não oferece a devida proteção e defesa aos direitos ambientais.

Além disso, é válida a crítica à alteração do artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais feita pela Lei nº 14.604, de 29 de setembro de 2020, que criminalizava a prática de atos abusivos, maus-tratos, ferimentos e mutilações à animais silvestres, domésticos ou domesticados, sendo este agora qualificado quando se tratar de cão ou gato:

§1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no *caput* deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.

Todavia, se for ocasionada a morte de um animal, que não seja cão ou gato, o máximo que se teria de pena de acordo com o *caput* e o parágrafo a seguir seria de 1 ano e 4 meses:

---

<sup>27</sup> Art. 72 da Lei nº 9.605/98.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Dessa forma, foi feita uma diferenciação injustificada dentre os animais, só qualificando quando forem os abusos feitos quando se tratar de cão ou gato, que infelizmente ficará restrito à somente estes dois animais devido ao princípio da legalidade. Por fim, era realmente necessária a alteração da pena, para que quem maltratasse os animais não ficasse praticamente impune, porém deveria ter sido mais abrangente, alcançando todos os animais e não somente os citados anteriormente, embora seja inegável que a modificação já tenha sido por si só muito positiva.

### **Considerações finais**

Acredita-se que a arquitetura para a feitura da lei de responsabilidade penal brasileira teve como parâmetro os ideais políticos e econômicos, pois de fato o que menos a lei protege é o bem ambiental. Muito embora já tenha o Supremo Tribunal Federal julgado a constitucionalidade da Lei nº 9.605/1998, não há impedimento de o Congresso Nacional alterar o texto da lei de modo a concretizar a responsabilidade penal no Brasil, reduzir os tipos penais, deixando como crime o que de fato tem gravidade e repulsa.

Diversos dispositivos incorrem em impropriedades de modo a dificultar a atuação corretiva do Poder Judiciário quando provocado e leva à insegurança do sistema jurídico de proteção.

Não obstante o fato de a nº Lei 9.605/98 possuir em seu arcabouço pontos positivos e negativos, percebe-se que seus dispositivos não se concretizam na defesa ambiental, pois há um problema na sua aplicação, que, conforme demonstrado, tem por origem sua própria redação, limitando a norma jurídica mais do que

deveria e fragilizando as que, de fato, vêm com o propósito de respeitar e regulamentar o disposto na Constituição Federal de 1988.

Acontece que, por mais patente que seja sua má elaboração e ineficácia prática, não é um instrumento obsoleto ou sem nenhuma eficácia, possuindo claros avanços em matéria ambiental, quais sejam, a possibilidade de imputar os crimes ambientais contra pessoas jurídicas, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em alguns casos podendo punir não só o agente, mas também o mandante, a possibilidade de concessão de multa em valor superior às regras do Código Penal e a preocupação para que esta multa seja eficaz para a reparação da lesão ambiental.

Por outro lado, percebe-se também uma intenção clara de, por meio da redação de seus artigos, criar incisos e condicionantes que dificultam a aplicação da norma jurídica, como, por exemplo, a imputação máxima de trezentos e sessenta salários mínimos para as multas, sem levar em consideração a legislação ambiental. Sem contar que, por óbvio, as circunstâncias atenuantes das penas serão utilizadas em favor dos interesses de grandes empresas.

A pesquisa permitiu responder aos seguintes questionamentos:

a) A lei de crimes ambientais não consegue proteger de forma eficaz o meio ambiente tem como razões as imprecisões constantes no texto da lei, a preocupação com as empresas em detrimento do interesse ambiental, a subjetividade da responsabilização e a função subsidiária penal que cinge a proteção do bem ambiental;

b) Merecem especial preocupação as atenuantes e as agravantes das penas previstas na Lei nº 9.605/98.

c) O Brasil está longe de concretizar de fato a responsabilização penal ambiental, seja da pessoa física ou jurídica. Encontram-se no polo passivo empresas públicas como a Petrobras, reincidente em crimes ambientais.

d) As penas são totalmente desproporcionais ao bem jurídico que a lei visa proteger.

e) Uma possível solução está na alteração do texto da lei. Tendo em vista que nem todos os dispositivos da Lei 9.605/98 se tornam ineficazes, há esperanças para uma revisão da redação dada aos artigos de lei, principalmente no que se refere a aplicação das sanções penais. Ocorre que o processo de revisão dos dispositivos legais deve ter critérios bem claros, de modo a tratar o bem ambiental como um bem relevante no cenário político-econômico brasileiro, tendo força de direito fundamental, devendo ser este o ponto de proteção da Lei 9.605/98. O jurista Lyssandro Norton Siqueira, em sua dissertação de mestrado, dissecou sobre o tema Qual o Valor do Meio Ambiente?

Sendo assim, uma saída possível seria a tentativa de seguir um modelo de sucesso na defesa do patrimônio ambiental, qual seja, o modelo equatoriano de reconhecer os direitos à natureza, tornando o ser humano parte desse todo que é o meio ambiente. Tal visão deixa bem clara a importância do bem ambiental e valoriza cada pequena parte deste todo, viabilizando uma política de proteção ambiental, a defesa jurídica do meio ambiente e pode relacionar-se perfeitamente com a valoração econômica do meio ambiente.

Diante de tudo exposto, havendo a necessidade de modificação da lei penal ambiental, importa verificar o que há de melhor em termos de ideias inovadoras no cenário ambiental internacional, diminuindo os conflitos de interesse entre a Política, a Economia e o Meio Ambiente. Ademais, é necessário que o direito determine a questão necessária e estimule as grandes empresas a protegerem o bem ambiental, mas inicialmente necessitando de dispositivos que a protejam até que tenhamos uma melhor política ambiental.

Compreende-se que na defesa dos interesses difusos o direito penal não pode assumir a posição de *ultima ratio* de modo a não comprometer a segurança jurídica ambiental. É razoável compreender que a responsabilidade civil não promoverá a prevenção ambiental sem que as penas aplicáveis aos crimes ambientais sejam coercitivas. Doutrinadores penalista têm o discurso de que se forem suficientes as

esferas civil e administrativa de modo a atingir integralmente a prevenção e a reparação (integral e tempestiva), não há razão para a incidência penal. Já a doutrina ambiental indaga em saber quais bens jurídicos de fato o direito penal deve proteger? A realidade criminal ambiental brasileira revela necessidade de alteração da Lei n° 9.605/1998 e não de direito penal mínimo.

Na legislação internacional encontramos uma dúzia de crimes ambientais – incêndio, poluição grave. A lei brasileira criou um número enorme de crimes ambientais. No entanto, a solução apontada por Paulo de Bessa Antunes<sup>28</sup> merece total respeito e atenção: “No Brasil se faz tudo pela metade. São crimes de pequeno potencial ofensivo não punidos, a maioria dos casos acaba prescrevendo. Talvez fosse melhor limpar a lista de crimes, ficar realmente os crimes com penas sérias [...]. Precisava ter mais celeridade no processo penal, reduzir o leque de crimes e usar um padrão internacional, fazer com que a lei funcione, senão ela vira simbólica”.

## Referências

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Desconsideração da Personalidade Jurídica como Instrumento Jurídico de Efetivação da Reparação por Danos Ambientais. *In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI*, 2008, Belo Horizonte. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2008. p. 4118-4136. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre\\_ferreira\\_de\\_assumpcao\\_alves.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_ferreira_de_assumpcao_alves.pdf). Acesso em: 7 jul. 2021.

---

<sup>28</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. 40 anos da Política Nacional de Meio Ambiente. **YouTube Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. 9 set. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xXR-7fDOpjk&t=36s>. Acesso em: 21 set. 2021.

ANTUNES, Paulo de Bessa. 40 anos da Política Nacional de Meio Ambiente. **YouTube Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. 9 set. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xXR-7fDOpJg&t=36s>. Acesso em: 21 set. 2021.

BOMBARDELLI, Pablo. **Domínio do fato em Welzel e em Roxin: Critérios de Conceitos Restritivos de Autoria**. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRS. 2014. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/111796/000951838.pdf?sequence=1>. Acesso em: 7 jul. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 6131/2002**. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, no que se refere aos instrumentos do crime. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=44576>. Acesso em: 22 set. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm). Acesso em: 6 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 6 jul. 2021.



BRASIL. **Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm). Acesso em: 6 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.604, de 29 de setembro de 2020**. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm). Acesso em: 8 set. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008**. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6514.htm#art153](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6514.htm#art153). Acesso em: 6 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 6 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Recurso Especial nº 1339046/SC**. Relator Ministro Herman Benjamin. Data julgamento 05/03/2013. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271339046%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271339046%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271339046%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271339046%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 7 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 279273/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data Julgamento 04/12/2000. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/ju>

Diálogo Ambiental Constitucional Internacional, v. 20: Os desafios dos direitos fundamentais no século XXI: a importância da segurança e do meio ambiente

risprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27279273%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27279273%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 7 jul. 2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do direito penal na proteção das gerações futuras**. Disponível em: [https://silo.tips/queue/o-papel-do-direitopenalnaprotecaodasgeracoesfuturas?&queue\\_id=1&v=1632075489&u=MTc5LjE4My4yMjcuMTIx](https://silo.tips/queue/o-papel-do-direitopenalnaprotecaodasgeracoesfuturas?&queue_id=1&v=1632075489&u=MTc5LjE4My4yMjcuMTIx). Acesso em: 19 set. 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**: Parte Geral. v. 7. 13. ed. Coleção Sinopse Jurídicas São Paulo: Saraiva, 2007.

KLOEPFER, Michael. **A caminho do Estado Ambiental?** A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica, 2008. Disponível em: <http://files.camolinaro.net/20000007793d7a94561/A%20Caminho%20do%20Estado%20Ambiental.pdf>. Acesso em: 19 set. 2021.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, prática, glossário. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2014.

MILARÉ, Édis; COSTA JÚNIOR, José Paulo. **Direito penal ambiental**: comentários a lei nº 9.605/98. Campinas: Millennium, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal do Estado de Minas Gerais. **Processo Número: 5046520-86.2021.8.13.0024** – 2ª Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justicadecretarecuperacaosamarco.pdf?fbclid=IwAR3jXz3BPasW>

M6TWQoMI4IXGNqHNTYJRsbBa7FmVIDu-SPR2v089jhxImjHg.  
Acesso em: 7 jul. 2021.

PARISIO, Isabela de Oliveira. **Independência entre esferas x comunicabilidade de instâncias**: como o STF considera esses conceitos quando se trata das esferas administrativa e penal. Monografia (Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público SBDP). 2016. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Isabela-Parisio-D.-Administrativo.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2021.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. A inconstitucionalidade das sanções penais da pessoa jurídica em face dos princípios da legalidade e da individualização da pena. *In*: DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Regis. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 293-307.

SIQUEIRA, Lyssandro Norton. **Qual o valor do meio ambiente?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.



# **Análisis Jurídico de la Protección de los Migrantes Climáticos a la luz del Caso Teitiota y el reciente Dictamen del Comité de Derechos Humanos**

*Legal Analysis of the Protection of Climate Migrants in the light of the Teitiota Case and the recent Decision of the Human Rights Committee*

Santiago Salvador Gimeno\*

**Resumen:** Este artículo analiza a la luz del Caso Teitiota los desafíos a los que se enfrentan los migrantes climáticos a la hora de obtener protección acudiendo a los mecanismos jurídicos existentes contenidos en el Derecho Internacional Humanitario de los Refugiados y el Régimen de los Derechos Humanos. Para ello, en paralelo con las decisiones de los Tribunales nacionales neozelandeses y con el reciente Dictamen del Comité de Derechos Humanos, estudia los principales obstáculos normativos con los que los desplazados climáticos se topan, así como las diferentes alternativas normativas e interpretativas identificadas y propuestas por la doctrina para superar estas barreras legales. Como conclusión, el presente trabajo aboga por la conveniencia de desarrollar una interpretación más flexible del umbral que ha de alcanzarse para considerar vulnerado el Derecho a la vida en estos supuestos, así como de implementar un tratado internacional dirigido específicamente a la protección de estas personas.

---

\* Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y Doctor con mención internacional en el Campus do Mar (Marine Science, Technology and Management) por la Universidade de Vigo; Investigador Postdoctoral contratado por la Universidade de Vigo en el marco de las ayudas postdoctorales convocadas por la Xunta de Galicia e Investigador visitante de la Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Sus recientes investigaciones están centradas en el Derecho Ambiental y, en particular, en las migraciones climáticas, las energías renovables, la adaptación al cambio climático y la ordenación marina y costera.

**Palabras clave:** Migrantes Climáticos. Refugiados. Derechos Humanos. Cambio Climático. Derecho a la Vida.

**Abstract:** This article analyzes, in the light of the Teitiota Case, the challenges faced by climate migrants when it comes to obtaining protection by resorting to the existing legal mechanisms contained in the International Humanitarian Law of Refugees and the Human Rights Regime. To this end, in parallel with the decisions of the New Zealand national courts and with the recent Opinion of the Human Rights Committee, it studies the main regulatory obstacles that climate displaced persons face as well as the different normative and interpretive alternatives identified and proposed by the doctrine to overcome these legal barriers. In conclusion, this research work advocates the desirability of developing a more flexible interpretation of the threshold to be reached in order to consider the Right to life violated in these cases, as well as the need for implementing a international treaty specifically aimed at the protection of these people.

**Keywords:** Climate Migrants. Refugees. Human rights. Climate change. Right to life.

## Introducción

El fenómeno de los desplazamientos poblacionales derivados de los efectos negativos del Cambio Climático es una realidad actual. Cada vez son más las personas que se ven forzadas a dejar sus hogares ante fenómenos como la subida del nivel del mar, inundaciones, eventos climáticos extremos (huracanes, ciclones tropicales, tempestades...), desertificación o prolongados periodos de sequía<sup>1</sup>. Como señala la

---

<sup>1</sup> Conviene puntualizar desde el inicio que a lo largo de este artículo vamos a emplear –siguiendo a la doctrina mayoritaria– los términos de *migrantes climáticos* (o *desplazados climáticos*) para referirnos a estas personas, que constituyen un sub-tipo de migrante o desplazado “ambiental” cuya movilidad, en este caso, responde a causas antropogénicas: los impactos derivados del cambio climático. No emplearemos el término de “Refugiado” para hacer mención a estos individuos porque, como se

Organización Internacional de las Migraciones<sup>2</sup> se espera que el número de migrantes climáticos aumente exponencialmente a lo largo del presente siglo. Es por ello que se hace preciso articular mecanismos destinados a proporcionar una salvaguarda para estas personas<sup>3</sup>. A lo largo de los últimos años, se han ido produciendo sucesivas reclamaciones ante los Tribunales de Australia y Nueva Zelanda por parte de ciudadanos originarios de las Islas de Kiribati y de Tuvalu. Se trata de pequeños Estados Insulares de escasa altitud que se encuentran en riesgo de desaparecer como consecuencia de la subida del nivel del mar, originada como resultado de los efectos derivados del Calentamiento Global. El caso más paradigmático y mediático es el del Señor Teitiota, un habitante proveniente de Kiribati, que tras reclamar ante los Tribunales neozelandeses finalmente acudió al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas alegando la vulneración de su Derecho a la Vida - contenido en el art. 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos- al ser expulsado de Nueva Zelanda a su país de origen. Centramos nuestro estudio en el análisis del presente supuesto por ser el más vivo reflejo de las dificultades con las que se encuentran actualmente los desplazados climáticos en la práctica para obtener una protección efectiva aplicando los mecanismos legales existentes y por ser la primera vez que un órgano de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos entra a valorar el problema de los migrantes climáticos. Así, a lo largo del presente artículo vamos a analizar, a la luz del caso Teitiota, la dificultades existentes a la hora de aplicar a estos supuestos la protección brindada por

---

expondrá a continuación, no reúnen, con carácter general, los elementos requeridos para considerarse incluidos dentro de dicha noción jurídica.

<sup>2</sup> Que para el 2050 prevé la existencia de más de 200 millones de desplazamientos originados como consecuencia del Cambio Climático.

<sup>3</sup> Y más aún en la actualidad con las dificultades añadidas que se están encontrando estos nuevos desplazados como consecuencia de la pandemia de Covid-19. Sobre esta cuestión particular *vid.* CULLEN, M. Disaster, Displacement and International Law: Legal Protections in the Context of a Changing Climate. **Politics and Governance**, v. 8, n. 4, 2020. p. 275-277.

el estatuto de “refugiado” contenido en la Convención de Ginebra de 1951; la cada vez más patente interconexión entre el medio ambiente, el cambio climático y su impacto sobre los Derechos Humanos y los desplazamientos poblacionales; la conveniencia de dar un paso adelante hacia una interpretación más flexible del umbral que ha de alcanzarse para considerar vulnerado el derecho a la vida en estos supuestos; y la necesidad de implementar nuevos instrumentos jurídico-normativos destinados a la protección de estos colectivos.

## **1 Análisis de los Fallos de los Tribunales de Nueva Zelanda. Dificultades para la aplicación del estatuto de “Refugiado”**

Mr. Teitiota, ciudadano originario de Kiribati, llegó a Nueva Zelanda en 2007 acompañado de su mujer, donde disfrutaron durante 3 años de un permiso de residencia, expirado el cual continuaron a residir ilegalmente en territorio neozelandés, periodo durante el que tuvieron a sus tres hijos<sup>4</sup>. En el 2011, tras su detención accidental en un control de tráfico, Teitiota acudió al funcionario de servicio del Refugiado y de Protección para tratar de regularizar su situación en el país, solicitando su reconocimiento como “refugiado” en base al art. 129.1 de la Ley de Inmigración de 2009 de Nueva Zelanda<sup>5</sup> y al art. 1.A) de la Convención de Ginebra de 1951.

---

<sup>4</sup> Los cuales, pese a haber nacido en territorio neozelandés, tampoco cuentan con la nacionalidad neozelandesa de conformidad con la *Citizenship Act* de 1997 (art. 6.1.b)). Dicho precepto requiere para la obtención de la misma que, al menos, uno de los dos progenitores sea un ciudadano neozelandés o que esté facultado para residir allí indefinidamente, circunstancias éstas no concurrentes en el caso particular.

<sup>5</sup> También solicitó, de conformidad con el art. 131 de dicha Ley nacional, el reconocimiento como “persona protegida”, que se aplica en aquellos casos en los que existan motivos sustanciales como para pensar que una persona sufrirá tratos crueles, inhumanos o degradantes como consecuencia de ser deportada de Nueva Zelanda. Precepto éste, que se conecta con el art. 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.



Sin embargo, su solicitud fue denegada, motivo por el cual presentó diversos recursos en cadena ante los Tribunales neozelandeses<sup>6</sup> hasta llegar al Tribunal Supremo en 2015<sup>7</sup>, viendo desestimadas, sin embargo, sus pretensiones<sup>8</sup>.

El contenido principal de las decisiones de estos órganos judiciales gira en torno al concepto de “Refugiado”<sup>9</sup> y a las dificultades que encuentran las personas que se ven forzadas a migrar por motivos climáticos dentro de dicha definición.

---

<sup>6</sup> Primero recurrió la resolución del funcionario ante el Tribunal de Inmigración y Protección en 2013, posteriormente acudió ese mismo año ante el Tribunal Superior, a continuación, en 2014 al Tribunal de Apelación y, por último, en 2015 al Tribunal Supremo. Conviene matizar que, si bien Teitiota inicialmente solicitó protección solo para sí mismo, posteriormente amplió la reclamación en sede judicial a su mujer y sus hijos.

<sup>7</sup> Caso Teitiota c. Nueva Zelanda (The Supreme Court of New Zealand: SC 7/2015 [2015] NZSC 107).

<sup>8</sup> Por ello, tras ser detenido y expulsado en el 2015 acudió al Comité de Derechos Humanos alegando que Nueva Zelanda estaba vulnerando su Derecho a la Vida, al retornarle a su país de origen, Kiribati, donde su supervivencia se estaba poniendo en riesgo como consecuencia de los efectos derivados del Cambio Climático. Conviene matizar que en esta petición Teitiota vuelve a centrar el caso en sí mismo y no incluye directamente en el ámbito de la petición a su mujer y a sus hijos, si bien, como expondremos, hace referencia de forma indirecta a los mismos.

<sup>9</sup> Como pone de manifiesto IBARRA SARLAT, los desplazados por causas climáticas han recibido por parte de la doctrina y las instituciones múltiples acepciones y categorizaciones que se han ido dotando de diversos significados y características, no existiendo, sin embargo, en la actualidad un reconocimiento legal que los defina y proteja de forma eficaz. IBARRA SARLAT, R. Indeterminación del Estatus Jurídico del Migrante por Cambio Climático **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. 20, 2020. p. 141. En esta misma línea, AMADO GOMES también pone de manifiesto cómo la falta de una definición unívoca dificulta la adopción de un régimen para los desplazados o migrantes climáticos. AMADO GOMES, C. Migrantes climáticos – Para além da Terra Prometida, **Congresso de Direitos Humanos**, 20 a 22 de Novembro de 2013, 2014, p. 9. En un sentido similar Vid. LOPES DE FREITAS, Nikaelly; FRANÇA, Marcos de Sousa; SILVA, Rainier Gomes Pereira de. Os povos indígenas da Amazônia Legal enquanto deslocados ambientais por ocasião dos abalos ao meio ambiente. In: MIRANDA, Jorge; AMADO GOMES, Carla; GODINHO, André (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**, v. 18, 2021. p. 361.

La Convención de Ginebra de 1951 (art. 1.A) define como “refugiado” a aquella persona que:

debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Observamos que son tres los principales requisitos para considerar que una persona se encuentra amparada por el estatuto de refugiado:

1) encontrarse fuera del país de su nacionalidad (Kiribati, en este caso), lo cual ya excluiría directamente a los desplazados climáticos que se trasladan a nivel interno dentro de su propio país a otras zonas<sup>10</sup>. Condición ésta que sí que cumplirían Teitiota y su familia al encontrarse en Nueva Zelanda en el momento de su solicitud.

2) existencia de *fundados temores de ser perseguido*. En este punto, si se parte de una interpretación amplia, podría intentar considerarse el

---

<sup>10</sup> Los desplazados Internos contarían con otros mecanismos de protección como los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de la ONU de 1988, que, contienen una definición amplia, que da cabida a los migrantes climáticos, al proteger a expresamente a las personas que se han visto forzadas a migrar como consecuencia de “catástrofes naturales o por causas provocadas por el ser humano” (art. 2). Si bien dichos Principios forman parte del *soft law*, conviene matizar, que, al corresponderse su contenido material con reglas positivas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, su incumplimiento por parte de los Estados podría implicar la violación de los Tratados Internacionales que recogen el régimen de protección de los Derechos afectados. LÓPEZ RAMÓN, F. Los Derechos de los Emigrantes Ecológicos. **Cuadernos Manuel Jiménez Abad**, 2017, p. 9. En el plano regional destaca, en relación con los Desplazados Internos, la Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África de 2009 (Convención de Kampala).

Cambio Climático como una forma *persecución*, tal y como defienden los solicitantes<sup>11</sup>. Aquí surgiría la duda de quién sería el *perseguidor* ¿los Estados que no cumplen sus compromisos de reducción de emisiones y que con su acción (o inacción) están contribuyendo en mayor medida al cambio climático?<sup>12</sup> ¿las empresas que emiten grandes cantidades de Gases Efecto Invernadero a la atmósfera? ¿la Comunidad Internacional? ¿El país de origen de los desplazados (en este caso Kiribati) por no lograr implementar las medidas necesarias para adaptarse de forma eficaz a los efectos derivados del Cambio Climático? Como vemos nos encontramos con una gran cantidad de actores que contribuyen en una mayor o menor medida al calentamiento global con sus acciones y/u omisiones, y son precisamente estas responsabilidades difusas las que dificultan en la práctica la atribución concreta de responsabilidad a cada uno de ellos<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Así lo entiende también un sector de la doctrina. *Vid. Inter alia*, SOLANES CORELLA, A. Desplazados y Refugiados Climáticos”. La Necesidad de Protección por Causas Medioambientales. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez** v. 55, 2021. p. 456. Sin embargo, los Tribunales consideran que este tipo de desplazamientos no son causados por una “persecución”. En este sentido, *Vid.* High Court decision — Teitiotia v The Chief Executive of the Ministry of Business Innovation and Employment [2013] NZHC 3125 de 26 de noviembre de 2013, párrafo 11.

<sup>12</sup> En otros supuestos similares, como en el caso No. 0907346 [2009] RRTA 1168 (de 10 de diciembre de 2009) sustanciado por un ciudadano de Kiribati ante el Tribunal Supremo australiano, se plantea la posibilidad de que el “perseguidor” sea el Estado de destino en el que se pretende obtener protección, en este caso, Australia, por su conducta contaminante persistente y poco solidaria sin considerar los impactos que el Cambio Climático puede acarrear sobre los Estados y las personas más vulnerables a estos efectos. Sin embargo, pese a la argumentación esgrimida por el recurrente, finalmente el Tribunal no apreció la existencia de una voluntad o una motivación de Australia de causarles un daño a estos individuos. Un análisis detallado sobre este caso concreto puede encontrarse en: SALVADOR GIMENO, S. La interpretación del concepto de “refugiado” en los litigios derivados de las migraciones climática. **Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental**, n. 36, 2020.

<sup>13</sup> Si bien, como ponen de manifiesto KENT y BEHRMAN, sabemos el porcentaje de Gases Efecto Invernadero emitidos por cada Estado, lo cual podría utilizarse para establecer los esfuerzos a soportar por los diferentes Estados a la hora de hacer frente al problema de las migraciones climáticas. KENT, A.; BEHRMAN, S. **Climate-**

En el caso particular de Teitiota, los Tribunales rechazan el posible papel de *perseguidor* del país de origen, es decir, de Kiribati, considerando que el país está haciendo todo lo posible –en la medida que puede– para proteger a sus ciudadanos de los efectos derivados del cambio climático<sup>14</sup>. Como observamos, a priori, en este tipo de casos el estado de origen no tiene intención de causar daños a sus nacionales y trata de hacer todo lo posible para adaptarse a estos impactos, pero, su escasez de medios resulta en la práctica en la imposibilidad de brindar una protección ineficaz a aquellos. Ello nos lleva a poner de manifiesto la importancia que tendría -de cara a ayudar financiera y tecnológicamente a estos países menos desarrollados a poder hacer frente a este fenómeno- la implantación de un fondo mundial alimentado por contribuciones provenientes de los Estados y las Empresas más contaminantes en base el Principio de Derecho Ambiental de las Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas<sup>15</sup>.

---

**Induced Migration: Will Tribunals Save the Day?** 2020, p. 9. Disponible en: [https://ueaeprints.uea.ac.uk/id/eprint/76706/1/Accepted\\_Manuscript.pdf](https://ueaeprints.uea.ac.uk/id/eprint/76706/1/Accepted_Manuscript.pdf). (último acceso: 27.07.2021).

En un sentido similar, FELIPE PÉREZ, B. *et al.*, señalan que la cuota histórica de emisiones de Gases Efecto Invernadero de los Estados desde los niveles preindustriales podría servir para concretar la diferente responsabilidad de cada uno de ellos por tales emisiones. FELIPE PÉREZ, B. *et al.* Migraciones Climáticas: el Papel de los Derechos Humanos para Superar el Persistente Vacío Jurídico **Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**, v. 30, n. 1, 2019. p. 33.

<sup>14</sup> Caso Teitiota c. Nueva Zelanda (The Supreme Court of New Zealand: SC 7/2015 [2015] NZSC 107), párrafo 12.

<sup>15</sup> Sobre esta cuestión se han pronunciado las propuestas presentadas por diversos autores provenientes de las Universidades de Harvard, Limoges, Monash y Amsterdam dirigidas a promover la conclusión de un Tratado Internacional que establezca obligaciones para hacer frente al fenómeno de las migraciones climáticas. En este punto, como señala LÓPEZ RAMÓN, de entre todas las propuestas, la que más incide en este aspecto económico es la proveniente de la Universidad Holandesa. LÓPEZ RAMÓN, F. Los Derechos de los Emigrantes Ecológicos. **Cuadernos Manuel Jiménez Abad**, 2017, p. 14.

3) Que la *persecución* se fundamente en las causas especificadas por el precepto. Esto es, que responda a uno de los motivos discriminatorios enumerados en el art. 1.A).

Aquí el abogado de Teitiota, recurriendo a la definición etimológica latina del término de “perseguir”, intenta defender la idea de que su significado incide en el hecho de huir de algo o de alguien, sin que sea relevante la causa misma de la huida (e, incluso sin que se requiera identificar a un perseguidor). En este sentido, de conformidad con dicha interpretación, la noción de “refugiado” abarcaría a todas las personas que tienen que huir independientemente de los motivos<sup>16</sup>.

Sin embargo, este extremo es el que encuentra más dificultad en ser reconocido por los Tribunales<sup>17</sup>, que consideran que ha de concurrir una causa discriminatoria (dentro de las enumeradas en el precepto) que motive la persecución concreta contra una persona para entender que nos encontramos ante verdaderos “refugiados” en el sentido del art. 1.A) de la Convención de Ginebra. En base a ello, entienden que, con carácter general, no se dan tales razones o motivos en el caso de los desplazamientos por razones climáticas<sup>18</sup>, faltando,

---

<sup>16</sup> Vid. *AF (Kiribati) [2013] NZIPT 800413*, New Zealand: Immigration and Protection Tribunal, 25 June 2013, available at: [https://www.refworld.org/cases,NZ\\_IPT,5dad6b754.html](https://www.refworld.org/cases,NZ_IPT,5dad6b754.html) [accessed 31 July 2021], párrafo 51. Asimismo, otros argumentos esgrimidos en casos similares han tratado de defender la inclusión de los desplazados climáticos dentro de la categoría de “un grupo social particular”, que estaría integrado por los habitantes de estas pequeñas islas que se ven obligados a desplazarse como consecuencia de los efectos derivados del calentamiento global. Así, por ejemplo, se trató de argumentar por un ciudadano de Kiribati en el caso No. 0907346 [2009] RRTA 1168 (de 10 de diciembre de 2009) sustanciado ante el Tribunal Supremo australiano.

<sup>17</sup> Vid. *AF (Kiribati) [2013] NZIPT 800413*, New Zealand: Immigration and Protection Tribunal, 25 June 2013, párrafos 56 y 67; High Court decision — *Teitiota v The Chief Executive of the Ministry of Business Innovation and Employment* [2013] NZHC 3125 de 26 de Noviembre de 2013, párrafos 26, 28 y 55

<sup>18</sup> Dado que, como señala MCADAM, los efectos del cambio climático son, en su mayoría indiscriminados MCADAM, J. **El Desplazamiento Provocado por el Cambio Climático y el Derecho Internacional**. Evento paralelo al Diálogo del Alto Comisionado sobre los desafíos en materia de protección 8 de diciembre de 2010, Palacio de las Naciones, 2010. p. 2. Disponible en: <https://www.acnur.org/5d5476434>

por tanto, el elemento volitivo de índole discriminatorio que habría de fundamentar la *persecución* misma contra estos individuos.

Por todos los argumentos anteriormente expuestos, los desplazados climáticos se encuentran con una barrera difícil de franquear cuando pretenden obtener el reconocimiento del estatuto de Refugiado por parte de los Tribunales, dadas las dificultades existentes a la hora de identificar un perseguidor concreto, así como de demostrar la existencia de la voluntad discriminatoria que ha de motivar la persecución.

Sin embargo, pese a estas dificultades, conviene no cerrar definitivamente la puerta a la posibilidad de que estas personas puedan en ciertos casos obtener la protección inherente al estatuto de “refugiado”, tal

---

.pdf (último acceso 02.06.2021). Si bien es cierto que, paradójicamente dichos impactos afectan más intensamente a los Estados menos desarrollados, que son generalmente los que menos contribuyen al calentamiento global. Lo que también es verdad es que estos impactos no son causados con la voluntad expresa de causarles un daño. En este sentido, algunos autores, como PIRRI, abogan por llevar a cabo una interpretación menos rígida y más flexible de este requisito de la “discriminación” para adecuarla a la realidad actual de los desplazados climáticos. Para ello esta autora incide en que el art. 1.A) de la Convención de Ginebra habla de *temores de ser perseguido* y no de *temores de persecución*, lo cual podría interpretarse –señala PIRRI– como que el precepto pone el foco en la situación del potencial refugiado más que en la voluntad del perseguidor o en el carácter discriminatorio de la fuente de persecución (en este caso, el cambio climático). En base a este análisis, la autora defiende que deberían tenerse en cuenta las vulnerabilidades y desigualdades socioeconómicas preexistentes de estas personas que sufren más intensamente los impactos derivados del cambio climático a la hora de valorar la existencia de “discriminación”. PIRRI, S. Climate Change-Induced Displacement: can Refugee Law be an Answer? **Transnational Law Institute** 2020. p. 10. Otra interpretación interesante, diferente a la anterior, pero que también podría facilitar la aplicación del estatuto de “refugiado” a los desplazados climáticos es la propuesta por BORRÁS, que incide en poner el foco en la realidad objetiva de los desplazamientos (principalmente, la gravedad de la situación que impulsa a migrar a los individuos –en este caso, los impactos del cambio climático–, o la imposibilidad del Estado de origen de asistir a sus nacionales) más que en las causas subjetivas de los mismos. BORRÁS PENTINAT, S. Refugiados Ambientales. El Nuevo Desafío del Derecho Internacional del Medio Ambiente. **Revista de Derecho**, v. 19, n. 2, 2006, p. 93.

y como lo han puesto de manifiesto la doctrina<sup>19</sup> y los propios Tribunales neozelandeses en el caso Teitiota<sup>20</sup>. En este sentido, dado que los desplazamientos responden generalmente a fenómenos multicausales, muchas veces interconectados entre sí, es frecuente que las causas climáticas que motivan las migraciones aparezcan entremezcladas con situaciones de conflicto, de violencia y de verdadera persecución aparejadas que sí que permitan la incardinación de estos individuos dentro de la noción jurídica de “refugiado”. En efecto no sería extraño que el agotamiento y empobrecimiento de los recursos y los terrenos como consecuencia del cambio climático pueda llegar a desencadenar una importante crisis socio-económica y política que en último término traiga consigo fuertes disputas, enfrentamientos, guerras y persecuciones<sup>21</sup>.

## **2 La protección complementaria ofrecida por el régimen de los Derechos Humanos. Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 23 de septiembre de 2020 relativo al Caso Teitiota**

### **2.1 Las Interconexiones existentes entre Derechos Humanos, Medio Ambiente y Migrantes Climáticos**

La tutela brindada por el régimen de los Derechos Humanos – también denominada “protección complementaria”<sup>22</sup> debería ofrecer, a

---

<sup>19</sup> *Vid. Inter alia*, MCADAM, J. Current Developments-Protecting People Displaced By the Impacts of Climate Change: the UN Human Rights Committee and the Principle of Non-Refoulement **The American Journal of International Law**, v. 114, n. 4, 2020, p. 712.

<sup>20</sup> *Vid. Inter alia*, la Sentencia del Tribunal Supremo de Nueva Zelanda: Caso Teitiota c. Nueva Zelanda (The Supreme Court of New Zealand: SC 7/2015 [2015] NZSC 107, párrafo 13: This decision *did not mean that environmental degradation resulting from climate change or other natural disasters could never create a pathway into the Refugee Convention or protected person jurisdiction.*

<sup>21</sup> En este sentido *vid. ABEL, G., et al.* Climate, conflict and forced migration **Global Environmental Change**, v. 54, 2019, p. 239-249.

<sup>22</sup> MCADAM, J. **El Desplazamiento Provocado por el Cambio Climático y el Derecho Internacional**. Evento paralelo al Diálogo del Alto Comisionado sobre los desafíos en

priori, una salvaguarda universal más amplia y menos restringida a los migrantes climáticos que la proporcionada por el Derecho Internacional de los Refugiados, al ser de aplicación a toda persona independientemente de las circunstancias personales de cada individuo o de las causas específicas de desplazamiento<sup>23</sup>.

Como resalta el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>24</sup> y la doctrina<sup>25</sup>, cada vez son más patentes las interconexiones existentes entre los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Medio Ambiente, destacando, en particular, la fuerte incidencia que el cambio climático puede tener en el disfrute efectivo de aquellos, tal y como ha puesto de manifiesto el Consejo de Derechos Humanos<sup>26</sup> y John KNOX, ex-relator especial sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en su famoso informe de 2016<sup>27</sup>. Ejemplo de ello es también la mención expresa que se realiza en el preámbulo del Acuerdo de París de 2015 a la interrelación existente entre cambio climático, migrantes y derechos

---

materia de protección 8 de diciembre de 2010, Palacio de las Naciones, 2010. p. 4. Disponible en: <https://www.acnur.org/5d5476434.pdf> (último acceso 02.06.2021).

<sup>23</sup> En esta misma dirección, *Vid. Inter alia*, SOLÁ PARDEL, O. **Desplazados Medioambientales y Derechos Humanos** Cuadernos de Deusto de Derechos Humanos nº 66, 2012, p. 63. ISBN: 978-84-9830-329-2, Bilbao; HANDAYANI, I., FAUZIAH, A. Environmental-Induced Displacement: Potential Protection Under International Law *Yustisia* v. 9, n. 2, 2020. p. 181; o MARTÍN PASCUAL, E. Migraciones Causadas por la Subida del Nivel del Mar: un Reto para el Derecho Internacional *Revista Catalana de Dret Ambiental* v. 9, n. 2, 2018, p. 22.

<sup>24</sup> *Vid.* por ejemplo, el informe anual Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos A/HRC/10/61 de 15 de enero de 2009 (párrafo 18).

<sup>25</sup> *Vid., Inter Alia*, GALVÃO TELES, P. Direitos Humanos e Alterações Climáticas. **Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional**, v. 24, 2020. p. 131.

<sup>26</sup> *Vid. inter alia*, las Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos humanos y el cambio climático 7/23 (2008); 10/14 (2009); 18/22 (2011); 26/27 (2014); 29/15 (2015); 32/33 (2016).

<sup>27</sup> *Vid.* Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible A/HRC/31/52 1 de febrero de 2016.



humanos<sup>28</sup>. Y es que, en efecto, importantes derechos humanos inherentes a toda persona como el derecho a la vida<sup>29</sup>, agua<sup>30</sup>, vivienda<sup>31</sup>, alimentación<sup>32</sup> o la salud<sup>33</sup> pueden verse afectados como consecuencia de los impactos derivados del cambio climático.

En esta misma línea también es destacable cómo cada vez más se están presentando quejas y reclamaciones ante órganos internacionales de naturaleza cuasi-judicial, muchas de ellas todavía pendientes de resolución, alegando violaciones de Derechos Humanos (destacando, entre ellos, el Derecho a la vida) por acciones y omisiones de los Estados en relación a sus compromisos y políticas de adaptación y mitigación al Cambio Climático<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> *Reconociendo que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional.* El subrayado es mío.

<sup>29</sup> Proclamado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6), en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 3) y en la Convención sobre los Derechos del niño (art. 6).

<sup>30</sup> Recogido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 11 y 12).

<sup>31</sup> Reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11) y en la Convención Universal sobre los Derechos Humanos (art. 25.1)

<sup>32</sup> Contemplado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 11) y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25).

<sup>33</sup> Recogido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 7, 10 y 11).

<sup>34</sup> Desde la Petición presentada en 2005 por el pueblo Inuit ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegando violación de Derechos Fundamentales por parte de Estados Unidos por no adoptar medidas dirigidas a la reducción de gases efecto invernadero; hasta las recientes quejas presentadas por Torres Strait islanders contra Australia en 2019 ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU reclamando la falta de adopción de medidas de reducción y adaptación adecuadas contra el cambio climático; o las interpuestas ante el Comité de Derechos del Niño por Chiara Sacchi y otros contra Argentina, Brasil, Francia, Alemania y Turquía.

## 2.2 Derecho a la Vida y Desplazados Climáticos. Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 23 de septiembre de 2020 relativo al Caso Teitiota

En esta misma línea, ante la decisión desestimatoria del Tribunal Supremo neozelandés y la consecuente extradición de Mr Teitiota y su familia a Kiribati en 2015, éste presenta una comunicación ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por entender que Nueva Zelanda estaba infringiendo su Derecho a la vida – reconocido en el art. 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos– al expulsarle a Kiribati, pese al riesgo que ello supondría para Mr. Teitiota dados los fuertes impactos derivados del Cambio Climático que está sufriendo el país. En particular, el solicitante resalta que la subida del nivel del mar está ocasionando una escasez de espacio habitable que a su vez está desencadenando violentos conflictos por las tierras con víctimas mortales, poniendo en riesgo su vida, a lo que también añade la falta de empleo ocasionada por la destrucción de cultivos, así como la carencia de agua dulce (de agua potable limpia) por su contaminación con el agua salada, lo que les ha ocasionado importantes problemas de salud tras su retorno a Kiribati (en particular a uno de sus hijos, que sufrió una septicemia grave a su regreso).

En relación a la valoración de las circunstancias alegadas por Teitiota, el Comité<sup>35</sup> llega a la conclusión final de que el solicitante no ha demostrado suficientemente que corre un *riesgo real, personal y*

---

<sup>35</sup> Conviene apuntar que, si bien los dictámenes del Comité de Derechos Humanos no ostentan la fuerza vinculante inherente a las sentencias de Jueces o Tribunales, sí que sirven para ejercer una fuerte presión sobre los Estados que, siendo parte del Pacto, no respeten los derechos en él garantizados. De ahí la trascendencia de sus resoluciones en la práctica. Así también lo entienden otros autores como KENT, A.; BEHRMAN, S. **Climate-Induced Migration: Will Tribunals Save the Day?** 2020, p. 10. Disponible en: [https://ueaeprints.uea.ac.uk/id/eprint/76706/1/Accepted\\_Manuscript.pdf](https://ueaeprints.uea.ac.uk/id/eprint/76706/1/Accepted_Manuscript.pdf) (último acceso: 27.07.2021); o ATAPATTU, S. *et al.* Sobre el Desplazamiento por Cambio Climático y su Regulación en el Derecho Internacional. **Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo**, v. 3, n. 3, 2020, p. 124.

*razonablemente previsible* de ver amenazado su derecho a la vida bajo ninguna de ellas.

La exigencia del carácter “personal” del riesgo ya fue apuntada por el Comité en su Observación General n° 36<sup>36</sup>, entendiéndose que no encaja dentro de tal apelativo aquel riesgo que únicamente se derive de las circunstancias generales existentes en el Estado al que es expulsado, salvo, excepcionalmente, en los “casos más extremos”<sup>37</sup>.

En base a ello, el Comité primero analiza si Teitiota está sufriendo un riesgo “personal”, determinando en este punto que el solicitante no está viviendo una situación diferente a la que también se ven expuestos el resto de ciudadanos de Kiribati.

A continuación, entra a valorar si las circunstancias a las que se enfrentan en dicho país Teitiota y su familia permiten considerar que su situación podría considerarse como un caso “extremo”, cuestión ésta en la que tampoco entiende que concurra en el caso concreto, desestimando, por todo ello, finalmente la pretensión del solicitante. Así:

a) En relación a los conflictos ocasionados como consecuencia de la creciente falta de terrenos habitables en Kiribati, el Comité circunscribe la violación del Derecho a la vida contenido en el Pacto solo a aquellos casos “más extremos” de situación general de violencia, entendiéndose que en el caso concreto se trata más bien de incidentes esporádicos en los que el solicitante no ha estado nunca involucrado y sobre los que Teitiota no informa si la protección del Estado es suficiente para protegerlo de los posibles daños que de ellos se puedan derivar para su persona<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Comité de Derechos Humanos. CCPR/C/GC/36 Observación general núm. 36. Art. 6: derecho a la vida. 3 septiembre de 2019, párrafo 30.

<sup>37</sup> Comité de Derechos Humanos. CCPR/C/GC/36 Observación general núm. 36. Art. 6: derecho a la vida. 3 septiembre de 2019, párrafo 30.

<sup>38</sup> CCPR/C/127/D/2728/2016 Dictamen de 23 de septiembre de 2020 aprobado por el Comité de Derechos Humanos a tenor del art. 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2728/2016, párrafo 9.7.

b) En cuanto a la falta de acceso al agua potable por la contaminación de agua salada proveniente de la subida del nivel del mar, el Comité considera que Teitiota no consigue demostrar que el agua dulce sea “inaccesible, insuficiente o no apta para el consumo” de forma que previsiblemente pueda suponer un riesgo para su salud, le impida disfrutar de una vida digna o le ocasione una muerte prematura<sup>39</sup>.

c) Respecto a la privación de medios de subsistencia ocasionada por la destrucción de cultivos el Comité considera que Teitiota no ha demostrado encontrarse próximo a “una situación de indigencia (...) y precariedad extrema”. En este sentido, distingue entre la “imposibilidad” y la “dificultad” para cultivar y no descarta la existencia de otras posibilidades alternativas de empleo sobre las que el solicitante no informó<sup>40</sup>.

En verdad, si bien el Comité parece admitir que probablemente Kiribati llegará a ser inhabitable en un futuro como consecuencia de la subida del nivel del mar y también reconoce que es posible que antes de que el país llegue a quedar sumergido bajo el agua puedan volverse las condiciones de vida allí incompatibles con el derecho a una vida digna<sup>41</sup>, por otro lado, deja abierta la puerta a que la situación pueda mejorar durante los próximos 10-15 años mediante la intervención de Kiribati – asistida por la comunidad internacional– adoptando medidas de protección –y, en su caso, traslado– de sus habitantes<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> CCPR/C/127/D/2728/2016 Dictamen de 23 de septiembre de 2020 aprobado por el Comité de Derechos Humanos, párrafo 9.8.

<sup>40</sup> CCPR/C/127/D/2728/2016 Dictamen de 23 de septiembre de 2020 aprobado por el Comité de Derechos Humanos, párrafo 9.9.

<sup>41</sup> CCPR/C/127/D/2728/2016 Dictamen de 23 de septiembre de 2020 aprobado por el Comité de Derechos Humanos, párrafos 9.11 y 9.12.

<sup>42</sup> CCPR/C/127/D/2728/2016 Dictamen de 23 de septiembre de 2020 aprobado por el Comité de Derechos Humanos, párrafo 9.12.

Pese a todo lo anteriormente expuesto, conviene poner de manifiesto la falta de unanimidad en la decisión final adoptada por el Comité, tal y como ejemplifican los dos votos particulares disidentes emitidos por Duncan Laki MUHUMUZA y Vasilka SANCIN.

En este sentido, MUHUMUZA, ponderando todas las circunstancias imperantes en Kiribati entiende que ya se ha alcanzado el umbral de riesgo e incide en la considerable gravedad de las condiciones de vida descritas por Teitiota resultantes del cambio climático en su país, en particular, en la dificultad para acceder a agua dulce, sin que entienda necesario el llegar al punto de que la falta de agua dulce sea total como para considerar la existencia de un riesgo “real, personal y razonablemente previsible” de amenaza a su derecho a una vida digna. En la misma línea, considera suficientes los restantes hechos probados por Teitiota (las dificultades que entraña el cultivo de alimentos, los problemas de salud de su hijo) como para considerar la existencia de tal riesgo, por mucho que Kiribati esté adoptando todas las medidas de adaptación que están a su alcance frente al cambio climático.

En la misma dirección, SANCIN considera que Nueva Zelanda no evaluó suficiente y adecuadamente acceso de Teitiota y de su familia a “agua potable salubre”<sup>43</sup>, especialmente si tenemos en cuenta la falta de implementación en la práctica de las prioridades fijadas por políticas relativas a recursos hídricos y al saneamiento del agua en Kiribati.

### **2.3 Reflexiones sobre el Contenido del Dictamen del Comité de Derechos Humanos. Luces y Sombras**

La falta de unanimidad entre los miembros de Comité a la hora de adoptar la decisión final también se proyecta en las diferentes

---

<sup>43</sup> Vasilka SANCIN marca una distinción entre “agua potable” y “agua potable salubre”, considerando que no toda agua potable está libre de microorganismos peligrosos para la salud.

valoraciones sobre la misma emitidas en el ámbito de la doctrina, las ONG, y la opinión pública.

Así, por un lado, pese a su carácter desestimatorio, algunos sectores, como Amnistía Internacional<sup>44</sup>, consideran la decisión final del Comité un verdadero hito y avance en la defensa de los migrantes climáticos, resaltando la referencia que éste hace a la posibilidad de que, en caso de que no se adopten medidas enérgicas a todos los niveles, los impactos del cambio climático pueden exponer a las personas a una violación de los derechos Humanos –en particular, a su Derecho a la vida<sup>45</sup> y a no ser sometidos a *tratos crueles, inhumanos o degradantes*–, desencadenando las obligaciones de no devolución (o de *non-refoulement*) de los Estados<sup>46</sup>. En este sentido, aquellas voces más optimistas entienden que ello parece abrir la puerta a que en un futuro casos similares a los de Teitiota obtengan un resultado final diferente<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Información disponible en: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/01/un-landmark-case-for-people-displaced-by-climate-change/> (último acceso: 31.07.2021).

<sup>45</sup> Ya en su Observación General núm. 36 el Comité había resaltado precisamente que el Cambio Climático constituye una de las amenazas más graves a la capacidad de las generaciones presentes y futuras a disfrutar del derecho a la vida. Comité de Derechos Humanos. *Vid.* CCPR/C/GC/36 Observación general núm. 36. Art. 6: derecho a la vida. 3 septiembre de 2019, párrafo 62.

<sup>46</sup> CCPR/C/127/D/2728/2016 Dictamen de 23 de septiembre de 2020 aprobado por el Comité de Derechos Humanos, párrafo 9.11. El Principio de *non refoulement* o de no devolución es norma internacional consuetudinaria de *ius cogens*, que, en términos generales, consiste en la prohibición de extraditar, expulsar o trasladar a una persona a su país cuando ello suponga una violación de sus Derechos Humanos. Aparece recogido en numerosos textos internacionales, incluida la Convención de Ginebra de 1951 en relación a los “refugiados”, si bien, como ha señalado el Comité, el alcance de dicho Principio es más amplio cuando lo conectamos el art. 6 del Pacto, al aplicarse también, en este caso, a aquellas personas que no entran dentro de la noción de “refugiado”. *Vid.* Comité de Derechos Humanos. CCPR/C/GC/36 Observación general núm. 36. Art. 6: derecho a la vida. 3 septiembre de 2019, párrafo 31.

<sup>47</sup> Así parece desprenderse de la conexión del párrafo 9.11 con el 9.14, que menciona la responsabilidad que incumbe a los Estados Parte del Pacto -y, en particular Nueva Zelanda- de considerar en ulteriores casos de expulsión la situación de Kiribati y los datos actualizados en cada momento sobre los impactos del cambio climático y la subida del nivel del mar allí. En este sentido, *Vid., Inter Alia*, BEHLERT, B. A

Por otro lado, dentro de la doctrina algunos autores se muestran críticos ante la decisión del Comité, considerando que, en general, no aporta nada nuevo más allá de recalcar principios legales que ya están bien establecidos<sup>48</sup> y que, además, fija un umbral excesivamente estricto a la hora de valorar la existencia de un riesgo para la vida de los desplazados climáticos<sup>49</sup>.

### **2.3.1 Exigencia, con carácter general, de la existencia de un riesgo “personal”**

Entrando más al detalle en cuanto al fondo de la decisión del Comité, conviene comenzar por analizar la exigencia de que el riesgo para la vida que sufren estas personas sea, como norma general, “personal” (es decir, superior al del resto de habitantes de Kiribati, en el caso del Señor

---

Significant Opening. On the HRC’s groundbreaking first ruling in the case of a ‘climate refugee’, 2020. p. 4. Disponible en: <https://voelkerrechtsblog.org/a-significant-opening/> (último acceso: 27.07.2021).

<sup>48</sup> En este sentido, MCADAM entiende que la decisión del Comité no es una “revolución legal”, estando los principios legales subrayados ya bien establecidos. De conformidad con esta autora la parte más relevante de la misma es el reconocimiento expreso que hace el Comité de que los impactos del cambio climático por sí mismos podrían llegar a impedir la deportación de los migrantes climáticos. MCADAM. J. Current Developments-Protecting People Displaced By the Impacts of Climate Change: the UN Human Rights Committee and the Principle of Non-Refoulement **The American Journal of International Law**, v. 114, n. 4, 2020. p. 709-710.

<sup>49</sup> Así lo entienden diversos autores, como ATAPATTU, S. *et al.* Sobre el Desplazamiento por Cambio Climático y su Regulación en el Derecho Internacional. **Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo**, v. 3, n. 3, 2020, p. 124; MANEGGIA, A. Non-Refoulement of Climate Change Migrants: Individual Human Rights Protection or ‘Responsibility to Protect’? The Teitiota Case Before the Human Rights Committee **Diritti Umani e Diritto Internazionale** v. 14, n. 2, 2020, p. 635-643. DOI: 10.12829/97973; o MCADAM. J. Current Developments-Protecting People Displaced By the Impacts of Climate Change: the UN Human Rights Committee and the Principle of Non-Refoulement **The American Journal of International Law**, v. 114, n. 4, 2020. p. 714.

Teitiota). En relación a este punto, BEHRMAN y KENT<sup>50</sup> encuentran una analogía con el Derecho Internacional de los Refugiados, donde, la “persecución” también se requiere que vaya específicamente dirigida contra un grupo particular. Demostrar ambos dos extremos es complicado para los migrantes climáticos, dado que el cambio climático afecta a la colectividad en general, más que a grupos específicos, lo cual puede crear en la práctica una barrera difícil de franquear para estas personas a la hora de poder beneficiarse de la protección contemplada por el Derecho Internacional de los Refugiados y por el art. 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

### 2.3.2 La Excepción de los “casos más extremos”

En relación a la no consideración del supuesto de Teitiota y su familia dentro de los “casos más extremos”, entendemos, en la línea seguida por MCADAM<sup>51</sup> y SOMMARIO<sup>52</sup>, que hubiera sido más conveniente que el Comité hubiera considerado de forma conjunta y cumulativa todas las circunstancias alegadas como un todo en lugar de haberse guiado por una evaluación separada e individualizada de cada una de ellas.

En un sentido similar, BEHRMAN y KENT<sup>53</sup> opinan que este extremo también podía haberse interpretado de una forma menos

---

<sup>50</sup> BEHRMAN, S.; KENT, A. The Teitiota Case and the Limitations of the Human Rights Framework. **QIL**, Zoom-in v. 75,2020, p. 35.

<sup>51</sup> *While this very high threshold might have been appropriate had only one of the above elements been present, it is arguably too high when a range of rights are impacted. Instead, a cumulative assessment is more appropriate.* MCADAM, J. Current Developments-Protecting People Displaced By the Impacts of Climate Change: the UN Human Rights Committee and the Principle of Non-Refoulement **The American Journal of International Law**, v. 114, n. 4, 2020. p. 714.

<sup>52</sup> SOMMARIO, E. When Climate Change and Human Rights Meet: A brief Comment on the UN Human Rights Committee’s Teitiota Decision **QIL**, Zoom.in v. 77, 2021. p. 60.

<sup>53</sup> BEHRMAN, S.; KENT, A. The Teitiota Case and the Limitations of the Human Rights Framework. **QIL**, Zoom-in v. 75,2020, pp. 35-36.



estricta que se acomodase más a la gravedad del caso en su conjunto, tal y como demostraron los votos particulares de la decisión final.

En esta misma dirección, dada la falta de directrices concretas existentes para determinar cuándo se ha alcanzado el nivel de gravedad suficiente para entender que nos encontramos ante uno de los “casos más extremos” en los que se entiende vulnerado el Derecho a la vida en estos supuestos, MANEGGIA<sup>54</sup> considera que sería conveniente que una autoridad internacional relevante (como el propio Comité, la Asamblea General o ACNUR, tras consultar a un grupo de expertos, como podría ser el IPCC) fijase cuándo se ha alcanzado dicho umbral<sup>55</sup>.

Otra reflexión que nos surge en este punto a la luz de la decisión del Comité de considerar que la situación de Teitiota carece de la suficiente gravedad como para entender violado su derecho a la vida, es precisamente acerca de la necesidad de desarrollar y accionar mecanismos normativos que, de forma anticipada, protejan a estas personas antes de que el daño sea tan grave como para que sea considerado una vulneración de tal derecho<sup>56</sup>. Este extremo reviste particular importancia considerando el umbral tan alto de gravedad que parece seguir el Comité.

---

<sup>54</sup> MANEGGIA, A. Non-Refoulement of Climate Change Migrants: Individual Human Rights Protection or ‘Responsibility to Protect’? The Teitiota Case Before the Human Rights Committee **Dirititi Umani e Diritto Internazionale** v. 14, n. 2, 2020, p. 635-643. DOI: 10.12829/97973.

<sup>55</sup> Esta fijación del umbral de gravedad, como señala MCADAM convendría que consistiese en una serie de directrices o instrucciones que ayuden a determinar cuándo se ha alcanzado dicho punto, más que en el establecimiento de un plazo de tiempo específico, dado que cada caso particular es diferente y ha de ser considerado según sus propias circunstancias particulares. MCADAM. J. Current Developments-Protecting People Displaced By the Impacts of Climate Change: the UN Human Rights Committee and the Principle of Non-Refoulement **The American Journal of International Law**, v. 114, n. 4, 2020. p. 719.

<sup>56</sup> Así también lo ponen de manifiesto ATAPATTU, S. *et al.* Sobre el Desplazamiento por Cambio Climático y su Regulación en el Derecho Internacional. **Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo**, v. 3, n. 3, 2020. p. 122.

### 2.3.3 La valoración de la “Inminencia” del Riesgo

Como se puede observar<sup>57</sup>, el Comité -confirmando las decisiones de los Tribunales neozelandeses- entiende que Teitiota no corre un “riesgo *inminente* o probable de privación arbitraria de la vida al regresar a su país de origen”, señalando que en el plazo de 10-15 años Kiribati puede llegar retrasar (o incluso revertir) la situación. En este punto habría sido deseable que se hubiera tenido en consideración de cara a valorar el grado de *inminencia* del riesgo para la vida del solicitante, no solo la distancia temporal a la que posiblemente se materialicen los daños, sino también la probabilidad misma de que éstos se produzcan (la cual parece bastante elevada considerando las recientes estimaciones del IPCC<sup>58</sup>). En este sentido, AZEREDO LOPES<sup>59</sup>, basándose en la interpretación de la noción *inminencia* que en otros contextos realizó el Tribunal Internacional de Justicia<sup>60</sup>, entiende que la misma, más allá de implicar un carácter inmediato o de proximidad del riesgo, también habría de extenderse a aquellos casos en los que se demuestre que un peligro es *cierto e inevitable*, por muy alejado que esté el plazo en el que pueda llegar a concretarse (10-15

---

<sup>57</sup> Vid. CCPR/C/127/D/2728/2016 Dictamen de 23 de septiembre de 2020 aprobado por el Comité de Derechos Humanos, párrafo 9.6, en conexión con el párrafo 9.12.

<sup>58</sup> Que señalan que “es probable que algunas naciones insulares se tornen inhabitables debido a los cambios climáticos en el océano y la criosfera”. IPCC. **Resumen para responsables de políticas** en: Informe especial sobre los océanos y la criosfera en un clima cambiante, 2019, p. 25, párrafo B.9.2. Disponible en: [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/3/2020/07/SROCC\\_SPM\\_es.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/3/2020/07/SROCC_SPM_es.pdf) (último acceso: 30.07.2021).

<sup>59</sup> AZEREDO LOPES, J. A. Alterações Climáticas, iminência e proteção de direitos humanos: algumas notas a propósito do caso Teitiota c. Nova Zelândia **Rev. Direito Econ. Socioambiental**, Curitiba, v. 11, n. 1, 2020. p. 19 y 22.

<sup>60</sup> Caso Gabcíkovo-Nagymaros (Hungría Contra Eslovaquia) fallo de 25 de septiembre de 1997, p. 41.

años, o incluso más). En una dirección similar, MCADAM<sup>61</sup> considera que aquí sería más conveniente otorgar un mayor peso a la probabilidad de que se produzca el daño como consecuencia de la expulsión de Teitiota a su país de origen que a la cercanía del riesgo en el tiempo<sup>62</sup>.

### 2.3.4 Cuestiones que quedan abiertas

Habría sido interesante, como ponen de manifiesto algunos autores<sup>63</sup>, que Teitiota hubiera extendido su reclamación al resto de su familia y, en particular, a sus hijos, considerando que todos ellos habían nacido en Nueva Zelanda y que nunca habían vivido en Kiribati, lo que podría aumentar su vulnerabilidad particular a las condiciones de vida imperantes allí. En este sentido, podría haber presentado una petición ante el Comité de Derechos del Niño sobre la base de la Convención de los Derechos del Niño, dentro de cuyo ámbito podría esperarse una obligación de *non-refoulement* para los Estados más amplia que las que de forma genérica podría derivarse de la vulneración del derecho a la vida contenido en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aumentando, por tanto, las posibilidades de que sus hijos no fueran expulsados a Kiribati<sup>64</sup>. De hecho, en otro caso similar, sustanciado ante los Tribunales neozelandeses por una familia de

---

<sup>61</sup> MCADAM, J. Current Developments-Protecting People Displaced By the Impacts of Climate Change: the UN Human Rights Committee and the Principle of Non-Refoulement **The American Journal of International Law**, v. 114, n. 4, 2020, p. 720.

<sup>62</sup> Y es que, como señala esta autora, las personas que se encuentran en riesgo no deberían esperar hasta que sus vidas se vean inminentemente amenazadas, sino que deberían recibir protección de forma temprana *Ibidem*

<sup>63</sup> *Inter alia*, Non-Refoulement of Climate Change Migrants: Individual Human Rights Protection or ‘Responsibility to Protect’?; MCADAM, J. Current Developments-Protecting People Displaced By the Impacts of Climate Change: the UN Human Rights Committee and the Principle of Non-Refoulement **The American Journal of International Law**, v. 114, n. 4, 2020, p. 716-717.

<sup>64</sup> SOMMARIO, E. When Climate Change and Human Rights Meet: A brief Comment on the UN Human Rights Committee’s Teitiota Decision **QIL**, Zoom.in v. 77, 2021, p. 62-63.

desplazados climáticos originaria de Tuvalu, se tuvo en consideración en la decisión final el interés superior de los menores, de conformidad con el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño<sup>65</sup>.

Otra cuestión relevante habría sido que en su petición Teitiota hubiera alegado asimismo vulneración del art. 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, lo cual hubiera permitido al Comité analizar de forma detallada la cuestión de si el retorno de un migrante climático a su país de origen puede suponer un trato inhumano o degradante, activándose, en tal caso, el principio de *non-refoulement*<sup>66</sup>, cuestión ésta en la que, no obstante, de forma breve, en conexión con el Derecho a la Vida, se refiere el Comité en el párrafo 9.11 de su Dictamen.

## Conclusiones finales

Abogamos por la necesidad de implementar nuevos mecanismos normativos que protejan de forma específica a los migrantes climáticos, dado que, con el régimen actualmente aplicable, éstos individuos se encuentran con la problemática de tener que demostrar bien que tienen un temor fundado de sufrir una persecución por motivos discriminatorios (como se requiere para que puedan beneficiarse del estatuto de “Refugiados”), bien que pueden sufrir un riesgo “personal” para su vida en caso de ser expulsados a su país de origen (como se exige para considerar violado, como regla general, el art. 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos). Aspectos éstos difíciles de superar,

---

<sup>65</sup> En este sentido el Tribunal consideró que el mejor interés de los menores consistía en continuar viviendo con sus padres en Nueva Zelanda dada su temprana edad, que les hacía más vulnerables a los impactos derivados del cambio climático en Tuvalu, así como a su integración y los lazos familiares existentes en el país de destino *Vid.* Immigration and Protection tribunal New Zealand [2014] NZIPT 501370-371, párrafos 23 y 25.

<sup>66</sup> MCADAM. J. Current Developments-Protecting People Displaced By the Impacts of Climate Change: the UN Human Rights Committee and the Principle of Non-Refoulement **The American Journal of International Law**, v. 114, n. 4, 2020, p. 716.

considerando que los efectos del Cambio Climático, con carácter general, afectan globalmente de forma generalizada a todas las personas (si bien, no a todas en la misma medida).

Asimismo, la importancia de desarrollar un régimen concreto que proteja a los desplazados climáticos también radica en el hecho de que es preciso proporcionar a estas personas soluciones anticipadas. Y es que puede ser que cuando finalmente se alcance el (elevado) umbral de gravedad exigido por el Comité para para considerar que con la expulsión de estas personas se estaría vulnerando su derecho a la vida sea ya demasiado tarde.

Este nuevo marco legal podría tomar como referencia los interesantes desarrollos realizados por la Universidad de Limoges<sup>67</sup>, cuya propuesta de texto articulado con forma de tratado internacional se basa principalmente en el reconocimiento de un sistema de derechos específicos –que constituyen una proyección concreta de los Derechos Humanos– para estos individuos. Si bien, en último término, la aprobación de un convenio internacional multilateral *ad hoc* dependerá de la voluntad política de los Estados.

Es por ello que, entre tanto, tampoco se deben desterrar otras posibilidades complementarias a la anterior, como la elaboración de Convenios o acuerdos bilaterales o regionales, generalmente, de negociación *-a priori-* más fácil, al contar con un menor número de Estados parte, y con la ventaja añadida de que podrían adaptarse fácilmente a las necesidades y características específicas de los habitantes de países pertenecientes una región concreta, que generalmente comparten culturas similares<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> PRIEUR, M. *et al.* Draft convention on the international status of environmentally displaced persons. **Revue Européenne de Droit de l'Environnement**, n° 4, 2008. projet de convention relative au statut international des déplacés environnementaux. p. 395-406. Doi: 10.3406/reden.2008.2058.

<sup>68</sup> Es cierto que existen ya ciertos tipos acuerdos en el ámbito de los pequeños estados insulares del pacífico que, si bien no van dirigidos específicamente a los migrantes climáticos, pueden beneficiar indirectamente a un pequeño número de éstos. En este

Mientras tanto, no podemos perder de vista la adopción de otras alternativas, como la elaboración de mecanismos de *soft law* o de buenas prácticas – en línea con las recogidas en la Agenda Nansen<sup>69</sup>– con miras a la posibilidad de que ulteriormente consigan cristalizar en un tratado vinculante.

Por último, mientras no se apruebe un texto internacional que establezca medidas concretas de cumplimiento obligatorio, la configuración en sede judicial o cuasi-judicial de interpretaciones más flexibles y menos rígidas de los instrumentos normativos actualmente aplicables, adaptadas a la realidad de los migrantes climáticos, también puede servir de ayuda para brindar una protección efectiva a estas personas. En este sentido, siguiendo la propuesta de MCADAM<sup>70</sup>, podrían considerarse de forma cumulativa (y no de forma separada e individualizada) las diferentes circunstancias imperantes en el país de origen de los desplazados como consecuencia del cambio climático a la hora de valorar si se ha alcanzado el umbral de gravedad suficiente como para entender que la expulsión de estas personas desde el país receptor estaría vulnerando su Derecho a la vida.

---

sentido, Nueva Zelanda posee desde el año 2002 un sistema de migración planificada, denominado *Pacific Access Category*, del que pueden participar algunos habitantes de pequeños Estados Insulares del Pacífico (como Kiribati, Tuvalu, Fiji y Tonga), permitiéndoles la obtención de la residencia permanente en el territorio neozelandés. Si bien, se trata de un mecanismo restringido a una cuota de entrada anual (de número variable según el país del que provengan los ciudadanos), así como al cumplimiento de ciertos requisitos de edad, estado de salud, conocimiento de idioma y empleabilidad. Conviene mencionar que recientemente el Gobierno de Nueva Zelanda ha anunciado que está estudiando la posibilidad de implantar un futuro visado humanitario especial.

<sup>69</sup> The Nansen Initiative (2015). **Agenda for the Protection of Cross-Border Displaced Persons in the Context of Disasters and Climate Change**. Disponible en: <https://disasterdisplacement.org/> (último acceso: 30.07.2021).

<sup>70</sup> MCADAM. J. Current Developments-Protecting People Displaced By the Impacts of Climate Change: the UN Human Rights Committee and the Principle of Non-Refoulement **The American Journal of International Law**, v. 114, n. 4, 2020, p. 714.

## Referencias

ABEL, G., BROTTTRAGER, M., CRESPO CUARESMA, J., MUTTARAK, R. Climate, conflict and forced migration **Global Environmental Change**, v. 54, p. 239-249, 2019.

AMADO GOMES, C. Migrantes climáticos – Para além da Terra Prometida, **Congresso de Direitos Humanos**, 20 a 22 de Novembro de 2013, 2014, p. 1/17. Disponible en: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/palmas.pdf> (último acceso: 02.06.2021).

AZEREDO LOPES, J. A. Alterações Climáticas, iminência e proteção de direitos humanos: algumas notas a propósito do caso Teitiota c. Nova Zelândia **Rev. Direito Econ. Socioambiental**, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 3-38, 2020.

ATAPATTU, S., FELIPE PÉREZ, B., ODRIOZOLA, I., Y SCOTT, M. Sobre el Desplazamiento por Cambio Climático y su Regulación en el Derecho Internacional. **Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo**, v. 3, n. 3, p. 121-126, 2020.

BEHLERT, B. A Significant Opening. On the HRC's groundbreaking first ruling in the case of a 'climate refugee', 2020. Disponible en: <https://voelkerrechtsblog.org/a-significant-opening/> (último acceso: 27.07.2021).

BEHRMAN, S.; KENT, A. The Teitiota Case and the Limitations of the Human Rights Framework. **QIL Zoom-in**, v. 75, p. 25-39, 2020.

BORRÀS PENTINAT, S. Refugiados Ambientales. El Nuevo Desafío del Derecho Internacional del Medio Ambiente. **Revista de Derecho**. V. 19, n. 2, p. 85-108, 2006.

CULLEN, M. Disaster, Displacement and International Law: Legal Protections in the Context of a Changing Climate. **Politics and Governance**, v. 8, n. 4, p. 270-280, 2020.

FELIPE PÉREZ, B., IGLESIAS MÁRQUEZ, D., VILLAVICENCIO CALZADILLA, P. Migraciones Climáticas: el Papel de los Derechos Humanos para Superar el Persistente Vacío Jurídico **Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**, v. 30, n. 1, p. 15-46, 2019.

GALVÃO TELES, P. Direitos Humanos e Alterações Climáticas. **Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional**, v. 24, p. 93-132, 2020.

HANDAYANI, I.; FAUZIAH, A. Environmental-Induced Displacement: Potential Protection Under International Law. **Yustisia** v. 9, n. 2, p. 168-183, 2020.

IBARRA SARLAT, R. Indeterminación del Estatus Jurídico del Migrante por Cambio Climático **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. 20, p. 135-167, 2020.

IPCC. **Resumen para responsables de políticas** en: Informe especial sobre los océanos y la criosfera en un clima cambiante, 2019, p. 25, párrafo B.9.2. Disponible en: [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/3/2020/07/SROCC\\_SPM\\_es.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/3/2020/07/SROCC_SPM_es.pdf) (último acceso: 30.07.2021).

KENT, A.; BEHRMAN, S. **Climate-Induced Migration: Will Tribunals Save the Day?** 2020, p. 1-10. Disponible en: [https://ueaeprints.uea.ac.uk/id/eprint/76706/1/Accepted\\_Manuscript.pdf](https://ueaeprints.uea.ac.uk/id/eprint/76706/1/Accepted_Manuscript.pdf) (último acceso: 27.07.2021).



LOPES DE FREITAS, Nikaelly; FRANÇA, Marcos de Sousa; SILVA, Rainier Gomes Pereira de. Os povos indígenas da Amazônia Legal enquanto deslocados ambientais por ocasião dos abalos ao meio ambiente. *In*: MIRANDA, Jorge; AMADO GOMES, Carla; GODINHO, André (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**, v. 18, 2021. p. 341-376. Brasília – DF.

LÓPEZ RAMÓN, F. Los Derechos de los Emigrantes Ecológicos. **Cuadernos Manuel Jiménez Abad**, p. 6-18, 2017.

MANEGGIA, A. Non-Refoulement of Climate Change Migrants: Individual Human Rights Protection or ‘Responsibility to Protect’? The Teitiota Case Before the Human Rights Committee **Diritti Umani e Diritto Internazionale** v. 14, n. 2, p. 635-643, 2020. DOI: 10.12829/97973.

MARTÍN PASCUAL, E. Migraciones Causadas por la Subida del Nivel del Mar: un Reto para el Derecho Internacional **Revista Catalana de Dret Ambiental** v. 9, n. 2, p. 1-32, 2018.

MCADAM, J. **El Desplazamiento Provocado por el Cambio Climático y el Derecho Internacional**. Evento paralelo al Diálogo del Alto Comisionado sobre los desafíos en materia de protección 8 de diciembre de 2010, Palacio de las Naciones, 2010. p. 1-8. Disponible en: <https://www.acnur.org/5d5476434.pdf> (último acceso 02.06.2021).

MCADAM, J. Current Developments-Protecting People Displaced By the Impacts of Climate Change: the UN Human Rights Committee and the Principle of Non-Refoulement **The American Journal of International Law**, v. 114, n. 4, p. 708-725, 2020.

PIRRI, S. Climate Change-Induced Displacement: can Refugee Law be an Answer? **Transnational Law Institute**, p. 1-14, 2020.

PRIEUR M. *et al.* Draft convention on the international status of environmentally displaced persons (Projet de convention relative au statut international des déplacés environnementaux). **Revue Européenne de Droit de l'Environnement**, n. 4, p. 395-406, 2008. DOI: 10.3406/reden.2008.2058.

SALVADOR GIMENO, Santiago. La interpretación del concepto de “refugiado” en los litigios derivados de las migraciones climática. **Medio Ambiente & Derecho**: Revista electrónica de derecho ambiental, n. 36, 2020.

SOLÁ PARDEL, O. Desplazados Medioambientales y Derechos Humanos. **Cuadernos de Deusto de Derechos Humanos**, Bilbao, nº 66, 2012.

SOLANES CORELLA, A. Desplazados y Refugiados Climáticos”. La Necesidad de Protección por Causas Medioambientales. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, v. 55, p. 433-460, 2021.

SOMMARIO, E. When Climate Change and Human Rights Meet: A brief Comment on the UN Human Rights Committee’s Teitiota Decision **QIL Zoom.in**, v. 77, p. 51-65, 2021.

# A natureza jurídica do Vaticano e a Filosofia Libertária: uma análise dos elementos constitutivos de Estado e uma visão jusnaturalista

*The Legal Status of The Vatican and The Libertarian Philosophy: analysis of the constitutive elements of State and a jusnaturalist approach*

Bruno Romero Carvalho Lima\*

**Resumo:** O presente trabalho tem como escopo expor a divergência doutrinária referente a natureza estatal do Vaticano e, conseqüentemente, dos entendimentos variados acerca do parâmetro utilizado para estas conclusões, qual seja, da definição de Estado na modernidade, através de uma contextualização histórica da formação do Vaticano e da presença dos elementos constitutivos de Estado nesta organização. Ademais, busca-se apresentar uma visão jusnaturalista por meio da denominada filosofia libertária como uma maneira de se chegar a uma compreensão mais precisa da natureza desta personalidade, deixando de lado o interminável debate positivista ao se demonstrar a validade lógica da utilização de proposições sintéticas *a priori* normativas ao estudo político-jurídico dos Estados, elevando as premissas ao status de axiomas.

**Palavras-chave:** Vaticano. Santa Sé. Jusnaturalismo. Filosofia Libertária. Teoria Geral do Estado.

**Abstract:** The present work aims to expose the doctrinal divergence regarding the legal status of the Vatican City and, consequently, of the varied understandings about the parameter used for these conclusions, that is, the modern definition of State, through a historical contextualization of the creation of the Vatican City and the presence of the constitutive elements of the State in this organization. Furthermore, it seeks to present a jusnaturalist

---

\* Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

view through the so-called libertarian philosophy as a way to arrive at a more precise understanding of the nature of this personality, leaving aside the endless positivist debate when demonstrating the logical validity of the use of normative *a priori* synthetic propositions to the political-legal study of States, elevating the premises to the status of axioms.

**Keywords:** Vatican. Holy See. Jusnaturalism. Libertarian Philosophy. State.

## Introdução

A cidade do Vaticano, também conhecida como Estado do Vaticano, tem sido objeto de um amplo e extenso debate político-jurídico, desde o surgimento do Tratado que lhe deu “vida”, qual seja, o Tratado de Latrão<sup>1</sup>, assinado em 1929, entre o Reino da Itália e a Santa Sé. A referida discussão estende-se desde de sua ímpar forma de governo até a sua própria natureza legal.

As peculiaridades de sua organização e formação são inúmeras e suas características são únicas quando comparadas a realidade dos demais Estados modernos, levando a doutrina majoritária a usar frequentemente um termo para classificar essa sociedade: Um Estado *sui generis*, que significa: singular, peculiar, original, basicamente “sem semelhança com outro”. A expressão utilizada parece ser bastante precisa, diante da peculiaridade do caso, mas a sua ligação ao termo *Estado* aparenta resultar de uma conclusão limitada a respeito da definição da organização do Vaticano, soando como uma mera escolha residual e não muito específica.

Ao tempo do surgimento do Vaticano, a comunidade internacional era dominada por um pensamento puramente positivista,

---

<sup>1</sup> VATICANO. *Trattato fra la Santa Sede e L'Italia*. 11 feb. 1929. Disponível em: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/archivio/documents/rc\\_seg-st\\_19290211\\_patti-lateranensi\\_it.html#CONCORDATO\\_FRA\\_LA\\_S](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19290211_patti-lateranensi_it.html#CONCORDATO_FRA_LA_S). Acesso em: 31 jan. 2021.

compreendendo que uma organização só seria verdadeiramente independente (soberana) quando Estado, sendo que este seria aquela personalidade dotada de três elementos: Território, Povo e Soberania. A Santa Sé, em seu interesse de exercer livremente suas atividades (como será demonstrado adiante) não viu alternativa senão tentar enquadrar, ao máximo, sua nova organização como estatal, a fim de atender o reconhecimento internacional e, conseqüentemente, dar continuidade a persecução dos seus objetivos humanitários de forma independente.

Não é difícil verificar a presença dos elementos constitutivos no Vaticano, ainda que em pequenas proporções. Porém, não é uma análise fria e formal de seus elementos que geram dúvidas, mas sim uma avaliação específica de como estes elementos constitutivos, sobretudo a soberania, formaram-se ao longo dos anos, como estão postos atualmente em comparação com demais Estados modernos e como demais elementos, principalmente a finalidade e a coerção, tem influência nas conclusões para enquadramento de uma organização como Estado.

O que se observa é que a tarefa de se alcançar uma conclusão acerca da natureza estatal do Vaticano é árdua, justamente por que o parâmetro frequentemente utilizado, a conceituação do Estado, é em si controversa, havendo inúmeras interpretações e acepções. Assim, isso se mostra a raiz de toda a questão, sendo prioritária a sua solução.

Assim, tem-se a importância em definir o quanto os demais elementos constitutivos e o estudo destes dentro da formação e funcionamento do Vaticano como organização estatal ou não. Desse modo, as considerações finais referentes à mencionada influência destes elementos não somente poderão trazer uma nova visão a esta discussão, de relevância para a docência na Ciência Política, como também resultará em novos questionamentos, sobretudo no que se refere à propriedade privada dentro da realidade da questão do Vaticano. Isso por que há quem conclua, como Carlo Lottieri, que o Vaticano enquadra-se como uma sociedade livre e voluntária, sem a presença de um Estado, como se sua soberania fosse representada pelo

próprio Princípio de Propriedade Privada e obtida através do acordo de vontades no denominado Tratado de Latrão<sup>2</sup>.

Frente esta visão, não há como deixar de realizar um comparativo com a Filosofia Libertária, sobretudo no que diz respeito aos corolários da propriedade privada, em especial o Voluntarismo, característica patente na afiliação de um indivíduo à Igreja Católica e, conseqüentemente, ao Estado do Vaticano (cidadania).

Assim, verifica-se que a pesquisa se insere no estudo da ciência política e filosofia do direito, onde se pretende explorar a temática dos elementos constitutivos de Estado dentro da análise do Estado do Vaticano, sob a ótica da Filosofia Libertária, e suas eventuais conseqüências ao estudo da Ciência Política e da Filosofia do Direito.

Neste sentido, adota-se um procedimento de pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa de fins exploratórios e descritivos.

## 1 A “questão romana” e a criação da Cidade do Vaticano

Até o século XIX, mais precisamente o ano de 1870, tínhamos a figura dos “Estados Pontifícios”, também conhecidos como Estados papais, que nada mais eram do que um aglomerado de territórios no centro da península itálica mantendo-se como estados independentes, nos quais o Papa exercia sua governança soberana. Neste sentido, tem-se que até a referida data, o Papa exercia, concomitantemente, dois poderes: o “espiritual” e o temporal, aquele na qualidade de chefe da Igreja Católica, e este na forma de chefe dos “Estados Pontifícios”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> LOTTIERI, Carlo. **Vatican City as a free society: legal order and political theology**. Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 2005. Disponível em: <https://mises.org/files/vatican-city-free-society-legal-order-and-political-theology-pdf>. Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>3</sup> SOUZA, Salmo Caetano de. A Santa Sé e o Estado da Cidade do Vaticano: distinção e complementaridade. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de

Assim, detendo sua soberania temporal, o Papa atuava como qualquer outro Chefe de Estado, sendo o bastante para que não houvessem dúvidas no que tange ao status internacional dos Estados Papais e nem da jurisdição eclesiástica da Igreja, a Santa Sé. É de se destacar que a posição de chefe dos Estados Pontifícios propiciava ao Papa o pleno e independente exercício dos meios necessários para almejar a “missão humanitária” da Igreja, como se um acessório deste fosse<sup>4</sup>. Argumenta-se até que o chamado “poder espiritual” estivesse, para a Igreja, ainda acima do poder temporal, diante da sua “extraterritorialidade”, ou seja, era a influência que iria além dos limites geográficos dos territórios Pontifícios, atingindo nível global e mostrando-se como a real razão de ser do Papado<sup>5</sup>. Portanto, temos que, durante este período, o poder do Papa e a atuação internacional da Santa Sé e Estados Papais não eram objetos de longas discussões e divergências jurídicas e políticas.

Entretanto, isto viria a mudar completamente em 1870, quando da tomada forçada e violenta dos territórios Papais, sobretudo Roma, centro da atuação da Igreja, consequenciando o sumiço do Estado católico, por Vitorio Emanuele I. A partir de então, passaria a ser negada a personalidade jurídica internacional do Papa, o que muitos consideravam mero reflexo direto da qualidade de Chefe de Estado<sup>6</sup>.

---

São Paulo, v. 100, 2005. p. 300. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67675>. Acesso em: 31 jan. 2021.

<sup>4</sup> SOUZA, Salmo Caetano de. A Santa Sé e o Estado da Cidade do Vaticano: distinção e complementaridade. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 100, 2005. p. 300. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67675>. Acesso em: 31 jan. 2021.

<sup>5</sup> SOUZA, Salmo Caetano de. A Santa Sé e o Estado da Cidade do Vaticano: distinção e complementaridade. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 100, 2005. p. 300. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67675>. Acesso em: 31 jan. 2021.

<sup>6</sup> SOUZA, Salmo Caetano de. A Santa Sé e o Estado da Cidade do Vaticano: distinção e complementaridade. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 100, 2005. p. 300. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67675>. Acesso em: 31 jan. 2021.

A situação, obviamente, não foi simplesmente conformada por parte do líder da Igreja, que após ocupação Italiana em seu território, refugiou-se nos palácios do Vaticano, recusando expressamente o reconhecimento da unificação da Itália. Este posicionamento foi reforçado pelo Papa nos anos seguintes, sobretudo através de recomendações a católicos italianos que não participassem dos processos eleitorais da Itália, entendendo que o juramento de parlamentares católicos seriam uma espécie de aprovação à espoliação dos territórios da Santa Sé. A referida ação ficou conhecida como “*non expedit*” em 1874<sup>7</sup>.

O que se vê então é que a agressão por parte do Reino da Itália a Santa Sé e a recusa do Papa em reconhecer a legitimidade do Reino da Itália sob aqueles territórios trazia um ar de incertezas e colocava ambas as personalidades em lados opostos e conflitantes, ou seja, uma verdadeira disputa entre os dois. Este impasse veio a ser chamado de “questão romana”.

Sendo assim, durante este período a comunidade internacional foi relutante em permanecer atribuindo o caráter estatal a esta organização, porquanto haveria abstinência do elemento constitutivo território, entendendo conseqüentemente que o Papa não mais estaria na condição de chefe de Estado, apesar de ainda encarregado do cargo máximo da igreja católica. Via-se que a atuação internacional na comunidade deveria ser adstrita aos Estados<sup>8</sup>. Independentemente desta posição, a Igreja Católica permaneceu como instituição influente em todo o globo, perpetuando suas atividades em busca dos objetivos humanitários.

---

<sup>7</sup> VATICANO. **Lettera Del Santo Padre Leone XIII Al Cardinale Lucido Maria Parocchi**. 14 maggio 1895. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 1895. p. 1-2. Disponível em: [https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/it/letters/documents/hf\\_1-xiii\\_let\\_18950514\\_quale-debba.html](https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/it/letters/documents/hf_1-xiii_let_18950514_quale-debba.html). Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>8</sup> COLLIER, Chloé Israel. **Le Statut du Saint-Siège/Vatican au regard de ses immunités**. Master en droit. Faculté de droit et criminology, Université catholique de Louvain, Prom: Dopagne, Frédéric, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:14039>. Acesso em: 31 jan. 2021.



Em uma tentativa de amenizar o clima, o Reino da Itália argumentou a conveniência de regularizar sua atuação frente a Santa Sé, propondo assegurar a esta através de legislação a máxima liberdade de atuação possível. Neste prisma, surgiu a denominada *Legge delle garantigie* (Lei de Garantias), na qual o Estado Italiano concedia determinados privilégios ao Papa e a Santa Sé.

Apesar de a referida legislação possibilitar melhor desempenho das atividades da Igreja, o Papa adotou um posicionamento contrário a esta lei, recusando seu reconhecimento, entendendo que a aceitação desta legislação unilateralmente imposta seria reconhecer cidadania italiana e, conseqüentemente, expressar que estaria a mercê da Itália. Assim, fica evidente que a Igreja buscava uma independência plena, evitando sujeitar-se, de qualquer forma, a um normativo unilateralmente imposto.

A “Questão Romana” perdurou por mais de 50 anos, até que em 1929 sobreveio um acordo de vontades, celebrado entre o Estado da Itália e a Santa Sé, denominado Tratado de Latrão, marcando a criação do “Estado da Cidade do Vaticano”. O referido acordo compreendia não somente um tratado, mas também a concordata e um acordo financeiro, no qual o Estado Italiano pagaria em favor da Igreja uma quantia a título indenizatório pelos danos patrimoniais sofridos. Porém, o ponto crucial da avença celebrada seria justamente o reconhecimento de um território próprio e, sobretudo, soberano da Santa Sé, na qual esta poderia exercer jurisdição independente de qualquer outro Estado. Foi somente nestes termos que as personalidades puderam alcançar estabilidade e dar um fim a “Questão Romana”<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Premesso: “[...] consenta Allá Santa Sede stessa di riconoscere composta in modo definitivo ed irrevocabile la « questione romana », sorta nel 1870 con l’annessione di Roma al Regno d’Italia sotto la dinastia di Casa Savoia”. VATICANO. **Trattato fra la Santa Sede e L’Italia**. 11 feb. 1929. Disponível em: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/archivio/documents/rc\\_seg-st\\_19290211\\_patti-lateranensi\\_it.html#CONCORDATO\\_FRA\\_LA\\_S...](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19290211_patti-lateranensi_it.html#CONCORDATO_FRA_LA_S...) Acesso em: 31 jan. 2021.

## 1.1 A Doutrina Jurídica e o Estado Católico

Concluído o referido Tratado, fica claro que a “Questão Romana” estava encerrada. Porém, no campo jurídico, abriu-se a discussão acerca da determinação deste novo ente (Vaticano) como espécie de continuidade dos Estados Pontifícios, e, conseqüentemente, até mesmo da qualificação deste como um Estado de fato, na acepção moderna da palavra. Veremos que a interrupção da personalidade internacional do Papa após 1870, a relação deste novo ente frente a outra organização não-estatal (Santa Sé), a cidadania, o território e até mesmo o posicionamento da Igreja durante o final do século XIX e início do século XX frente o reino da Itália, são somente alguns dos vários pontos que tornam a matéria, no mínimo, peculiar diante da realidade da comunidade internacional. E assim a doutrina jurídica-política se diverge em suas conclusões.

O autor Carlo Lottieri, por exemplo, entende que é evidente que a criação desta entidade, além do grande lapso temporal de interrupção entre 1870 e 1929, nos obriga a considerar o Vaticano uma realidade completamente peculiar, vejamos:

*Vatican City has been often considered the direct prosecution of the Papal State. In fact, it seems evident that the specific ways of the constitution of this new entity – besides the long interruption (since 1870 to 1929) of the Church's secular power – oblige to consider Vatican City as a reality entirely different, autonomous and distinct, provided with elements completely peculiar and characteristic<sup>10</sup>.*

---

<sup>10</sup> LOTTIERI, Carlo. **Vatican City as a free society**: legal order and political theology. Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 2005. p. 3. Disponível em: <https://mises.org/files/vatican-city-free-society-legal-order-and-political-theology-pdf>. Acesso em: 07 jun. 2020.

De fato, é comum ver a expressão “sui generis” atribuída ao Vaticano, o que surge como resultado de suas características ímpares, abrindo uma porta para questionar seu status legal. Afinal, se não é um Estado como qualquer outro, o que nos faria considerá-lo, em primeiro lugar, uma organização estatal em si? Este viés questionador parece ser a posição inicial suscitada pelo autor, e corroborará com suas considerações finais como se verá.

Antes ainda, cumpre expor em como se procede o entendimento da doutrina que considera o Vaticano um Estado. Aqueles que assim o caracterizam, o fazem em observância simples ao critério de três requisitos da Convenção de Montevideu: Território, Povo e Governo<sup>11</sup>. Cedric Ryngaert, por exemplo, entende que a simples verificação destes requisitos são suficientes à caracterização do Vaticano como um Estado, já que “*the Vatican has a fixed territory (however small it may be) with fixed boundaries, a small population of clerics (that may however not have the capacity for self-perpetuation), and a government*”<sup>12</sup>.

Nota-se em como o autor faz constar que chegara a sua conclusão cruzando um solo duvidoso, sobretudo quanto ao elemento povo, atrelando-o a função exercida na organização, característica, no mínimo, peculiar, além de questionar a capacidade de perpetuação. E, por mais que não se esmiúce em como estes critérios estão representados na realidade do Vaticano, o autor busca reforçar seu entendimento ao apontar que, quanto à atuação internacional, a Santa Sé apresenta uma atividade mais ligada à direitos humanos, paz e religião, enquanto o Vaticano trataria de matéria técnicas, ligadas a

---

<sup>11</sup> RYNGAERT, Cedric. The legal status of the Holy See. **Goettingen Journal of International Law**, v. 3, n. 3, 2011. p. 833. Disponível em: [https://www.gojil.eu/issues/33/33\\_article\\_ryngaert.pdf](https://www.gojil.eu/issues/33/33_article_ryngaert.pdf). Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>12</sup> RYNGAERT, Cedric. The legal status of the Holy See. **Goettingen Journal of International Law**, v. 3, n. 3, 2011. p. 834. Disponível em: [https://www.gojil.eu/issues/33/33\\_article\\_ryngaert.pdf](https://www.gojil.eu/issues/33/33_article_ryngaert.pdf). Acesso em: 07 jun. 2020.

política estatal em si, como a participação na União Internacional de Telecomunicações, na organização internacional de propriedade intelectual e união universal postal. Entretanto, é de apontar que algumas dessas organizações, como a União Internacional de Telecomunicações, também têm em seu quadro de membros personalidades que não são Estados.

O que se vê é que as premissas para tal entendimento parecem ser rasas, e, por mais que o tomemos como verdade, entendendo ser o Vaticano uma espécie de retorno de um Estado para a Igreja Católica, como explicar quando o próprio autor faz constar que a criação do Vaticano se deu apenas para providenciar uma base territorial para a Santa Sé atuar de forma independente<sup>13</sup>? Isso somente faz ressaltar um caráter instrumental daquele, o que se observa como incompatível com o ideal de Soberania Estatal. Cabe-nos aqui, ainda, tecer a importância de se evitar uma confusão semântica quanto ao Elemento Constitutivo “governo”, pelo que se entende tratar-se de “governo soberano” e/ou “governo coercitivo”, e não a simples ideia geral de organização e gerência normativa, por que se assim o fosse, colocaríamos Estados e organizações privadas em mesmo patamar classificatório. Neste sentido, compreende-se “governo”, aqui tratado, como soberania, poder de império.

Ryngaert ainda faz destacar que a “Assembleia Geral da ONU não caracteriza a Santa Sé como um agente não-estatal, mas sim como um Estado observador”<sup>14</sup>. Isso só faz perpetuar a confusão entre o status dessas organizações, uma vez que a Santa Sé agora parece ser tida como a entidade estatal.

---

<sup>13</sup> RYNGAERT, Cedric. The legal status of the Holy See. **Goettingen Journal of International Law**, v. 3, n. 3, 2011. p. 833. Disponível em: [https://www.gojil.eu/issues/33/33\\_article\\_ryngaert.pdf](https://www.gojil.eu/issues/33/33_article_ryngaert.pdf). Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>14</sup> Tradução livre. RYNGAERT, Cedric. The legal status of the Holy See. **Goettingen Journal of International Law**, v. 3, n. 3, 2011. p. 842. Disponível em: [https://www.gojil.eu/issues/33/33\\_article\\_ryngaert.pdf](https://www.gojil.eu/issues/33/33_article_ryngaert.pdf). Acesso em: 07 jun. 2020.

Em outra abordagem, o autor Josef L. Kunz, nos ressalta que a constituição do Vaticano “não é autônoma, mas derivada da Santa Sé. É um Estado súdito da Santa Sé”<sup>15</sup>. É estranho notar que, em que pese o autor considerá-lo Estado, aponta que não detém soberania e que exerce atividades totalmente diferentes de outros Estados, e que seu entendimento seria reforçado, assim como em Ryngaert, pela participação em organização internacional, como a *Universal Postal Union*.

Ora, seria então a mera perspectiva da comunidade internacional o parâmetro caracterizador da natureza do Vaticano? Isso não supriria nem mesmo a questão anteriormente suscitada de que entidades privadas também participam de determinadas organizações internacionais. Inclusive, nos faz voltar a dúvida: Afinal, se não é um Estado como qualquer outro, o que nos faria considerá-lo, em primeiro lugar, uma organização estatal em si?

Gaetano Arangio-Ruiz vai longe o suficiente para qualificá-lo, do ponto de vista internacional, como uma espécie de província ou subdivisão de um Estado, sendo meramente parte de um todo, de uma Pessoa. Corrobora, então, com seu apontamento, assim como os de os demais autores acima tratados, de que a Cidade do Vaticano é totalmente dependente da Santa Sé. E por que não dizer que o Vaticano, então, sequer seria uma pessoa internacional, pelo que qualquer conduta sua de relevância internacional seria na verdade uma conduta da Santa Sé e/ou Igreja Católica<sup>16</sup>?

A confusão perpetua-se quando Ryngaert busca contrapor a ideia que a Santa Sé seria então o Estado Católico, ao destacar que, se assim o considerássemos, a perda do território como ocorrera entre

---

<sup>15</sup> Tradução livre. KUNZ, Josef L. The status of the Holy See in International Law. **The American Journal of International Law**, v. 46, n. 2, 1952. p. 313. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2194067?seq=1>. Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>16</sup> ARANGIO-RUIZ, Gaetano. On the nature of the International Personality of the Holy See. **Revue Belge de Droit International**, Bruxelles, 1996. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2634571](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2634571). Acesso em: 17 jul. 2020.

1870 e 1929 implicaria necessariamente numa transformação completa de sua personalidade internacional, sendo mais preciso considerar seu status como sendo, desde sempre, uma entidade *sui generis* não detentora de características estatais<sup>17</sup>. Não é à toa destacar que a Santa Sé manteve suas atividades internacionais durante o período em que faltou-lhe uma base territorial independente, sendo forçoso concluir pela sua existência como uma personalidade internacional desprovida de território, ou seja, não-estatal.

Assim, volta-se, ao questionamento referente ao enquadramento do Vaticano como sendo então o Estado Católico. Como bem vimos acima, ainda que de maneira um tanto rasa, o Vaticano cumpriria os três requisitos estabelecidos na Convenção de Montevidéu, qual seja, Território, Povo e Governo (esta última terminologia aqui tida no caráter de Soberania, ou seja, poder de império e coerção, como explanado). Entretanto, Lottieri faz um destaque interessante para a presente discussão, ao trazer a influência da comunidade internacional sob a razão de ser do Tratado de Latrão, apontando que “o positivismo legal induziu a Igreja Católica a adotar a terminologia Estado, especialmente para o propósito de ser aceito pela comunidade internacional”<sup>18</sup>. Ressalta-se que a existência em si dos referidos requisitos não é a questão, mas a forma como estão postos. O que verifica-se é que presença dos critérios, no mínimo, titubeia.

A mesma questão é suscitada por Chloé Israel Collier ao tratar que a comunidade internacional, à época, era dominada pela visão positivista de que somente Estados teriam atuação internacional, o que tornaria difícil que os clames da Santa Sé fossem ouvidos e

---

<sup>17</sup> RYNGAERT, Cedric. The legal status of the Holy See. **Goettingen Journal of International Law**, v. 3, n. 3, 2011. p. 847. Disponível em: [https://www.gojil.eu/issues/33/33\\_article\\_ryngaert.pdf](https://www.gojil.eu/issues/33/33_article_ryngaert.pdf). Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>18</sup> Tradução livre. LOTTIERI, Carlo. **Vatican City as a Free Society: legal order and political theology**. Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 2005. p. 3. Disponível em: <https://mises.org/files/vatican-city-free-society-legal-order-and-political-theology-pdf>. Acesso em: 07 jun. 2020.

respeitados<sup>19</sup>. Assim, caso a Santa Sé, através do Tratado de Latrão, não adotasse a criação (dissimulada) do Vaticano como eu novo Estado, e, sobretudo, esta terminologia, jamais teria condições de exercer suas atividades de forma independente sob os olhos da Comunidade Internacional. Em outras palavras, depreende-se que o reconhecimento era crucial para seus objetivos, sendo o único meio a adoção de um suposto Estado.

Isso nos mostra como há um ar de instrumentalidade na formação do Vaticano. O próprio Tratado de Latrão, em seu prólogo e artigo 2º, pode nos reforçar esta visão, quando atribui o caráter de soberania a própria Santa Sé, a fim de garantir os fins da Igreja:

*Premesso:*

*[...] assicurando alla Santa Sede in modo stabile una condizione di fatto e di diritto la quale Le garantisca l'assoluta indipendenza per l'adempimento della Sua alta missione nel mondo [...]*

*Art. 2*

*L'Italia riconosce la sovranità della Santa Sede nel campo internazionale come attributo inerente alla sua natura, in conformità alla sua tradizione ed alle esigenze della sua missione nel mondo [...]*<sup>20</sup>.

Assim, o que verificamos é que as conclusões doutrinárias a respeito destas organizações são variáveis, inclusive seus parâmetros determináveis, e que o próprio Tratado não esclarece perfeitamente a

---

<sup>19</sup> COLLIER, Chloé Israel. **Le Statut du Saint-Siège/Vatican au regard de ses immunités**. Master em droit. Faculté de droit et criminology, Université catholique de Louvain, Prom: Dopagne, Frédéric, 2018. p. 17. Disponível em: <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:14039>. Acesso em: 31 jan. 2021.

<sup>20</sup> VATICANO. **Trattato fra la Santa Sede e L'Italia**. 11 feb. 1929. Disponível em: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/archivio/documents/rc\\_seg-st\\_19290211\\_patti-lateranensi\\_it.html#CONCORDATO\\_FRA\\_LA\\_S...](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19290211_patti-lateranensi_it.html#CONCORDATO_FRA_LA_S...) Acesso em: 31 jan. 2021.

temática. Na verdade, a única convergência que percebemos é no fato de que os elementos constitutivos e seu status legal são duvidosos.

## **2 O conceito de Estado no positivismo como parâmetro incerto**

Devemos então adotar um único parâmetro objetivo para comparação direta, a fim de qualificar essas organizações. Entretanto, a questão está em que parâmetro determinar, ou seja, que característica comum a todos os Estados podemos nos espelhar para, finalmente, precisar a natureza do Vaticano e Santa Sé. Como visto, a doutrina toma variados parâmetros para o estudo, como a interrupção da personalidade internacional do Papa após 1870, a relação deste novo ente frente a outra organização não-estatal (Santa Sé), a participação em organizações internacionais, a cidadania, o território e até a visão da comunidade internacional à época do tratado de Latrão.

À primeira vista, o que nos soa mais óbvio é justamente utilizarmos da ideia de elementos constitutivos presente na acepção moderna do termo Estado, a fim de “separar coisa por coisa”. O grande problema está em que, se assim o fizermos, estaríamos mais uma vez caindo em um campo indeterminado. Afinal, o conceito de Estado, na modernidade, é controverso, havendo não somente acepções diversas (como a jurídica, a filosófica e a sociológica), mas também entendimentos variantes dentro de cada acepção<sup>21</sup>.

Em que pese isto, temos a figura da Convenção de Montevideu, que se mostra bem aceita no meio internacional, trazendo a figura dos elementos constitutivos. O autor Paulo Bonavides, após se debruçar nos diversos conceitos de Estado elaborados ao longo da história moderna, nos destaca que a presença dos elementos constitutivos dentro da definição é de suma importância<sup>22</sup>. E neste

---

<sup>21</sup> BONAVIDES, P. **Ciência Política**. 21. ed. São Paulo: PC Editorial, 2014. p. 66.

<sup>22</sup> BONAVIDES, P. **Ciência Política**. 21. ed. São Paulo: PC Editorial, 2014. p. 71.



sentido, nos apresenta como mais ideal o conceito formulado por Georg Jellinek, em que o Estado seria então a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando<sup>23</sup>, conceito este bastante similar, se não idêntico, ao apontado na referida convenção, vejamos:

O Estado como pessoa de Direito Internacional deve reunir os seguintes requisitos.

I. População permanente.

II. Território determinado.

III. Governo.

IV. Capacidade de entrar em relações com os demais Estados<sup>24</sup>.

Assim, observa-se que o determinado conceito é bastante aceito na comunidade internacional, tendo o autor atribuído-o caráter de completude. Entretanto, mesmo tomando-o como definição suprema e da mais perfeita descrição, a tarefa de encaixá-lo à realidade do Vaticano, a fim de denominá-lo Estado, ainda torna-se árdua.

## 2.1 Os elementos constitutivos de Estado no Vaticano

O que se verifica no denominado “poder originário de mando” é nada mais que o elemento de soberania, afinal, o próprio Jellinek<sup>25</sup> assim o define como uma capacidade de autovinculação e autodeterminação jurídica exclusiva. Ou seja, é o próprio Estado (soberano) que realiza sua

---

<sup>23</sup> JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. 3. ed. Berlin: O Häring, 1914. p. 180. Disponível em: [https://openlibrary.org/works/OL2885721W/Allgemeine\\_Staatslehre](https://openlibrary.org/works/OL2885721W/Allgemeine_Staatslehre). Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>24</sup> ONU. **Convenção sobre os direitos e deveres dos Estados**. 26 dez. 1933. Disponível em: [http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/convencao\\_sobre\\_direitos\\_e\\_deveres\\_dos\\_estados-12.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/convencao_sobre_direitos_e_deveres_dos_estados-12.pdf). Acesso em: 31 jan. 2021.

<sup>25</sup> JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. 3. ed. Berlin: O Häring, 1914. p. 495. Disponível em: [https://openlibrary.org/works/OL2885721W/Allgemeine\\_Staatslehre](https://openlibrary.org/works/OL2885721W/Allgemeine_Staatslehre). Acesso em: 07 jun. 2020.

administração, sua atuação e fins, em outras palavras, é um fim em si e não um meio. Mas o que constata-se no Vaticano é que estes dois aspectos não se dão por meio de uma capacidade jurídica exclusiva do próprio “Estado”, onde na verdade são deliberadamente dependentes de uma outra organização, a Santa Sé. O Vaticano não se posiciona, neste sentido, acima da organização religiosa (Igreja Católica), encontrando sua natureza e função evidentemente subordinada a atuação da Santa Sé, pelo que seu chefe de Estado confunde-se com o chefe da Santa Sé. A subordinação do Vaticano vem justamente do entendimento que este serviu (e ainda serve) como uma garantia de independência à Santa Sé, que o utilizou (e ainda utiliza) como uma espécie de suporte territorial a fim de ter obtido o reconhecimento de independência perante a comunidade internacional.

A própria adoção de um espaço tão pequeno (apenas 44 hectares) evidencia que o fim da Igreja era obter o mínimo suficiente a se caracterizar elemento Território e, finalmente, conquistar o apoio internacional para sua independência. Ele representa meramente um meio para servir os fins da Igreja Católica, um suporte, onde seu papel é totalmente incompatível com os objetivos de Estados tradicionais<sup>26</sup>. Mostra-se como um Estado-Suporte não detém a mesma dimensão de soberania essencial à ideia de Estado ou, pelo menos, não na forma como vem sendo praticada e aceita no próprio meio positivista internacional.

Em reforço à tese de que a ideia de Estado-suporte aqui apontada não é mera suposição (ainda que tenhamos insistentemente demonstrado todos os fatores históricos envolvidos no Tratado de Latrão, bem como o forma como essas instituições se organizam e atuam), ressalta-se que o próprio Papa João Paulo II, ao discursar em uma Assembleia Geral da ONU, foi claro e evidente quando destacou a

---

<sup>26</sup> COLLIER, Chloé Israel. **Le Statut du Saint-Siège/Vatican au regard de ses immunités**. Master em droit. Faculté de droit et criminology, Université catholique de Louvain, Prom: Dopagne, Frédéric, 2018. p. 19. Disponível em: <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:14039>. Acesso em: 31 jan. 2021.

motivação da criação do Vaticano em garantir liberdade ao Papa, bem como sobre a diferença crucial frente aos demais Estados:

*[...] The existence of this bond, which is held in high esteem by the Holy See, rests on the sovereignty with which the Apostolic See has been endowed for many centuries. The territorial extent of that sovereignty is limited to the small State of Vatican City, but the sovereignty itself is warranted by the need of the papacy to exercise its mission in full freedom, and to be able to deal with any interlocutor, whether a government or an international organization, without dependence on other sovereignties. Of course the nature and aims of the spiritual mission of the Apostolic See and the Church make their participation in the tasks and activities of the United Nations Organization very different from that of the States, which are communities in the political and temporal sense<sup>27</sup>.*

Outro indicador que torna a “soberania” do Vaticano totalmente incompatível com a soberania dos demais Estados, e até mesmo da ideia de autovinculação e autodeterminação estipulada pela teoria de Georg Jellinek e os elementos da convenção de Montevidéu está presente no Artigo 22 do Tratado de Latrão, na qual fica expresso que, a pedido da Santa Sé, os crimes cometidos no território da Cidade do Vaticano terão a pena aplicada pela Itália. Vê-se que então que é a Santa Sé que dá a referida delegação:

*A richiesta della Santa Sede e per delegazione che potrà essere data dalla medesima o nei singoli casi o in modo permanente, l'Italia provvederà nel suo territorio alla punizione dei delitti che venissero commessi nella Città del Vaticano, salvo quando l'autore del delitto si sia rifugiato*

---

<sup>27</sup> ONU. **Address of his Holiness John Paul II to the 34th General Assembly of the United Nations.** Apostolic Journey to the United States of America. New York, 02 oct. 1979. Disponível em: [http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/en/speeches/1979/october/documents/hf\\_jp-ii\\_spe\\_19791002\\_general-assembly-onu.html](http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/en/speeches/1979/october/documents/hf_jp-ii_spe_19791002_general-assembly-onu.html). Acesso em: 07 jul. 2020.

*nel territorio italiano, nel qual caso si procederà senz'altro contro di lui a norma delle leggi italiane [...]*<sup>28</sup>.

Ou seja, a capacidade de reprimir crimes, aspecto elementar e essencial do Estado moderno soberano, não parece tomar uma relevância grande para os fins do Vaticano. Ou seja, a capacidade de reprimir crimes, aspecto elementar e essencial do Estado moderno soberano, não parece tomar uma relevância grande para os fins do Vaticano. Ele, em outras palavras, exerce resignação de atributos intimamente ligados a ideia de Soberania em Estado moderno. A sua constituição não parece servir a sociedade que ele abarca, mas os fins de uma organização terceira específica.

Se mencionarmos, ainda, que a Basílica de São Pedro está sob um regime especial, no qual submete-se também as autoridades policiais Italianas<sup>29</sup>, outro entendimento não nos resta senão pela compreensão de que a Soberania aqui exercida pelo Vaticano é completamente fora dos moldes comuns de Estado.

No que tange ao Território, cumpre tecer inicialmente que de pouco importa a extensão de seus limites para a caracterização deste elemento constitutivo, tanto que há outras organizações tidas como Estado com espaços geográficos reduzidos, como Mônaco e Lischteinstein. O apontamento anteriormente feito quanto a conformação da Igreja na adoção ao um terreno de apenas 44 hectares, se deu a fim de demonstrar a razão de ser da criação do Vaticano como mero instrumento à Santa Sé, que implica-se no elemento soberania e não território.

---

<sup>28</sup> VATICANO. **Trattato fra la Santa Sede e L'Italia**. 11 feb. 1929. Disponível em: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/archivio/documents/rc\\_seg-st\\_19290211\\_patti-lateranensi\\_it.html#CONCORDATO\\_FRA\\_LA\\_S...](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19290211_patti-lateranensi_it.html#CONCORDATO_FRA_LA_S...) Acesso em: 31 jan. 2021.

<sup>29</sup> COLLIER, Chloé Israel. **Le Statut du Saint-Siège/Vatican au regard de ses immunités**. Master em droit. Faculté de droit et criminology, Université catholique de Louvain, Prom: Dopagne, Frédéric, 2018. p. 19. Disponível em: <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:14039>. Acesso em: 31 jan. 2021.

Vale apontar que o “Estado” do Vaticano (em última instância a Santa Sé) é, na verdade, o detentor (proprietário) único de toda aquela extensão geográfica, implicando em uma confusão entre o exercício de jurisdição soberana estatal no território e a relação de propriedade para com a terra. Ora, qual desses, na verdade, está sendo exercido? Ou haveria alguma concomitância? Lottieri nos aponta que:

*In this situation, using terms as “exclusive and absolute power” and “sovereign jurisdiction” means only the will to claim an absolute ownership, complete and without limits. If William Blackstone wrote that allodium “is property in its highest degree”, we are authorized to define Vatican City as an allodium. And it is interesting to remember that following some authors this word comes the Greek expression ἀλλ. δε Διος (meaning but from God)<sup>30</sup>.*

Veja que a verificação deste ponto somente reforça o caráter não-estatal do Vaticano, como apontamos ao tratar do elemento soberania, porquanto o clame por soberania territorial é, na verdade, simplesmente o reconhecimento do direito de exercer domínio, propriedade, livremente daquele pedaço geográfico, legitimamente apropriado (a palavra “livremente” aqui adotada como independência de outro Estado). Assim denota-se uma semelhança ao termo utilizado por William Blackstone na obra “*Commentaries On The Laws Of England*”<sup>31</sup>, qual seja, o “*allodium*”, que é definido como propriedade em mais alto grau ou propriedade absoluta, diferente do instituto adotado nos Estados modernos que prescrevem o Direito de

---

<sup>30</sup> LOTTIERI, Carlo. **Vatican City as a Free Society: legal order and political theology**. Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 2005. p. 12. Disponível em: <https://mises.org/files/vatican-city-free-society-legal-order-and-political-theology-pdf>. Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>31</sup> BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1765. p. 106.

Propriedade, ficando este submetido a boa vontade da legislação positivada e seus limites estabelecidos no ordenamento.

Finalmente, no que se refere ao elemento “Povo”, temos que o seu enquadramento no Vaticano, assim como os outros aspectos constitutivos, se mostra completamente desvirtuado da ideia de um Povo tomada no positivismo internacional. Sobre esta seara, não podemos deixar de atrelar a ideia de cidadania com a ideia de um Povo ativo, porquanto é através daquela que este exerce suas manifestações.

Sobre a cidadania, temos que três sistemas a determinam: o primeiro é denominado *jus sanguinis*, cuja determinação da cidadania advém de um vínculo pessoal, como por exemplo, a descendência direta de um cidadão daquele Estado. O segundo recebe o nome de *jus soli*, na qual a cidadania se determina pelo vínculo territorial, por exemplo, o indivíduo que é nascido nos Estados Unidos torna-se, então, cidadão americano. E, por último, temos o sistema misto que faz a junção dos dois anteriores.

Paulo Bonavides, quando da conceituação do elemento Povo sob uma ótica jurídica, inclui o vínculo de cidadania como seu aspecto formador, que faz a ligação entre indivíduo e aquela determinada ordem jurídica estatal:

É semelhante vínculo de cidadania que prende os indivíduos ao Estado e os constitui como povo. [...] Fazem parte do povo tanto os que se acham no território como fora deste, no estrangeiro, mas presos a um determinado sistema de poder ou ordenamento normativo, pelo vínculo de cidadania<sup>32</sup>.

De fato, no Vaticano os cidadãos (o povo) estão atrelados àquele ordenamento independente de se encontrarem no território, pelo vínculo de cidadania. Entretanto, há uma diferença quanto ao estabelecimento desta cidadania no Estado Católico em comparação

---

<sup>32</sup> BONAVIDES, P. **Ciência Política**. 21. ed. São Paulo: PC Editorial, 2014. p. 81.

com os Estados modernos, que é, mais uma vez, a funcionalidade, bem como o voluntarismo.

Temos, em primeiro lugar, que a cidadania no Vaticano é “somente obtida por convite ou pela autonomia da vontade, e da mesma forma, pode-se deixá-la”<sup>33</sup>. Ou seja, ela não é estabelecida pelo sistema *jus soli* ou *jus sanguinis*, mas sim através de um requerimento ou da aceitação de um convite. Em outros termos, é voluntária, em contraposição a ideia comum de cidadania que temos na realidade de demais Estados, afinal, não se escolhe o local de nascimento e nem a descendência.

Em segundo lugar, temos que a cidadania é obtida de forma temporária e precisamente para uma função, para realizar um fim determinado<sup>34</sup>. Ou seja, o convite ou requerimento de obtenção da cidadania se dá, na verdade, para o exercício de um certo cargo útil a Santa Sé e Igreja Católica, tornando difícil a compreensão pela existência de um “povo ativo”. Ora, como bem apontado anteriormente, a própria administração do Vaticano confunde-se com o chefe da Igreja e suas demais instituições administradoras.

Temos aí, então, mais um aspecto que reforça nosso entendimento de instrumentalidade do Vaticano à Santa Sé. Vejamos então o dispositivo que expressa esse sistema de cidadania atrelada ao serviço:

Art. 1

*(Acquisto della cittadinanza)*

*1. Sono cittadini dello Stato della Città del Vaticano:*

*a) i Cardinali residenti nella Città del Vaticano o in Roma;*

*b) i diplomatici della Santa Sede;*

---

<sup>33</sup> LOTTIERI, Carlo. **Vatican City as a free society**: legal order and political theology. Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 2005. p. 11. Disponível em: <https://mises.org/files/vatican-city-free-society-legal-order-and-political-theology-pdf>. Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>34</sup> LOTTIERI, Carlo. **Vatican City as a free society**: legal order and political theology. Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 2005. p. 11. Disponível em: <https://mises.org/files/vatican-city-free-society-legal-order-and-political-theology-pdf>. Acesso em: 07 jun. 2020.

*c) coloro che risiedono nella Città del Vaticano in quanto vi sono te nuti in ragione della carica o del servizio*<sup>35</sup>.

A perspectiva de nada muda quando verificamos os Artigos 3º e 14 do mesmo normativo, no qual a perda da cidadania advém do abandono da função exercida, bem como pelo fato de que revogação da concessão habitacional implica a revogação por direito autorização para residir na Cidade do Vaticano:

Art. 3

(perdita della cittadinanza)

*1. La cittadinanza vaticana si perde:*

*a) dai Cardinali, quando non risiedono più nella Città del Vaticano o in Roma;*

*b) dai diplomatici della Santa Sede, quando lascino il servizio diplomatico;*

*c) dalle persone indicate all'art. 1, n. 1, lett. c) e n 2, lett.*

*a), quando cessino dalla carica o dal servizio in ragione dei quali avevano acquistato la cittadinanza vaticana;*

*d) da qualsiasi cittadino con l'abbandono della residenza nella Città del Vaticano e comunque con la cessazione delle autorizzazioni a risiedere nella medesima;*

*e) dal coniuge e dai figli di un cittadino vaticano a seguito della perdita della cittadinanza da parte del cittadino stesso.*

(...)

Art. 14

(Assegnazione degli alloggi)

(...)

*4. La revoca della concessione dell'alloggio implica di diritto la revoca dell'autorizzazione a risiedere nella Città del Vaticano, salvo che sia altrimenti disposto*<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> VATICANO. **Legge n.º CXXXI, 22 fev. 2011.** Sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso. Legislazione dello Stato della Città del Vaticano. Disponível em: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/it/va/va007it.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

<sup>36</sup> VATICANO. **Legge n.º CXXXI, 22 fev. 2011.** Sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso. Legislazione dello Stato della Città del Vaticano. Disponível em: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/it/va/va007it.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.



Waldery Hilgeman, a respeito da perda da autorização de residência resultada da revogação da concessão habitacional, explica que o fenômeno ocorre em razão de uma suposta inexistência de um sistema de direitos à propriedade privada naquele Estado<sup>37</sup>. Entretanto, entendemos ser muito mais preciso indicar que isto se dá não pela abstinência de direitos de propriedade no Vaticano mas sim pela própria relação de propriedade que a Santa Sé exerce sobre aquele território e sua vontade em não abdicar de fração da sua propriedade, que já é bastante reduzida. Esta posição, inclusive, corrobora com o entendimento anteriormente firmado de que o Vaticano não exerce uma jurisdição soberana naquele território comum aos Estados modernos, mas sim uma relação de propriedade para com a terra, um verdadeiro *allodium*.

Assim, a visão de que o Vaticano seria um Estado com inexistência de um sistema de direitos propriedade privada se mostra deveras extremo para justificar os dispositivos acima elencados, sendo muito mais preciso compreender que há ali, na verdade, um exercício de propriedade em si.

O que se vê, ainda que por cima, é que mesmo tomando o conceito elaborado por Jellinek, ou o estabelecimento da Convenção de Montevidéu, como parâmetros, por mais aclamados que sejam, temos uma incompatibilidade para proceder com a afirmação de que o Vaticano (ou até a Santa Sé) é um Estado naqueles moldes estabelecidos. Não queremos diante disto invalidar especificamente a conclusão de Jellinek ou o dispositivo da Convenção, mas apontar que haveria uma implicação de reformulação inteira da visão positivista de Estado, no caso de querermos classificar a Cidade do Vaticano como tal.

---

<sup>37</sup> HILGEMAN, W. La nuova lege vaticana sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso. **Rivista Internazionale di Diritto Canonico**, v. 3, n. 2, 2011. p. 527. Disponível em: <http://www.iusecclesiae.it/it/articolo/la-nuova-legge-vaticana-sulla-cittadinanza-la-residenza-e-l-accesso>. Acesso em: 07 jun. 2020.

### 3 A natureza jurídica do Vaticano sob análise epistemológica do conceito de estado

Vimos então que a perspectiva positivista nos indica fortemente o contrário do que vinha sendo compreendido pela comunidade internacional acerca da natureza jurídica do Vaticano e Santa Sé. Entretanto, ainda não caminhamos em um solo completamente firme, pelo que nossas conclusões ainda podem, ainda que remotamente, gerar futuros impasses. Estendendo este debate para o campo da epistemologia, podemos verificar uma oportunidade de tratar de uma vez por todas os possíveis impasses, trazendo para o debate um parâmetro completamente objetivo e axiomático.

Antes de adentrar nisto, ressaltamos que o termo positivismo, ao longo da história, incorporou diferentes sentidos, pelo que esclarecemos que a expressão aqui adotada dirá respeito ao ideal intrinsecamente ligado ao empirismo, ou seja, este servindo como base teórica daquele, sobretudo nas teorias juspositivistas surgidas após o apontamento de David Hume quanto à lacuna entre o *ser* e o *dever ser* na formulação de proposições normativas<sup>38</sup>.

Na epistemologia, podemos classificar as proposições científicas em dois tipos, quais sejam: As proposições analíticas e as proposições sintéticas. Na visão empírico-positivista, aquelas seriam proposições verdadeiras por definição, ou seja, não dizem algo sobre a realidade já que não seriam “falseáveis”, mas são meros estabelecimentos de palavras e significados, em outros termos, são simples convenções de linguagem, enquanto estas seriam aquelas proposições em que os meios lógico-formais precisariam, em toda tomada de conhecimento, de uma análise material *a posteriori*

---

<sup>38</sup> HUME, David. **An enquiry concerning human understanding**. Cambridge: Cambridge University, 2007.

(experiência) complementar para determinação do que é ou não é (confirmação ou negação de hipótese)<sup>39</sup>.

Neste sentido, as proposições sintéticas (aqui tidas somente como formulações empíricas na teoria empírico-positivista) seriam resultados da elaboração de hipóteses que foram submetidas a experiência humana. Resultados esses que podem ser suscetíveis a novas experiências do método científico, tornando-se um ciclo contínuo de hipótese-experiência-confirmação/negação, havendo, nesta teoria, a inadmissibilidade de proposições a priori que não sejam meramente analíticas.

A experiência sensorial seria então crucial. É nesta direção que Hoppe explana as proposições na visão empírico-positivista:

*Empiricism is characterized by the fact that it accepts two intimately related basic propositions. The first and most central one is: Knowledge regarding reality, which is called empirical knowledge, must be verifiable or at least falsifiable by observational experience. [...] If, on the other hand, knowledge is not verifiable or falsifiable by observational experience, then it is not knowledge about anything real. It is simply knowledge about words, about the use of terms, about signs and transformational rules for signs. That is to say; it is analytical knowledge, but not empirical knowledge [...]*<sup>40</sup>.

Assim, adotando um posicionamento puramente empírico-positivista para propor o que é o Estado, temos que a afirmação seria analítica ou empírica. Sendo analítica, veríamos que o predicado está inserido no conceito sujeito, e teríamos um problema em simplesmente utilizá-la como o parâmetro para definir o status do Vaticano e da Santa

---

<sup>39</sup> HOPPE, Hans-Hermann. **Economic science and the austrian method**. Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 2007. p. 17/ 20. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=83>. Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>40</sup> HOPPE, Hans-Hermann. **Economic science and the austrian method**. Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 2007. p. 17/ 20. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=83>. Acesso em: 07 jun. 2020.

Sé, já que afirmações analíticas seriam meras convenções de linguagem, que, no caso em apreço, temos a peculiaridade de não haver qualquer convergência geral, e não provariam nada sobre a realidade.

Do outro lado, se tratássemos como afirmações empíricas, cairíamos na problemática anteriormente descrita a respeito da forma como os elementos expostos por Jellinek e a Convenção de Montevideu como constituidores de Estado estão sendo apresentados na realidade (experiência) do Vaticano, obrigando-nos a: ou atribuir sua natureza não-estatal ou reformular a toda visão positivista de Estado.

Afinal, o empirismo, que deu surgimento ao positivismo, assume que proposições empíricas não são por si só contraditórias, quando “*the contrary of every matter of fact is still possible; because it can never imply a contradiction, and is conceived by the mind with the same facility and distinctness, as if ever so conformable to reality*”<sup>41</sup>. Não teríamos, portanto, uma saída através de uma argumentação baseada em formulações *a priori*, já que o posicionamento empírico-positivista as equipara a meras proposições analíticas:

[...] *Any proposition that claims to be a priori can, according to empiricism, be no more than signs on paper that are related to each other by definition or by arbitrary stipulation, and is thus completely void: it is without connection to the world of real things whatsoever. Such a system of signs only becomes an empirically meaningful theory once an empirical interpretation is given to its symbols. Yet as soon as such an interpretation is given to its symbols, the theory is no longer a priori but rather becomes and remains forever hypothetical*<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> HUME, David. **An enquiry concerning human understanding**. Cambridge: Cambridge University, 2007. p. 28. Disponível em: <https://academiaanalitica.files.wordpress.com/2016/10/david-hume-an-enquiry-concerning-human-understanding-and-other-writings.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>42</sup> HOPPE, Hans-Hermann. **Economic science and the austrian method**. Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 2007. p. 30. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=83>. Acesso em: 07 jun. 2020.

### 3.1 Vaticano sob a ótica da filosofia libertária: A Ética Argumentativa de Hans-Hermann Hoppe

Caso alteremos a perspectiva para um posicionamento eminentemente racionalista, particularmente aquele familiar a Immanuel Kant, podemos encontrar uma chance ainda mais firme de encarar a questão. Isso porque a característica que marca a filosofia “Kantiana” é justamente o posicionamento de que proposições verdadeiras sintéticas *a priori* existem na realidade de determinados campos de estudo<sup>43</sup>. É este aspecto que a diferencia da visão empírico-positivista descrita, que já nos fez concluir pela natureza não-estatal do Vaticano, ainda que na forma de hipótese (afinal, como mencionado por Hoppe, ainda que resultado de uma experiência sensível, o caráter hipotético perpetua-se neste posicionamento)<sup>44</sup>.

O que vemos na filosofia “Kantiana” é a admissão do apriorismo, ou seja, conhecimento no qual a experiência não é determinante, mas apenas evidenciadora. É através destas proposições que chegaremos a uma resposta verdadeiramente segura do status legal do Vaticano, objeto de longos debates doutrinários na ciência política e jurídica. Em nossa situação, isso se daria justamente trazendo a realidade do apriorismo para as proposições normativas e utilizando-as como o parâmetro para definição do Estado e, conseqüentemente, qualificação do Vaticano e Santa Sé.

Temos então a denominada “Filosofia Libertária”, que enquanto proposta normativa adequada ao jusnaturalismo (jusracionalismo), traz justamente a existência de apriorismo na ética,

---

<sup>43</sup> HOPPE, Hans-Hermann. **Economic science and the austrian method**. Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 2007. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Ebook.a.spx?id=83>. Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>44</sup> HOPPE, Hans-Hermann. **Economic science and the austrian method**. Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 2007. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Ebook.a.spx?id=83>. Acesso em: 07 jun. 2020.

no Direito. Esta proposta ganhou o nome de “Ética argumentativa”, proposta por Hans-Hermann Hoppe, onde o autor utilizou bases da pragmática de Jürgen Habermas quanto aos conceitos de justificação e argumentação unindo-as aos fundamentos da praxeologia no que tange à meios e fins da ação humana.

Para chegar-se à conclusão da aplicação única da Ética argumentativa, parte-se de dois pressupostos: O primeiro, de que a proposição de uma ética contrária aos axiomas da filosofia libertária representaria uma falácia lógica, mais especificamente a chamada contradição performativa. O segundo é que qualquer norma deve ser justificada, sendo essa justificação obtida através da troca de proposições (argumentação) a fim de torná-la válida.

As bases do primeiro pressuposto são retiradas da pragmática de Jürgen Habermas. Em síntese, a contradição performativa se dá quando o sujeito que profere a afirmação científica assume, concomitantemente, explicitamente a validade dela e implicitamente a sua própria invalidade, ou seja, há uma contradição do que é pressuposto no ato de o propor:

Se exprimirmos o juízo de um oponente sob a forma do ato de fala: “Duvido de que eu exista”<sup>45</sup>, o argumento de Descartes poderá ser reconstruído com a ajuda de uma contradição performativa. Para o enunciado:

(1) Eu não existo (aqui e agora) o falante ergue uma pretensão de verdade; ao mesmo tempo, ao proferi-la, ele faz uma inevitável pressuposição de existência cujo conteúdo proposicional pode ser expresso pelo enunciado:

(2) Eu existo (aqui e agora) (sendo que, em ambas as proposições, o pronome pessoal se refere à mesma pessoa)<sup>45</sup>.

Portanto, é neste método que Hoppe exclui a aplicabilidade de qualquer ética que não venha a condizer com a Ética Libertária (pode-

---

<sup>45</sup> HABERMAS, Jügen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989. p. 102. Disponível em: <https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/consciencia-moral-e-agir-comunicativo.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020.

se dizer que chega-se a tal conclusão de forma indireta), sendo o estabelecimento desta advinda de fundamentações da praxeologia. A praxeologia estuda a ação humana, cujo as regras e estruturas acarretam determinadas implicações em como uma ética pode ser estabelecida, sendo que os conceitos de meio, fim, uso, recursos e controles, nela encontrados são de fundamental importância no estabelecimento da Ética Libertária. O reconhecimento da argumentação como ação humana e as contradições performativas que nela podem ocorrer nos permite levar o tema além daquilo que é levado na pragmática.

Na Praxeologia temos o axioma da ação humana, qual seja: “homens agem”. Com base nos estudos da pragmática, observamos que esta proposição toma o status de axioma, uma vez que não se pode afirmar o contrário sem que o interlocutor entre na contradição performativa. Portanto, todas as deduções lógicas dela implicadas são verdades implícitas.

Uma implicação deste axioma, crucial ao nosso debate, é de que os meios são escassos. Em outras palavras um mesmo meio não pode ser usado para, de uma vez, atingir todos os fins. Se assim o fosse, seria possível admitir que todos os fins já foram atingidos, pelo que não estaríamos aqui argumentando, agindo. É desta mesma implicação que podemos identificar a origem dos conflitos entre os homens, sendo estes litígios dados entre dois ou mais indivíduos que buscam utilizar um mesmo meio para fins conflitantes. Ou seja, é da escassez de meios que advém os conflitos, afinal, se infinito fossem os meios, a ação de um homem não geraria limitações a ação de outro, independente dos fins.

A vivência conflituosa dos seres humanos faz surgir a necessidade do estabelecimento de normas, cujo fim é exatamente a resolução dos litígios. Em outras palavras, temos que as pessoas agem, e que no ato de agir, ou seja, no ato de utilizar-se de meios para chegarem a certos fins, podem acabar buscando o mesmo exato recurso que outro indivíduo, no qual os objetivos de cada um são excludentes. Desta forma, nasce o conflito, e o termo “norma” aqui utilizado é

justamente o parâmetro de resolução das lides, é o meio utilizado com o fim de solução. Portanto, aquela norma que, se seguida por todos, ainda gera conflitos, perderá o status real de norma.

Uma implicação lógico-dedutiva disto é que a norma então estabelece não só o uso simples, mas o exclusivo do meio naquele dado momento ao indivíduo, ou seja, o direito sobre aquele meio exclui o direito de outro indivíduo sobre aquele mesmo meio, caso contrário a norma perderia sua função e acarretaria em conflitos. O meio, então, quando legitimamente apropriado, é propriedade definitiva. Hoppe apresenta a propriedade como conceito normativo:

Para desenvolver o conceito de propriedade é necessário que os bens sejam escassos, de modo que seja possível surgir conflitos sobre o uso desses bens. É função dos direitos de propriedade evitar esses possíveis conflitos sobre o uso dos recursos escassos através da atribuição de direitos de propriedade exclusiva. A propriedade é, dessa forma, um conceito normativo, concebido para tornar possível uma interação livre de conflitos pela estipulação de regras de conduta (normas) mútuas e vinculativas em relação aos recursos escassos<sup>46</sup>.

Dito isto, voltemos a análise da pragmática e olhemos mais a fundo a ética do discurso de Habermas. As proposições normativas, assim como as demais proposições, são objeto de validação, de atribuição de veracidade, ou seja, de uma justificação. Esta por sua vez, pode ser dar através de justificação monológica ou de uma argumentação, sendo esta última a interações intersubjetivas, são exatamente troca de proposições entre indivíduos em busca de um valor verdade. A justificação dá razão às proposições. Se as proposições sobre normas buscam resolver os conflitos, e como estes se dão entre

---

<sup>46</sup> HOPPE, Hans-Hermann. **Uma teoria do socialismo e do capitalismo**. 2. ed. São Paulo: Ludwig Von Mises, 2013. p. 22. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=83>. Acesso em: 7 jun. 2020.



dois ou mais indivíduos, então a sua justificação não há de ser monológica, mas sim intersubjetiva:

Mas se as argumentações morais devem produzir um acordo desse gênero, não basta que um indivíduo reflita se poderia dar seu assentimento a uma norma. Não basta nem mesmo que todos os indivíduos, cada um por si, levem a cabo essa reflexão, para então registrar seus votos. O que é preciso, antes, uma argumentação “real”, da qual participem cooperativamente os concernidos. Só um processo de entendimento mútuo intersubjetivo pode levar a um acordo que é de natureza reflexiva[...]<sup>47</sup>.

Assim, as argumentações morais, as proposições normativas expostas numa interação intersubjetiva, servem para dirimir os conflitos. E exatamente dentro destas argumentações existem determinadas pressuposições, como a de que a justificação sobre normas busca solucionar discordância, ou seja, no próprio ato de se justificar uma norma o sujeito admite que é a força argumentativa das proposições que levará ao consenso. Caso o indivíduo obrigue o outro a aceitar a proposição, não estaríamos mais falando em justificação, mas sim em coerção, uso de força.

Temos ainda a necessidade de aplicação da norma a todos os indivíduos, no qual, segundo Habermas, “[...] uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um Discurso prático, a um acordo quanto à validade desta norma”<sup>48</sup>. Caso contrário fosse, a norma cairia na então chamada contradição performativa.

---

<sup>47</sup> HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989. p. 88. Disponível em: <https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/consciencia-moral-e-agir-comunicativo.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020.

<sup>48</sup> HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989. p. 86. Disponível em: <https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/consciencia-moral-e-agir-comunicativo.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020.

Sendo assim, observamos que há uma ética implícita no discurso, porquanto o sujeito não deve exercer a coerção sobre as proposições do outro interlocutor, caso contrário não teríamos a argumentação (aqui tida como troca das proposições) que, como visto, é o meio de justificação das normas, que derivam da ocorrência de conflitos, estes existentes entre pluralidade de pessoas. É a partir destas constatações que Hoppe finalmente deriva a Ética Argumentativa. Ele observa que na argumentação os interlocutores exercem um reconhecimento mútuo do que chama de *autopropriedade* (propriedade privada do próprio corpo) tendo em vista que este é o meio (recurso escasso) aqui utilizado para realizar o fim de emitir as proposições normativas. Já fica bem claro o paralelo usado com os conceitos da praxeologia, afinal, é por definição que percebemos que o controle do uso exclusivo (deste recurso) restringe que o outro interlocutor o exerça (sob o mesmo exato recurso - corpo do outro interlocutor), caso o contrário, não existiria o processo de troca de proposições (argumentação). Fica óbvio então notar que a autopropriedade é conceito necessário no ato de propor normas e, conseqüentemente, qualquer norma que a afronte será necessariamente uma contradição de performance, já que estaria sendo pressuposto algo totalmente inverso do proposto:

[...] teríamos que concluir que a norma contida na argumentação é que todo mundo tem o direito de controle exclusivo sobre o seu próprio corpo como seu instrumento de ação e cognição. Somente se houver pelo menos um reconhecimento implícito do direito de cada indivíduo sobre a propriedade de seu próprio corpo é que pode haver argumentação<sup>49</sup>.

Ora, é de se observar então, como dito inicialmente, que a conclusão não advém de uma dedução direta, mas sim do reconhecimento de limites lógicos nos quais as justificações de normas

---

<sup>49</sup> HOPPE, Hans-Hermann. **Uma teoria do socialismo e do capitalismo**. 2. ed. São Paulo: Ludwig Von Mises, 2013. p. 129. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Book.aspx?id=83>. Acesso em: 7 jun. 2020.

podem ser realizadas, pelo que podemos entender tratar-se mesmo de uma metaética. Somente então é que demais proposições éticas poderão ser dela estritamente derivadas, havendo que se observar seus limites.

Hoppe não fica adstrito a autopropriedade como conceito necessário na ética, mas também o estende aos demais recursos legitimamente apropriados pelo indivíduo. Afinal, se estes fossem impedidos de utilizar demais meios apropriados, a norma que previsse este impedimento não poderia ser justificada logicamente, pois feriria o princípio da autopropriedade. A apropriação aqui tratada descreve justamente os meios legítimos de aquisição de propriedade, ou seja, apropriação originária (através do chamado *homesteading*) e a derivada (através de negócios voluntários). Entretanto, iremos nos reservar de tratar este tema em um trabalho particular.

### 3.2 Voluntarismo no Vaticano e seu status legal

Das derivações lógico-normativas advindas da Ética Argumentativa teremos verdades implícitas conhecidas como corolários. São as propostas éticas deduzidas do princípio da propriedade privada e, logicamente, limitadas a ele, como a Liberdade, a não-agressão e o Voluntarismo. Analisemos estes aspectos, em especial o último, em relação a natureza dos Estados.

Como exposto anteriormente, a doutrina de Jellinek, em uma acepção jurídica, nos explana bem os elementos constitutivos do Estado (que também são os previstos na Convenção de Montevideu), sendo ele aquela organização dotada (essencialmente) de um poder incondicional de impor uma vontade contra a de outro indivíduo<sup>50</sup>. O elemento Soberania é muito bem representado por esta análise feita por Jellinek, já que o Estado positiva legislação que se impõe sobre a vontade dos demais indivíduos.

---

<sup>50</sup> JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3. ed. Berlin: O Häring, 1914. p. 180. Disponível em: [https://openlibrary.org/works/OL2885721W/Allgemeine\\_Staatslehre](https://openlibrary.org/works/OL2885721W/Allgemeine_Staatslehre). Acesso em: 07 jun. 2020.

Indivíduos estes que, em primeiro lugar, sequer consentiram sobre o processo em si de emissão de legislação ou até mesmo a necessidade de se submeter ao sufrágio naqueles exatos moldes. É, na realidade, uma “vontade” presumida e sem direito de secessão, cujo a teoria do contrato social busca (tenta) dar alguma justificativa a isto.

A despeito desta teoria do contrato social, é de ressaltar que até mesmo Jean-Jacques Rousseau, talvez o maior nome dentre os contratualistas, faz a ressalva de que seria sempre necessário retornar-se a um convênio anterior (e unânime) no estabelecimento estatal, em sua aclamada obra “Do Contrato Social”:

Com efeito, se não houvesse em absoluto convênio anterior, onde estaria, a menos que a eleição fosse unânime, a obrigação, por parte do menor número, de submeter-se à escolha do grande número, como cem indivíduos que desejam um senhor podem ter um direito de votar por dez que de modo nenhum o desejam? **A lei da pluralidade dos sufrágios é por si mesma um estabelecimento de convênio** e supõe, pelo menos uma vez, a unanimidade (grifo nosso)<sup>51</sup>.

Ou seja, a vontade, o consentimento, não se passa hereditariamente, pelo que o indivíduo deva se submeter ao sistema estatal somente através da expressão de vontade. A consciência não é um bem material que se passa de pai a filho, mas algo personalíssimo e adstrito ao indivíduo. É uma temática que merece um trabalho próprio, pelo que me limitarei de estendê-la até aqui.

Oppenheimer, em uma abordagem sociológica e econômica, dividiu o procedimento de aquisição de riquezas em duas formas, a primeira denominada “meio econômico”, onde a riqueza obtém-se

---

<sup>51</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**: ou princípios do direito político. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Moraes, 2001. p. 23. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020.

pelas trocas e produtividade nos processos de livre mercado, e a segunda forma é denominada de “meio político” no qual a obtenção da riqueza sucede uma forma coercitiva e unilateral de confisco de bens alheios. Para o autor, esta última forma é atribuída a natureza do Estado, que seria aquela instituição forçada por uma classe contra outra<sup>52</sup>. Ou seja, o “meio político” é representado por atos do Estado quando da tributação, taxação, confisco de propriedade, desapropriação, enfim, de atos comuns desta organização soberana.

O que vemos, através dos procedimentos de funcionamento do Estado, é que este faz nada mais do que violar o axioma da autopropriedade e seus respectivos corolários, quando, tributa, desapropria, vincula coercitivamente os cidadãos, basicamente, quando:

[...] visa manter o monopólio do uso da força e da violência em uma determinada área territorial; especificamente, é a única organização da sociedade que obtém a sua receita não pela contribuição voluntária ou pelo pagamento de serviços fornecidos mas sim por meio da coerção<sup>53</sup>.

Ora, neste sistema, a cidadania se dá automaticamente, com nascimento ou vínculo parental, no qual o indivíduo tem presumido um consentimento à submissão às legislações positivadas pelo Estado, que jamais fora por ele expresso, e se um dia o foi por antepassados, em nada isso implica a situação do atual indivíduo, que sequer terá direito de secessão, uma vez que vontade não se passa hereditariamente.

Fica claro, então, que as normas emitidas pelo Estado (deve-se pagar tributos, deve-se permitir desapropriação nos casos por ele estabelecidos etc.) representa uma violação a Ética Argumentativa e princípio da propriedade privada, uma vez que o próprio processo de

---

<sup>52</sup> OPPENHEIMER, Franz. **The State**. New York: BW Huebsch Inc, 1992. p. 15. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/oppenheimer-the-state>. Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>53</sup> ROTHBARD, Murray. **A anatomia do Estado**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2012. p. 8. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=69>. Acesso em: 17 jul. 2020.

positivação destes regramentos, como bem apontado pelo próprio Rousseau, não advém de um absoluto convênio anterior necessário à justificação e validação das normas. Em outras palavras, as referidas normas não podem ser justificadas no curso de uma argumentação, já que elas mesmas propõem a violação do que se é pressuposto no processo de troca de proposições normativas, qual seja, a autopropriedade e conseqüentemente a propriedade privada, caindo na denominada contradição performativa.

O que temos na realidade do Vaticano e Santa Sé é uma verdadeira inexistência de tributação nos moldes comuns aos demais Estados, sendo a sua renda advinda das contribuições voluntárias realizadas em favor da Igreja por todo globo. Lottieri assim complementa:

*It is true that taxation does not exist, but it could essentially proceed from the special character of the Vatican citizenry (in the City there are less of a thousand people and they are almost all to the service of the Church). In this situation, taxation would be a simple cash transfer and it would be absurd to give 150 to a Vatican employee and then to ask him 50 as tax; in this context, it is more logic to give 100 and eliminate every kind of duty<sup>54</sup>.*

Denota-se que a forma como a cidadania é estabelecida neste “Estado” tem fortes implicações neste instituto. Sobre ela, como já expomos, temos que a se obtém por convite ou por requerimento, pelo que, do mesmo modo, pode-se deixá-la. Ademais, é obtida de forma temporária e precisamente para uma função, para realizar um fim determinado. Ou seja, o convite ou requerimento de obtenção da cidadania se dá, na verdade, para o exercício de um certo cargo útil a Santa Sé e Igreja Católica.

---

<sup>54</sup> LOTTIERI, Carlo. **Vatican City as a Free Society**: legal order and political theology. Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 2005. p. 6. Disponível em: <https://mises.org/files/vatican-city-free-society-legal-order-and-political-theology-pdf>. Acesso em: 7 jun. 2020.

Então, em primeiro lugar, a própria submissão do indivíduo àquele determinado ordenamento jurídico, vem de uma escolha totalmente voluntária, em total respeito à Ética Argumentativa e princípio da propriedade privada. Remete-se aqui à, exatamente, o que o Rousseau quis dizer com “absoluto convênio anterior”. O voluntarismo (corolário da autopropriedade - implicação lógica desta) tem papel presente na natureza desta instituição.

### **Considerações finais**

Percebemos então que a natureza do Vaticano e da Santa Sé, a um primeiro momento e sob uma visão genérica, não parece ser diferente dos demais Estados, uma vez que é possível identificar a presença de elementos constitutivos, restando somente algumas peculiaridades no seu funcionamento. Entretanto, sob uma análise aprofundada, seja no campo da ciência política, seja no campo jurídico, da ética, percebemos claramente que estas peculiaridades são capazes de nos mostrar uma natureza totalmente divergente da estatal, soando absurdo limitá-lo à expressão “Estado sui generis”, porquanto estaríamos elevando-o a um status legal incompatível com sua natureza.

Verifica-se que a forma em que o Vaticano surgiu, e o contexto histórico em que estava inserido, indica fortemente uma funcionalidade de sua criação útil à uma organização terceira não estatal (Igreja Católica), representando assim uma instrumentalidade de sua existência e implicando no reconhecimento de uma dependência às vontades da Santa Sé, gerando a figura do “Estado-suporte”, não detendo, então, a mesma dimensão de soberania essencial a ideia de Estado.

No que tange aos elementos “Povo” e “Território” a conclusão não pôde ser diferente, uma vez que é difícil a verificação de um “povo ativo” (comum aos demais Estados) na realidade do Vaticano, diante da forma em que se obtém a cidadania, ou seja, por convite ou requerimento, cuja a manutenção é intimamente ligada a realização de um cargo e

função, sem o qual não se mantém. Quanto ao território, o clame por soberania territorial é, na verdade, o reconhecimento do direito de propriedade sob aquele espaço geográfico apropriado, já que, pelo fato de a Igreja ser a detentora única de toda aquela extensão, faz-se confundir o espaço de jurisdição e exercício de soberania com o espaço territorial de propriedade privada. Ocorre que, segundo a análise do contexto histórico, vimos que fora aclamado soberania territorial por parte da Santa Sé devido o fato de a comunidade internacional ser dominada pelo posicionamento positivista que admitia que somente na forma de Estado aquele território não estaria submetido a outro Governo.

Já numa abordagem jurídica, verificou-se a validade justificativa, e jusnaturalista, da Ética Argumentativa e princípio da propriedade privada, pelo que este foi utilizado como parâmetro para julgamento ético das atividades e instituições intrínsecas a natureza dos Estados, onde outro não foi o resultado senão o reconhecimento de que estas atividades ferem diretamente a Ética Argumentativa, porquanto o *dever ser* de sua existência (deve-se tributar, deve-se vincular automaticamente compulsoriamente cidadãos àquele ordenamento, por exemplo) não pode ser justificado em cair em contradição performativa.

O Vaticano e a Santa Sé, como organizações que não realizam estas atividades, ou pelo menos não nas mesmas medidas, não podem ter, sequer na perspectiva jurídica, o mesmo status legal dos demais Estados. São instituições que são subsidiadas através de uma genuína contribuição (doações), que não vincula coercitivamente cidadãos e que exerce sobre aquela terra uma relação muito mais de natureza de propriedade do que de soberania, qualifica-se como uma instituição livre. Conseqüentemente, vê-se que sua atuação compactua perfeitamente com os preceitos Libertários, já que é totalmente voluntária, se distinguindo, conseqüentemente, dos demais Estados modernos. Por essas razões, políticas e éticas, apesar de sua autodenominação oficial, o Vaticano não é um Estado.



## Referências

ARANGIO-RUIZ, Gaetano. On the nature of the International Personality of the Holy See. **Revue Belge de Droit International**, Bruxelles, 1996. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2634571](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2634571). Acesso em: 17 jul. 2020.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1765.

BONAVIDES, P. **Ciência Política**. 21. ed. São Paulo: PC Editorial, 2014.

COLLIER, Chloé Israel. **Le Statut du Saint-Siège/Vatican au regard de ses immunités**. Master em droit. Faculté de droit et criminology, Université catholique de Louvain, Prom: Dopagne, Frédéric, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:14039>. Acesso em: 07 jun. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989. Disponível em: <https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/consciencia-moral-e-agir-comunicativo.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020.

HILGEMAN, W. La nuova lege vaticana sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso. **Rivista Internazionale di Diritto Canonico**, v. 3, n. 2, 2011. Disponível em: <http://www.iusecclisiae.it/it/articolo/la-nuova-legge-vaticana-sulla-cittadinanza-la-residenza-e-l-accesso>. Acesso em: 07 jun. 2020.

HOPPE, Hans-Hermann. **Economic science and the austrian method**. 2. ed. Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 2007. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=83>. Acesso em: 07 jun. 2020.

HOPPE, Hans-Hermann. **Uma teoria do socialismo e do capitalismo**. 2. ed. São Paulo: Ludwig Von Mises, 2013. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=83>. Acesso em: 07 jun. 2020.

HUME, David. **An enquiry concerning human understanding**. Cambridge: Cambridge University, 2007. Disponível em: <https://academiaanalitica.files.wordpress.com/2016/10/david-hume-an-enquiry-concerning-human-understanding-and-other-writings.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2020.

JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. 3. ed. Berlin: O Häring, 1914. Disponível em: [https://openlibrary.org/works/OL2885721W/Allgemeine\\_Staatslehre](https://openlibrary.org/works/OL2885721W/Allgemeine_Staatslehre). Acesso em: 07 jun. 2020.

KUNZ, Josef L. The status of the Holy See in International Law. **The American Journal of International Law**, v. 46, n. 2, p. 308-314, 1952. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2194067?seq=1>. Acesso em: 07 jun. 2020.

LOTTIERI, Carlo. **Vatican City as a free society: legal order and political theology**. Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 2005. Disponível em: <https://mises.org/files/vatican-city-free-society-legal-order-and-political-theology-pdf>. Acesso em: 07 jun. 2020.

ONU. **Convenção sobre os direitos e deveres dos Estados**. 26 dez. 1933. Disponível em: [http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/convencao\\_sobre\\_direitos\\_e\\_deveres\\_dos\\_estados-12.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/convencao_sobre_direitos_e_deveres_dos_estados-12.pdf). Acesso em: 17 jul. 2020.

ONU. **Address of his Holiness John Paul II to the 34th General Assembly of the United Nations**. Apostolic Journey to the United States of America. New York, 02 oct. 1979. Disponível em:

[http://www.vatican.va/content/johnpaulii/en/speeches/1979/october/documents/hf\\_jp-ii\\_spe\\_19791002\\_general-assembly-onu.html](http://www.vatican.va/content/johnpaulii/en/speeches/1979/october/documents/hf_jp-ii_spe_19791002_general-assembly-onu.html). Acesso em: 07 jul. 2020.

OPPENHEIMER, Franz. **The State**. New York: BW Huebsch Inc, 1992. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/oppenheimer-the-state>. Acesso em: 07 jun. 2020.

ROTHBARD, Murray. **A anatomia do Estado**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2012. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Book.aspx?id=69>. Acesso em: 17 jul. 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do Contrato Social**: ou princípios do direito político. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Moraes, 2001. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020.

RYNGAERT, Cedric. The legal status of the Holy See. **Goettingen Journal of International Law**, v. 3, n. 3, p. 829-859, 2011. Disponível em: [https://www.gojil.eu/issues/33/33\\_article\\_ryngaert.pdf](https://www.gojil.eu/issues/33/33_article_ryngaert.pdf). Acesso em: 07 jun. 2020.

SOUZA, Salmo Caetano de. A Santa Sé e o Estado da Cidade do Vaticano: distinção e complementaridade. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 100, p. 287-314, 2005. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67675>. Acesso em: 07 jun. 2020.

VATICANO. **Legge n.º CXXXI, 22 fev. 2011**. Sulla cittadinanza, la residenza e l'accesso. Legislazione dello Stato della Città del Vaticano. Disponível em: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/it/va/va007it.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

VATICANO. **Lettera Del Santo Padre Leone XIII Al Cardinale Lucido Maria Parocchi**. 14 maggio 1895. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 1895. Disponível em: [https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/it/letters/documents/hf\\_l-xiii\\_let\\_18950514\\_quale-debba.html](https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/it/letters/documents/hf_l-xiii_let_18950514_quale-debba.html). Acesso em: 17 jul. 2020.

VATICANO. **Trattato fra la Santa Sede e L'Italia**. 11 feb. 1929. Disponível em: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/archivio/documents/rc\\_seg-st\\_19290211\\_patti-lateranensi\\_it.html#CONCORDATO\\_FRA\\_LA\\_S](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19290211_patti-lateranensi_it.html#CONCORDATO_FRA_LA_S). Acesso em: 31 jan. 2021.

# Contratações Públicas Emergenciais em tempos de Pandemia e Proteção Ambiental

*Emergency public procurement in times of pandemic and environmental protection*

Felipe Pires M. de Brito\*

**Resumo:** Em 2020, a pandemia do vírus COVID-19 foi responsável por uma ressignificação de conceitos e necessidade de respostas rápidas dos Estados e governantes pelo mundo. No Brasil, um dos países mais afetados pelo número de infectados e mortes, uma das medidas adotadas foi a instituição de um regime de contratação emergencial para saúde pública, que busca se adequar ao momento pandêmico. Nesse sentido, o trabalho busca avaliar a compatibilidade de tais medidas emergenciais com os preceitos das Contratações Públicas Sustentáveis e o alinhamento com a proteção jurídica ambiental no sistema jurídico brasileiro. Diante disso, busca-se através de avaliação normativa e doutrinária sobre o tema das Contratações Públicas Emergenciais com a perspectiva ambiental, além de ter a intenção de auxiliar no desenvolvimento do tema no Brasil, mesmo que sem a pretensão de esgotá-lo, na medida em que ainda está em constante transição, posto ainda não ter chegado ao fim o período da pandemia pelo vírus COVID-19.

**Palavras-chave:** Contratações públicas. Custo ambiental. Pandemia. Sustentabilidade.

---

\* Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais na Faculdade de Direito de Lisboa. Pós-Graduação em Direito Ambiental Brasileiro na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-Graduação em Direito e Meio Ambiente Sustentável na Universidade Federal do Paraná. Pós-Graduação em Estado e Direito na Universidade Cândido Mendes. LLM em Direito do Estado e da Regulação na Fundação Getúlio Vargas. Pós-graduando em Direito Minerário Centro de Direito e Negócios. E-mail: felipepiresmb@gmail.com.

**Abstract:** In 2020, the COVID-19 was responsible for a reframing of concepts and the need for quick responses from States and governments around the world. In Brazil, one of the countries most affected by the number of infected and deaths, one of the measures adopted was the establishment of an emergency contracting regime for public health, which seeks to adapt to the pandemic moment. In this sense, the work seeks to assess the compatibility of such emergency measures with the precepts of Sustainable Public Procurement and the alignment with environmental legal protection in the Brazilian legal system. In view of this, it seeks through normative and doctrinal evaluation on the theme of Emergency Public Procurement with an environmental perspective, in addition to having the intention to assist in the development of the theme in Brazil, even if it does not intend to exhaust it, to the extent in which it is still in constant transition, since the pandemic period for the COVID-19 virus has not yet ended.

**Keywords:** Public procurement. Environmental cost. Pandemic. Sustainability.

## **Introdução**

Em 2020, o mundo foi confrontado com a pandemia por COVID-19 (Coronavírus), onde em distintos locais pelo mundo as pessoas foram obrigadas ao isolamento social e a quarentena para evitar propagação e contaminação. A situação causou crise econômica, incertezas sobre o cumprimento das obrigações ambientais<sup>1</sup> e teve impacto direto no cotidiano que, se por um lado poderia ser vista com um desafio,

---

<sup>1</sup> “A questão que se coloca, objetivamente, é a seguinte: diante de uma calamidade pública reconhecida oficialmente, é possível exigir o cumprimento de obrigações ambientais como se nada tivesse acontecido? A própria responsabilidade civil ambiental ilimitada, sem dúvida, será questionada. Do ponto de vista econômico, a Covid-19 promete estragos de grande monta que, aliás, já estão ocorrendo”. ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito. Para não dizer que não falei da COVID-19. **GEN Jurídico**, 08 abr. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/08/covid-19-calamidade-publica/>. Acesso em: 22 maio 2020.

por outro, se demonstra uma grande oportunidade para rever comportamentos em prol de um desenvolvimento mais sustentável.

No plano normativo brasileiro, foram aprovadas legislações sobre Contratações Públicas Emergenciais, no intuito de se tornarem medidas efetivas ao combate contra a COVID-19 (Coronavírus), na medida em que se buscou agilidade e eficiência nos procedimentos adotados pela Administração Pública. Nessa perspectiva, vislumbra-se a possibilidade de que o momento seja propício para (re)discutir conceitos em diversos setores como o das Contratações Públicas pela introdução de preceitos sustentáveis<sup>2</sup>.

Diante disso, aponta-se que em contextos de crise, tais como a que estamos enfrentando, surgem grandes oportunidades e, diante disso, a pandemia pelo COVID-19 deve produzir uma intensa e expressiva transformação nas Contratações Públicas, onde, certamente, o caminho alinhado com os preceitos do novo milênio estão voltados para o desenvolvimento sustentável<sup>3</sup>.

A pandemia, ainda em curso, auxilia ainda na ruptura com modelos tradicionais através de apontamentos de caminhos sólidos para a superação da crise econômica e social provocada por este momento em diversos assuntos como o das Contratações Públicas, conforme proposto pelo presente artigo.

## **1 Contratações públicas**

Os procedimentos das Contratações Públicas refletem toda a cadeia de ações para que o Poder Público possa adquirir bens ou contratar obras e serviços, os quais visam a concretização de

---

<sup>2</sup> BRITO, Felipe Pires M. de. **Contratações Públicas Sustentáveis**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

<sup>3</sup> BRITO, Felipe Pires M. de. **Contratações Públicas Sustentáveis**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 152-160.

instrumentos de políticas públicas sob diversas perspectivas como ambientais, sociais e econômicas.

Nesse sentido, Miguel Assis Raimundo, jurista português, assinala:

(...) à prossecução de políticas públicas concretas, de objectivos concretos, e pode por isso ser equacionada enquanto mais um instrumento - ao lado das demais medidas administrativas - ao dispor dos governos<sup>4</sup>.

Tais considerações são complementadas por Maria João Estorninho quando afirma que outras finalidades foram se somando às tradicionais (ex. comprar produto) “como instrumento de realização das mais variadas políticas públicas, nomeadamente ambientais e sociais”<sup>5</sup>.

Em decorrência dessas características, divide-se as etapas das Contratações Públicas em três fases distintas: (i) fase interna; (ii) fase externa e (iii) fase contratual, que é sustentado pelo quadrinômio problema, solução, terceiro e relação benefício-custo<sup>6</sup>. Nessa linha, Renato Mendes adverte:

Toda contratação se desenvolve dentro das perspectivas de: a) existência de uma necessidade a ser satisfeita; b) identificação de uma solução (encargo/objeto) capaz de satisfazer a necessidade; c) seleção de uma pessoa com condições de viabilizar a solução; e d) melhor equivalência entre o encargo (objeto) a ser cumprido e a remuneração a ser paga<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. **A formação dos contratos públicos**: uma concorrência ajustada ao interesse público. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 395.

<sup>5</sup> ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos* (2006, p. 7-8) *apud* ESTORNINHO, Maria João. **Green Public Procurement**: por uma contratação pública sustentável. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico Políticas, 2012. p. 3. Disponível em: [https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/texto\\_prof\\_a\\_mje.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/texto_prof_a_mje.pdf). Acesso em: 22 maio 2020.

<sup>6</sup> MENDES, Renato Geraldo. **O processo de Contratação Pública**. Curitiba: Zênite, 2012. p. 29-30.

<sup>7</sup> MENDES, Renato Geraldo. **O processo de Contratação Pública**. Curitiba: Zênite, 2012. p. 29-30.



A fase interna é marcada pelo planejamento da contratação com a identificação de um problema/necessidade da Administração Pública, estimativa de custo, verificação de disponibilidade orçamentária; elaboração do Termo de Referência e Parecer Jurídico sobre o assunto e, caso necessário, arquivamento ou decisão pela Contratação direta sem Licitação<sup>8</sup>. Nessa etapa, a organização é fundamental para que o processo seja desencadeado da melhor forma e com o máximo de custo-benefício que, por fim, incide no interesse de toda a coletividade.

Como se sabe, o Estado, através dos respectivos governantes, são responsáveis pela gestão e recursos públicos. Nesse patamar, um planejamento eficiente e estratégico possui a capacidade de transformar o processo de Contratação Pública em objeto elementar de efetivação de políticas públicas.

A fase externa, por sua vez, é o momento do processo o em que se verifica a ocorrência tanto do que se chama de licitação como da sua dispensa ou inexigência. Ela é caracterizada por dois procedimentos distintos: a licitação e a contratação direta (dispensa e inexigência). A licitação, por sua vez, admite diferentes variações procedimentais, que a legislação qualifica como modalidades de licitação (concorrência, leilão, pregão etc.).

As Licitações Públicas, por exemplo, são instrumentos elementares para que os Estados possam fomentar os mercados para uma determinada conduta pretendida como na busca de um ambiente mais sustentável. Partindo dessa constatação, cumpre descrever o conceito das

---

<sup>8</sup> MENDES, Renato Geraldo. **O processo de Contratação Pública**. Curitiba: Zênite, 2012. p. 29.; “No ciclo proposto, a fase de elaboração de programas e decisão implica em identificar e escolher alternativas, avaliando opções e estratégias, após a introdução do problema na pauta da Administração Pública. Nessa realidade complexa, o planejamento ocupa lugar de destaque”. MOTTA, Fabrício. Ensaio sobre contratos administrativos e políticas públicas. *In*: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; BITTENCOURT, Eurico; MOTTA, Fabrício. **Responsabilidade nos Contratos Públicos**: uma perspectiva comparada luso-brasileira. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2020. p. 164-180.

Licitações Públicas para em sequência compreender as mudanças para um modelo mais aliado aos preceitos da sustentabilidade. Cumpre destacar que as Licitações Públicas, procedimentos administrativos destinados à escolha de a ser contratada pela Administração Pública<sup>9</sup>, são tradicionais institutos do Direito Administrativo e importantes veículos para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Indica-se que a Licitação Pública é o meio pelo qual o Estado seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, nas lições de Hely Lopes Meirelles e José Emmanuel Burle Filho<sup>10</sup>.

Nas Contratações diretas, figuram os casos de dispensas e inexigibilidade das licitações. Segundo os art. 24 e 25 da Lei Federal nº. 8.666/93<sup>11</sup>, em situações excepcionais o Estado pode dispensá-las (ex. pequeno valor, casos de guerra ou calamidade pública) ou a própria circunstância torna inexigível tais procedimentos (ex. aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos pelo mesmo produtor) de Licitação Pública. Diferencia Marçal Justen Filho<sup>12</sup>:

As diferenças entre inexigibilidade e dispensa de licitação são evidentes. Não se trata de questão irrelevante ou meramente retórica, mas de alternativas distintas em sua própria natureza, com regime jurídico diverso. A inexigibilidade é um conceito logicamente anterior ao da dispensa. Naquela, a licitação não é instaurada por inviabilidade de competição. Vale dizer, instaurar a licitação em caso de dispensa significa deixar de obter uma proposta ou obter proposta inadequada. Na dispensa,

---

<sup>9</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 15.

<sup>10</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 310.

<sup>11</sup> BRASIL. **Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 09 fev. 2021.

<sup>12</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 483.

a competição é viável e, teoricamente, a licitação poderia ser promovida. Não o é porque, diante das circunstâncias, a Lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista circunstâncias peculiares. Em suma, a inexigibilidade é uma imposição da realidade extra-normativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa.

Em síntese, os representantes do Poder Público no processo de Contratação Pública devem seguir o seguinte caminho entre a escolha (com ou sem licitação conforme o caso) e a assinatura do contrato. Diante do cenário exposto, cumpre a realização de uma (re)leitura de conceitos clássicos do Direito Administrativo como as Contratações e Licitações Públicas. O Estado brasileiro possui dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, que devem ser irradiados pelo sistema jurídico como um todo<sup>13</sup> e, no caso em tela, para contemplar os preceitos do desenvolvimento sustentável em todas as dimensões (ambiental-social-econômico)<sup>14</sup>.

Portanto, o processo não é uma realidade uniforme, ou seja, como um conjunto de fases, etapas e atos, ele não apresenta uma única estrutura, mas uma conformação que pode variar de acordo com determinadas condições. Para que exista legalmente um procedimento ou uma variação procedimental, é necessária uma razão lógica capaz de justificá-lo. No entanto, é importante acentuar que a diferença procedimental que podemos observar no processo de contratação pública ocorre, fundamentalmente, na sua fase externa.

No Brasil, as seqüências a serem observadas pelos procedimentos das Contratações Públicas, especialmente as Licitações

---

<sup>13</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 219-285.

<sup>14</sup> SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p. 71.

e Contratos, estão dispostos na Lei Federal nº. 8.666/93<sup>15</sup>, a qual foi sendo atualizada ao longo do tempo por uma série de alterações como a inclusão da necessidade de promoção do desenvolvimento sustentável<sup>16</sup> em consonância com a proteção jurídica ambiental (ex. art. 225, caput - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)<sup>17</sup>.

Diante de tais perspectivas, cabe observar que a Contratação Pública segue uma sequência de procedimentos para maximizar a observância aos interesses públicos.

## 2 Contratações públicas emergenciais

Ultrapassadas as premissas iniciais sobre Contratações Públicas, cabe verificar a forma como o sistema jurídico brasileiro passou a enfrentar momentos emergenciais e de crise como o combate à pandemia gerada por COVID-19 (Coronavírus) em 2020, que desencadeou isolamentos sociais e crises econômicas pelo mundo e também no Brasil.

No que se refere às Contratações Públicas, cumpre ressaltar que nem sempre há possibilidade desse planejamento prévio e estratégico. Isso porque, por vezes, existem situações excepcionais que demandam medidas emergenciais e forma mais simplificada.

Para se adaptar à situação emergencial, o Poder Público federal, no Brasil, editou a Medida Provisória nº. 926/2020<sup>18</sup>, em que

---

<sup>15</sup> BRASIL. **Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 09 fev. 2021.

<sup>16</sup> Artigo 3º da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993.

<sup>17</sup> 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

<sup>18</sup> BRASIL. **Medida Provisória n.º 926, de 20 de março de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública

institui autorização de dispensa de licitação pública para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência, que foi convertida na Lei Federal nº. 14.035/2020<sup>19</sup> e a Medida Provisória nº. 961/2020<sup>20</sup> para ampliar a aplicação do Regime Diferenciado de Contratação Pública - RDC, além de alterar os limites orçamentários para as dispensas de licitação.

Repara-se que a opção adotada foi o resgate do Regime Diferenciado de Contratação, o qual foi previsto exclusivamente para os casos estabelecidos pelo art. 1º da Lei Federal nº 12.462/2011:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito

---

de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=MPV&numero=926&ano=2020&ato=6f1o3aq5EMZpWTe17>. Acesso em: 09 fev. 2021.

<sup>19</sup> BRASIL. **Lei n.º 14.035, de 11 de agosto de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/114035.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114035.htm). Acesso em: 10 fev. 2021.

<sup>20</sup> BRASIL. **Medida Provisória n.º 926, de 20 de março de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=MPV&numero=926&ano=2020&ato=6f1o3aq5EMZpWTe17>. Acesso em: 09 fev. 2021.

Federal e Municípios; III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II; V - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo e VII - ações no âmbito da Segurança Pública<sup>21</sup>.

Sob a perspectiva do regime diferenciado e a relação com a nova situação de pandemia por COVID-19 (Coronavírus), Sidney Bittencourt discorre:

Considerando que a grave situação pandêmica exige rápidas medidas do Poder Público, é evidente que a feitura de licitações para contratações urgentes de objetos que visem o enfrentamento do vírus, que, como se sabe, requerem um tempo razoável, dificilmente seria o meio adequado. Nesse passo, como anotado, a Lei nº 13.979/2020 instituiu uma nova modalidade de contratação direta: a dispensa de licitação para aquisição de bens, insumos e serviços, inclusive de engenharia, destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Novo Coronavírus (art. 4º). Com base neste dispositivo, qualquer ente do Poder Público ficou autorizado a

---

<sup>21</sup> BRASIL. **Lei n.º 12.462, de 04 de agosto de 2011.** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero [...]. Disponível em: [https://legislacao.presidencia.gov.br/ficha/?legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%2012.462-2011&OpenDocument](https://legislacao.presidencia.gov.br/ficha/?legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.462-2011&OpenDocument). Acesso em: 11 fev. 2021.

dispensar a feitura do procedimento licitatório quando, exclusivamente em função da emergência de saúde pública, buscar adquirir bens/insumos ou contratar serviços, inclusive de engenharia<sup>22</sup>.

Na mesma linha e com precisas reflexões sobre a necessidade de adequação do contexto das Contratações Públicas com momento emergenciais, Guilherme Carvalho e Marinês Dotti descrevem:

Há, inquestionavelmente, uma situação patológica a ser tratada e, diante desta patologia, a atividade do gestor torna-se complicada. Tratemos, pois, do primeiro ponto: o que pode, em tempos de pandemia, ser considerado preço acima do de mercado ou, nos termos da lei, aquisições por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços? Usemos um simplório exemplo relacionado ao valor de máscaras de proteção facial: avalia-se, primeiramente, o custo de uma caixa desse produto antes da pandemia; instalado o caos, qual é seu o valor atual? Não há resposta fácil, sublinhe-se, primeiro porque o mesmo poderá não mais existir no mercado; segundo, porque, acaso existente, seu preço poderá elevar-se em quantitativo de vezes superior ao valor original. Logo, não será tarefa fácil determinar o que seja sobrepreço diante do quadro apresentado. É quase impossível, na prática, determinar, hermeticamente, o valor de um bem ou serviço em uma situação de total turbulência, onde o caos freia a corriqueira ordem da oferta e da procura. É impraticável afirmar, com margem de certeza peremptória, que um bem adquirido por um valor mais elevado esteja fora do padrão de mercado e que o agente público responsável pela aquisição tenha, necessariamente, de ser responsabilizado, por quê? Porque, em tal situação, pode aquele bem ter sido a única e real possibilidade de aquisição e, para não ser

---

<sup>22</sup> BITTENCOURT, Sidney. A Contratação Emergencial por dispensa de licitação em função da pandemia provocada pelo novo coronavírus. **Portal O Licitante**. Disponível em: <http://www.olicitante.com.br/emergencial-coronavirus>. Acesso em: 26 ago. 2020.

ineficiente (leia-se, evitar mortes), o agente público teve de agir naquelas condições<sup>23</sup>.

Demonstra-se inquestionável, pois, que o sistema de Contratações Públicas precisa se adequar aos casos de crise e as circunstâncias imprevisíveis. Ora, a pandemia por COVID-19 em 2020 foi, certamente, um dos eventos mais inesperados da história recente da humanidade e, desse modo, deve ser tratado pelos Estados em geral. O problema, como bem observado no trecho acima apontado de Guilherme Carvalho e Marinês Dotti, é a forma de adequação da Administração Pública para os modelos de Contratações Públicas Emergenciais.

### **3 Contratações públicas emergenciais e proteção ambiental**

É inegável que a pandemia causada por COVID-19 (Coronavírus) requer esforços emergenciais do Poder Público, mas também cumpre observar que tais ações podem (e devem) estar alinhadas com o processo de proteção ambiental em curso nas Contratações Públicas desde a inclusão da possibilidade de adoção de critérios sustentáveis.

Os efeitos completos da pandemia por COVID-19 nas Contratações Públicas ainda não são mensuráveis, na medida que está em curso. Ocorre, porém, já ser possível verificar que o sistema prescinde de medidas mais eficazes para suportar condições adversas e excepcionais.

Do ponto de vista das Contratações Públicas Sustentáveis, o Regime Diferenciado de Contratação (Lei Federal nº. 12.462/2011) já apontava acertadamente o caráter da obrigatoriedade nos pleitos, conforme a seguir:

---

<sup>23</sup> CARVALHO, Guilherme; DOTTI, Marinês Restelatto. O surto nas contratações públicas emergenciais. Uma profilaxia de doses alopáticas? **JOTA**, 23 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-surto-nas-contratacoes-publicas-emergenciais-23052020>. Acesso em: 26 ago. 2020.



As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo<sup>24</sup>.

A busca de inclusão do critério da sustentabilidade nas Contratações Públicas remete a ideia de consideração das externalidades ambientais negativas e no custo ambiental de todo o processo de produção (“do berço ao túmulo”) e, mesmo em circunstâncias de crise, pode ser considerado. Isso porque o desenvolvimento sustentável (ambiental-econômico-social) com Contratação Pública impõe a análise dos “custos ambientais” e as externalidades negativas ao meio ambiente.

Nesses termos, vincula-se as proposições de António Guterres com as Contratações Públicas Sustentáveis<sup>25</sup>, visto que as questões estão correlacionadas com o combate às alterações climáticas, defesa do meio ambiente e efetivação dos instrumentos do desenvolvimento sustentável. Nessa medida, em paralelo à pandemia do COVID-19, que causou

---

<sup>24</sup> Trata-se do artigo 3º da Lei. BRASIL. **Lei n.º 12.462, de 04 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero [...]. Disponível em: [https://legislacao.presidencia.gov.br/ficha/?legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%2012.462-2011&OpenDocument](https://legislacao.presidencia.gov.br/ficha/?legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.462-2011&OpenDocument). Acesso em: 11 fev. 2021.

<sup>25</sup> “O período do coronavírus será um laboratório das contratações públicas: ao lidar com situação excepcional, será possível avaliar de que modo os gestores públicos lidam com a inexistência de amarras tão grandes às contratações públicas. E os resultados das contratações, no período, poderão orientar o legislador em reformas. O prognóstico está feito. Caberá ao diagnóstico futuro nos dizer se nossos dogmas fazem sentido. TOLEDO, Renato. Coronavírus e o laboratório das contratações públicas. **JOTA**, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reg/coronavirus-e-o-laboratorio-das-contratacoes-publicas-16042020>. Acesso em: 26 ago. 2020.

transtornos inimagináveis e de grandes proporções globais, as alterações climáticas também têm sido alertadas há anos, as quais podem, inclusive, ter consequências maiores a longo prazo do que a atual situação<sup>26</sup>.

Além disso, é bem verdade que as potenciais reduções de emissões de Gases de Efeito Estufa pela circunstância pontual e extraordinária da pandemia<sup>27</sup> podem não ter consequências expressivas nas transformações elementares para as metas climáticas dispostas no Acordo de Paris, mas, noutra via, nota-se que em poucos meses já foi possível observar a redução de emissões de Gases de Efeito Estufa, além da transição para hábitos mais sustentáveis como redução no deslocamento e uso dos meios virtuais para reuniões, trabalhos e estudos. Há, portanto, caminhos para uma saída da crise através do desenvolvimento sustentável. Esta constatação já tem sido planejada pelo bloco europeu numa espécie de *European Green Deal*<sup>28</sup>.

Nesse sentido, parlamentares europeus propuseram um pacote de recuperação e reconstrução que deveria ter em seu núcleo o European Green Deal e a transformação digital, a fim de impulsionar a

---

<sup>26</sup> “(...) a crise das alterações climáticas é muito lenta. Para ser mais preciso, é uma crise muito rápida da perspectiva das épocas geológicas, mas muito lenta do ponto de vista dos nossos acontecimentos diários e do calendário político. Se a crise das alterações climáticas culminasse num único acontecimento dentro de um ano, a humanidade certamente organizaria para a impedir ou adaptar-se. Mas as alterações climáticas em curso desenrolar-se-ão ao longo de décadas, e não meses. (...). As alterações graduais, de ano para ano, poderão ser muito lentas para provocar medidas políticas de grande escala, mas os seus efeitos cumulativos poderão revelar-se devastadores; ou então despertaremos para a realidade quando já for tarde demais para mudar decisivamente de rumo”. SACHS, Jeffrey. **A Era do Desenvolvimento Sustentável**. Columbia: Actual, 2017. p. 417-472.

<sup>27</sup> KAFRUNI, Simone. Isolamento reduz poluição do ar na Europa, mostra imagem de satélite. **Correio Brasileiro**, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://blogs.correiobraziliense.com.br/4elementos/2020/03/31/isolamento-reduz-poluicao-do-ar-na-europa-mostra-imagem-de-satelite>. Acesso em: 22 ago. 2020.

<sup>28</sup> CLIMATE HOME NEWS. **European Green Deal must be central to a resilient recovery after Covid 19**. 09 abr. 2020. Disponível em: <https://www.climatechangenews.com/2020/04/09/european-green-deal-must-central-resilient-recovery-covid-19/>. Acesso em: 22 maio 2020.

economia. De acordo com Franciscus Timmermans, Primeiro Vice-Presidente da Comissão Europeia, afirma:

(...) são necessárias respostas pan-europeias e uma recuperação verde não é apenas possível, mas crucial, pois a Europa perderia duas vezes se mobilizarmos investimentos para restaurar a velha economia antes de torná-la verde e sustentável<sup>29</sup>.

Ocorre que, independente de tais questões, as medidas adotadas pelo Governo Federal para conter os avanços por COVID-19 no Brasil e as ações apresentadas pela Medida Provisória nº. 961/2020 de ampliação do Regime Diferenciado de Contratação acabaram sendo meramente paliativas para problemas de curto prazo e desconsideraram, equivocadamente, a adoção de critérios de sustentabilidade e, desse modo, perde-se a oportunidade de disseminar questões sobre sustentabilidade nas Contratações Públicas e superar grandes desafios<sup>30</sup>.

Concorda-se, nesse ponto, com as afirmações de Madeline Furtado e Monique Furtado que o momento da pandemia deve ser um marco para que os governantes possam, através de “coragem e assertividade”, nas expressões escolhidas pelas autoras, atuarem com eficiência gerencial, conforme se infere do trecho a seguir:

Para que haja eficiência e eficácia nesse momento será exigido um nível comportamento gerencial dos servidores ou “empreendedores públicos” que rotineiramente não é exigido numa situação de normalidade, onde se tem muito tempo para planejar, muito embora, não seja essa é a realidade de todos, mas, no momento de pandemia, a situação se agrava e será cobrando posicionamentos

---

<sup>29</sup> NEWS EUROPEAN PARLIMENT. **EU COVID-19 recovery plan must be green and ambitious, say MEPs**. 21 abr. 2020. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20200419IPR77407/eu-covid-19-recovery-plan-must-be-green-and-ambitious-say-meps>. Acesso em: 22 maio 2020.

<sup>30</sup> BRITO, Felipe Pires M. de. **Contratações Públicas Sustentáveis**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 152-160.

firmes e rápidos dose gestores para decidir sobre adquirir ou não por emergência, dispensar documentos relevantes nas licitações, antecipar pagamentos, e até mesmo contratar empresas consideradas inidôneas, o que sem dúvida exigirá coragem e assertividade. A coragem e assertividade para enfrentar os desafios são consubstanciadas pela capacitação, pelo conhecimento jurídico, administrativo, técnico, operacional e procedimental das aquisições o que sem dúvida traz a segurança necessária para enfrentá-los. É importante e necessário avocar toda a capacidade gerencial dos gestores para implementar medidas urgentes, tanto para lidar com o mercado desequilibrado economicamente e realizar as aquisições, quanto para administrar os contratos já existentes<sup>31</sup>.

Nessa medida, as Contratações Públicas Sustentáveis, ou seja, que nas compras públicas e contratações de serviços e obras sejam consideradas as componentes da sustentabilidade (ambiental-econômico-social). Reforça-se, portanto, que a superação tanto da crise econômica da pandemia como das mudanças climáticas é de uma (re)visão urgente dos conceitos tradicionais de direito e economia para outro em consonância com o desenvolvimento sustentável<sup>32</sup>.

## **Considerações finais**

Com efeito, o presente artigo buscou alinhar os temas da pandemia por COVID-19 com as Contratações Públicas e, mais especificamente, com a introdução de medidas sustentáveis nesse contexto como forma de superação da crise social e econômica causada.

---

<sup>31</sup> FURTADO, Madeline Rocha; FURTADO, Monique Rocha. Reflexões sobre os avanços e desafios na legislação trazidos pela COVID-19. **ONLL**, 12 maio 2020. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/05/12/reflexoes-sobre-os-avancos-e-desafios-na-legislacao-trazidos-pela-covid-19/>. Acesso em: 22 maio 2020.

<sup>32</sup> BRITO, Felipe Pires M. de. **Contratações Públicas Sustentáveis**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 1-4.

A pandemia relacionada com COVID-19, como verificado ao longo do texto, demandou esforços do Poder Público para se adequar ao momento com medidas eficientes e ágéis que impõem as circunstâncias. Certamente, a compra de equipamentos de saúde e outros co-relacionados são emergenciais e a adoção dos procedimentos para compras de produtos, obras e serviços precisam ser diferenciados.

Indicou-se, porém, que, mesmo nesse campo de dificuldades e obstáculos, é possível a avaliação de propostas sustentáveis como a inserção de componentes ambientais nas Contratações Públicas com a verificação do custo global dos produtos, obras ou serviços (custo real = custo do produto + custo ambiental). Advoga-se, aqui, pela consideração das externalidades ambientais negativas de todo o ciclo de vida (“do berço ao túmulo”).

Para demonstrar essas possibilidades, notou-se a necessidade de apresentação de premissas teóricas sobre Contratações Públicas e suas respectivas fases (fase interna e fase externa), sobre Contratações Públicas Emergenciais (ex. Regime Diferenciado de Contratação) para, mais adiante, discorrer sobre a proteção ambiental nesse processo.

Desse modo, foram apresentadas “saídas verdes” como o European New Green Deal para superar a crise econômica e social da pandemia por COVID-19. Demonstrou-se, ainda, que em outra situação emergencial (Regime Diferenciado de Contratação) questões sobre Contratações Públicas Sustentáveis foram levantadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que reforça o ponto defendido no presente artigo.

Diante disso, considera-se, mesmo que ainda prematuro pela pandemia ainda estar em curso, que o ponto de ruptura com medidas tradicionais das Contratações Públicas e inclusão das externalidades ambientais negativas nesse processo.

Sob o enfoque brasileiro, observou-se que carecem as medidas emergenciais tomadas pela “legislação de crise” (Medidas Provisórias nos 926/202033 e 961/202034 e Lei Federal n.º 14.035/2020)<sup>35</sup>.

Nesses termos, conclui-se que a oportunidade que o Estado brasileiro faça uma (re)leitura verde das Contratações Públicas no período da pandemia pela COVID-19 ainda não foi devidamente proveitada, mas que já é possível observar caminhos para uma autêntica “saída verde”.

## Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito. Para não dizer que não falei da COVID-19. **GEN Jurídico**, 08 abr. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/08/covid-19-calamidade-publica/>.

Acesso em: 22 maio 2020.

BITTENCOURT, Sidney. A Contratação Emergencial por dispensa de licitação em função da pandemia provocada pelo novo coronavírus.

---

<sup>33</sup> BRASIL. **Medida Provisória n.º 926, de 20 de março de 2020**. Altera a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=MPV&numero=926&ano=2020&ato=6f1o3aq5EMZpWTe17>. Acesso em: 09 fev. 2021.

<sup>34</sup> BRASIL. **Medida Provisória n.º 961, de 06 de maio de 2020**. Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adequa os limites de dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n.º 6, de 20 de março de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv961.htm). Acesso em: 09 fev. 2021.

<sup>35</sup> BRASIL. **Lei n.º 14.035, de 11 de agosto de 2020**. Altera a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/114035.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114035.htm). Acesso em: 10 fev. 2021.

**Portal O Licitante.** Disponível em: <http://www.olicitante.com.br/emergencial-coronavirus>. Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 12.462, 04 de agosto de 2011.** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária Infraero [...]. Disponível em: [https://legislacao.presidencia.gov.br/ficha?legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%2012.462-2011&OpenDocument](https://legislacao.presidencia.gov.br/ficha?legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.462-2011&OpenDocument). Acesso em: 11 fev. 2021.

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 14.035, de 11 agosto de 2020.** Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/114035.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114035.htm). Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 09 fev. 2021.

**BRASIL. Medida Provisória n.º 926, de 20 de março de 2020.** Altera a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=MPV&numero=926&ano=2020&ato=6f1o3aq5EMZpWTe17>. Acesso em: 09 fev. 2021.

**BRASIL. Medida Provisória n.º 961, de 06 de maio de 2020.** Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adequa os limites de dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n.º 6, de 20 de março de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv961.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv961.htm). Acesso em: 09 fev. 2021.

BRITO, Felipe Pires M. de. **Contratações Públicas Sustentáveis.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CARVALHO, Guilherme; DOTTI, Marinês Restelatto. O surto nas contratações públicas emergenciais. Uma profilaxia de doses alopáticas? **JOTA**, 23 maio 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-surto-nas-contratacoes-publicas-emergenciais-23052020>. Acesso em: 26 ago. 2020.

ESTORNINHO, Maria João. **Green Public Procurement:** por uma contratação pública sustentável. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico Políticas, 2012. Disponível em: [https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/texto\\_prof\\_a\\_mje.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/texto_prof_a_mje.pdf). Acesso em: 22 maio 2020.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.



FURTADO, Madeline Rocha; FURTADO, Monique Rocha. Reflexões sobre os avanços e desafios na legislação trazidos pela COVID-19. **ONLL**, 12 maio 2020. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/05/12/reflexoes-sobre-os-avancos-e-desafios-na-legislacao-trazidos-pela-covid-19/>. Acesso em: 22 maio 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Renato Geraldo. **O processo de Contratação Pública**. Curitiba: Zênite, 2012.

MOTTA, Fabrício. Ensaio sobre contratos administrativos e políticas públicas. *In*: AMADO GOMES, Carla; NEVES, Ana Fernanda; BITTENCOURT, Eurico; MOTTA, Fabrício. **Responsabilidade nos Contratos Públicos**: uma perspectiva comparada luso-brasileira. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2020.

RAIMUNDO, Miguel Assis. **A formação dos contratos públicos**: uma concorrência ajustada ao interesse público. Lisboa: AAFDL, 2013.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SACHS, Jeffrey. **A Era do Desenvolvimento Sustentável**. Columbia: Actual, 2017.

TOLEDO, Renato. Coronavírus e o laboratório das contratações públicas. **JOTA**, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/op>

Diálogo Ambiental Constitucional Internacional, v. 20: Os desafios dos direitos fundamentais no século XXI: a importância da segurança e do meio ambiente

iniao-e-analise/colunas/reg/coronavirus-e-o-laboratorio-das-contratacoes-publicas-16042020. Acesso em: 22 maio 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

KAFRUNI, Simone. Isolamento reduz poluição do ar na Europa, mostra imagem de satélite. **Correio Brasiliense**, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://blogs.correiobraziliense.com.br/4elementos/2020/03/31/isolamento-reduz-poluicao-do-ar-na-europa-mostra-imagem-de-satelite>. Acesso em: 22 ago. 2020.

CLIMATE HOME NEWS. **European Green Deal must be central to a resilient recovery after Covid-19**. 09 abr. 2020. Disponível em: <https://www.climatechangenews.com/2020/04/09/european-green-deal-must-central-resilient-recovery-covid-19/>. Acesso em: 22 maio 2020.

NEWS EUROPEAN PARLIMENT. **EU COVID-19 recovery plan must be green and ambitious, say MEPs**. 21 abr. 2020. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20200419IPR77407/eu-covid-19-recovery-plan-must-be-green-and-ambitious-say-meps>. Acesso em: 22 maio 2020.

# Liberdade de expressão e democracia: o acionamento da Lei de Segurança Nacional no Governo Bolsonaro

*Freedom of expression and democracy: the use of The National Security Law in the Bolsonaro Government*

Nikaelly Lopes de Freitas\*

Pedro Henrique Martins Araújo Menezes\*

**Resumo:** Trata-se de uma análise acerca da possibilidade de enfraquecimento do Estado Democrático de Direito diante do reiterado acionamento da Lei de Segurança Nacional pelo Governo de Jair Messias Bolsonaro. Analisa, ainda, o impacto das práticas discursivas utilizadas, materializadas pelas fake news e propagação de *hate speech*, bem como pelas ações governamentais contrárias ao livre exercício das liberdades individuais. Por fim, revela como as práticas discursivas do atual governo têm sido diametralmente contrárias a sustentabilidade democrática, de modo a enfraquecê-la, por meio do constrangimento da sociedade civil e da adoção de modus que se aproxima ao adotado pela Doutrina de Segurança Nacional no período ditatorial, qual seja, o conceito de inimigo interno. Portanto, utiliza-se da metodologia qualitativa, através de revisão bibliográfica de obras, documentos e notícias publicadas entre 2019 e 2021, com foco na relação entre a liberdade de expressão e a concretização de um regime democrático.

---

\* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Avaliação de Políticas Públicas (PPGAPP) da Universidade Federal do Ceará. Pesquisadora e Mentora da Linha de Direito Internacional e Direitos Humanos do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI/UFC). Advogada. E-mail: nikaelly\_lopes@hotmail.com.

\* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Ceará e em Relações Internacionais pela Centro Universitário Leonardo da Vinci. Pesquisador e Diretor Acadêmico da linha de pesquisa em Direito Internacional e Economia do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI/UFC). E-mail: pedro.menezes@alu.ufc.br.

**Palavras-chaves:** Lei de Segurança Nacional. Liberdade de Expressão. Democracia. Inconstitucionalidade.

**Abstract:** This is an analysis of the possibility of weakening the Democratic Rule of Law in the face of the repeated activation of the National Security Law by the Government of Jair Messias Bolsonaro. It also analyzes the impact of the discursive practices used, materialized by fake news and the spread of hate speech, as well as by government actions contrary to the free exercise of individual freedoms. Finally, it reveals how the discursive practices of the current government have been diametrically contrary to democratic sustainability, so as to weaken it, through the constraint of civil society and the adoption of modus that is close to that adopted by the Doctrine of National Security in the period dictatorial, that is, the concept of internal enemy. Therefore, it uses the qualitative methodology, through bibliographic review of works, documents and news published between 2019 and 2021, with a focus on the relationship between freedom of expression and the implementation of a democratic regime.

**Keywords:** National Security Law. Freedom of expression. Democracy; Unconstitutionality.

## **Introdução**

Em um Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão se torna um dispositivo fundamental, sem o qual se estará diante de um estado de exceção permanente, no qual as liberdades individuais são restringidas e os direitos não podem ser plenamente satisfeitos. De outro modo, seu exercício não está isento da responsabilidade e deveres que o acompanham, estando limitado pelo gozo de outros direitos, o que coaduna para o próprio fortalecimento da democracia, sendo certo que o Estado e seus representantes também estão submetidos a tais disposições.

Sendo assim, diante do reiterado acionamento da Lei de Segurança Nacional pelo Governo de Jair Messias Bolsonaro, cabe analisarmos a possibilidade de enfraquecimento do Estado Democrático de Direito por força das práticas discursivas utilizadas, materializadas pelas *fake news* e propagação de *hate speech*, bem como pelas ações governamentais contrárias ao livre exercício das liberdades individuais, causado insegurança social e jurídica que vem sendo reconhecida e apontada por defensores de direitos humanos e organização internacionais.

Desse modo, por meio da presente pesquisa exploratória de cunho qualitativo, busca-se, por meio de revisão bibliográfica de obras, documentos e notícias publicadas entre 2019 e 2021, analisar de que forma a liberdade de expressão se relaciona diretamente com a concretização de um regime democrático, demonstrando a importância de sua regulamentação e limitações legais.

Além disso, identifica o modo como o direito fundamental à liberdade de expressão tem sido instrumentalizado para o enfraquecimento da democracia no Governo Bolsonaro (2019 - presente) por meio de sua paradoxal invocação ao demandá-lo para a propagação de *fake news* e discursos de ódio, ao mesmo tempo em que busca restringi-lo para os seus opositores. Por fim, trata-se da inconstitucionalidade da Lei de Segurança Nacional, dispositivo residual do regime ditatorial que é amplamente utilizada no atual governo para constranger a sociedade civil e blindar-se de críticas.

## **1 Liberdade de Expressão e Democracia**

A liberdade de comunicação é compreendida por um “conjunto de direitos, formas, processos e veículos que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da

informação”, englobando a liberdade de expressão, liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de informação em geral<sup>1</sup>.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a liberdade de expressão enquanto direito constitucionalmente tutelado encontra respaldo no art. 5º, pelos incisos IV, V, IX, XII e XIV da Constituição Federal, a qual determina que “é livre a manifestação do pensamento”<sup>2</sup>, sendo certo, que este também compreende à criação, à expressão, à informação (art. 220, §§ 1º e 2º) e a difusão deste<sup>3</sup>. Assim, a liberdade de expressão se faz essencial para o efetivo gozo dos direitos fundamentais, é no seu exercício que o Estado consegue legitimar-se, sendo certo que o próprio compromisso com uma democracia liberal implica em respeito pela liberdade de expressão<sup>4</sup>.

Assim, dentre os direitos constitucionalmente protegidos no contexto de um Estado Democrático de Direito destinado, também, a assegurar os direitos sociais e individuais, este direito encontra-se em lugar de destaque, merecendo respeito, principalmente, em circunstâncias sociais, econômicas e políticas extremas, tendo em vista que a liberdade de expressão aumenta a probabilidade de que violações de direitos sejam identificadas, assegura que as autoridades prestem

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 245.

<sup>2</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 jul. 2020.

<sup>3</sup> CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.; FREITAS, Nikaelly Lopes de Freitas; CAVALCANTI, Camilla Martins; PEIXOTO, Arnelle Rolim. Os impactos provocados pelas fake news na saúde pública e o direito à livre expressão: a colisão de direitos fundamentais em meio a pandemia da COVID-19. *In: Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais*, 6, v. 1. **Anais...** Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2020. p. 431.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, André Soares; GOMES, Patrícia Oliveira. Os limites da liberdade de expressão: *fake news* como ameaça à democracia. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 20, n. 2, maio/ago., 2019. p. 102.

conta de seus atos, desestimula a corrupção e aumenta a qualidade das deliberações políticas, permitindo que público e especialistas externos ao governo possam fazer sugestões e críticas<sup>5</sup>.

Desse modo, enquanto liberdade do uso da linguagem, verbal ou não, no espaço público, a liberdade de expressão relaciona-se diretamente entre o poder e a linguagem em uma sociedade democrática, dos quais são termos definitivos: a igualdade política e a liberdade de fala<sup>6</sup>.

Em alguns aspectos e em determinadas sociedades em desenvolvimento, a liberdade de expressão ajuda, inclusive, na prevenção da fome endêmica<sup>7</sup>, de modo que, “ao lado de suas muitas funções psicológicas, morais, artísticas, religiosas e econômicas, a liberdade de expressão é uma precondição essencial do autogoverno democrático” e por essa razão, “é qualificada, às vezes, como aquela de que todas as demais liberdades dependem”<sup>8</sup>.

Sendo assim, a liberdade de expressão embora não absoluta, deve ser reconhecida em posição preferencial, por constituir estruturalmente, uma condição antecedente, qualificando a pessoa como agente e a base informacional para o exercício de outras liberdades e princípios constitucionais, estruturantes para institutos legais diversos, sendo, portanto, condição base para a agência humana e expressão de um bem social, se associando sobremaneira ao regime democrático<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2019. p. 102.

<sup>6</sup> ADVERSE, Helton. P. Parresia e isegoria: Origens político-filosóficas da liberdade de expressão. *In*: LIMA, Venício A. de; GUIMARÃES, Juarez. **Liberdade de Expressão**: as várias faces de um desafio. São Paulo: Paulus, 2013. p. 13.

<sup>7</sup> DRÉZE, Jena; SEM, Amartya. **Índia**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

<sup>8</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2019. p. 102.

<sup>9</sup> ARAÚJO, Márcio Schusterschitz da Silva. **Liberdade de expressão**. Recurso eletrônico: Amazon, 2017. p. 36-37.

Isso porque, o direito à livre expressão se manifesta pelos benefícios que traz como consequências sociais, de modo a diminuir o risco de que o governo aja de maneira irrefletida, promover o progresso científico, encorajar a disseminação do conhecimento e garantir que a “opressão ou os abusos cometidos pelo governo venham às vezes suscitar protestos clamorosos. Numa sociedade sem liberdade de expressão, indivíduos sofrem, sobretudo, em razão do que a ausência de liberdade faz com essa sociedade”<sup>10</sup>.

Nesse sentido, embora o direito à liberdade de expressão possa ser reclamado e usado por indivíduos, ele também é condição para um “processo eminentemente social – a saber, o da deliberação democrática”<sup>11</sup>:

A liberdade de expressão promove a socialidade liberal e dá oportunidade para que as pessoas se comuniquem, discordem entre si e negociem livremente umas com as outras em um fórum público. A liberdade de imprensa, que abre canais de comunicação pública, tem um caráter inequivocamente comunitária. Em tese, como efeito, todo detentor de um direito à liberdade de expressão, na medida que o usa, contribuir para com a coletividade e seus objetivos<sup>12</sup>.

Diante disso, a liberdade de expressão se cristaliza enquanto direito fundamental, que embora não absoluto, se faz essencial para um efetivo Estado Democrático de Direito, sem a qual os direitos não

---

<sup>10</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2019. p. 111-112.

<sup>11</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2019. p. 153.

<sup>12</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2019. p. 153.



podem prosperar. Contudo, sua proteção não obsta a regulamentação e mesmo de restrições, objeto de discussão da próxima seção.

## 2 Limitações à liberdade de expressão

Ao considerarmos que a liberdade de expressão, assim como outras formas de conduta pública, realizadas a partir do exercício de um direito são uma forma de poder, e como tal, pode ser mal utilizado, é certo que seu emprego deverá ser regulamentado por autoridades políticas e judiciais, a fim de evitar que indivíduos ou grupos prejudiquem-se mutuamente, sendo determinadas limitações simples questões de bom senso em países fortemente comprometidos com esse princípio<sup>13</sup>. Por essa razão:

Há nos códigos legais, leis (bastante razoáveis) que restringem o perjúrio, a tentativa de suborno, a fixação de preços por combinação entre os concorrentes, a propaganda enganosa e fraudulenta, a pornografia infantil, conspirações, ameaças de assassinato do presidente e muitas outras formas de expressão<sup>14</sup>.

Não por acaso, no âmbito internacional, a liberdade de expressão que encontra previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto de Direitos Civis e Políticos, na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e no Pacto de São José da Costa, demonstrando que, embora seja um direito amplamente tutelado, também é uma preocupação comum de que “o seu exercício, como

---

<sup>13</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. 102-103.

<sup>14</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. 103.

qualquer outro direito, não deve ser invocado de modo absoluto, mas encontra-se limitado pelo exercício de outros direitos”<sup>15</sup>.

Assim, a liberdade de expressão não está isenta de regulamentação e restrições, especialmente, quando seu mau uso é responsável por colocar em risco a segurança pública, de forma que “um regime político baseado nos direitos se dissolveria num caos suicida e de destruição mútua, a menos que conte com proteções cuidadosamente planejadas e garantidas contra o mau uso dos direitos básicos”<sup>16</sup>.

Ao invocar o direito à livre expressão deve-se ter em mente que:

O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial<sup>17</sup>.

Isto é, “a liberdade de expressão pode ser e normalmente será comprometida quando os efeitos colaterais do exercício limitado desse direito forem percebidos como excepcionalmente prejudiciais”<sup>18</sup>. É por essa razão, que indivíduos podem e devem ser criticados, refutados e até, responsabilizados pelo seu exercício, de modo que não será toda e qualquer

---

<sup>15</sup> OLIVEIRA, André Soares; GOMES, Patrícia Oliveira. Os limites da liberdade de expressão: fake news como ameaça à democracia. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 20, n. 2, maio/ago., 2019. p. 103.

<sup>16</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. 13.

<sup>17</sup> Artigo 10. Cf. ECHR – European Court of Human Rights. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Strasbourg, Conselho da Europa, 2013.

<sup>18</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. 103.

objeção a palavras ofensivas e degradantes consideradas uma violação inaceitável da liberdade de expressão, de forma que deve haver uma correta distinção entre sanções legais e censura do ponto de vista moral<sup>19</sup>.

Não por acaso, as *fake news* estão situadas no frágil liame existente entre a liberdade de expressão e o direito à informação, prezando-se pela informação verídica e que não lesione o direito do outro. Com isso, o exercício imoderado do direito constitucional à liberdade de expressão pode levar ao abuso ilícito dessa prerrogativa, por meio da disseminação das “*fake news*” e do “*hate speech*”<sup>20</sup>. Ao tratar de pós-verdade, Christian Dunker defende:

Do ponto de vista das relações intersubjetivas, do discurso e da lógica do reconhecimento, a principal característica da pós-verdade é que ela requer uma recusa do outro ou ao menos uma cultura da indiferença que, quando se vê ameaçada, reage com ódio ou violência<sup>21</sup>.

Por essa razão, Holmes e Sunstein defendem que “seríamos menos livres se a liberdade de expressão fosse tratada como uma pretensão peremptória e imune a toda regulamentação, mesmo quando outros interesses ou direitos importantes são prejudicados”<sup>22</sup>, pois a ênfase errônea no caráter absoluto de um direito pode fazer com que alguns

---

<sup>19</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. 103.

<sup>20</sup> FREITAS, Nikaelly Lopes de Freitas; CAVALCANTI, Camilla Martins; PEIXOTO, Arnelle Rolim. Os impactos provocados pelas fake news na saúde pública e o direito à livre expressão: a colisão de direitos fundamentais em meio a pandemia da COVID-19. In: Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais, 6, v. 1. **Anais...** Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2020. p. 431.

<sup>21</sup> DUNKER, Christian; TEZZA, Cristóvão; FUKS, Julián; TIBURI, Márcia; SAFATLE, Vladimir. **Ética e Pós-Verdade** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Dublinense, 2017.

<sup>22</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2019. p. 103.

direitos sejam superprotegidos em detrimentos de outros cuja pretensão à proteção seja ainda importante em determinados contextos<sup>23</sup>.

Desse modo, a liberdade de expressão, assim como outros direitos fundamentais, se encontra limitada pelo exercício de outros direitos caros ao Estado Democrático de Direito. Todavia, entre a necessária regulamentação dessa prática e a supressão da garantia à liberdade de expressão, por meio da censura, há uma linha muito tênue, razão pela qual faz-se necessário discutir seus efeitos para a democracia brasileira no atual governo.

### 3 Enfraquecimento da democracia no Governo Bolsonaro

Ao tratarmos do livre exercício da liberdade de expressão, é imperioso salientar que não somente terceiros estão submetidos a sua regulamentação. De igual modo, tal prerrogativa constitucional, não implica no uso indiscriminado da livre expressão pelo Estado e seus representantes legais, estando por si mesmo, submetido às restrições em nome do respeito aos direitos da população, já que seus atos podem ter consequências ainda mais graves:

O esmagamento da liberdade de expressão é um meio e um fim para esses líderes, que suprimem vozes críticas e plurais e restringem a fiscalização de seus governos. Os regimes autocráticos tendem a ser monitorados e denunciados pela sociedade civil e pela mídia e, por isso promovem o silenciamento daqueles que fiscalizam suas ações. Com o tempo, começam a erodir as instituições democráticas e passam a atacar os mecanismos eleitorais e a independência das eleições<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. 97.

<sup>24</sup> ASSOCIAÇÃO ARTIGO 19. Defendendo a Liberdade de Expressão. **Revista Artigo 19**, São Paulo, n. 1, fev. 2021. p. 27. Disponível em: <https://artigo19.org/wp->

Nesse contexto, é bem verdade que “a liberdade de expressão serve para melhorar a qualidade da tomada de decisões na esfera pública e reduzir o nível de corrupção do governo; mas não será valiosa também em si por si, pelo simples fato de a censura ser uma indignidade, um insulto à autonomia humana”<sup>25</sup>.

O atual governo gerenciado por Jair Messias Bolsonaro, foi responsável pela inclusão do Brasil, pela *Human Rights Watch*, entre os países submetidos a governos autocráticos e violadores de direitos humanos, apontando o presidente como líder populista não comprometido com a democracia, além de endossar abertamente a tortura, práticas abusivas, racistas, homofóbicas e misóginas<sup>26</sup>.

Destaca-se no mesmo relatório (HRW), a censura de professores, perseguição sofrida por repórteres e repressão nas universidades, que incluíram, inclusive, ameaças explícitas<sup>27</sup> e agressões físicas. Contrariado pelos veículos de informação, também realizou declarações nas quais afirmava que retiraria a publicidade estatal dos meios de comunicação que considerava “indignos”<sup>28</sup>.

Atualmente, o Brasil ocupa a 94ª posição entre 161 países, como um país onde as liberdades estão restritas, tendo caído 18

---

content/blogs.dir/24/files/2021/03/e-book-revista-artigo19-V.02.03.pdf. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>25</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2019. p. 98.

<sup>26</sup> HRW – Human Rights Watch. **World Report**, 2019. p. 03 e 90. Disponível em: [https://www.hrw.org/sites/default/files/world\\_report\\_download/hrw\\_world\\_report\\_2019.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_download/hrw_world_report_2019.pdf). Acesso em: 02 fev. 2021.

<sup>27</sup> GOMES, Pedro Henrique. Questionado sobre cheques de Queiroz a Michele, Bolsonaro diz a jornalista: “Minha vontade é encher tua boca na porrada”. **G1 Globo**, Brasília, 23 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/08/23/questionado-sobre-cheque-de-queiroz-a-michelle-bolsonaro-diz-a-jornalistas-minha-vontade-e-encher-tua-boca-de-porrada.ghtml>. Acesso em: 05 abr. 2021.

<sup>28</sup> HRW – Human Rights Watch. **World Report**, 2019. p. 94. Disponível em: [https://www.hrw.org/sites/default/files/world\\_report\\_download/hrw\\_world\\_report\\_2019.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_download/hrw_world_report_2019.pdf). Acesso em: 02 fev. 2021.

posições, foi o país que mais declinou desde 2018, por força do assédio, censura e perseguições contra jornalistas e comunicadores. Através de suas declarações ou de autoridades governamentais, houve a ampla disseminação de discursos de ódio e processos judiciais intimidadores e danos, com destaque para o crescente cerceamento das liberdades acadêmicas por meio não só da censura direta, mas pelo corte de recursos e ataques à ciência e a pesquisa, mesmo diante de uma crise de saúde instaurada<sup>29</sup>.

Somado a estes fatores, estão a redução da transparência, do acesso à informação, imposição de sigilo a documentos públicos e o monitoramento de organizações da sociedade civil, redes sociais e de opinião, bem como a perseguição a defensores de direitos humanos e assassinatos não esclarecidos<sup>30</sup>.

Nesse contexto, após vazarem listas contendo redes sociais e até endereços, de artistas, civis, servidores e policiais<sup>31</sup> contrários ao presidente e seus posicionamentos políticos, o próprio Ministério da Justiça foi proibido judicialmente, pelo Supremo Tribunal Federal, de seguir monitorando e levantando dados sobre a vida pessoal, escolhas pessoais, políticas ou cívicas exercidas por opositores ao governo Bolsonaro<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> ASSOCIAÇÃO ARTIGO 19. Defendendo a Liberdade de Expressão. **Revista Artigo 19**, São Paulo, n. 1, fev. 2021. p. 07. Disponível em: <https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2021/03/e-book-revista-artigo19-V.02.03.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>30</sup> ASSOCIAÇÃO ARTIGO 19. Defendendo a Liberdade de Expressão. **Revista Artigo 19**, São Paulo, n. 1, fev. 2021. p. 07. Disponível em: <https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2021/03/e-book-revista-artigo19-V.02.03.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>31</sup> PORTAL G1. **Ministério da Justiça monitorou 579 opositores do governo Bolsonaro, diz site**. 30 jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/07/30/ministerio-da-justica-monitorou-579-opositores-de-bolsonaro-diz-site.ghtml>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>32</sup> FAUSTO, Macedo. Dossiê lista, por Estado, policiais opositores ao governo, diz Moraes. **O Estadão**, 20 ago. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/dossie-lista-por-estado-policiais-opositores-ao-governo-diz-moraes/>. Acesso em: 02. jan. 2021.

Desse modo, o atual governo, que se manifesta comumente através de redes sociais estimulando o *hate speech*, tem se colocado como agente enfraquecedor da consolidação da democracia não só por meio do fomento ao discurso de ódio direto, mas pela propagação de *fake news* que debilitam as instituições democráticas e, por fim, pelo acionamento da Lei de Segurança Nacional<sup>33</sup>, a qual tem sido instrumentalizada para constranger as críticas advindas da gestão da pandemia.

### 3.1 Governo Bolsonaro e a propagação de *fake news*

Segundo o *PolictFact*, 69% das declarações de Trump, ex-presidente dos Estados Unidos, são predominantemente falsas, falsas ou mentirosas<sup>34</sup>. Porém, não só Donald Trump, teve sua imagem fortemente atrelada a disseminação de boatos e *fake news*. De modo muito semelhante, Jair Messias Bolsonaro, somente nos 68 dias iniciais de seu mandato como atual Presidente brasileiro, foi apontado como autor de 82 declarações completamente falsas ou com informações distorcidas. Isto é, a cada 10 informações prestadas pelo presidente, 6 eram mentirosas, resultando em uma média de um dado equivocado por dia. Em julho de 2019, o número de notícias falsas já era superior a duzentos<sup>35</sup>.

Em comum, os dois governantes se utilizam da própria terminologia “fake news” como arma discursiva para negar medidas autoritárias, somadas às suas investidas contra a imprensa, comumente estigmatizando mídias tradicionais como produtoras de *fake news*,

---

<sup>33</sup> BRASIL. **Lei n.º 7.170, de 14 de dezembro de 1983**. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm). Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>34</sup> D'ANCONA, Matthew. **Pós-Verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news**. Barueri: Faro Editorial, 2018.

<sup>35</sup> NALON, Tai; CUNHA, Ana Rita e; LIBÓRIO, Bárbara. Em dez semanas como presidente, Bolsonaro deu uma declaração errada por dia. **Aos Fatos**, 11 jun. 2019. Disponível em: <https://aosfatos.org/noticias/em-dez-semanas-como-presidente-bolsonaro-deu-uma-afirmacao-errada-por-dia/>. Acesso em: 16 set. 2019.

tendência que tem se estendido a diversos líderes políticos em governos autocráticos e populistas, para não só rejeitar críticas e análises ao governo, mas desqualificar a atividade jornalística<sup>36</sup> e obstar a própria liberdade de expressão, materializando-se por meio de ataques aos veículos midiáticos e de cunho pessoal<sup>37</sup>.

Por meio do enquadramento do que é dito, pelos demais partidos políticos e pela imprensa, como mentiras e *fake news*, a verdade passa a ser compreendida, quase que exclusivamente, como aquilo que fazem ou dizem os seus aliados<sup>38</sup>, o que ganha especial conotação em um contexto de pós-verdade, onde “*facts mean nothing*”<sup>39</sup> e imperando a desvalorização dos fatos em prol de interesses pessoais, por meio da modelagem da opinião pública, segundo a qual, os fatos têm menos poder de influência do que as emoções e crenças pessoais<sup>40</sup>.

A própria campanha de Bolsonaro em 2018, baseou-se na produção de *fake news* difundida em larga escala por meio das redes sociais a partir da associação do candidato à defesa da “família tradicional

---

<sup>36</sup> OLIVEIRA, André Soares; GOMES, Patrícia Oliveira. Os limites da liberdade de expressão: fake news como ameaça a democracia. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 20, n. 2, maio/ago., 2019. p. 96.

<sup>37</sup> CARMO, Nuno Filipe Cavaco do. “**Facts mean nothing**”: as “fake news” e os ataques de Trump e Bolsonaro aos *media* durante as campanhas eleitorais de 2016 e 2018. 131f. Dissertação (Mestrado em Estudos Internacionais). Instituto Universitário de Lisboa, 2020. p. 52.

<sup>38</sup> VISCARDI, Janaína Martins. Fake news, verdade e mentira sob a ótica de Jair Bolsonaro no Twitter. **Trab. Ling. Aplic.**, Campinas, v. 2, n. 59, maio/ago., 2020. p. 1154.

<sup>39</sup> CARMO, Nuno Filipe Cavaco do. “**Facts mean nothing**”: as “fake news” e os ataques de Trump e Bolsonaro aos *media* durante as campanhas eleitorais de 2016 e 2018. 131f. Dissertação (Mestrado em Estudos Internacionais). Instituto Universitário de Lisboa, 2020.

<sup>40</sup> OXFORD LANGUAGES. **Word of the year 2016**. Oxford: OUP, 2016. Disponível em: <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/#:~:text=After%20much%20discussion%2C%20debate%2C%20and,to%20emotion%20and%20personal%20belief>. Acesso em: 29 ago. 2020.



brasileira”, oposição ao “kit gay”<sup>41</sup> e à “ideologia de gênero”, razão pela qual obteve apoio massivo de setores conservadores e lideranças religiosas que impunham, mesmo antes de sua vitória, o fortalecimento de discursos antidemocráticos através de discursos políticos-religiosos, ameaçando sistematicamente direito das mulheres, pessoas LGBTQI+ e populações indígenas, grupos cujos direitos foram instrumentalizados como moedas de troca por apoio naquele contexto<sup>42</sup>.

Além disso, verificou-se a existência de “cinco padrões nas mensagens espalhadas pelo Whatsapp, que incluíam manter o público mobilizado por meio de mensagens conspiratórias, canibalizar o oponente e desqualificar a mídia e a academia”, por meio do reforço da fronteira do “nós” contra “eles”, informações conspiratórias, mobilização dos afetos (Laclau) e o chamado populismo raivoso (Wahl-Jorgensen)<sup>43</sup>.

Neste cenário, o valor da verdade, torna-se negociável e a sua publicidade, passível de punição. Isto é, no cerne dessa tendência global está um desmoronamento do valor da verdade, comparável ao de uma moeda ou de uma ação, o que reflete um novo e alarmante colapso do poder da verdade como motor da conduta eleitoral e com ele, a sensação

---

<sup>41</sup> Nome pejorativo relacionado [...] a um conjunto de materiais que tinham objetivo de combater a homofobia nas escolas brasileiras, visto que a orientação sexual é um dos grandes motivadores do *bullying* escolar. Composto por um caderno, boletins, audiovisuais, cartaz e carta de apresentação para os/as gestores/as em educação, parte do Projeto Escola sem Homofobia, proposto pelo Ministério da Educação”. FRANCISCO, Eduardo Meinberg de Albuquerque; COELHO, Fernanda Marina; DIAS, Tainah Biela. “Fake news acima de tudo, fake news acima de todos”: Bolsonaro e o “kit gay”, “ideologia de gênero” e fim da “família tradicional”. **Revista Eletrônica Correlatio**, v. 17, n. 2, dez., 2018. p. 65-66.

<sup>42</sup> FRANCISCO, Eduardo Meinberg de Albuquerque; COELHO, Fernanda Marina; DIAS, Tainah Biela. “Fake news acima de tudo, fake news acima de todos”: Bolsonaro e o “kit gay”, “ideologia de gênero” e fim da “família tradicional”. **Revista Eletrônica Correlatio**, v. 17, n. 2, dez., 2018. p. 65-66.

<sup>43</sup> VISCARDI, Janaína Martins. Fake news, verdade e mentira sob a ótica de Jair Bolsonaro no Twitter. **Trab. Ling. Aplic.**, Campinas, v. 2, n. 59, maio/ago., 2020. p. 1134 e 1154.

de que o próprio conceito de verdade objetiva está desaparecendo do mundo, provocando assim, a ascensão da desinformação consciente. E assim, a mentira torna-se regra, não exceção<sup>44</sup>.

Desse modo, “o resultado prático desta disputa de narrativas, está intimamente ligado à descrença popular na política”<sup>45</sup>:

Uma vez massacrado por informações inverossímeis contraditórias, o cidadão desiste de tentar discernir a agulha da verdade no palheiro da mentira e passa a aceitar, ainda que sem consciência plena disso, que tudo o que resta é escolher, entre as versões e narrativas, aquela que lhe traz segurança emocional<sup>46</sup>.

Tais fatos ganham maior notoriedade quando diante de uma crise social, econômica e sanitária como aquela evidenciada pela pandemia provocada pelo novo coronavírus, onde a informação é uma importante ferramenta no combate e enfrentamento da doença e seus efeitos, de forma que sua disseminação tem o poder de conscientizar, tranquilizar, educar, prevenir o contágio e, conseqüentemente, salvar vidas.

Nesse contexto, é certo que “as epidemias tendem a ser menos letais em países democráticos devido à livre circulação de informação”<sup>47</sup>. Todavia, alerta Boaventura de Sousa Santos, que a vulnerabilidade crescente das democracias às *fake news* exige o desenvolvimento de soluções inovadores, pois quando a informação

---

<sup>44</sup> D’ANCONA, Matthew. **Pós-Verdade**: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news. Barueri: Faro Editorial, 2018.

<sup>45</sup> FREITAS, Nikaelly Lopes de Freitas; CAVALCANTI, Camilla Martins; PEIXOTO, Arnelle Rolim. Os impactos provocados pelas fake news na saúde pública e o direito à livre expressão: a colisão de direitos fundamentais em meio a pandemia da COVID-19. *In*: Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais, 6, v. 1. **Anais...** Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2020. p. 417.

<sup>46</sup> D’ANCONA, Matthew. **Pós-Verdade**: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news. Barueri: Faro Editorial, 2018. p. 10.

<sup>47</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. São Paulo: Boitempo, 2020. p. 10.

compartilhada é falsa e espalhada com o intuito de causar pânico, medo e desestabilizar as instituições, promovendo curas milagrosas e o descrédito dos informes oficiais, as consequências podem ser desastrosas, “pois a desinformação pode potencializar até mesmo os maiores desafios da humanidade”<sup>48</sup>.

No Brasil, entre 29 de janeiro a 31 de março de 2020, foi identificado por Mercedes Neto *et al*<sup>49</sup>, setenta registros de notícias falsas no banco de dados do Ministério da Saúde, tendo em vista os espaços e ferramentas eletrônicas criadas pelo Estado com o intuito de combater por meio de evidências científicas as notícias falsas que circulavam, principalmente, nos aplicativos de troca de mensagens. As notícias fraudulentas se relacionavam aos discursos das autoridades de saúde e desacreditavam meios oficiais, os classificando como inseguros, mas tratavam, principalmente, de meios terapêuticos, medidas de prevenção, prognósticos da doença e vacinações, notícias que desorientam e colocam em risco condutas diretas<sup>50</sup>.

A disseminação rápida, foi corroborada pelo questionamento das evidências científicas por meios oficiais de governantes, que sobremaneira, estimularam a propagação de condutas inadequadas<sup>51</sup>, principalmente, naqueles que possuem pouco ou nenhum acesso à

---

<sup>48</sup> PENNYCOOK, Gordon *et al.* Fighting COVID-19 misinformation on social media: experimental evidence for a scalable accuracy nudge intervention. **PsyArXiv Preprints**, 2020. p. 1. DOI: <https://doi.org/10.31234/osf.io/uhbk9>. Acesso em: 13 out. 2020.

<sup>49</sup> MERCEDES NETO *et al.* Fake News no cenário da Pandemia de COVID-19. **Cogitare enferm** [eletrônica], n. 25, 2020. p. 4.

<sup>50</sup> FREITAS, Nikaelly Lopes de Freitas; CAVALCANTI, Camilla Martins; PEIXOTO, Arnelle Rolim. Os impactos provocados pelas fake news na saúde pública e o direito à livre expressão: a colisão de direitos fundamentais em meio a pandemia da COVID-19. *In: Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais*, 6, v. 1. **Anais...** Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2020. p. 421.

<sup>51</sup> FREITAS, Nikaelly Lopes de Freitas; CAVALCANTI, Camilla Martins; PEIXOTO, Arnelle Rolim. Os impactos provocados pelas fake news na saúde pública e o direito à livre expressão: a colisão de direitos fundamentais em meio a pandemia da COVID-19. *In: Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais*, 6, v. 1. **Anais...** Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2020. p. 422.

saúde de forma equânime, de modo que “o compartilhamento das *fake news* é apontado como uma das principais razões para a não aceitação de medidas preventivas e de cuidados estabelecidos pela ciência em prol da saúde pelo mundo”<sup>52</sup>.

Sobre este ponto, os médicos O’Connor e Murphy<sup>53</sup>, expuseram que na Irlanda também as notícias falsas foram responsáveis pela recusa dos pacientes em tomarem determinados medicamentos ou em procurarem tratamentos médicos para suas doenças, como casos de acidente cardiovascular cerebral em que a apresentação médica foi tardia e, portanto, irreversível, demonstrando que as *fake news* tornaram ainda mais difíceis os cuidados médicos em meio a pandemia<sup>54</sup>.

O próprio Presidente da República Federativa do Brasil foi, por vezes, flagrado produzindo e reproduzindo conteúdos falsos acerca da pandemia<sup>55</sup>, que minimizavam a gravidade da doença e contrariava as medidas estaduais de combate ao vírus, como o isolamento social, atividade também realizada por outros representantes políticos. Em razão disso, necessitou-se da abertura de Comissão Parlamentar de Inquérito para investigação da propagação de notícias falsas na *internet*, também chamada de CPI das Fake News<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> MERCEDES NETO *et al.* *Fake News* no cenário da Pandemia de COVID-19. **Cogitare enferm** [eletrônica], n. 25, 2020. p. 5.

<sup>53</sup> O’CONNOR, Cathal; MURPHY, Michelle. Goin viral: doctors must tackle fake news in the covid-19 pandemic. **BMJ Journals**, v. 369, n. 1587, 24 apr. 2020.

<sup>54</sup> FREITAS, Nikaelly Lopes de Freitas; CAVALCANTI, Camilla Martins; PEIXOTO, Arnelle Rolim. Os impactos provocados pelas fake news na saúde pública e o direito à livre expressão: a colisão de direitos fundamentais em meio a pandemia da COVID-19. *In: Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais*, 6, v. 1. **Anais...** Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2020. p. 421.

<sup>55</sup> LINHARES, Carolina. **Deputados divulgam fake news para ecoar discurso de Bolsonaro**. Estadão, 12 maio. 2020.

<sup>56</sup> FREITAS, Nikaelly Lopes de Freitas; CAVALCANTI, Camilla Martins; PEIXOTO, Arnelle Rolim. Os impactos provocados pelas fake news na saúde pública e o direito à livre expressão: a colisão de direitos fundamentais em meio a pandemia da COVID-19. *In: Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais*, 6, v. 1. **Anais...** Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2020. p. 422.

Nesse caso, de modo contrário ao exercício constitucionalmente tutelado de liberdade de expressão, “a disseminação de notícias falsas corrói a democracia ao criar desinformação que bloqueia o debate”<sup>57</sup>, razão pela qual José Afonso da Silva defende que

A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la [...]. **O dever de informar à coletividade de tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar lhe a verdade ou esvaziar lhes o sentido original, do contrário, será não informação, mas deformação** (grifo nosso)<sup>58</sup>.

É nesse contexto, que se faz necessário reconhecer que o fenômeno das notícias falsas compõe um “processo completo de desinformação e radicalização política em que as velhas ameaças à democracia ganham uma nova roupagem, dado o sistema tecnológico em que novos mecanismos estão envolvidos”<sup>59</sup>.

A insegurança gerada pela desinformação constitui por si só uma ameaça à democracia e a pluralidade política. A situação se agrava no contexto mundial em que a [re]ascensão de ideias ultraconservadoras e segregacionistas vem ganhando ares de normalidade e aponta-se que a difusão de notícias falsas tem servido

---

<sup>57</sup> OLIVEIRA, André Soares; GOMES, Patrícia Oliveira. Os limites da liberdade de expressão: fake news como ameaça a democracia. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 20, n. 2, maio/ago., 2019. p. 93.

<sup>58</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 249.

<sup>59</sup> OLIVEIRA, André Soares; GOMES, Patrícia Oliveira. Os limites da liberdade de expressão: fake news como ameaça à democracia. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 20, n. 2, maio/ago., 2019. p. 94.

especialmente à sua propagação, embora sejam utilizadas por grupos de diferentes espectros políticos<sup>60</sup>.

Contudo, além da propagação das notícias falsas ou deturpadas, atualmente, tem-se instrumentalizado a Lei de Segurança Nacional para o constrangimento e penalização, inclusive penal, dos opositores críticos ao governo, o que é discutido no tópico seguinte.

#### **4 Governo Bolsonaro e o acionamento da Lei de Segurança Nacional**

Em sociedade livres, o princípio da liberdade de expressão não permite que o Estado regule a circulação de ideias simplesmente por não concordarem ou considerarem erradas, ainda que essa regulamentação possa se dar por outros motivos<sup>61</sup>. De igual modo, o Estado, não pode, de modo geral, punir coercitivamente formas de expressão pelo simples fato de outras pessoas se sentirem ofendidas pelas ideias expressas, porquanto, outras ferramentas podem ser utilizadas. Isto é, o exercício da livre expressão também pode constituir ônus à medida da responsabilização de eventuais danos a terceiros<sup>62</sup>, permitindo o direito de resposta proporcional ao agravo e sem prejuízo de indenizações cabíveis<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> OLIVEIRA, André Soares; GOMES, Patrícia Oliveira. Os limites da liberdade de expressão: fake news como ameaça à democracia. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 20, n. 2, maio/ago., 2019. p. 95.

<sup>61</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2019. p. 100.

<sup>62</sup> SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 247.

<sup>63</sup> OLIVEIRA, André Soares; GOMES, Patrícia Oliveira. Os limites da liberdade de expressão: fake news como ameaça à democracia. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 20, n. 2, maio/ago., 2019. p. 106.

Desse modo, ainda que haja um dano moral amplo, a simples ofensa não qualifica como razão legítima para ação reguladora do Estado<sup>64</sup>, ainda que o ofendido seja, em tese, o Chefe de Governo ou Estado, visto que embora para muitos o governo seja uma criatura frágil e vulnerável, que “em certas circunstâncias deve ser protegida do poder corrosivo das palavras”, entende-se contemporaneamente que o Estado não pode punir formas de expressão pelo simples fato de sentir-se contrariado.

A liberdade de expressão está passível de intromissão quando, pelo entendimento do Poder Judiciário, a razão para que ela aconteça seja dotada de legitimidade e peso suficientes, e principalmente, não houver meios alternativos menos drásticos à disposição, prevalecendo quando não há justificativas aceitáveis para que tal direito seja restringido<sup>65</sup>.

Bem verdade, que em uma sociedade democrática, o dissenso é mais do que permitido, mas desejável<sup>66</sup>. Nas palavras de Norberto Bobbio: “o dissenso, desde que mantido dentro de certos limites (estabelecidos pelas denominadas regras de jogo), não é destruidor da sociedade, mas solicitador, e uma sociedade em que o dissenso não seja admitido é uma sociedade destinada a morrer”<sup>67</sup>.

Isto é, divergências “relacionadas às alianças e à oposição de governos estabelecidos por meio das regras do jogo – o processo eleitoral das democracias representativas”, o que contraria sobremaneira, os discursos proferidos por Jair Bolsonaro, o qual, por

---

<sup>64</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2019. p. 104.

<sup>65</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2019. p. 103.

<sup>66</sup> FRANCISCO, Eduardo Meinberg de Albuquerque; COELHO, Fernanda Marina; DIAS, Tainah Biela. “Fake news acima de tudo, fake news acima de todos”: Bolsonaro e o “kit gay”, “ideologia de gênero” e fim da “família tradicional”. **Revista Eletrônica Correlatio**, v. 17, n. 2, dez., 2018. p. 78.

<sup>67</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 61.

vezes, entonou frases como “*fuzilar a petralhada*” ou ameaças aos opositores, aos quais caberia “*sair do país ou ir para a cadeia*”<sup>68</sup>.

Em decorrência deste princípio, tem-se que

Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas manifestações dirigem [...] Estamos, portanto, diante de um direito de índole marcadamente defensiva – direito a uma abstenção pelo Estado de uma conduta que interfira sobre a esfera de liberdade do indivíduo<sup>69</sup>.

De outro modo, a condução do país em meio a pandemia do novo coronavírus, responsável pela morte de 331.530 e adoecimento de 12.984.956 brasileiros<sup>70</sup>, tem sido alvo de críticas diversas, sendo comum a atribuição do termo ‘genocida’ às condutas do Presidente, em alusão do perfil da maior parte das mortes ocasionadas. Contudo, tais críticas não têm sido bem recebidas, de modo que, o acionamento da Lei de Segurança Nacional contra civis tem sido utilizado de modo recorrente.

Com base nela, manifestantes foram detidos na frente do Palácio do Planalto ao segurarem faixa contendo “Bolsonaro genocida” e inquéritos foram abertos contra opositores, nos quais incluem-se o advogado Marcelo Feller, o escritor Ruy Castro e os jornalistas Ricardo Noblat e Hélio Schwartsman, bem como o youtuber Felipe Neto,

---

<sup>68</sup> FRANCISCO, Eduardo Meinberg de Albuquerque; COELHO, Fernanda Marina; DIAS, Tainah Biela. “Fake news acima de tudo, fake news acima de todos”: Bolsonaro e o “kit gay”, “ideologia de gênero” e fim da “família tradicional”. **Revista Eletrônica Correlatio**, v. 17, n. 2, dez., 2018. p. 79.

<sup>69</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Liberdades*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, IDP, 2012. p. 269.

<sup>70</sup> Dados de 05 de abril de 2021 às 02h47min. MAMOON, Navid; RASSKIN, Gabriel. **Worldometers**: covid visualizer. Pittsburgh: Carnegie Mellon University, 2021.



intimado em investigação também em nome da violação da Lei de Segurança Nacional<sup>71</sup>.

Também nesse cenário, foi identificado pelo serviço de inteligência da Polícia Militar de Minas Gerais e preso em flagrante<sup>72</sup>, um usuário de rede social ao se manifestar no *twitter*, prossequindo a investigação também contra aqueles que comentaram à publicação por fazer propaganda e incitar a prática de crimes contra a integridade física e a vida do presidente da República<sup>73</sup>, enquadramento que “não separa a crítica legítima, correta a quem gere coisa pública, de uma eventual prática de crime”.

Todavia, não se trata de casos isolados. Entre os anos de 2019 e 2020, primeiros anos do governo Bolsonaro, o dispositivo legal foi instrumentalizado para abertura de procedimentos pela Política Federal em 285% de vezes a mais que no mesmo período das gestões de Dilma Rousseff e Michel Temer<sup>74</sup>, mesmo sendo alvos de constante críticas, que incluíram uma caricatura da ex-presidente de pernas abertas para alocação nos carros, onde seria “penetrada” pela bomba de abastecimento<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> LUPION, Bruno. Lei de Segurança Nacional vira meio para constranger opositores do governo. **Deutsche Welle**, 19 mar. 2021. Disponível em: <https://p.dw.com/p/3qtJQ>. Acesso em: 20 mar. 2021.

<sup>72</sup> A publicação foi realizada um dia antes da prisão em flagrante. O usuário tinha cerca de 150 seguidores.

<sup>73</sup> BADARÓ, Gustavo. Opinião. In: CANOFRE, Fernanda. Prisão de jovem após postar sobre Bolsonaro é precedente perigoso apoiado em lei retrógrada, dizem advogados. **Folha de São Paulo**, 05 mar. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/03/prisao-de-jovem-apos-postar-sobre-bolsonaro-e-precedente-perigoso-apoiado-em-lei-retrograda-dizem-advogados.shtml>. Acesso em: 20 mar. 2021.

<sup>74</sup> SHALDERS, André; BEHNKE, Emilly. Inquéritos da PF com base na Lei de Segurança Nacional crescem 285% no governo Bolsonaro. **Estadão**, 19 mar. 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,inqueritos-da-pf-com-base-na-lei-de-seguranca-nacional-crescem-285-no-governo-bolsonaro,70003652910>. Acesso em: 20 mar. 2021.

<sup>75</sup> SALOMÃO, Thiago. Adesivo com Dilma sendo “penetrada” por bomba levanta a questão: isso é protesto? **Infomoney**, 01 jul. 2015. Disponível em:

Em razão disso, grupos tem se articulado, a exemplo da associação de pessoas da sociedade civil ‘Cala Boca Já Morreu’ que entendendo que a liberdade de expressão tem sofrido violentos ataques por meio da tentativa de “calar aqueles que criticam autoridades públicas, eleitas pelo povo, e em cujo nome exercem o poder que têm”, criou-se o grupo para defesa de pessoas acionadas judicial ou administrativa por emitirem opiniões contrárias ao governo, justamente por estarem preocupados “com o avanço no autoritarismo e movidos pelo seguinte princípio: quando um cidadão é calado no exercício do seu legítimo direito de expressão, a voz da democracia se enfraquece”<sup>76</sup>. Ainda assim, Cláudio Langroiva, explica:

O uso da LSN é excessivo mesmo em casos em que os investigados extrapolam seus direitos e cometem infrações como injúria ou apologia ao crime. [...] Código Penal já pune esses delitos, com uma diferença: a pena para difamação na LSN chega a quatro anos, mas é de três meses a um ano pelo Código Penal<sup>77</sup>.

Percebe-se assim que, a Lei de Segurança Nacional tem sido instrumentalizada com frequência para resguardar autoridades políticas de quaisquer críticas, se colocando como objeto de enfraquecimento da democracia ao restringir direitos fundamentais essenciais a sua concretização. Nesse contexto, o próprio Ministro da Economia, Paulo Guedes e o deputado federal Eduardo Bolsonaro, já proferiram ameaças à “radicalização da esquerda” para qual a resposta seria a imposição de

---

<https://www.infomoney.com.br/colunistas/blog-da-redacao/adesivo-com-dilma-sendo-penetrada-por-bomba-levanta-a-questao-isso-e-protesto/>. Acesso em: 12 fev. 2021.

<sup>76</sup> Disponível em: <https://www.calaabocajamorreu.com.br/>.

<sup>77</sup> LANGROIVA, Cláudio. Entrevista. In: SHALDERS, André; BEHNKE, Emilly. Inquéritos da PF com base na Lei de Segurança Nacional crescem 285% no governo Bolsonaro. **Estadão**, 19 mar. 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,inqueritos-da-pf-com-base-na-lei-de-seguranca-nacional-crescem-285-no-governo-bolsonaro,70003652910>. Acesso em: 20 mar. 2021.

um novo Ato Institucional n.º 05<sup>78</sup>, decreto imposto durante a ditadura militar brasileira, episódio de violação sistêmica de direitos humanos o qual, em nome da liberdade de expressão foi autorizado, pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, se comemorar<sup>79</sup>.

Assim, o governo tem se utilizado do discurso de defesa da liberdade de expressão para proferir discursos violadores de direito e notícias falsas ao mesmo tempo em que aciona a repressão da liberdade de expressão contra aqueles que se expressam de modo contrário aos seus ideais, enfraquecendo, sobremaneira, o instituto mais caro a democracia que é o dissenso e inviabilizando debate público, razão pela qual o dispositivo legal não se coaduna com a ótica constitucional atual.

#### 4 A inconstitucionalidade da Lei de Segurança Nacional

Num contexto de Estado democrático de Direito a Segurança Nacional é, senão, a própria segurança do regime de liberdade, logo ontologicamente não se trata como segurança nacional qualquer crime que não vise tão somente atentar contra a segurança do Estado e da ordem político-social.

No entanto, da leitura da lei nº 7170/83, tem-se o abandono dos crimes contra o Estado e a ordem política e social, seguido de uma elevação de interesses quaisquer à tutela que merecem os objetivos nacionais. A Lei de Segurança Nacional se molda a partir do uso deliberado de um procedimento conceitual sem conteúdo, constituído

---

<sup>78</sup> BETIM, Felipe. Paulo Guedes repete ameaça de AI-5 e reforça investida radical do Governo Bolsonaro. **El país**, 22 nov. 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/22/politica/1574424459\\_017981.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/22/politica/1574424459_017981.html). Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>79</sup> FREY, João. Governo Bolsonaro ganha na Justiça direito de celebrar o golpe de 1964. **Congresso em foco**, 17 mar. 2021. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/governo-bolsonaro-ganha-na-justica-direito-de-celebrar-golpe-de-1964/>. Acesso em: 31 mar. 2021.; Ver também: MORI, Letícia. Como ordem de Bolsonaro para comemorar golpe de 1964 se transformou em problema para as Forças Armadas. **BBC**, 20 mar. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47741593>. Acesso em: 02 mar. 2021.

por imprecisões e indeterminações, na defesa de um regime que não persiste mais, o regime ditatorial.

Como assevera o professor Heleno Fragoso:

A Lei de Segurança Nacional surgiu em momento de crise institucional, como expressão de um suposto direito penal revolucionário, inspirada por militares, que pretenderam incorporar na lei uma doutrina profundamente antidemocrática e totalitária'. Num Estado Democrático os crimes contra a segurança nacional alcançam 'somente as ações que se dirigem contra os interesses políticos da Nação. Esses interesses gravitam na órbita da segurança externa (existência, independência e integridade do Estado, inclusive defesa contra agressão exterior), ou gravitam na órbita da segurança interna. A segurança interna refere-se à existência e à incolumidade dos órgãos supremos do Estado e a inviolabilidade do regime político vigente. Os crimes contra a segurança externa têm seu fulcro na traição à pátria. Os crimes contra a segurança interna dizem respeito à subversão ou à sedição<sup>80</sup>.

Para entender seu caráter antidemocrático é necessário compreender que para a Doutrina de Segurança Nacional nos moldes da adotada no Brasil de 1983, o conceito de inimigo interno pode alcançar qualquer pessoa, a partir de uma flexibilização que visa atingir qualquer um que pusesse em questionamento o regime militar ou buscasse levar à desestabilização da ditadura, assim, tem-se que a incompatibilidade da Lei de Segurança Nacional com o modelo constitucional de Estado de Direito é derivada dos objetivos nacionais permanentes estabelecidos pelo poder dominante, bem como, da alteração do valor neutro da segurança nacional para uma significação política<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional. **O Estado de S. Paulo**, 21 abr. 1983. p. 34.

<sup>81</sup> FERNANDES, Ananda Simões. Reformulação da Doutrina de Segurança Nacional pela Escola Superior de Guerra no Brasil: a geopolítica de Golbery do Couto e Silva. **Antíteses**, v. 2, n. 4, jul./dez. 2009.

Nesse contexto, é de fácil compreensão que a intenção de não significar o inimigo visa a possibilidade de atribuir tal adjetivo a qualquer um, inclusive, toda a população, que passa a ser suspeita, o que autoriza o controle, a perseguição e legitima, dentro da narrativa de proteção nacional, a eliminação do outro<sup>82</sup>.

Esta ênfase na constante ameaça à nação por parte de “inimigos internos” ocultos e desconhecidos produz, no seio da população, um clima de suspeita, medo e divisão que permite ao regime levar a cabo campanhas repressivas que de outro modo não seriam toleradas. Dessa maneira, a dissensão e os antagonismos de classe podem ser controlados pelo terror. Trata-se de uma ideologia de dominação de classe que tem servido para justificar as mais virulentas formas de opressão classista<sup>83</sup>.

Numa relação entre inimigos internos, a Lei de Segurança Nacional equivale às manifestações do pensamento como um instrumento de uma guerra, o que viola a previsão constitucional de que ofensas, propagandas e instigações políticas só são subversivas quando buscam atentar contra a ordem constitucional e o estado democrático (Art. 5, inc. XLIV da Constituição Federal de 88), como, por exemplo, manifestar-se pelo fechamento do Congresso.

Depreende-se, por fim, que a Lei de Segurança Nacional rompe com a tradicional compreensão de crimes contra o Estado e a ordem política e social, por meio de uma moldura que visa abarcar qualquer “interesse elevado à categoria de interesse nacional por decisão política da

---

<sup>82</sup> FERNANDES, Ananda Simões. Reformulação da Doutrina de Segurança Nacional pela Escola Superior de Guerra no Brasil: a geopolítica de Golbery do Couto e Silva. **Antíteses**, v. 2, n. 4, jul./dez. 2009.

<sup>83</sup> ALVES, Maria Helena Moreira. Estado e oposição no Brasil (1964-1984). Bauru/SP: Edusc, 2005. p. 31-32 *apud* FERNANDES, Ananda Simões. Reformulação da Doutrina de Segurança Nacional pela Escola Superior de Guerra no Brasil: a geopolítica de Golbery do Couto e Silva. **Antíteses**, v. 2, n. 4, jul./dez. 2009. p. 848.

Ditadura Militar”, ao mesmo tempo em que viola o princípio da legalidade ao dispor de tipos penais sem determinações precisas da conduta criminosa; criminaliza as manifestações contrárias ao Governo, reduzindo a oposição política à narrativa de guerra adversa<sup>84</sup>.

Em resumo, a Lei de Segurança Nacional “corresponde a um regime político que encerrou seu ciclo histórico”<sup>85</sup>, incompatível com o modelo democrático eleito pelo constituinte originário, portanto, inconciliável com a própria noção de Estado Democrático de Direito, o que conduz à contradição ontológica em que um instrumento que visa à proteção do Estado, não se compatibiliza com os mais basilares princípios constitucionais: a liberdade e a legalidade – péticos ao Estado de Direito brasileiro.

Não por acaso, o disposto é, hoje, alvo de 23 propostas de alteração protocoladas no Congresso<sup>86</sup>.

Não obstante a inconstitucionalidade decorrente da absoluta incompatibilização da Lei de Segurança Nacional com o modelo democrático da Constituição Federal de 1988, tem que seus acionamentos ilegais por parte do Governo Bolsonaro tratam-se de atentados ao estado democrático, isso pois “os antagonismos políticos e as pressões são naturais numa sociedade pluralista e democrática”<sup>87</sup> e a

---

<sup>84</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lei de Segurança Nacional. In: ABREU, Alzira Alves de *et al* (coord.). **Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro – Pós-1930**. Rio de Janeiro: CPDOC, 2010.

<sup>85</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lei de Segurança Nacional. In: ABREU, Alzira Alves de *et al* (coord.). **Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro – Pós-1930**. Rio de Janeiro: CPDOC, 2010.

<sup>86</sup> SHALDERS, André; BEHNKE, Emilly. Inquéritos da PF com base na Lei de Segurança Nacional crescem 285% no governo Bolsonaro. **Estadão**, 19 mar. 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,inqueritos-da-pf-com-base-na-lei-de-seguranca-nacional-crescem-285-no-governo-bolsonaro,70003652910>. Acesso em: 20 mar. 2021.

<sup>87</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lei de Segurança Nacional. In: ABREU, Alzira Alves de *et al* (coord.). **Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro – Pós-1930**. Rio de Janeiro: CPDOC, 2010.

tentativa esdrúxula de silenciar, revela o principal aspecto da inconstitucionalidade da referida lei, sua intenção: o controle, a perseguição e a legitimação da eliminação do outro.

### **Considerações finais**

Verifica-se, portanto, diante da pesquisa desenvolvida, que a liberdade de expressão está cristalizada enquanto elemento fundamental da democracia representativa. Com o seu cerceamento, tem-se, inevitavelmente, a quebra do regime democrático e o vilipêndio do texto constitucional por atingir o núcleo do Estado Democrático de Direito.

Contudo, seu exercício não se dá de modo irrestrito, devendo ser ponderado na presença de outros direitos fundamentais, exercício caro à concretização de qualquer prerrogativa, mesmo as mais importantes para o âmbito social e dignidade da pessoa humana.

Do mesmo modo, percebe-se que as práticas discursivas do atual governo têm sido diametralmente contrárias à sustentabilidade democrática, de modo a enfraquecê-la em diversas bases fundantes, seja pela propagação de notícias falsas, dos discursos de incitação ao ódio ou pelo acionamento da inconstitucional da Lei de Segurança Nacional, dispositivo que remonta ao regime ditatorial brasileiro, ao qual o presidente já afirmou explicitamente ter afinidade.

Por fim, vê-se que a própria Lei de Segurança Nacional, dispositivo incompatível com a ordem constitucional atual, vem, reiteradamente, sendo utilizada para constranger opositores ao governo e punir condutas já tuteladas pelo âmbito penal, administrativo e civil, fragilizando a liberdade de expressão e a democracia para qualquer pessoa que critique suas ações de governo, exposições de graves violações de direitos fundamentais que não se pode ignorar.

## Referências

ADVERSE, Helton. P. Parresia e isegoria: Origens político-filosóficas da liberdade de expressão. *In*: LIMA, Venício A. de; GUIMARÃES, Juarez. **Liberdade de Expressão**: as várias faces de um desafio. São Paulo: Paulus, 2013.

ALVES, Maria Helena Moreira. **Estado e oposição no Brasil (1964-1984)**. Bauru/SP: Edusc, 2005.

ARAÚJO, Márcio Schusterschitz da Silva. **Liberdade de expressão**. Recurso eletrônico: Amazon, 2017.

ASSOCIAÇÃO ARTIGO 19. Defendendo a Liberdade de Expressão. **Revista Artigo 19**, São Paulo, n. 1, fev. 2021. Disponível em: <https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2021/03/e-book-revista-artigo19-V.02.03.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2021.

BETIM, Felipe. Paulo Guedes repete ameaça de AI-5 e reforça investida radical do Governo Bolsonaro. **El país**, 22 nov. 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/22/politica/1574424459\\_017981.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/22/politica/1574424459_017981.html). Acesso em: 30 mar. 2021.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

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

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



[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).  
Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 7.170, de 14 de dezembro de 1983**. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm). Acesso em: 30 mar. 2021.

CANOFRE, Fernanda. Prisão de jovem após postar sobre Bolsonaro é precedente perigoso apoiado em lei retrógrada, dizem advogados. **Folha de São Paulo**, 05 mar. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/03/prisao-de-jovem-apos-postar-sobre-bolsonaro-e-precedente-perigoso-apoiado-em-lei-retrograda-dizem-advogados.shtml>. Acesso em: 20 mar. 2021.

CARMO, Nuno Filipe Cavaco do. **“Facts mean nothing”**: as “fake news” e os ataques de Trump e Bolsonaro aos *media* durante as campanhas eleitorais de 2016 e 2018. 131f. Dissertação (Mestrado em Estudos Internacionais). Instituto Universitário de Lisboa, 2020.

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

D’ANCONA, Matthew. **Pós-Verdade**: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news. Barueri: Faro Editorial, 2018.

DRÉZE, Jena; SEN, Amartya. **Índia**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

Diálogo Ambiental Constitucional Internacional, v. 20: Os desafios dos direitos fundamentais no século XXI: a importância da segurança e do meio ambiente

DUNKER, Christian; TEZZA, Cristóvão; FUKS, Julián; TIBURI, Márcia; SAFATLE, Vladimir. **Ética e Pós-Verdade** [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Dublinense, 2017.

ECHR – European Court of Human Rights. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Strasbourg, Conselho da Europa, 2013.

FAUSTO, Macedo. Dossiê lista, por Estado, policiais opositores ao governo, diz Moraes. **O Estadão**, 20 ago. 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/dossie-lista-por-estado-policiais-opositores-ao-governo-diz-moraes/>. Acesso em: 02. jan. 2021.

FERNANDES, Ananda Simões. Reformulação da Doutrina de Segurança Nacional pela Escola Superior de Guerra no Brasil: a geopolítica de Golbery do Couto e Silva. **Antíteses**, v. 2, n. 4, p. 831-856, jul./dez. 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lei de Segurança Nacional. *In*: ABREU, Alzira Alves de *et al* (coord.). **Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro – Pós-1930**. Rio de Janeiro: CPDOC, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional. **O Estado de S. Paulo**, 21 abr. 1983.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional**. O Estado de S. Paulo, 21 abr. 1983. p. 34.

FRANCISCO, Eduardo Meinberg de Albuquerque; COELHO, Fernanda Marina; DIAS, Tainah Biela. “Fake news acima de tudo, fake news acima de todos”: Bolsonaro e o “kit gay”, “ideologia de gênero” e

fim da “família tradicional”. **Revista Eletrônica Correlatio**, v. 17, n. 2, dez. 2018.

FREITAS, Nikaelly Lopes de Freitas; CAVALCANTI, Camilla Martins; PEIXOTO, Arnelle Rolim. Os impactos provocados pelas fake news na saúde pública e o direito à livre expressão: a colisão de direitos fundamentais em meio a pandemia da COVID-19. *In*: Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais, 6, v. 1. **Anais...** Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2020.

FREY, João. Governo Bolsonaro ganha na Justiça direito de celebrar o golpe de 1964. **Congresso em foco**, 17 mar. 2021. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/governo-bolsonaro-ganha-na-justica-direito-de-celebrar-golpe-de-1964/>. Acesso em: 31 mar. 2021.

GOMES, Pedro Henrique. Questionado sobre cheques de Queiroz a Michele, Bolsonaro diz a jornalista: “Minha vontade é encher tua boca na porrada”. **G1 Globo**, Brasília, 23 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/08/23/questionado-sobre-cheque-de-queiroz-a-michelle-bolsonaro-diz-a-jornalistas-minha-vontade-e-encher-tua-boca-de-porrada.ghtml>. Acesso em: 05 abr. 2021.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: porque a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2019.

HRW – Human Rights Watch. **World Report**, 2019. Disponível em: [https://www.hrw.org/sites/default/files/world\\_report\\_download/hrw\\_world\\_report\\_2019.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_download/hrw_world_report_2019.pdf). Acesso em: 02 fev. 2021.

LINHARES, Carolina. Deputados divulgam fake news para ecoar discurso de Bolsonaro. **Estadão**, 12 maio. 2020.

LUPION, Bruno. Lei de Segurança Nacional vira meio para constranger opositores do governo. **Deutsche Welle**, 19 mar. 2021. Disponível em: <https://p.dw.com/p/3qtJQ>. Acesso em: 20 mar. 2021.

MAMOON, Navid; RASSKIN, Gabriel. **Worldometers**: covid visualizer. Pittsburgh: Carnegie Mellon University, 2021.

MERCEDES NETO *et al.* *Fake News* no cenário da Pandemia de COVID-19. **Cogitare enferm** [eletrônica], n. 25, 2020.

MORI, Letícia. Como ordem de Bolsonaro para comemorar golpe de 1964 se transformou em problema para as Forças Armadas. **BBC**, 20 mar. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47741593>. Acesso em: 02 mar. 2021.

NALON, Tai; CUNHA, Ana Rita e; LIBÓRIO, Bárbara. Em dez semanas como presidente, Bolsonaro deu uma declaração errada por dia. **Aos Fatos**, 11 jun. 2019. Disponível em: <https://aosfatos.org/noticias/em-dez-semanas-como-presidente-bolsonaro-deu-uma-afirmacao-errada-por-dia/>. Acesso em: 16 set. 2019.

O'CONNOR, Cathal; MURPHY, Michelle. Goin viral: doctors must tackle fake news in the covid-19 pandemic. **BMJ Journals**, v. 369, n. 1587, 24 apr. 2020.

OLIVEIRA, André Soares; GOMES, Patrícia Oliveira. Os limites da liberdade de expressão: *fake news* como ameaça à democracia. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 20, n. 2, p. 93-118, maio/ago. 2019.

OXFORD LANGUAGES. **Word of the year 2016**. Oxford: OUP, 2016. Disponível em: <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/#:~:text=After%20much%20discussion%2C%20debate%2C%20and,to%20emotion%20and%20personal%20belief>. Acesso em: 29 ago. 2020.

PENNYCOOK, Gordon. *et al.* Fighting COVID-19 misinformation on social media: experimental evidence for a scalable accuracy nudge intervention. **PsyArXiv Preprints**, 2020. DOI: <https://doi.org/10.31234/osf.io/uhbk9>. Acesso em: 13 out. 2020.

PORTAL G1. **Ministério da Justiça monitorou 579 opositores do governo Bolsonaro, diz site**. 30 jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/07/30/ministerio-da-justica-monitorou-579-opositores-de-bolsonaro-diz-site.ghtml>. Acesso em: 02 mar. 2021.

SALOMÃO, Thiago. Adesivo com Dilma sendo “penetrada” por bomba levanta a questão: isso é protesto? **Infomoney**, 01 jul. 2015. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/colunistas/blog-da-redacao/adesivo-com-dilma-sendo-penetrada-por-bomba-levanta-a-questao-isso-e-protesto/>. Acesso em: 12 fev. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. São Paulo: Boitempo, 2020.

SHALDERS, André; BEHNKE, Emilly. Inquéritos da PF com base na Lei de Segurança Nacional crescem 285% no governo Bolsonaro. **Estadão**, 19 mar. 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,inqueritos-da-pf-com-base-na-lei-de-seguranca-nacional-crescem-285-no-governo-bolsonaro,70003652910>. Acesso em: 20 mar. 2021.

Diálogo Ambiental Constitucional Internacional, v. 20: Os desafios dos direitos fundamentais no século XXI: a importância da segurança e do meio ambiente

SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

VISCARDI, Janaína Martins. Fake news, verdade e mentira sob a ótica de Jair Bolsonaro no Twitter. **Trab. Ling. Aplic.**, Campinas, v. 2, n. 59, p. 1134-1157, maio/ago. 2020.

# Revisitando as teorias de interpretação dos tratados em Direitos Humanos no Brasil

*Revisiting of agreements interpretation theories on Human Rights in Brazil*

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes\*

Carina Barbosa Gouvêa\*

**Resumo:** O artigo tem por objetivo revisar as teorias de interpretação dos tratados em direitos humanos no Brasil. Para isso, faz uma abordagem metodológica da revisão literária. Utilizando o método dedutivo somado a uma larga pesquisa e estudo de jurisprudência nacional e internacional, demonstra como os tratados são interpretados tanto pela Constituição Federal como pelos julgados do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chaves:** Tratados. Direitos Humanos. Hermenêutica.

**Abstract:** The article aims to revisit the theories of interpretation of human rights treaties in Brazil. For that, it makes a methodological approach of the literary review. Using the deductive method in addition to extensive research and study of national and international jurisprudence, it demonstrates how the

---

\* Universidade Federal do Amazonas. Estágio Pós Doutoral em Novas Tecnologias e Direito na Mediterranea International Centre for Human Rights Research, Reggio Calabria/Itália. Visiting Fellow at Yale University. Professora Colaboradora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas. Presidente do GGINNS (Global Comparative Law | Governance, Innovation and Sustainability). Investigadora do GIESA da Univesidad Complutense de Madrid. E-mail: claudia.ribeiro@yale.edu e claudrib@ucm.es.

\* Universidade Federal de Pernambuco. Pós-doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Vice-presidente da Comissão Especial de Bioética e Biodireito da OAB/Nacional. Membro do GGINNS (Global Comparative Law | Governance, Innovation and Sustainability). E-mail: carinagouvea25@gmail.com.

treaties are interpreted both by the federal Constitution and by the judges of the Brazilian Supreme Federal Court.

**Keywords:** Agreements. Human Rights. Hermeneutics.

## **Introdução**

Este ensaio traz à reflexão a “interpretação conforme os direitos humanos”, o que se justifica pois, em um ano tão conturbado quanto o ano da pandemia, tornou-se extremamente necessário tratar dos Direitos Humanos (DH) e revisitar as teorias da interpretação dos tratados no Brasil para defender com afinco ideias necessárias ao humanismo.

O objetivo deste ensaio é o de apresentar a interpretação dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil, bem como aproveitar a oportunidade e analisar como esta foi construída através da Constituição e dos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF). Não se pretende fazer um apanhado histórico, nem inovar sobre a questão, mas compilar a interessante temática.

Para atingir o objetivo e os resultados esperados, utilizaram-se o método dedutivo e a abordagem metodológica para o desenvolvimento do presente trabalho, por meio da revisão literária, com o marco metodológico de André de Carvalho Ramos, por estar a doutrina escolhida em consonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Metodologicamente, o artigo trabalha com a análise de discursos e a comparação de textos legais e filosóficos, além de julgados do Supremo tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## **1 Interpretação dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil**

Os Direitos Humanos (DH) no Brasil assumiram uma centralidade no ordenamento jurídico, cuja consequência é a aceitação



da vinculação de todos os poderes públicos e agentes privados ao conteúdo desses direitos<sup>1</sup>.

Desta forma, em um caso concreto, deve ser estabelecido se determinada norma a ser aplicada está em simetria com os direitos humanos. Isso significa que a “interpretação conforme os direitos humanos” é consequência da “interpretação conforme à Constituição”<sup>2</sup>.

Esta técnica<sup>34</sup> comporta alguns núcleos semânticos, ou seja, possui conteúdo polissêmico e plurissignificativo de aderência, a saber: respeito à expressão literal do texto legal e respeito ao fim buscado pelo legislador<sup>5</sup>; modalidade de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; atribuição de coerência da norma ou ato estatal à Constituição; inibição ou exclusão de interpretações que, por desconformidade à Constituição, conduzem a uma exegese divorciada do sentido autorizado pela Lei Fundamental. Sua principal função é preservar o que se revela compatível com a Constituição, suspendendo, em consequência, várias interpretações conflitantes com a ordem constitucional. Cabe ressaltar que a opção escolhida será aquela que permita uma sincronia mais intensa com a norma constitucional<sup>6</sup>.

No caso da “interpretação conforme os direitos humanos”, deve o intérprete escolher, quando a norma impugnada admite várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com os direitos

---

<sup>1</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 102.

<sup>2</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 102.

<sup>3</sup> Voto do Ministro Celso de Mello, ADPF 187.

<sup>4</sup> A interpretação conforme à Constituição, ao contrário do que pode fazer supor seu nome, não constitui método de interpretação, mas técnica de controle de constitucionalidade. MARINONI, Luiz Guilherme. Repercussão Geral. *In*: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1210.

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Repercussão Geral. *In*: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1211.

<sup>6</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Forense, 2007. p. 567.

humanos<sup>7</sup>. O objetivo é influir em todo o Direito e nos atos dos agentes públicos e privados, concretizando seu efeito irradiante que os transformam no centro dos valores do ordenamento.

No que tange ao direito interno e ao direito internacional, devem caminhar em sintonia: como os Tratados sobre os DH têm objeto e fins próprios, para que tais direitos se materializem na jurisdição interna dos Estados que aderem a tais tratados, um sistema de direitos no Estado Democrático deve ser interpretado de tal modo que alcance completude e permaneça em movimento por meio das fontes de retroalimentação - a interna de cada Estado e a internacional<sup>8</sup>.

Assim sendo, o aplicador, seja ele executivo, legislativo ou judiciário, deve, desde já, aplicar o direito internacional e supranacional dos direitos humanos.

Neste caso, todo o conjunto de direitos deve ser levado em consideração e, por isso, são considerados *prima facie*, eis que a dignidade humana deve ser assegurada em uma “constante busca de harmonia na aplicação prática dos direitos humanos. Que se irradiam por todo o ordenamento e orientam as ações no ambiente público e privado”<sup>9</sup>.

Para Ramos, esta técnica ganha importância por dois elementos chaves: a superioridade normativa, pois não há outras normas superiores nas quais possa o intérprete buscar auxílio; e na força expansiva, fazendo com que todas as facetas da vida social sejam atingidas pelos direitos humanos. Esta função, por conseguinte, busca materializar os direitos humanos por meio de um procedimento fundamentado, com argumentos racionais e embasados, que poderão ser coerentemente repetidos em

---

<sup>7</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 102.

<sup>8</sup> MATA, Alfonso Chacón. Apuntes de hermenêutica interpretativa em materia de derechos humanos. **Revista Judicial**, Costa Rica, nº 118, p. 33-60, enero 2016, p. 45.

<sup>9</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 103.

situações idênticas, gerando previsibilidade jurídica e evitando o arbítrio e o decisionismo do intérprete-juiz<sup>10</sup>.

Assim, a técnica é uma atividade de cunho constitutivo – constrói a norma a ser aplicada no caso concreto – e não meramente declaratório<sup>11</sup>, a partir da combinação entre o texto normativo e os dados da realidade que incidem sobre este texto<sup>12</sup>. E este papel foi assumido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em seus precedentes<sup>13</sup>.

A Constituição Federal de 1988, efetivamente uma carta de cunho transformativo<sup>14</sup>, e o critério da máxima efetividade dos direitos humanos exigem que a interpretação de determinado direito conduza ao maior proveito de seu titular, com o menor sacrifício imposto aos titulares dos demais direitos em eventual colisão<sup>15</sup>. Além disso, conduz à “aplicabilidade” integral destes direitos, uma vez que todos os seus comandos são vinculantes. Implica, ainda, segundo Ramos, na aplicação

---

<sup>10</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 105.

<sup>11</sup> A interpretação no Estado Democrático de Direito não comporta mais a interpretação a partir da subsunção mecânica dos juízes que os transformam na “boca da lei”. Esta expressão francesa (*bouche de la loi*), originalmente cunhada no século XIX, retratava o receio de que os juízes subtraíssem, pela via da interpretação, o poder de criação de normas do legislativo. (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 104).

<sup>12</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 104.

<sup>13</sup> Cita-se como exemplo, a ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgada em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216-01 PP-00011.

<sup>14</sup> O constitucionalismo de transformação diz respeito ao conteúdo substantivo da proposta de constitucionalismo manifestada em um texto que pretende ser o motor de alteração de uma realidade social. Tem incidência no progresso da democracia, caracterizado por ser um processo dinâmico e expansivo. (GOUVÊA, Carina Barbosa. **As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos Estados em transição política: o papel das Nações Unidas no resgate da ordem democrática**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 78).

<sup>15</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 108.

direta e imediata, pela qual os Direitos Humanos previstos na Constituição e nos Tratados possam incidir prontamente nos casos concretos.

Conexo, encontra-se o critério da interpretação *pro homine*, que implica em reconhecer a superioridade das normas de direitos humanos, e, em sua interpretação, ao caso concreto, na exigência da adoção da interpretação que dê posição mais favorável ao indivíduo<sup>1617</sup> - ou seja, para o destinatário da proteção.

Este princípio possui variantes essenciais: atua como diretriz de preferência das normas e de proteção do ser humano. A Corte Interamericana de Direitos Humanos aceitou essa interpretação ao pronunciar-se sobre o artigo 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>18</sup> - “*debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana*”<sup>19</sup>. No âmbito do direito internacional dos DH importa ter em conta uma regra que está orientada a privilegiar, preferir, selecionar, favorecer, tutelar e, portanto, adotar a aplicação da norma que melhor proteja os direitos fundamentais do ser humano<sup>20</sup>.

Diferentes exemplos efetivam esta postura interpretativa como, por exemplo, o artigo 5º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>21</sup>; o

---

<sup>16</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 108.

<sup>17</sup> Neste mesmo sentido, SARLET, Ingo W. Direitos fundamentais, reforma do Judiciário e Tratados Internacionais de Direitos Humanos. *In*: CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo W.; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (org.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 331-360.

<sup>18</sup> Corte IDH, “Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Serie A nº. 13, Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. párrafo 50; Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Excepciones Preliminares. Serie C nº. 61, Sentencia de 18 de noviembre de 1999, párrafo 37.

<sup>19</sup> Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Serie A nº. 18, Opinión Consultiva OC- 18/03 de 17 de septiembre de 2003, párrafo 21.

<sup>20</sup> MATA, Alfonso Chacón. Apuntes de hermenéutica interpretativa em materia de derechos humanos. **Revista Judicial**, Costa Rica, nº 118, enero, 2016, p.33-60, p. 49.

<sup>21</sup> Incorporado no Brasil por meio do Decreto nº. 591 de 1992. “Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer

artigo 23 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher<sup>22</sup>; o artigo 41 da Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente<sup>23</sup>; e o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>24</sup>, todos incorporados no universo normativo brasileiro.

Para o STF<sup>25</sup>, esta é, também, a posição dominante:

**HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana,**

---

atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas”.

<sup>22</sup> Incorporado no Brasil por meio do Decreto nº. 4.377 de 2002. “Nada do disposto nesta Convenção prejudicará qualquer disposição que seja mais propícia à obtenção da igualdade entre homens e mulheres e que seja contida na legislação de um Estado-Parte ou em qualquer outra convenção, tratado ou acordo internacional vigente nesse Estado”.

<sup>23</sup> Incorporado no Brasil por meio do Decreto nº. 99.710 de 1990. “Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: a) das leis de um Estado Parte; b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado”.

<sup>24</sup> Incorporado no Brasil por meio do Decreto nº. 678 de 1992. “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.

<sup>25</sup> HC 91361, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-03 PP-00430 RTJ VOL-00208-03 PP-01120.

**em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.** - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que **prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado)**, **deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos**, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. (grifo nosso).

Essa construção interpretativa também serve de base para que outras jurisdições nacionais usem estes instrumentos para fundamentar e realçar a defesa destes interesses a favor do ser humano<sup>26</sup>. Para estes efeitos, segundo Mata, o entendimento é que o princípio com o qual se instrumentaliza a favor do ser humano, busca protegê-lo de todas aquelas atuações e interpretações normativas que tendam a lesionar sua dignidade, integridade e restrições a benefícios pessoais.

Desta forma, pode-se concluir que: os DH, a partir da Constituição de 1988, assumiram a centralidade do ordenamento jurídico brasileiro; toda norma produzida no âmbito interno deve guardar simetria com os DH; a interpretação conforme os DH e *pro homine* tem o intuito de preservar os direitos do ser humano, da coerência e da integridade do texto constitucional.

## **2 A Interpretação dos Tratados de Direitos Humanos através da Constituição e do Supremo Tribunal Federal (STF)**

A Constituição Federal de 1988 possui poucos artigos que tratam do processo de formação e incorporação dos Tratados de Direitos

---

<sup>26</sup> MATA, Alfonso Chacón. Apuntes de hermenêutica interpretativa em materia de derechos humanos. **Revista Judicial**, Costa Rica, n° 118, p. 33-60, enero 2016, p. 50.

Humanos<sup>27</sup>. Entre 1988 e 2008, o STF<sup>28</sup> decidiu a favor da tese de que os tratados de direitos humanos teriam a mesma hierarquia dos demais tratados, ou seja, considerados equivalentes à lei ordinária federal. Para Ramos, o caso paradigmático da prisão civil do depositário infiel é exemplar. No julgamento, o Supremo decidiu que a Convenção Americana de Direitos Humanos teria estatuto de lei ordinária federal e, logo, deveria ser subordinada ao texto constitucional brasileiro.

A Emenda Constitucional n.º. 45, de 2004, trouxe à Constituição a “Teoria do Duplo Estatuto dos Tratados de Direitos Humanos”<sup>29</sup>, ou seja, teriam natureza constitucional os tratados aprovados pelo rito do § 3º do artigo 5º da referida emenda e natureza supralegal todos os demais. Estas alterações motivaram o STF à revisão do seu posicionamento sobre a hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil. No julgamento da RE 466.343<sup>30</sup>, a maioria dos votos sustentou novo patamar normativo para esses tratados.

Cabe lembrar que o STF enfatizou que a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, ficou ainda mais difícil defender a tese de que os tratados poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinárias. Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados de direitos humanos. Esta

---

<sup>27</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 472.

<sup>28</sup> HC 72131, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1995, DJ 01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650.

<sup>29</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 478.

<sup>30</sup> RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre os direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

E, neste sentido, o STF, com a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional, tornou imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica nacional.

Por fim, revelou o STF que é necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. Passagem esta, bem enfatizada por Cançado Trindade<sup>31</sup>: “a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar a posição central”.

Por conseguinte, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Além disso, devido ao caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem a sua eficácia paralisada. É o que

---

<sup>31</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris, 2003. p. 515.



ocorre, por exemplo, com o art. 1857 do Código Civil (Lei 10. 406/2002) relativa à sucessão testamentária, cuja liberdade de testar não é absoluta.

Temos assim sistematizados<sup>32</sup>:

- a. As leis, inclusive as leis complementares, e os atos normativos são válidos se forem compatíveis, simultaneamente, com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados;
- b. Cabe ao poder judiciário, também, realizar o chamado controle de convencionalidade nacional das leis, utilizando os tratados de direitos humanos como parâmetro supralegal ou mesmo equivalente à emenda constitucional;
- c. Os Tratados incorporados pelo rito especial previsto no 3º do artigo 5º da Constituição Federal passam a integrar o bloco de constitucionalidade restrita, podendo servir de parâmetro para avaliar a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional qualquer.

Assim, no atual sistema normativo brasileiro, estes tratados abrem oportunidade ao controle difuso e o exercício deste controle da compatibilidade das normas internas com as convencionais é um dever do juiz nacional<sup>33</sup>.

### **Considerações finais**

Em resumo, o texto constitucional brasileiro acomodou a “Teoria do Duplo Estatuto dos Tratados de Direitos Humanos”, ou seja,

---

<sup>32</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 479.

<sup>33</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Repercussão Geral. *In*: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1335.

com natureza constitucional, os aprovados pelo rito do § 3º do artigo 5º da Carta Constitucional e com natureza supralegal os demais incorporados no Brasil.

Portanto, a interpretação dos dispositivos normativos deve ser compatível com a Constituição e com os Tratados de Direitos Humanos e tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Cita-se, abaixo, alguns instrumentos que já se encontram incorporados no universo normativo brasileiro, a saber:

- a. Declaração Universal dos Direitos Humanos, que reafirma o princípio da não-discriminação em seu artigo VII<sup>34</sup>;
- b. Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 20<sup>35</sup>;
- c. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 2º<sup>36</sup>, 26<sup>37</sup> 23 4<sup>38</sup>;

---

<sup>34</sup> Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

<sup>35</sup> Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

<sup>36</sup> Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

<sup>37</sup> Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

<sup>38</sup> Os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades dos esposos quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, deverão adotar-se disposições que assegurem a proteção necessária para os filhos.

- d. Convenção sobre a Eliminação de Discriminação contra a Mulher - a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito à dignidade da pessoa humana. Para fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo, de acordo com seu artigo 16 alínea f<sup>39</sup>.

O ponto de foco deste ensaio foi o de pretender contribuir para a persecução da unidade do direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas que envolvem a coerência das normas jurídicas ao texto constitucional.

## Referências

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Forense, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153. Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, **DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216-01 PP-00011**.

---

<sup>39</sup> Os mesmos direitos e responsabilidades com respeito à tutela, curatela, guarda e adoção dos filhos, ou institutos análogos, quando esses conceitos existirem na legislação nacional. Em todos os casos os interesses dos filhos serão a consideração primordial.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 187**. Voto do Ministro Celso de Mello.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 72131. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1995, **DJ** 01-08-2003 PP-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91361. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, **DJe**-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-03 PP-00430 RTJ VOL-00208-03 PP-01120.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466343. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO **DJe**-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris, 2003.

CORTE IDH. “Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, **Serie A No. 13**, Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. párrafo 50; Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Excepciones Preliminares. Serie C nº. 61, Sentencia de 18 de noviembre de 1999, párrafo 37.

CORTE IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. **Serie A No. 18**, Opinión Consultiva OC- 18/03 de 17 de septiembre de 2003, párrafo 21.

GOUVÊA, Carina Barbosa. **As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos Estados em transição política: o papel das Nações Unidas no resgate da ordem democrática.** Curitiba: Juruá, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Repercussão Geral. *In*: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 881-1352.

MATA, Alfonso Chacón. Apuntes de hermenêutica interpretativa em materia de derechos humanos. **Revista Judicial,** Costa Rica, nº 118 enero, 2016, p. 33-60.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo W. Direitos fundamentais, reforma do Judiciário e Tratados Internacionais de Direitos Humanos. *In*: CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo W.; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (org.). **Direitos Humanos e Democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 331-360.



## O princípio constitucional da liberdade de expressão: uma análise em torno da presunção de inocência e os meios de comunicação social

*The constitutional principle of freedom of expression: an analysis around the presumption of innocence and the media*

Igor Labre de Oliveira Barros\*

Vinicius Pinheiro Marques\*

**Resumo:** O direito constitucional de não ser avaliado responsável até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória é componente de infrações por meio dos meios de comunicação social. Na sociedade contemporânea, os meios de comunicação social têm alcançado tamanha importância que o impetrado da presunção de inocência tem sido abrandado com excesso em frente ao poder da mídia, que por meio de vários elementos originam adequados juízos acusatórios, não proporcionando ao incriminado o direito de praticar sua justificação. Nesta vertente se fará uma análise sobre o exercício de uma garantia constitucional que por causa do seu negligente uso, tem motivado danos à presunção de inocência. Em veracidade, o que se ambiciona é que

---

\* Foi Assessor Jurídico - NACOM - PRESIDÊNCIA/CORREGEDORIA do Tribunal de Justiça do Tocantins. Foi colaborador na Comissão Constituição e Justiça CCJ AL/TO. Foi colaborador da 1º Turma Recursal TJTO 3º Gabinete. Escritor. Foi Aluno Especial do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos; Disc. Políticas Públicas Ambientais e Sustentabilidade ESMAT/TJTO. Bacharel em Direito CEULP\ULBRA Palmas. Foi Estagiário credenciado pela OAB/TO. Técnico Federal em Agroindústria IFTO. Foi Diretor de Novas Gerações - Rotary. Foi Pesquisador do PROICT. Foi Monitor de Direito Constitucional e Direito Administrativo no Curso de Direito CEULP\ULBRA. Foi Membro do GEDA Grupo de Estudos de Direito Administrativo. Foi Membro LADIFA Liga de Direito de Família. Palmas TO. E-mail: igor.labre@hotmail.com.

\* Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Professor de Direito da Universidade Federal do Tocantins (UFT) e do Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP). E-mail: viniciusmarques@uft.edu.br.

ambos princípios constitucionais facultam conviver em harmonia a fim de que se possa afiançar a conservação do Estado Democrático de Direito, o qual foi proporcionado a sociedade através de penosas aflições.

**Palavras-chave:** Colisão de princípios constitucionais. Direitos fundamentais. Liberdade de expressão. Meios de comunicação social. Presunção de inocência.

**Abstract:** The constitutional right not to be held accountable until a final conviction of a convicted criminal sentence is a component of infractions through the media. In contemporary society, the media have become so important that the plea of innocence has been softened in the face of the media, which through various elements gives rise to appropriate accusatory judgments, right to justify it. This section will make an analysis on the exercise of a constitutional guarantee that because of its negligent use has motivated damage to the presumption of innocence. In truth, the ambition is that both constitutional principles allow to live in harmony, in order to secure the conservation of the Democratic State of Law, which has provided society with painful afflictions.

**Keywords:** Collision of constitutional principles. Freedom of expression. Fundamental rights. Media. Presumption of innocence.

## **Introdução**

O direito constitucional de não ser avaliado responsável até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória é componente de infrações por meio dos meios de comunicação social. Na sociedade contemporânea, os meios de comunicação social têm alcançado tamanha importância que o impetorado da presunção de inocência tem sido abrandado com excesso em frente ao poder da mídia, que por meio de vários elementos originam adequados juízos acusatórios, não proporcionando ao incriminado o direito de praticar sua justificação.



O Brasil tem presenciado as mais modificadas configurações de transgressão dos meios de comunicação. Nesse sentido, pode-se constatar que o direito de liberdade de informação pode ser tão transgressor das garantias constitucionais quanto à restrição da liberdade de imprensa, em um Estado Totalitário. Sob a base de que nenhuma segurança ou liberdade pessoal é incondicional, é que se cataloga a contemporânea análise cujo escopo incide em conferir a probabilidade do prejuízo de seguranças fundamentais diante do comportamento dos meios de comunicação social, por meio de seu poder de persuasão, cria um conceito na imagem pública sobre o indivíduo do investigado, imputando-lhe o exercício de delito, mesmo sem a carecida contagem judicial.

A incursão da mídia na concepção de ponderação sintética de culpa, em desmoralização ao devido processo legal é a conjuntura a ser pesquisada no transcorrer da presente análise. Para tanto, far-se-á uso das impressões bibliográficas, que compreendem as obras físicas e os artigos científicos, todos concernentes à temática em epígrafe, por meio de uma análise de modelo explicativa.

De princípio far-se-á uma abordagem a respeito do princípio constitucional da presunção de inocência numa expectativa histórica, doutrinária, normativa e jurisprudencial. Em seguida, será meditada a liberdade dos meios de comunicação social, a fim de detectar as atinadas transgressões da mídia ao princípio da não responsabilidade, e dos seus prejuízos acarretados à população. E, por conclusão, refletir-se-á a respeito das violações cometidas no mundo virtual, com ênfase em suas preocupações e benéficos à vida em sociedade.

A importância da temática em demanda dá-se em motivo dos delitos e fatos ocorridos nos meios de comunicação social nas últimas décadas, os quais ecoaram na mídia em pretexto do amplo clamor social, e por isso, entusiasmaron fortemente a apreciação pública, e que imediatamente decorre a analisar.

## 1 O princípio constitucional da presunção de inocência

A presunção de inocência é um dos princípios constitucionais através do qual o réu deixa de ser um mero componente do processo e passa a sujeito dentro do arrolamento processual. Comumente, se abrange como termo primitivo deste princípio a Magna Carta *Libertatum*, de João-Sem-Terra (1215), como assevera Caio Tácito<sup>1</sup> “a primeira marca desta limitação da autoridade absoluta imprime-se na Magna Carta (1215), que vai ser confirmada na Carta de Henrique III (1225)”. Além disso, a Magna Carta acarretou o conceito de obstáculo da força da realeza, designando os institutos, *law of land* e *duo of law*.

Não obstante estes institutos restringirem o poder da majestade, tais regulamentos não eram mensagens de direitos, mas de prerrogativas, pois seu aproveitamento era limitado ao amparo dos alvedrios dos nobres e não da coletividade. A finalidade deste documento era somente revogar as prisões discricionárias contra as realezas. De caráter que foi este o conjunto da Carta de 1215, estabelecimento micróbio que não equivale ao princípio da presunção de inocência.

O modo genérico do aproveitamento da não-culpabilidade só vai surgir com a Revolução Francesa e a consequente estabelecimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>2</sup>, em 1789, a qual ressaltou o princípio no artigo 9º, “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário a guarda de sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela lei”.

O princípio remonta o art. 9º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento

---

<sup>1</sup> TÁCITO, Caio. **Coleção Constituições Brasileiras**. Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, v. 07. Brasília. 1999. p. 22.

<sup>2</sup> DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

filosófico- humanitário chamado “Iluminismo”, ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido como objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Beccaria que “a perda da liberdade sendo já uma pena, esta, só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige”. Há mais de duzentos anos, ou, precisamente, no dia 26-8-1979, os franceses, inspirados naquele movimento, dispuseram da referida Declaração que: “Tout homme étant présumé innocent jusqu’à cequ’il ait été déclaré coupable; s’ il est jugé indispensable de l’ arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour’s assurer de sá persone, doit être sévèrement reprimée par la loi” (Todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei)<sup>3</sup>.

Nesse comando, o princípio da presunção de inocência só atravessa ser mais imprescindível e menos contemplativo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem consagrada em 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que em seu artigo XI estabeleceu “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que sua culpabilidade [...], em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

A afirmação deste princípio, bem como da Declaração Universal, se deu especialmente devido à conjuntura histórico-social da sociedade mundial, ainda assombrada com as transgressões de direitos praticadas pelo nazismo, desvendado a necessidade da ideia de aparelhos e a sustentação de estimas que facultam ser diligenciados pelo cidadão em presença dos desmandos agenciados pelo Estado.

---

<sup>3</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 243.

Nesta própria baliza, nasce a Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>4</sup>, uma combinação a propósito de direitos humanos que ficou conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, no qual, em seu Artigo 8º, inicial parte, sob o começo das Garantias Judiciais, constituiu que: “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Designadamente, no Brasil, a segurança do cidadão de não ser avaliado culpado antes do trânsito em julgado só vai insurgir com a chegada da Constituição de 1988<sup>5</sup>, a qual consagrou como um dos direitos e seguranças fundamentais, no art. 5º, inciso LVII “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Com a solidificação do demandado da presunção de inocência nasce de configuração gradual, transposto por múltiplos momentos históricos, daí a necessidade premente de sucessivamente reafirmar essa segurança. O Supremo Tribunal Federal - STF, por distintas estações já estabeleceu a abrangência substancial do princípio da presunção de inocência. Nessa acepção, no acórdão do Habeas Corpus nº 96.095-2/SP relatado pelo Min. Celso de Mello:

POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos

---

<sup>4</sup> CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

<sup>5</sup> 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 18 out. 2021.

e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes<sup>6</sup>.

Adota essa mesma esteira de entendimento, o Ministro Gilmar Mendes<sup>7</sup> que alega, “o significado da garantia de presunção de não-culpabilidade no direito brasileiro, entendido como princípio que impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal”.

Como adverte o Ministro Gilmar Mendes, se não há como cominar consequências jurídicas antes do trânsito em julgado da sentença penal, como facultaria um estabelecimento privado tal qual a imprensa e as redes sociais, atribuir ao inculpatado implicações quem nem o competente Estado, instrutor da persecução penal. Em tese esta indagação atribuiria em uma réplica negativa, mas esta não é a realidade brasileira, o que se admira é que a desonra resultante de uma

---

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 96095-2 SP**, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2896095%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 12 mar. 2019.

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 327.

informação mercadológica determinada pelos meios de comunicação social, em arrolamento ao indivíduo inquirido, com intensidade, lhe ocasiona de contínuo a taxaço de delinquente em presença à avaliação pública, mesmo que ao término do processo, seja absolvido da responsabilidade que lhe foi feita.

É neste assunto que o procedimento da imprensa e o tratamento despedido aos denunciados em processo criminal tem navegado de choque à presunção de inocência. Após conceitos acerca deste princípio pertinente ao cidadão acusado do exercício de crime, doravante, compete enfatizar o princípio conexo ao lado dos meios de comunicação social, ou seja, o princípio da liberdade de expressão.

## **2 O princípio da liberdade de expressão e suas vertentes**

A liberdade de expressão, do mesmo modo, é um dos importantes princípios certificados pela Constituição da República. O artigo 5<sup>a</sup> inciso IV proporciona a composição: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Abrangidas nesta consideração de acessível manifestação do pensamento, estão a liberdade de pensamento, de comunicação, de informação e de informação jornalística, que é a liberdade de imprensa. No art. 220, no capítulo V da Magna Carta, o qual aborda a comunicação social o constituinte, mais uma vez, deixou claro sua escolha pela liberdade de ideia.

A proteção constitucional consagrada no inciso X do art.5<sup>o</sup> refere-se tanto a pessoas físicas quanto pessoas jurídicas, abrangendo, inclusive, a necessária proteção à própria imagem frente aos meios de comunicação em massa (televisão, rádio, jornais, revistas, etc). Um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país; cujo o conteúdo é a faculdade de constringer os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é propício, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si, ao

abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular<sup>8</sup>.

De tal modo, a liberdade de expressão instituída em direito fundamental do cidadão, abrange o pensamento, a apresentação de acontecimentos presentes ou históricos e a crítica, a qual não pode tolerar reserva precedente do Estado pela sua substância, ou seja, não pode consentir a censura. Por isso que é apresentada em alto grau por teóricos como um fator de conceito do alcance de quão democrático é o Estado, ou seja, quanto maior for à extensão da liberdade de manifestação de pensamento, maior o aparecimento de democracia. A liberdade de expressão é um direito que o cidadão tem em presença do Estado, para que não consista em forçado suas mostras de pensamento, logo são exercidas, em regra, contra o Poder Público. Nesse sentido

O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais. As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam garantidas e estimuladas — inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. O Estado democrático se justifica, também, como instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes resultantes dessas liberdades. A efetividade dessas liberdades, de seu turno, presta serviço ao regime democrático, na medida em que viabiliza a participação

---

<sup>8</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. v. 29. São Paulo: Atlas, 2009. p. 470.

mais intensa de todos os interessados nas decisões políticas fundamentais<sup>9</sup>.

Desta forma a liberdade política, a modelo da liberdade de imprensa, só se releva tendo como fim último o ser humano em uma expectativa íntegra, isto é, em conformidade com a estima elevada constituída pela Carta Magna, a dignidade da pessoa humana. Para o professor José Afonso<sup>10</sup> “[...] a liberdade consiste em poder fazer o que não prejudique a outrem: o exercício dos direitos não tem limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos [...]”. É evidente que a imprensa aberta é uma coragem a ser sustentada para o fortalecimento das instituições democráticas no Brasil, mas também é evidente que não há como aceitar que, sob o pretexto da liberdade de expressão, que sejam empreendidas pelos meios de comunicação social as mais distintas transgressões de direitos fundamentais.

A liberdade de expressão, como uma segurança constitucional não tem o condão de direito incondicional, como bem já asseverou o Supremo Tribunal Federal, posicionando-se na aceção de que não há direito essencial irrestrito, há perímetros éticos e lícitos. Assim, o direito à aberta expressão não pode dar amparo a amostras de conteúdo imoral, degradando a dignidade da pessoa humana, uma vez que, até mesmo, aludem em ilícito penal. Portanto, resta evidenciado que as liberdades públicas não são absolutas, segundo se constata na apreciação do Habeas Corpus 84.424-2 do Rio Grande do Sul.

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar,

---

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 523.

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 237.



divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. (...) O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. “Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento”. No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada<sup>11</sup>.

Permanece nítida a alternativa de não acolher representação de ideias preconceituosas ou que contravenham garantias fundamentais de qualquer indivíduo. Esta é a oportuna essência dos alvedrios públicos ou políticas cuja interpretação deve ser apresentada também à

---

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82424** RS. Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882424%29&base=ba> se Acórdãos. Acesso em: 12 mar. 2019.

segurança da presunção de inocência. Entretanto, ultimamente, o que se observa nos meios de comunicação social é uma durável transgressão das garantias constitucionais. Ocorre quando denunciados que têm suas histórias esquadrinhadas por notas adjudicadas na imprensa, sem, na maior parte das ocasiões, existirem acusação protocolar do Estado.

Esses apontamentos atravessam a ter um culminante grau de verdade em presença a população, cooperando para a formação do julgamento público de que indiciados e denunciados não precisam ter venerado suas seguranças constitucionais. Conforme Ferreira<sup>12</sup> “Uma das maiores burlas de nossos tempos terá sido o prestígio da imprensa. Atrás do jornal, não vemos os escritores, compondo a sós seu artigo. Vemos as massas que o vão ler e que, por compartilhar dessa ilusão”. É nesse período que passar a existir a imperceptível fronteira entre o que pode e não pode ser adágio pela imprensa. Nesse sentido, compete ao poder judiciário justar práticas que impliquem na desmoralização ao princípio da presunção de inocência, sob pena de atraso e atinada iminência ao Estado Democrático de Direito.

### **3 Os meios de comunicação social e a presunção de inocência**

Na contemporânea conjuntura por que atravessa a Justiça brasileira, é quase incomum localizar a emoção de contentamento imprimido na expressão da sociedade, no que tange à prestação jurisdicional do Estado, especialmente, quanto à penalidade por contravenções penais. Em presença deste descontentamento da população, a mídia tem empregado para empreender os mais variantes prejuízos aos direitos essenciais, sob o bucólico pretexto de informar.

---

<sup>12</sup> FERREIRA, Michele Kalil. O princípio da presunção de inocência e a exploração midiática. **De Jure**: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 9, p. 150-181, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/27368>. Acesso em: 20 dez. 2021.

Deste modo, se em presença de supostos acusados, estes forem reprimidos a apreciação por juízes sem toga, sem corte, sem nenhuma oportunidade de justificação à imagem pública, certamente sofrerão danos a sua personalidade que na maioria das vezes serão irreparáveis. O que se constata atualmente que casos que sofrem este julgamento sem corte, quando chegam à esfera judicial e a demanda for contida ao crivo do contraditório e da ampla defesa, a realidade se torna outra. As incriminações em seguida tendem a ruir e o conglomerado de indícios que o é imputado, considerados como falaciosos e injustos. Quando o poder judiciário se depara com estas situações, resta aos abrangidos desses fatídicos se conformarem com as indenizações estabelecidas. Na lavra do voto do Ministro Celso de Melo, a suprema corte do Brasil distinguiu, em um episódio com prévia acusação midiática, violação no exercício da liberdade de imprensa e a fato do dano moral.

CASO ESCOLA BASE. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL QUE NÃO SE REVESTE DE CARÁTER ABSOLUTO. SITUAÇÃO DE ANTAGONISMO ENTRE O DIREITO DE INFORMAR E OS POSTULADOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA INTEGRIDADE DA HONRA E DA IMAGEM. A LIBERDADE DE IMPRENSA EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, QUE SE RESOLVE, EM CADA CASO, PELO MÉTODO DA PONDERAÇÃO CONCRETA DE VALORES. MAGISTÉRIO DA DOCTRINA. O exercício abusivo da liberdade de informar, de que resulte injusto gravame ao patrimônio moral/material e à dignidade da pessoa lesada, assegura, ao ofendido, o direito à reparação civil, por efeito do que determina a própria constituição da república (CF, art. 5º, incisos v e x). INOCORRÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DE INDEVIDA RESTRIÇÃO JUDICIAL À LIBERDADE DE IMPRENSA. NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 52 E DO ART. 56, AMBOS DA LEI DE IMPRENSA, POR INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988. DANO MORAL.

AMPLA REPARABILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXAME SOBERANO DOS FATOS E PROVAS EFETUADO PELO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. MATÉRIA INSUSCETÍVEL DE REVISÃO EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO<sup>13</sup>.

Assim, o Ministro Celso de Mello, leva ao entendimento que os meios de comunicação social, na narração dos fatos, estiveram longe de desempenhar sua função fundamental, qual seja a de ciência, sem variantes dramatizadas da criminalidade, o que só se releva pelo escopo de proveito. Karl Marx, alegou que: “O Morning Advertiser é a propriedade conjunta dos vendedores de bebidas ‘licenciados’, isto é, dos bares, que, além de cerveja podem também vender espíritos”.

Aquele que se pôs sob a luz da observação do público, abre mão da sua privacidade pelo só fato do seu modo de viver. Essa impressão é incorreta. O que ocorre é que, vivendo ele do “crédito público, estando constantemente envolvido em negócios que afetam a coletividade, é natural que em torno dele se avolume um verdadeiro interesse público, que não existiria ao pacato cidadão comum. A faculdade ou o poder outorgado à pessoa para que possa agir segundo sua própria determinação, respeitadas, no entanto, as regras legais instituídas. A liberdade, pois, exprime a faculdade de se fazer ou não fazer o que se quer, de pensar como se entende, de ir e vir a qualquer atividade, tudo conforme a livre determinação da pessoa, quando haja regra proibitiva para a prática do ato ou não se institua princípio restritivo ao exercício da atividade<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 496406** SP. Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Brasília, DF, Data de Julgamento: 07/08/2006, Data de Publicação: DJ 10/08/2006 PP-00041 RTJ VOL-00201-01 PP-00399. 07 de agosto de 2006.

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 383.

É evidente a imagem de como para alguns âmbitos dos meios de comunicação social precisariam eliminar algumas das seguranças constitucionais, para se demonstrar notícias de impulso. O enigma é que só no Estado Constitucional de Direito é que é imaginável o alvedrio de expressão, na sua definição mais aberta. Deste modo como se faculta almejar extinguir garantias constitucionais, tais como a presunção de inocência, e ao próprio período ter o alvedrio dos meios de comunicação social certificados.

Em relevantes considerações históricas se consta que com os acanhados cerceamentos de seguranças principiam - se os comandos autoritários. A Alemanha nazista não principiou com Auschwitz, mas com acanhadas eliminações de garantias, já que a Constituição de Weimar era maleável, isto é, não estabelecia uma metodologia legislativa solene, facultando ser desvirtuada por procedimento ordinário. Daniel Sarmiento<sup>15</sup>, quando aborda das cláusulas pétreas, argumenta sobre a indigência de sua essência, em adjacência jurídica, vê-se que a austeridade das seguranças fundamentais é abrangida como uma configuração de não ceder atmosfera políticas ideológicas instantâneas. Deste modo, não se protege na análise obstáculo do exercício da liberdade de expressão, mas que esta consista em ser desempenhada dentro de uma expectativa de reverência à dignidade da pessoa humana e ao princípio da presunção de inocência, uma vez que aquele não é um direito elevado a qualquer outra segurança constitucional.

A função dos meios de comunicação social é cientificar de configuração indiferente os acontecimentos, para que de tal modo se agencie maior efetividade de direitos e não a ascensão pública de denunciados.

Não é o interesse de todos, comum ou vulgar. Também não se revela como somatório de anseios simplesmente convergentes. Não é mera vontade de conhecer do povo nem

---

<sup>15</sup> SARMENTO, Daniel. **Os Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 57.

se identifica com o desejo irreprimível e crescente, como se tem visto, de investigar e descobrir um pouco mais a respeito dos aspectos íntimos e sacrossantos de cada um. Longe, bem longe, de saciar a pura bisbilhotice e o mexerico, o interesse público repousa na inescandível e indisputável necessidade de dar a conhecer. [...] A adequação ocorre na proporção da necessidade e da utilidade de se publicar um fato ou levantar uma crítica de interesse efetivamente público. (...) em qualquer campo onde se emprega a linguagem, seu manejo encontra limites, ainda que os fins se revelem lícitos. É que as palavras, as proposições e o raciocínio, pelo tom ou realce que recebem, acréscimo ou decréscimo que irradiam, podem estar abaixo da verdade, ou bem pior, da dignidade<sup>16</sup>.

A presunção de inocência é golpeada quando os juízos precedentes sobre os denunciados, são espalhados pelos meios de comunicação social de forma equivocada. Aqueles que são culpados de crimes ainda têm o direito de serem defendidos e se for ponderado responsável pelo poder conveniente, também têm seu direito à dignidade resguardada por lei. Por conseguinte, não cabe aos meios de comunicação social nem à sociedade julgar as pessoas que estão abrangidas nos processos, mas sim ao Estado-Juiz. É possível cientificar de forma neutra, sem violar as seguranças constitucionais.

Somente haverá a observância da dignidade da pessoa humana desde que se respeite a integridade física e psíquica do ser humano, significa dizer que sejam asseguradas condições mínimas para uma existência digna, de forma que a intimidade e a identidade do indivíduo não sejam objetos de ingerências indevidas, bem como que haja a garantia da igualdade, indistintamente, para todos. O legislador brasileiro inseriu o princípio da dignidade da pessoa humana no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, baseou-se numa ótica personalista posto que ao ser colocado como fundamento determinou-se a

---

<sup>16</sup> JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos de personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 164.

existência do Estado em razão das pessoas. Nesse sentido, toda ação do Estado deve ser avaliada, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana, podendo possuir como penalidade ser declarada como inconstitucional, sendo que cada indivíduo deve ser considerado como um fim em si mesmo, para que possam indivíduo e Estado conviver de forma pacífica<sup>17</sup>.

É formidável que se conjecture sobre qual o alcance de conveniência da notícia adjudicada pelos meios de comunicação social que reprime indivíduos ao escárnio público. Com implicação, este tipo de exposição nada científica, acaba por agenciar uma emoção na população de receio e de inconformismo com o nosso aparelho de garantias constitucionais, ao contexto de que o princípio da presunção de inocência concebe um empecilho à segurança dos sujeitos. A presunção de inocência é uma segurança constitucional asseverada a todos os cidadãos, assim como, o princípio da liberdade de expressão, não facultando esta ser desempenhada em moldes que impliquem na transgressão de direitos fundamentais.

### **3.1 A liberdade de expressão virtual e os receios para o futuro**

Para os modernos, liberdade constitui o direito de cada um de se submeter apenas às normas, o direito de não poder ser preso, nem condenado, por pretexto da pretensão arbitrária de um ou de múltiplos sujeitos. É o direito de pronunciar conceito, de dispor de sua característica. Com analogia ao governo é o direito de cada um de comunicar a respeito de sua administração.

Para os modernos, somente quem tem o direito de condenar um cidadão é um tribunal aceitável, que censure segundo um regulamento formal, ou seja, a licitude deve ser observada. Nas

---

<sup>17</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Responsabilidade Civil, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 149.

primícias dos sistemas políticos, Atenas oportunizará a resolver suas demandas cada dia na praça pública, isto impetrava um período que o homem moderno jamais conteve, se isso fosse determinado, não restaria momento para que a sociedade desempenhasse suas veemências particulares, logo se experimentaria menos livre. Para manter sua liberdade privada se escolheu emissários para resolver sobre os assuntos da sociedade. Nos meios de comunicação social, o ser humano, em regra, não constitui mensageiros, ele determina espontaneamente sobre os assuntos de veemência da coletividade. Por outro lado distingue que há um campo de intimidade que lhe é conveniente e não pode ser abrangida por essa coletividade.

Atualmente, vivemos no mundo cada vez mais impessoal, em que as pessoas se utilizam das redes sociais para falar o que pensam, acreditando que estão protegidas atrás de seus computadores e celulares. Assim, alguém simplesmente pode postar um discurso de ódio e simplesmente desligar o computador ou colocar seu celular no “modo avião”, não tendo que encarar diretamente e pessoalmente a repercussão dos seus atos, o que aumentou os casos de discriminação e ofensas nos últimos anos. No entanto, é importante lembrar que a responsabilização não é automática - até para que um direito tão essencial para uma democracia não seja diminuído sem razão. Para que alguém seja responsabilizado, é necessário denunciar e levar o caso a um juiz, para que ele analise o caso concreto e, sob o prisma da proporcionalidade, decida qual direito deve prevalecer<sup>18</sup>.

Quando um componente da sociedade virtual rompe o pacto social, contravindo a normas de conduta, regressando violento e hostil para os demais, a comunidade virtual decide em sua maioria, direta e coletivamente, que esse componente deve ser eliminado das redes sociais. Essa disposição não passa por tribunais nem por mensageiro

---

<sup>18</sup> GUADAMUZ, Andrés. **Networks, Complexity and Internet Regulation: Scale-free Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 13.



eleitos. Presentemente, modelos de autorregulação em sociedades virtuais não escasseiam. Em jogos online e meios de comunicação social, é ordinário que os controladores analisem os usuários antes de tomar certas transformações, ou façam discussões para deliberar que tipo de contrapartida será admitido pelos usuários após uma falha do servidor. Determinadas ocasiões, a autorregulação do ciberespaço expande para o planeta concreto. Em 2012, Amanda Todd, uma canadense de 15 anos, cometeu suicídio após sofrer *cyberbullying*. Hackers se emocionaram com a situação e divulgaram nos meios de comunicação social informações sobre o suposto autor da ilicitude.

Isto mostra que os internautas são como uma sociedade; os cidadãos são os detentores originários do poder político, logo grupos assim de hackers reivindicam o poder dessa coletividade de cidadãos, e para regularizar suas atuações e eximir-se de encargos individuais, pesquisam, julgam e censuram o suposto responsável, expressando suas informações pessoais para que o público em universal possa concentrar a punição. Assim tem aqui uma veemente quebra do princípio da presunção de inocência, podendo ocasionar julgamentos injustos e situações incontornáveis, até mortes de inocentes.

Jorge Miranda cita Benjamin Constant<sup>19</sup>

É necessário que tenhamos liberdade, e tê-la-emos. Mas como a liberdade de que precisamos é diferente da dos antigos, é preciso, para essa liberdade, outra forma de organização política, que não seja a mesma que os antigos adotaram. Na forma antiga, quanto mais o homem consagrasse o seu tempo ou a sua força ao exercício dos seus direitos políticos, mais ele se julgava livre. Na

---

<sup>19</sup> MIRANDA, Jorge. Democracia, Eleição, Eleitorado. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; BOAS, Marco Anthony Steveson Villas; CARMO, Valter Moura (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**, v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 132. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/06/MIOLO-DIALOGOS-AMBIENTAL-8-COMPLETA-ilovepdf-compressed.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2019.

espécie de liberdade dos modernos, mais o exercício dos nossos direitos políticos nos deixa tempo para o exercício dos nossos direitos privados, mais esta liberdade nos é preciosa. E daí, a necessidade do sistema representativo, que não é outra coisa senão uma organização com a ajuda da qual uma nação descarrega nalguns indivíduos dela mesma aquilo que ela não pode fazer por si só.

Outras formas de manifesta liberdade de expressão são os grandes fóruns públicos de discussão, esta liberdade em campo individual, foi elevada a um patamar jamais visto, pois cada um tem a potencialidade de utilizar seu computador particular em sua casa e articular para uma plateia mundial. Está liberdade pode ser utilizada de forma benéfica; na Islândia já se teve debates sobre a nova Constituição pelas redes sociais.

O indivíduo virtual não conhece deliberações sobre o seu procedimento particular, não acolhe que o governo comine quais sites pode frequentar, quais recreações ele pode consumir, quando, como ou com quem ele pode compartilhar ideias, nem monitore a sua vida on-line, na sociedade contemporânea quando tais costumes virtuais são violados, se visualiza também como uma quebra de democracia.

### **Considerações finais**

Posteriormente as considerações sobre a conduta dos meios de comunicação social na veiculação de informações sobre indivíduos que estão sendo averiguados por exercício de delito, a conclusão que se abrange é que a notícia não é decorrida de formato imune e neutra.

Compreende-se que o conhecimento, uma vez disseminado nos meios de diálogo, arrasta a pessoa do inquirido ao sarcasmo público, o que danifica a figura do sujeito diante a coletividade. Tem-se, com isso, que as atuações midiáticas transgridem os direitos fundamentais, sobretudo, o demandado da presunção de inocência, o que procede na agressão das seguranças constitucionais.

Por fim, não se buscou cometer qualquer exceção à liberdade de imprensa, tampouco repreender o direito dos meios de comunicação social de adjudicar conhecimento sobre processos criminais; o que se procurou foi agenciar uma contestação em contorno da temática, posto que, da configuração como vem desempenhada a liberdade de expressão pela mídia, têm empreendido inúmeras transgressões contra o princípio da presunção de inocência no Brasil.

Em veracidade, o que se ambiciona é que ambos princípios constitucionais facultem conviver em harmonia, a fim de que se possa afiançar a conservação do Estado Democrático de Direito, o qual foi proporcionado a sociedade através de penosas aflições.

## Referências

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 496406** SP. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF, Data de Julgamento: 07/08/2006, Data de Publicação: DJ 10/08/2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14779698/agravo-de-instrumento-ai-496406-sp-stf>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82424** RS. Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882424%29&base=base> Acórdãos. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 96095-2 SP**, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2896095%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 12 mar. 2019.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanJose.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

FERREIRA, Michele Kalil. O princípio da presunção de inocência e a exploração midiática. **De Jure**: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 9, p. 150-181, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/27368>. Acesso em: 20 dez. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Responsabilidade Civil. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUADAMUZ, Andrés. **Networks, Complexity and Internet Regulation**: Scale-free Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**: conflitos entre direitos de personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARX, Karl. **A liberdade de imprensa**. Tradução Claudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: L & PM, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. Democracia, Eleição, Eleitorado. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; BOAS, Marco Anthony Steveson Villas; CARMO, Valter Moura (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**, v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Estado do Tocantins, 2017, p. 127-162. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/06/MIOLO-DIALOGOS-AMBIENTAL-8-COMPLETA-ilovepdf-compressed.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. v. 29. São Paulo: Atlas, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Os Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TÁCITO, Caio. **Coleção Constituições Brasileiras**. Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia. v. 7. Brasília: Centro de Estudos Estratégicos, 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/139952>. Acesso em: 20 dezembro 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



# **A responsabilidade do Estado na proteção ao meio ambiente\***

The State responsibility to protect the Environment

André Godinho \*\*

## **1 Proteção Ambiental na Constituição Federal de 1988**

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 225, expressamente prevê que todos são detentores do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Um bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida. Porém, impõe-se que o Poder Público e a coletividade defendam e preservem para as presentes e futuras gerações.

Constata-se, pois, de plano, o alinhamento do texto original da Constituição brasileira com as atuais preocupações da Organização das Nações Unidas, consubstanciadas na Agenda 2030, lançada no ano de 2015, pela Organização das Nações Unidas (ONU) com Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) – um plano de ação que pretende solucionar diversos problemas socioambientais e econômicos, trazendo 17 ODS e 169 metas. O Brasil adotou formalmente a Agenda 2030<sup>1</sup>.

---

\* Palestra proferida no XIV Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, ocorrido no Conselho Federal da OAB, em 2019.

\*\* Advogado, sócio do Tourinho & Godinho Advogados Associados. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça - CNJ (2017/2019) e (2019/2021); Ouvidor Nacional de Justiça (2019/2020 e 2020/2021). Conselheiro Federal da OAB (2013/2015) e (2016/2018). 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.

<sup>1</sup> ONU. Agenda 2030. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 28 fev. 2020.

De modo mais específico, no artigo constitucional supracitado são elencadas as obrigações do Poder Público para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente, dentre as quais devem ser destacadas: a preservação e restauração dos processos ecológicos e promoção do manejo ecológico das espécies; a preservação da diversidade do patrimônio genético e fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; a definição de espaços territoriais a serem protegidos; a exigência de estudo prévio de impacto ambiental para autorização de obras ou atividades causadora de potencial degradação; o controle das atividades que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; a promoção da educação ambiental em todos os níveis e a proteção da fauna e da flora, sendo vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica.

Ainda, de acordo com as normas estabelecidas pelo constituinte originário, quem explorar recursos minerais é obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, por meio de solução técnica a ser estabelecida pelo órgão público competente, além de poder responder penal e administrativamente pelas condutas e/ou atividades lesivas<sup>2</sup>.

## 1.1 Proteção Ambiental na legislação infraconstitucional

Para além das normas constitucionais, no campo infraconstitucional deve ser destacada a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação.

Segundo o citado texto normativo, o poluidor, ou seja, a pessoa física ou jurídica responsável por atividade causadora de degradação ambiental (direta ou indiretamente), é obrigado a indenizar

---

<sup>2</sup> Art. 225, § 2º e 3º. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 15 nov. 2021.



ou reparar os danos causados não só ao meio ambiente, mas também aos terceiros afetados por sua atividade<sup>3</sup>.

Constata-se, a partir desta regra, que o próprio Poder Público pode, portanto, ser responsabilizado tanto por suas ações quanto por suas omissões no que diz respeito à não degradação ambiental, dado que a obrigação de atuação na defesa e na preservação da qualidade ambiental é uma tarefa irrenunciável do Estado. Nesse sentido, são diversos os precedentes do STF e do STJ, podendo ser destacados, apenas a título exemplificativo: STF – Tribunal Pleno – ADI 3.540/DF-MC – rel. min. Celso de Mello – DJ 3/2/2006; STJ – 2ª T. – REsp 1.071.741/SP – j. 24/03/2009 – rel. min. Herman Benjamin.

Como consequências do quadro normativo constitucional/legal, merece destacar:

- a) Não se admite que o Estado opte por não agir em defesa do meio ambiente — o poder público deve sempre agir;
- b) Não se admite que o Estado atue de maneira insuficiente na proteção do meio ambiente — a proteção estatal deve ser adequada e eficiente;
- c) Não se admite que o Estado retroceda no grau de proteção ambiental já alcançado — uma vez obtido um certo grau de proteção ambiental, essa proteção deve ser mantida; não se admite retrocessos legislativos e administrativos na matéria (incidência do princípio da não regressão ou da proibição de retrocesso ambiental);
- d) Quanto ao momento de agir, não se admite mais que o Estado postergue a adoção das medidas necessárias à proteção do meio ambiente, seja no âmbito do exercício do poder de polícia, seja no âmbito da implementação de políticas públicas ambientais;

---

<sup>3</sup> Art. 3º e 4º. BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/cciv/il\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/cciv/il_03/leis/l6938.htm). Acesso em: 15 jun. 2021.

e) Quanto ao modo de agir, exige-se do poder público que adote sempre a melhor alternativa sob o ponto de vista da preservação da qualidade ambiental — quando concedida certa liberdade de ação ao poder público, a escolha do administrador deve ser sempre a que melhor atenda à necessidade de preservação da qualidade ambiental

## 1.2 Responsabilidade por Dano Ambiental na Jurisprudência

Outro aspecto a ser destacado quando se aborda a responsabilidade do Estado na proteção ao meio ambiente, diz respeito ao posicionamento dos tribunais pátrios em relação aos temas diretamente relacionados a questões ambientais.

Nesse ponto, é oportuno destacar o trabalho desenvolvido pelo Superior Tribunal de Justiça, que apresenta em seu sítio na *internet* as teses consolidadas pela Corte em relação a diversos temas. Especificamente, as edições nº 30 e 119 do informativo Jurisprudência em Teses, tratam, de forma detalhada, da consolidação dos posicionamentos do Tribunal a respeito de questão relacionadas ao dano ambiental em si, bem como da responsabilidade por danos causados ao meio ambiente. Dentre essas teses, podemos destacar:

- a) Em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado. Nesse sentido, AgRg no REsp 1001780/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 27/09/2011, DJE 04/10/2011; REsp 1113789/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, Julgado em 16/06/2009, DJE 29/06/2009; REsp 1071741/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Julgado em 24/03/2009, DJE 16/12/2010; AgRg no Ag 973577/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 16/09/2008, DJE 19/12/2008; AgRg no Ag 822764/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO,

PRIMEIRA TURMA, Julgado em 05/06/2007,DJ 02/08/2007; REsp 647493/SC,Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, Julgado em 22/05/2007, DJ 22/10/2007.

- b) Prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental. (Súmula n. 467/STJ)(Tese julgada sob o rito do art. 543-C/1973) Nessa linha: AgRg no REsp 1363437/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 12/11/2013,DJE 20/11/2013; REsp 1275014/RS,Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Julgado em 11/04/2013,DJE 09/05/2013; AgRg no REsp 1152786/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 17/02/2011,DJE 23/02/2011; AgRg no Ag 1158805/SC,Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, Julgado em 10/08/2010,DJE 20/08/2010; AgRg no Ag 1069662/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 01/06/2010,DJE 30/06/2010; REsp 1115078/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, Julgado em 24/03/2010,DJE 06/04/2010.
- c) A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 - TEMA 681 e 707, letra a). Sustentam esse entendimento: AgRg no AREsp 232494/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 26/10/2015; REsp 1374284/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 05/09/2014; REsp 1373788/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 20/05/2014; REsp 1354536/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 05/05/2014; AgRg no AREsp 258263/PR, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 20/03/2013.

- d) Causa inequívoco dano ecológico quem desmata, ocupa, explora ou impede a regeneração de Área de Preservação Permanente - APP, fazendo emergir a obrigação propter rem de restaurar plenamente e de indenizar o meio ambiente degradado e terceiros afetados, sob o regime de responsabilidade civil objetiva. Nesse sentido: AgInt no REsp 1545177/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018; REsp 1454281/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 09/09/2016.
- e) O reconhecimento da responsabilidade objetiva por dano ambiental não dispensa a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado. Nessa linha: AgInt no AREsp 1311669/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2018, DJe 06/12/2018; AREsp 667867/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2018, DJe 23/10/2018; AgInt no AREsp 884867/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 01/06/2018; AgInt no AREsp 663184/TO, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 25/05/2018; REsp 1615971/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 07/10/2016; AgRg no REsp 1210071/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 13/05/2015.
- f) A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 - TEMA 438). Sustentam essa tese: EDcl no REsp 1346430/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 14/02/2013; REsp 1114398/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012.

- g) É imprescritível a pretensão reparatória de danos ao meio ambiente. Nesse sentido: REsp 1081257/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 13/06/2018; REsp 1641167/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018; REsp 1680699/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 19/12/2017; AgRg no REsp 1466096/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 30/03/2015; AgRg no REsp 1421163/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 17/11/2014; REsp 1223092/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 04/02/2013.
- h) O termo inicial da incidência dos juros moratórios é a data do evento danoso nas hipóteses de reparação de danos morais e materiais decorrentes de acidente ambiental. Nessa linha: AgInt no AREsp 941039/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 05/10/2017; AgRg no AREsp 820193/MA, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 09/03/2017; REsp 1363107/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 17/12/2015; AgRg no AREsp 273058/PR, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 17/04/2013; REsp 1114398/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012.
- i) A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental. (Súmula n. 618/STJ). Sustentam tal entendimento: AgInt no AREsp 1311669/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2018, DJe 06/12/2018; AgInt no AREsp 620488/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 11/09/2018; AgInt no REsp 1741948/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 20/08/2018; AgInt no REsp 1722404/MS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado

em 07/08/2018, DJe 15/08/2018; AgInt no AREsp 1151766/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 27/06/2018; AgInt no AREsp 779250/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 19/12/2016.

- j) Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental. (Súmula n. 613/STJ). Nesse sentido: REsp 1505083/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 10/12/2018; AgInt no REsp 1545177/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018; AgInt no REsp 1283547/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 31/10/2018; REsp 1705599/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 20/11/2018; AgInt no REsp 1419098/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018; AgInt no AREsp 1211974/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018.
- k) Não há direito adquirido à manutenção de situação que gere prejuízo ao meio ambiente. Nessa linha, os seguintes precedentes: AgInt no REsp 1545177/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018; REsp 1755077/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2018, DJe 04/02/2019; AgInt no AgInt no AgInt no AREsp 747515/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 15/10/2018; HC 273304/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 08/09/2016; REsp 1381191/SP, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 30/06/2016; REsp 1172553/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 04/06/2014.

- l) O pescador profissional é parte legítima para postular indenização por dano ambiental que acarretou a redução da pesca na área atingida, podendo utilizar-se do registro profissional, ainda que concedido posteriormente ao sinistro, e de outros meios de prova que sejam suficientes ao convencimento do juiz acerca do exercício dessa atividade. Sustentam essa tese: AgInt no REsp 1638946/RO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 27/09/2017; AgInt no AREsp 852041/RO, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 03/05/2017; AgInt no AREsp 913100/RO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 30/09/2016.
- m) É devida a indenização por dano moral patente o sofrimento intenso do pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 - TEMA 439). Sustentam tal posicionamento: REsp 1346449/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 21/11/2012; REsp 1114398/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012.

Há que se ter em conta, ainda, que as teses acima apresentadas são apenas exemplificativas da importância que os tribunais, e em especial, o Superior Tribunal de Justiça, dão à questão ambiental e, de modo específico, à responsabilidade do Estado na preservação do meio ambiente, não esgotando, de forma alguma, o tema – candente no atual cenário nacional e internacional.

### **Considerações finais**

A questão ambiental é ampla e abrange, na perspectiva constitucional, legal e jurisprudencial, desde a efetivação do direito

fundamental ao meio ambiente equilibrado, por meio da proteção e preservação, até o detalhamento de quem é a responsabilidade pelos danos ambientais, apontando, inclusive, os graus de comprometimento de cada envolvido, bem como as consequências dos problemas causados.

Tal pauta, pungente na jurisprudência pátria como demonstrado pelos diversos precedentes recentes apresentados no tópico anterior, é hoje discussão que extrapola as fronteiras dos países e, em especial, no que diz respeito a responsabilidade dos Estados na proteção ao meio ambiente, ecoa hoje nos mais diversos fóruns de discussão internacional.

Essa preocupação, inclusive, foi uma das motivações para o estabelecimento de “um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade”<sup>4</sup>, denominado pela ONU de Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável.

Por fim, vale registrar que, para além das questões constitucionais, legais e jurisprudenciais, a questão da sustentabilidade é hoje preocupação de todo o Poder Judiciário, constando, inclusive de atos normativos do Conselho Nacional de Justiça, tais como a Resolução CNJ 201/2015, que dispõe sobre a criação e competências dos núcleos socioambientais nos órgãos do Poder Judiciário, e a Portaria 148/2018, que criou Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030.

## Referências

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 15 nov. 2021.

---

<sup>4</sup> ONU. Agenda 2030. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 28 fev. 2020.



BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm). Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 3.540/DF-MC**, rel. min. Celso de Mello – DJ 3/2/2006. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=near\(\(MEIO,AMBIENTE\),1,%20TRUE\)&numProcesso=3540](https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=near((MEIO,AMBIENTE),1,%20TRUE)&numProcesso=3540). Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.071.741/SP**. Segunda Turma, rel. min. Herman Benjamin. Julg. 24/03/2009. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271071741%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271071741%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271071741%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271071741%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 201, de 3 de março de 2015**. Dispõe sobre a criação e competências das unidades ou núcleos socioambientais nos órgãos e conselhos do Poder Judiciário e implantação do respectivo Plano de Logística Sustentável (PLS-PJ). Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2126>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 148, de 20 de novembro de 2018**. Designa membros do Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de

Diálogo Ambiental Constitucional Internacional, v. 20: Os desafios dos direitos fundamentais no século XXI: a importância da segurança e do meio ambiente

Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2751>. Acesso em: 15 jun. 2021.

PLATAFORMA AGENDA 2030. **Sobre.** Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/sobre/>. Acesso em: 10 ago. 2021.

## **A síndrome de alienação parental e o contexto das falsas memórias: uma atuação interdisciplinar necessária entre Direito e Psicologia para garantia do melhor interesse da criança**

*The parental alienation syndrome and the context of false memories: a necessary interdisciplinary approach between law and psychology to guarantee the child's best interest*

Sarah Passos Brasil\*

Carla Mariana Café Botelho\*

**Resumo:** O presente artigo apresenta uma fundamentação bibliográfica apta a explicar o contexto das falsas memórias (FM's) e sua incidência nos contextos das disputas judiciais pela guarda e custódia de crianças e adolescentes. Cuidando, ainda, em relacioná-las com a influência da síndrome da alienação parental, na medida em que conceitua tal problema e apresenta consequências desastrosas, como as falsas denúncias. Além disso, demonstra que essas situações afrontam e desrespeitam o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Por fim, propõe como principal mecanismo de enfrentamento, o diálogo entre as áreas do conhecimento, por exemplo Direito e Psicologia, para diminuir os traumas presentes nesses cenários familiares.

**Palavras-chave:** Falsas memórias. Síndrome da Alienação Parental. Guarda e Custódia. Falsas Denúncias. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

---

\* Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza.

\* Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza.

**Abstract:** This article presents a bibliographic basis able to explain the contexto of false memories (FM's) and their impact on the contexts of legal disputes over guard and custody of children and adolescents. Analyzing, still, in relating them with the influence of the parental alienation syndrome, in so far as it conceptualizes such a problem and presentes disastrous consequences, such as false accusations. In addition, it demonstrates that these situations confront and disrespect the principle of human dignity and the principle of the best interest of children and adolescents. Finally, it proposes, as the main coping mechanism, the dialogue between the áreas of knowledge, for example Law and Psychology, to reduce the traumas present in thesef amily settings.

**Keywords:** False memories. Parental Alienation Syndrome. Guard and Custody. False reports. Principle of Best Interest for Children and Adolescents.

## **Introdução**

O desenvolvimento psíquico de crianças e adolescentes é capaz de ser comprometido por inúmeros fatores externos e internos, seja pela influência da mídia na formação do caráter e pensamento crítico, seja pelas próprias tradições dentro da família, sendo esta fundamental e decisiva para determinar se o estado emocional daqueles seres humanos, ainda vulneráveis, será aperfeiçoado e amadurecido de uma forma saudável.

Nesse enquadramento, não é incomum encontrar em contextos envolvendo litígios acerca da guarda dos filhos em decorrência de processos de divórcio ou separação judicial nos quais o filho, seja menor impúbere ou púbere, apresente reações emocionais, psicológicas e comportamentais de quem foi vítima de um processo da Síndrome da Alienação Parental (SAP).

Em breve explicação, a qual há de ser aprofundada ao longo do presente artigo bibliográfico, insta diferenciar a Alienação Parental (AP) da referida Síndrome da Alienação Parental (SAP); aquela diz respeito a conduta e vontade do genitor, ou mesmo de algum parente,

em desmoralizar a figura parental do outro genitor, enquanto esta última é a consequência dessa conduta na criança, por exemplo, o ódio, medo, indiferença, dentre outros sentimentos que ela passa a ter.

Além disso, outro fenômeno psicológico, a ser controlado pelo alienante de maneira consciente ou não, tem o potencial de prejudicar o estado emocional da prole do casal, a qual já se encontra instável em razão da separação e constantes brigas dos pais. São as chamadas falsas memórias (FM's), desencadeando, nos seus cenários mais alarmantes, falsas acusações e denúncias de abusos sexuais praticados por quem não detém a guarda.

Analisando, agora, por essa premissa, a ciência do Direito não consegue e nem deveria tentar resolver, ou pelo menos reduzir tal problema, sozinha, visto ser algo que necessita de uma análise mais profunda, por ser uma questão complexa e que demanda uma análise transdisciplinar, de modo ao diálogo as ciências da saúde, com foco na psicologia social e psicologia cognitiva.

Em razão dos inúmeros casos que chegam ao Judiciário envolvendo supostas vítimas de SAP, geralmente crianças ou adolescentes, deve-se levar em conta a presunção de inocência em âmbitos de abusos sexuais no ambiente familiar, onde se tem histórico de conflitos protagonizados pelos pais. A partir desta ideia é que surge o desafio em coletar depoimentos infantis qualificados.

A técnica que se considera apta a conseguir o mencionado resultado chama-se *depoimento sem dano*, o qual é realizado por um psicólogo ou assistente social, zelando pela dignidade de crianças e adolescentes, supostas vítimas de violência, contribuindo, de igual modo, para prevenir injustiças decorrentes de depoimentos baseados em falsas memórias.

A partir do momento em que se percebe as limitações e particularidades de cada disciplina, torna-se viável pensá-las em conjunto, visando um auxílio recíproco, sendo no âmbito do

pensamento jurídico um avanço considerável, tornando o Direito mais efetivo no que diz respeito a busca por justiça.

É por meio dessas perspectivas que é possível evitar um sofrimento exacerbado da prole, diante da “guerra” travada entre um genitor e outro, uma vez que as falsas memórias na Síndrome da Alienação Parental violam o princípio de proteção à criança e adolescente, atrapalhando o raciocínio, a própria imaginação da criança e outras características cognitivas fundamentais, já que ela terá dificuldades em distinguir realidade de fantasia.

Em suma, apesar da mágoa e outras desavenças entre os ex-cônjuges ou ex-companheiros, o exercício da guarda deve contemplar o melhor interesse da criança e do adolescente, mantendo o conflito apenas entre aqueles dois, de modo a evitar que o filho se sinta culpado pela separação, brigas ou divórcio.

Diante disso, foi desenvolvido um estudo científico capaz de responder aos seguintes questionamentos 1. Quais as principais diferenças entre a Alienação Parental e Síndrome de Alienação Parental? 2. Quais as consequências da implantação de falsas memórias na Síndrome de Alienação Parental? 3. Quais os mecanismos de contribuição transdisciplinar aptos a reduzir as sequelas emocionais das crianças e adolescentes inseridas no contexto abordado?

A presente pesquisa pretende adequar-se como um estudo bibliográfico, abrangendo artigos científicos, monografias, leis, livros e jurisprudências relevantes para explicar os principais conceitos, de modo a introduzi-los em problemáticas e possíveis soluções a serem desenvolvidas e aplicadas no cenário judicial brasileiro, e capazes de ajudar a entender os contextos familiares mais vulneráveis e tendentes a sofrer com a Síndrome de Alienação Parental e dilatações de falsas memórias.

A problemática aqui abordada reflete as características de uma pesquisa quantitativa e qualitativa, posto que são mensurados, por meio de dados coletados os impactos negativos que a incidência de falsas

memórias na SAP é apta em gerar nas famílias, sobretudo nas crianças e adolescentes e as repercussões no Judiciário brasileiro.

Ademais, trata-se de pesquisa classificada como pura, uma vez que se procura contribuir, aprofundar e atualizar os estudos já existentes sobre a temática a ser desenvolvida, sem uma aplicação interventiva direta dos resultados.

Por fim, a pesquisa deslinda-se como descritiva, aprimorando os conhecimentos pré-existentes, com método indutivo, almejando-se inspirar outros estudiosos das mais variadas áreas do conhecimento a debruçar-se na premissa aqui abordada, partindo-se de uma análise complexa e transdisciplinar para os debates nas comunidades científicas.

## **1 As disputas judiciais envolvendo o direito de família e a violação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**

O instituto da família transcende nas mais diferentes culturas e ao longo das mais diferentes eras, sofrendo complexas mudanças, por exemplo, enquanto no início do século XX a família era essencialmente formada pelo pai (figura masculina), pela mãe (figura feminina) e pela prole, fruto da união entre os dois, qualquer caracterização diferente era vista como problemática. Atualmente, em plena segunda década do século XXI, o conceito de família é muito mais abrangente, a qual pode ser composta por um casal heterossexual, bem como homossexual, por grupos monoparentais, e outros arranjos<sup>1</sup>.

Nessa lógica, a família apresenta uma função essencial para a sociedade por fornecer o apoio e a base emocional aos seus membros, além de educar e criar seus descendentes para que lidem com o próprio desenvolvimento e, conseqüentemente, as crises desencadeadas por ele.

---

<sup>1</sup> PEDROSO, João; BRANCO, Patrícia. Mudam-se os tempos, muda-se a família.: as mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, v. 1, n. 82, p. 53-83, set. 2008. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/619>. Acesso em: 28 fev. 2021.

A questão é que as relações familiares estão passando por várias mudanças. Tomando-se como exemplo Portugal e fazendo uma breve comparação para com o Brasil, as mudanças nas relações familiares aconteceram a partir do marco político de 1974, em que o direito de família e das crianças no país começaram a acompanhar as tendências do mundo ocidental, como a universalização, desinstitucionalização do direito civil da família e expansão para o direito social<sup>2</sup>.

Consagrou-se em Portugal no ano de 1976, com a Constituição da República Portuguesa a igualdade entre os filhos nascidos no casamento e fora dele, proibindo-se qualquer tipo de discriminação e conferindo a igualdade de proteção pela sociedade e pelo Estado contra qualquer tipo de abandono, opressão e abusividade dentro da família ou feita por outras instituições<sup>3</sup>, diretrizes que também podem ser vistas como uma fonte de inspiração para a base do direito de família e da criança e do adolescente no Brasil, com princípios norteadores como o da proteção integral e o do melhor interesse desses seres em desenvolvimento.

Sob a realidade brasileira, as questões abrangendo o casamento, a separação, o divórcio, a guarda, dentre outros do ramo, encontrou a legitimidade no âmbito da jurisprudência, transformando esse sistema judiciário em um espaço habilitado e institucionalizado para encontrar a amplitude do conceito de família, ascendendo sentidos para além daqueles definidos pelo Código Civil.

Em decorrência disso, as demandas judiciais aumentaram consideravelmente e, dentre os assuntos que mais impactam o psicológico das crianças e adolescentes é presenciar seus pais

---

<sup>2</sup> PEDROSO, João; BRANCO, Patrícia. Mudam-se os tempos, muda-se a família.: as mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, v. 1, n. 82, p. 53-83, set. 2008. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/619>. Acesso em: 28 fev. 2021.

<sup>3</sup> PEDROSO, João; BRANCO, Patrícia. Mudam-se os tempos, muda-se a família.: as mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, v. 1, n. 82, p. 53-83, set. 2008. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/619>. Acesso em: 28 fev. 2021.



discutindo pela guarda deles, sendo que, ao final, nem sempre o melhor interesse daqueles é alcançado, uma vez que apenas é considerado o ponto de vista e a solução mais conveniente para os genitores.

Segundo o art. 1583 do Código Civil de 2002<sup>4</sup>, a guarda será unilateral ou compartilhada sendo que quando os cônjuges não acordam sobre as condições, aquela acaba sendo definida judicialmente. A guarda unilateral é atribuída a apenas um dos genitores, ou mesmo outra pessoa de confiança e que apresente condições de cuidar dos interesses da criança/adolescente. Já a guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos genitores de acordo com os termos estabelecidos por consenso ou judicialmente.

Seguindo tal enfoque, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, passou-se a considerar e respeitar as peculiaridades das crianças e adolescentes, na medida em que os considera pessoas em desenvolvimento, precisando de proteção integral do Estado, da família e da sociedade, em razão, também, da condição de vulnerabilidade daqueles. No mais, há de se reconhecer a mudança de perspectiva no tratamento deles, uma vez que vistos como sujeitos de direito qualificados, cuja proteção é prioritária<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20072010/2007/decreto/d6135.htm#:~:text=Decreto%20n%C2%BA%206135&text=DECRETO%20N%C2%BA%206.135%2C%20DE%2026,que%20lhe%20confere%20o%20art.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2007/decreto/d6135.htm#:~:text=Decreto%20n%C2%BA%206135&text=DECRETO%20N%C2%BA%206.135%2C%20DE%2026,que%20lhe%20confere%20o%20art.) Acesso em: 10 out. 2020.

<sup>5</sup> MARTINS, Elizeide Santiago; TEIXEIRA, Zaneir Gonçalves; ALBUQUERQUE, Neile Montenegro de. O ECA e a proteção da dignidade dos adolescentes: Um estudo sobre a aplicação da medida socioeducativa de internamento no município de Fortaleza – CE. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (org.). CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo ambiental, constitucional, internacional**. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 271-286. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wpcontent/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.5.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2021.

<sup>5</sup> LAGO, Vivian de Medeiros; BANDEIRA, Denise Ruschel A Psicologia e as demandas atuais do Direito de família. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 290/305, fev. 2009. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-98932009000200007&lang=pt#end](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932009000200007&lang=pt#end). Acesso em: 28 fev. 2021.

Insta esclarecer que apesar da guarda compartilhada ser criticada em algumas situações por ser entendida como uma alternância constante de lares, fato que prejudicaria e confundiria a criança, é preciso compreender que tal instituto corresponde a uma co-responsabilização entre os genitores em razão de estar presente o dever familiar e poder familiar. A alternância de lares encontra-se presente no instituto da guarda alternada, não podendo, portanto, serem confundidas.

Definir qual o melhor instituto a ser estabelecido, se guarda compartilhada ou unilateral não é uma tarefa fácil, sendo essencial que os pais ampliem sua visão para o melhor interesse de seus filhos, pois a história conjugal varia de caso a caso, considerando os fatores individuais de cada contexto, momento no qual a ciência da Psicologia se torna ainda mais necessária, visto que ela procura entender o comportamento dos pais e da própria criança.

Lago e Bandeira<sup>6</sup>, ressaltam que apesar de ser importante para a criança criar uma relação e uma imagem de cada genitor e aquilo que eles representam individualmente, quando a convivência é mais assídua com apenas um deles, a figura do outro que não detém a guarda sofre as interferências daquele que a detém, em muitas situações intensifica no filho os sentimentos de rancor e raiva.

Apresenta-se o exemplo de um caso concreto do Tribunal do Rio Grande do Sul na Apelação Cível nº 0002766-21.2020.8.21.7000, no qual considerou que mesmo configurando-se direito do pai e da mãe não detentor da guarda visitar a prole, estava envolvida uma acusação de abuso sexual supostamente realizada pelo pai contra a filha e, embora não ter sido comprovado tal abuso, as visitas que antes eram realizadas pelo pai

---

<sup>6</sup> LAGO, Vivian de Medeiros; BANDEIRA, Denise Ruschel A Psicologia e as demandas atuais do Direito de família. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 290/305, fev. 2009. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-98932009000200007&lang=pt#end](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932009000200007&lang=pt#end). Acesso em: 28 fev. 2021.

foram suspensas, pois a criança sente alta rejeição ao genitor. Ao final, ficou considerado pelo Tribunal do Rio Grande do Sul<sup>7</sup>:

[...] O direito de visita deve ser focalizado mais sob a ótica do direito dos filhos com que propriamente dos genitores, já que a visitação é estabelecida e regulamentada em mira, acima de tudo, o interesse e a conveniência dos filhos. é possível concluir que não há bom relacionamento entre os genitores, tanto que estão sendo feitas acusações graves e recíprocas, que envolvem acusação de abuso sexual por parte do genitor à filha.

Percebe-se, portanto, que uma vez não constatado o abuso sexual, é possível que tal criança esteja com a síndrome da alienação parental em razão de toda a repulsa apresentada pelo outro genitor, resultando em uma confusão entre realidade e fantasia. Salienta-se também ser capaz de os pais terem realizadas acusações recíprocas.

## **2 As consequências das falsas memórias na Síndrome de Alienação Parental**

Partindo-se dos objetivos principais do presente estudo científico ser a implicação do fenômeno das falsas memórias na SAP e

---

<sup>7</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Sétima Câmara Cível). **Apelação Cível (0002766-21.2020.8.21.7000)**. Ação de Suspensão de Visitas. Manutenção da suspensão de visitas do genitor. Cabimento. 1. É direito do pai e ou da mãe, não guardião, conviver com o filho, mas, no caso, apesar de não ficar comprovado a ocorrência do abuso sexual que teria sido praticado pelo genitor, a filha certamente foi exposta a situação traumática, pois apresenta muito sofrimento e mágoa ao falar dele, não sendo recomendável o restabelecimento das visitas. 2. O próprio relatório da avaliação psicológica, apesar de não poder afirmar a ocorrência do abuso, aponta que a infante revela ter imagem negativa do genitor, rejeitando a ideia de com ele conviver, não justificando, por ora sejam retomadas as visitas. Recurso desprovido. Relator Sergio Fernando de Vasconcelos, 11 de setembro 2020. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=A%C3%A7%C3%A3o%20de%20Suspens%C3%A3o%20de%20Visitas.%20Manuten%C3%A7%C3%A3o%20da%20suspens%C3%A3o%20de%20visitas%20do%20genitor.%20Cabimento&contudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=A%C3%A7%C3%A3o%20de%20Suspens%C3%A3o%20de%20Visitas.%20Manuten%C3%A7%C3%A3o%20da%20suspens%C3%A3o%20de%20visitas%20do%20genitor.%20Cabimento&contudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 26 set. 2020.

suas prováveis consequências no desenvolvimento de crianças e adolescentes, bem como os contextos judiciais mais propensos de incidência, há a necessidade de, inicialmente, informar que existem diferenças entre a Síndrome de Alienação Parental e a Alienação Parental em si, sendo esta última mais popularmente conhecida.

Dentro disso, uma vez diferenciadas, é possível de ser melhor identificada e tratada quando a criança e adolescente já está sofrendo com as consequências, evitando o surgimento de falsas memórias ou, pelo menos, minimizando os seus efeitos, conforme será melhor desenvolvido nos tópicos que se seguem.

## **2.1 Diferenças entre a Alienação Parental e a Síndrome de Alienação Parental**

É possível que ao ler o título do artigo, o leitor tenha relacionado a Síndrome de Alienação Parental (SAP) como sendo similar, ou mesmo igual, à conhecida Alienação Parental (AL), no entanto, as duas não se confundem apesar de se relacionarem, visto que uma representa as consequências da outra, isto é, ambas se complementam e são prejudiciais ao desenvolvimento sadio da criança e do adolescente.

Acontece que a Alienação Parental é anterior à SAP, pois aquela configura-se como ações tomadas por um dos genitores, pelos dois, ou até mesmo pelos avós, no sentido de gerar um descrédito e se vingar da outra figura parental, enquanto que a SAP já é a consequência dessas ações na criança ou no adolescente que passam a sentir ódio, abandono, hostilidade, dentre outros, em relação àquele desmoralizado<sup>8</sup>.

Tal qual ficou explicado no primeiro capítulo, com a separação do casal, e por separação refere-se ao sentido amplo,

---

<sup>8</sup> SOTTO-MAIOR, Marysi de Sousa Alves; FELIPPE, Andreia Monteiro. A implantação das falsas memórias na síndrome da alienação parental. **CES REVISTA**, Juiz de Fora, v. 33, n. 2, p. 167-184, maio. 2019. Disponível em: <https://seer.cesjf.br/index.php/cesRevista/article/view/2284>. Acesso em: 25 set. 2020.

podendo ser separação de fato, judicial ou o divórcio, inevitavelmente, o filho criança ou adolescente vem a passar maior parte de seu tempo com um dos genitores, o qual detém a guarda, enquanto ao outro genitor resta a convivência<sup>9</sup>.

Essa convivência torna-se possível com a determinação pelo juiz ou por estipulação em acordo, o direito de visitas, ressalta-se, contudo, que tal direito é pertencente à criança e deve atender seu melhor interesse, de maneira a preservar os laços familiares e a convivência, diminuindo os efeitos negativos que atinge a prole com a separação dos pais, possibilitando ao genitor não guardião participar da criação e da formação do (os) filho (s)<sup>10</sup>.

Salienta-se que a Alienação Parental é praticada dolosamente ou não, em alguém que já está frágil emocionalmente, sendo tal fenômeno o início do processo de afastamento do genitor não guardião, lembrando que pode até mesmo ser praticado pelos avós ou tios, por exemplo somando-se à questão de que os pequenos são mais facilmente manipulados e supõem que os adultos sabem mais e estão sempre certos<sup>11</sup>.

Diferentemente, a Síndrome de Alienação Parental, inicialmente estudada e observada pelo estadunidense Richard Gardner em 1980, o qual percebeu o número significativo de situações em que um dos genitores programava o filho para alienar-se do outro, ou seja, para que odiasse, rejeitasse e viesse a ter aversão parental, Gardner<sup>12</sup> classificou-a, ainda como

---

<sup>9</sup> XAXÁ, Igor Nazarovicz. **A síndrome da alienação parental e o poder judiciário**. 2008. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Curso de Direito, Universidade Paulista, Brasília, 2008.

<sup>10</sup> XAXÁ, Igor Nazarovicz. **A síndrome da alienação parental e o poder judiciário**. 2008. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Curso de Direito, Universidade Paulista, Brasília, 2008.

<sup>11</sup> FEIX, Leandro da Fonte; WELTER, Carmem Lisboa Weingärtner. Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky (org). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

<sup>12</sup> GARDNER, Richard. The empowerment of children in the development of parental alienation syndrome. **The American Journal of Forensic Psychology**, Balboa Island,

uma doença que se desenvolve em crianças inseridas em contexto com disputa pela guarda judicial dos filhos.

Desse modo, a criança/adolescente apresenta um discurso pronto e rebuscado para sua idade, a ponto de influenciar no desenvolvimento de falsas memórias (FM's), isto é, aquele ser em desenvolvimento passa a lembrar de situações que, na verdade, não aconteceram, e são traumáticas, acusando o outro genitor de, por exemplo, abuso sexual ou maus-tratos<sup>13</sup>.

## 2.2 A implantação de falsas memórias e suas consequências psíquicas e jurídicas

O fenômeno das falsas memórias, também chamado de erros honestos, acontece quando, segundo Gesu<sup>14</sup>, o sujeito acredita veemente ter passado por uma experiência falsa, não girando unicamente em torno da concepção de que se trata de um processo involuntário de “inflação da imaginação”<sup>15</sup> sobre certo evento, pois a memória é altamente sugestível, existindo a possibilidade das pessoas alterarem suas lembranças de maneira previsível e direcionada.

É nesse ponto que a memória dos filhos pode ser dirigida e encaminhada para criar ou distorcer uma realidade, em razão disso, que as falsas memórias são perceptíveis na síndrome da alienação parental, visto que o alienador implanta, muitas vezes discretamente, informações acerca da imagem e condutas do outro genitor.

---

v. 20, n. 2, p. 5-29, 2002. Disponível em: <http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02c.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

<sup>13</sup> SOTTO-MAIOR, Marysi de Sousa Alves; FELIPPE, Andreia Monteiro. A implantação das falsas memórias na síndrome da alienação parental. **CES REVISTA**, Juiz de Fora, v. 33, n. 2, p. 167-184, maio. 2019. Disponível em: <https://seer.cesjf.br/index.php/cesRevista/article/view/2284>. Acesso em: 25 set. 2020.

<sup>14</sup> GESU, Cristina di. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.

<sup>15</sup> GESU, Cristina di. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.

Somando-se a isso, explica-se que foi constatado que as crianças são historicamente avaliadas como mais vulneráveis a sugestão, uma vez que elas tentam corresponder às expectativas do que deveria acontecer e, nos processos envolvendo a família como um todo, estas crianças/adolescentes estão emocionalmente envolvidas, posto que a memória é indissociável da emoção, gerando como consequência uma maior recuperação de estímulos emocionais do que de informações precisas<sup>16</sup>.

No âmbito do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), em uma pesquisa levantada para a Revista Brasileira de Políticas Públicas, foram levantadas as decisões monocráticas de 50 processos entre os anos de 2012 e 2018, no tocante a casos em que foi constatado a incidência de falsas memórias<sup>17</sup>.

Os pesquisadores concluíram que 26% de tais decisões correspondiam a processos de modificação de guarda/alienação parental, os demais relacionavam-se com crimes contra a dignidade sexual (26%), crimes contra a vida (26%), seguidos pelos de crimes patrimoniais (12%), os mandados de segurança (4%) e aqueles sobre tráfico de drogas (4%)<sup>18</sup>, resta-se evidentemente destacado a violação ao princípio da proteção integral à criança e ao adolescente quando presente a incidência das FM's na síndrome de alienação parental.

---

<sup>16</sup> ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

<sup>17</sup> ANDRADE, Mariana Dionísio de; CARTAXO, Marina Andrade; MOTA, Rafael Gonçalves. Neurolaw e as Perspectivas para uma Análise Objetiva do Comportamento Sugestionado: repercussão das falsas memórias na esfera penal. **Revista Brasileira de Políticas Pública**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1016-1034, ago. 2018. Disponível em: <https://www.gti.uniceub.br/RBPP/article/view/5269>. Acesso em: 05 ago. 2020.

<sup>18</sup> ANDRADE, Mariana Dionísio de; CARTAXO, Marina Andrade; MOTA, Rafael Gonçalves. Neurolaw e as Perspectivas para uma Análise Objetiva do Comportamento Sugestionado: repercussão das falsas memórias na esfera penal. **Revista Brasileira de Políticas Pública**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1016-1034, ago. 2018. Disponível em: <https://www.gti.uniceub.br/RBPP/article/view/5269>. Acesso em: 05 ago. 2020.

O comportamento doentio e repleto de mágoa do genitor alienador, o qual se sente traído, rejeitado e abandonado é gerador de tais erros honestos na SAP, visto que tais sentimentos são passados aos filhos do casal, ocasionando anormalidades no desenvolvimento psíquico desses, como ansiedade, depressão crônica, nervosismo, agressão, dentre outros<sup>19</sup>.

Diante disso, é importante, durante a coleta de informações mais precisas de crianças, considerar que, além de ser uma árdua tarefa, elas não são acostumadas a fornecer narrativas muito elaboradas de suas vivências, pela própria limitação cognitiva, além do fato de que quanto mais tempo se passar, mais difícil será para a recordação e reportar informações sobre acontecimentos que causem elevado grau de estresse e vergonha<sup>20</sup> assim, verifica-se que memória das crianças é confiável, desde que utilizadas as técnicas adequadas para colher tais informações.

### **3 A necessidade de um diálogo interdisciplinar entre Direito e Psicologia para a proteção infanto-juvenil**

O Direito é uma ciência que possui interseções com diversas outras áreas do conhecimento científico, no entanto, a sua aplicação muitas vezes reflete uma dificuldade em dialogar com as próprias dimensões. De maneira a romper com o pensamento simplista, predominante no Direito, está o pensamento complexo desenvolvido por Morim<sup>21</sup>, uma vez que o ser humano é composto por elementos físicos, biológicos, sociológicos, psíquicos e espirituais.

---

<sup>19</sup> RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. Guarda compartilhada: um caminho para inibir a alienação parental? **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm**, Santa Maria, v. 9, n. 2, p. 320-339, nov. 2014.

<sup>20</sup> GESU, Cristina di. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.

<sup>21</sup> MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. 82. ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2005.



Propõe o autor uma noção unificadora e não separatista apta a articular com a realidade em todas as dimensões, visto que “a aspiração à complexidade tende para o conhecimento multidimensional. Ela não quer dar todas as informações sobre um fenômeno estudado, mas respeitar suas diversas dimensões”<sup>22</sup>.

Ainda segundo o autor, o processo em busca do conhecimento científico no âmbito acadêmico deve ser trilhado por meio de uma comunicação transdisciplinar, visto que cada disciplina contém suas particularidades, complexidades e perspectivas capazes de auxiliar outras áreas do conhecimento científico, de modo a entrelaçá-las e pensá-las em conjunto<sup>23</sup>. Tal pensamento é capaz de contribuir significativamente para o avanço do pensamento jurídico, aprimorando suas práticas e tornando o Direito mais efetivo no que diz respeito a busca por justiça.

Nesse sentido, como entrelaçar o Direito e a Psicologia com a finalidade de proteção à população infanto-juvenil dentro da realidade brasileira? Já que estas são os mais vulneráveis e tendentes em sofrer quando lidam com o divórcio dos pais e com a anteriormente explicada alienação parental.

O profissional da saúde, mais especificamente da saúde mental, é habilitado para contribuir com a Justiça, dispondo aquele de maiores condições para criar vínculos com a criança ou o adolescente que se encontra inserido no contexto de separação dos pais, carregando uma carga emocional muito alta, posto que, possivelmente, presenciou as discussões dos genitores.

A principal ligação entre as disciplinas é o próprio humano, o qual não pode ser posto de lado nem na realidade da prática jurídica e nem na psicologia, em especial nas demandas familiares e ao tratar do depoimento infantil de modo a qualificá-lo, tornando-o apto a ser utilizado como fundamento das decisões judiciais, de modo a absorver

---

<sup>22</sup> MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. 82. ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2005.

<sup>23</sup> MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. 82. ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2005.

novos conceitos advindos de outras áreas científicas e dando-lhes um sentido jurídico<sup>24</sup>.

Apesar de ser interessante e preferencial para a criança/adolescente conviver com os dois pais divorciados, mas exercendo seu direito de visitas, é possível que, se o casamento acabou com muito ressentimento e mágoa, haja a tentativa de alienação parental, podendo também ser elemento para a implantação das falsas memórias. Assim, a atenção do juiz e das equipes multidisciplinares atuantes nas varas de família há de ser redobrada, a ponto de tentar esclarecer aos pais que qualquer conflito que existe entre os dois, deve ficar de lado quando do exercício da guarda, de modo a contemplar o melhor interesse da criança/adolescente.

Considerando os avanços nas pesquisas científicas até o momento, vem crescendo a técnica do depoimento sem dano dentro dos processos judiciais, este apresenta como principal finalidade a qualificação do depoimento infantil, de modo a conferir-lhe maior credibilidade e evitar que a criança/adolescente se sinta envergonhado, ou mesmo culpado, por relatar certa violência que tenha sofrido ou presenciado, principalmente, se for no âmbito familiar<sup>25</sup>.

Na medida em que a psicologia e a medicina se aperfeiçoam, evita-se que aqueles depoimentos, os quais podem estar repletos de sugestibilidade, refletindo em falsas memórias, fundamentem decisões judiciais. Ademais, o órgão julgador precisa levar em consideração o grau de desenvolvimento que se encontra a vítima de danos psíquicos e os laços

---

<sup>24</sup> SOUZA, Ana Maria Oliveira de; BARRETO, Ricardo Menna. **Síndrome da alienação parental, falso abuso sexual e guarda compartilhada**: A necessidade de uma observação jurídica transdisciplinar. Joaçaba: Espaço Jurídico, 2011.

<sup>25</sup> CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Depoimento sem dano e falsa memória: o novo dilema da justiça brasileira. *In*: CUNHA, José Sebastião Fagundes (org.). **O direito nos Tribunais Superiores**: com ênfase no novo direito processual civil. Curitiba: Bonijuris, 2015.

afetivos entre esta e o alienante ou agressor<sup>26</sup>sem esquecer do sigilo profissional estabelecido entre o psicólogo ou assistente social que acompanhar a criança durante o processo judicial.

Quando a oitiva dos menores impúberes e púberes se mostrar adequada, bem como ser o contexto em análise bastante delicado, por exemplo uma situação de maus tratos ou abuso sexual contra a pessoa em desenvolvimento, o depoimento será colhido pelo psicólogo ou pelo assistente social e em ambiente separado da sala de audiência<sup>27</sup>, sendo crucial lembrar que esse momento de diálogo com a ciência da Psicologia não é apenas para obter meios de prova, mas sim para zelar pela dignidade da criança e do adolescente vítimas de violência, assim como evitar condenações injustas.

O depoimento sem dano, por si só, não evita completamente uma maior vitimização da criança ou adolescente, posto que a família, professores, advogados, enfim, pessoas que mantenham contato com aqueles até a audiência fazem perguntas sobre os fatos e relatam situações, possibilitando que haja a incorporações de elementos fantasiosos nas lembranças, primordial a continuação no vasto campo do testemunho infantil.

O investimento no quadro de profissionais em equipes interdisciplinares e multidisciplinar, no que tange às formações e treinamento, é outra medida cabível para atender as demandas sociais, analisando em conjunto o número da população naquela comarca e os índices de vulnerabilidade social da região, e depois, uma maior aproximação entre Executivo e Judiciário, no intuito de integrar profissionais de Centros de

---

<sup>26</sup> CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Depoimento sem dano e falsa memória: o novo dilema da justiça brasileira. *In*: CUNHA, José Sebastião Fagundes (org.). **O direito nos Tribunais Superiores**: com ênfase no novo direito processual civil. Curitiba: Bonijuris, 2015.

<sup>27</sup> CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Depoimento sem dano e falsa memória: o novo dilema da justiça brasileira. *In*: CUNHA, José Sebastião Fagundes (org.). **O direito nos Tribunais Superiores**: com ênfase no novo direito processual civil. Curitiba: Bonijuris, 2015.

Referência de Assistência Social (CRAS), a Centros de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) ou Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) auxiliem no tratamento das vítimas<sup>28</sup>.

Portanto, ao aumentar os psicólogos e assistentes sociais vinculados ao Poder Judiciário a técnica por aqui abordada, alcançaria melhores resultados, já que estes estão mais qualificados em entender e apontar uma situação de alienação parental, bem como os efeitos emocionais desencadeados na prole, isto é, se esse sofre da Síndrome da Alienação Parental, como também se os relatos da criança ou adolescente está composto de sugestibilidade incorporada por outras pessoas que, infelizmente, ocorre nos processos de disputa de guarda e, até mesmo, de falsas acusações de violação sexual dos vulneráveis aqui considerados.

### **Considerações finais**

O presente artigo objetivou analisar a relação entre o surgimento de falsas memórias nas consequências da Alienação Parental e a forma como essas interagem com a ciência do Direito, apesar de muitos desses conceitos não serem aprofundados e mesmo negligenciados pelos juristas apresentando, ainda, como o início de uma solução mais efetiva a transdisciplinaridade, a qual pode ser atingida com o diálogo entre as fontes de conhecimento.

Percebeu-se que diante das dificuldades de diálogo que um casal pode apresentar e desenvolver com o término de uma relação, resultando em um processo de divórcio, separação judicial, bem como a definição da guarda dos filhos, apesar disso, o melhor interesse da criança e do adolescente deve ser a prioridade no momento de definição

---

<sup>28</sup> CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Depoimento sem dano e falsa memória: o novo dilema da justiça brasileira. *In*: CUNHA, José Sebastião Fagundes (org.). **O direito nos Tribunais Superiores**: com ênfase no novo direito processual civil. Curitiba: Bonijuris, 2015.

das visitas do genitor que não detiver a guarda judicial, uma vez que o direito de visitas é daqueles seres em desenvolvimento.

Entre outras consequências, encontrou-se a influência da mágoa e inimizade entre os ex-cônjuges, ou ex-companheiros e o desenvolvimento do sentimento de repulsa e abandono na prole, questão alarmante não apenas pelo fato de prejudicar o sadio crescimento e amadurecimento desses, como também é capaz de desaguar em falsas denúncias de, por exemplo, abuso sexual, movimento toda a máquina judiciária, violando outros direitos fundamentais, tais quais, a presunção de inocência e a possibilidade de uma condenação injusta, caso não haja o diálogo entres os ramos do conhecimento já expostos.

Diante de tais considerações, é possível aprimorar o pensamento jurídico e a forma como o Judiciário lida com essas questões, adotando um olhar até mais empático com as famílias que vivem tais situações e apto, em razão da demora, em sua maioria, dos processos judiciais, os traumas nessas crianças e adolescentes só tende a se elevar, sendo mais difícil reverter essas condições, acarretando em um definitivo rompimento de relações.

## Referências

ANDRADE, Mariana Dionísio de; CARTAXO, Marina Andrade; MOTA, Rafael Gonçalves. Neurolaw e as Perspectivas para uma Análise Objetiva do Comportamento Sugestionado: repercussão das falsas memórias na esfera penal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1016/1034, ago. 2018. Disponível em: <https://www.gti.uniceub.br/RBPP/article/view/5269>. Acesso em: 05 ago. 2020.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6135.htm#:~:text=Decreto%20n%C2%BA%206135&text=DECRETO%20N%C2%BA%206.135%2C%20DE%206,que%20lhe%20confere%20o%20art](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6135.htm#:~:text=Decreto%20n%C2%BA%206135&text=DECRETO%20N%C2%BA%206.135%2C%20DE%206,que%20lhe%20confere%20o%20art). Acesso em: 10 out. 2020.

CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Depoimento sem dano e falsa memória: o novo dilema da justiça brasileira. *In*: CUNHA, José Sebastião Fagundes (org.). **O direito nos Tribunais Superiores: com ênfase no novo direito processual civil.** Curitiba: Bonijuris, 2015. p. 45-56.

FEIX, Leandro da Fonte; WELTER, Carmem Lisboa Weingärtner. Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky (org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas.** Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 60-75.

GARDNER, Richard. The empowerment of children in the development of parental alienations syndrome. **The American Journal of Forensic Psychology**, Balboa Island, v. 20, n. 2, p. 5-29, 2002. Disponível em: <http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02c.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

GESU, Cristina di. **Prova penal e falsas memórias.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.

LAGO, Vivian de Medeiros; BANDEIRA, Denise Ruschel. A Psicologia e as demandas atuais do Direito de família. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 290-305, fev. 2009. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141498932009000200007&lang=pt#end](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141498932009000200007&lang=pt#end). Acesso em: 28 fev. 2021.

MARTINS, Elizeide Santiago; TEIXEIRA, Zaneir Gonçalves; ALBUQUERQUE, Neile Montenegro de. O ECA e a proteção da dignidade dos adolescentes: Um estudo sobre a aplicação da medida socioeducativa de internamento no município de Fortaleza – CE. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (org.). CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo ambiental, constitucional, internacional**. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 271/286. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wpcontent/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.5.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2021.

MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência**. 82. ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2005.

PEDROSO, João; BRANCO, Patrícia. Mudam-se os tempos, muda-se a família.: as mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, v. 1, n. 82, p. 53/83, set. 2008. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/619>. Acesso em: 28 fev. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Sétima Câmara Cível). **Apelação Cível (0002766-21.2020.8.21.7000)**. Ação de Suspensão de Visitas. Manutenção da suspensão de visitas do genitor. Cabimento. 1. É direito do pai e ou da mãe, não guardião, conviver com o filho, mas, no caso, apesar de não ficar comprovado a ocorrência do abuso sexual que teria sido praticado pelo genitor, a filha

certamente foi exposta a situação traumática, pois apresenta muito sofrimento e mágoa ao falar dele, não sendo recomendável o restabelecimento das visitas. 2. O próprio relatório da avaliação psicológica, apesar de não poder afirmar a ocorrência do abuso, aponta que a infante revela ter imagem negativa do genitor, rejeitando a ideia de com ele conviver, não justificando, por ora sejam retomadas as visitas. Recurso desprovido. Relator Sergio Fernando de Vasconcelos, 11 de setembro de 2020. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=A%C3%A7%C3%A3o%20de%20Suspens%C3%A3o%20de%20Visitas.%20Manuten%C3%A7%C3%A3o%20da%20suspens%C3%A3o%20de%20visitas%20do%20genitor.%20Cabimento&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=A%C3%A7%C3%A3o%20de%20Suspens%C3%A3o%20de%20Visitas.%20Manuten%C3%A7%C3%A3o%20da%20suspens%C3%A3o%20de%20visitas%20do%20genitor.%20Cabimento&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 26 set. 2020.

RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. Guarda compartilhada: um caminho para inibir a alienação parental? **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm**, Santa Maria v. 9, n. 2, p. 320-339, nov. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/issue/view/871>. Acesso em: 25 set. 2020.

SOTTO-MAIOR, Marysi de Sousa Alves; FELIPPE, Andreia Monteiro. A implantação das falsas memórias na síndrome da alienação parental. **CES REVISTA**, Juiz de Fora, v. 33, n. 2, p. 167-184, maio. 2019. Disponível em: <https://seer.cesjf.br/index.php/cesRevista/article/view/2284>. Acesso em: 25 set. 2020.

SOUZA, Ana Maria Oliveira de; BARRETO, Ricardo Menna. **Síndrome da alienação parental, falso abuso sexual e guarda compartilhada**: A necessidade de uma observação jurídica transdisciplinar. Joaçaba: Espaço Jurídico, 2011.



XAXÁ, Igor Nazarovicz. **A síndrome da alienação parental e o poder judiciário**. 2008. TCC (Curso de Direito) - Universidade Paulista, Brasília, 2008. 77 f. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/17321660/A-SINDROME-DE-ALIENACAO-PARENTAL-E-O-PODER-JUDICIARIO>. Acesso em: 25 set. 2020.

## 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  
Cláudia do Amaral Furquim – IDEM  
Cláudia 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  
Paulo de Bessa Antunes – UNIRIO  
Roberta Teles – Universidade de Fortaleza  
Rodrigo Martiniano Ayres Lins – ABRADep  
Rômulo Guilherme Leitão – Universidade de Fortaleza  
Rubén Miranda Gonçalves – Universidad de Las Palmas de Gran Canaria  
Susana Borràs Pentinat – Universitat Rovira i Virgili  
Valério de Oliveira Mazzuoli – UFMT  
Valter Moura do Carmo – UNIMAR  
Wagner Menezes – USP

## REALIZAÇÃO



ESCOLA SUPERIOR DA  
MAGISTRATURA TOCANTINENSE



Universidade do Minho  
Centro de Direito



## APOIO



cedat CENTRE D'ESTUDIS  
DE DRET AMBIENTAL  
DE TARRAGONA

