



Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional

Volume 8

JORGE MIRANDA | CARLA AMADO GOMES
(Coordenadores)

BLEINE QUEIROZ CAÚLA
VALTER MOURA DO CARMO
MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS
(Organizadores)





Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional

E-BOOK INTERNACIONAL VOLUME 8

**JORGE MIRANDA
CARLA AMADO GOMES**
(Coordenadores)

**BLEINE QUEIROZ CAÚLA
VALTER MOURA DO CARMO
MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS**
(Organizadores)

Edição

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Centro de Investigação de Direito Público

-

www.icjp.pt

icjp@fd.ulisboa.pt

-

Fevereiro de 2019

ISBN: 978-989-8722-28-7



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

www.fd.ulisboa.pt

Imagem da capa:

Foto de Francisco Marques

Revisão gramatical:

Maria Ângela Barbosa Lopes

-

Produzido por:

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com

Comissão Científica

Alexandre Sousa Pinheiro – Universidade de Lisboa

Ângela Issa Haonat – UFT

Ana Maria D'Ávila Lopes – UNIFOR

Ana Paula Araújo de Holanda – UNIFOR

Anna Ciammariconi – Università Degli Studi di Teramo

Beatriz Souza Costa – ESDHC

Bleine Queiroz Caúla – UNIFOR

Carla Amado Gomes – Universidade de Lisboa

César Barros Leal – UFC

Claudia do Amaral Furquim – IDEM

Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University

Dayse Braga Martins – UNIFOR

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

Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima – UNIFOR

Orides Mezzaroba – UFSC

Rômulo Guilherme Leitão – UNIFOR

Susana Borràs Pentinat – Universitat Rovira i Virgili

Valério de Oliveira Mazzuoli – UFMT

Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Wagner Menezes – USP



Coordenadores

Jorge Miranda

Licenciado em Direito (1963) e doutor em Ciências Jurídico-Políticas (1979), é professor catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Nas duas Faculdades já exerceu a regência de todas as disciplinas do Grupo de Ciências Jurídico-Políticas, mantendo hoje a seu cargo as de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais. Também na Faculdade de Direito de Lisboa, exerceu funções como presidente do Conselho Científico (1988-1990 e 2004-2007) e presidente do Conselho Directivo (1991-2001). Integrou ainda Comissão Científica da Escola de Direito da Universidade do Minho (1973-2005) e coordenou a licenciatura em Direito da Universidade Católica Portuguesa (1983-1989). Eleito nas listas do Partido Popular Democrático, foi deputado à Assembleia Constituinte (1975-1976), tendo tido um papel importante na feitura da Constituição da República Portuguesa de 1976. A sua colaboração estendeu-se também à elaboração das Constituições de São Tomé e Príncipe (1990), de Moçambique (1990), da Guiné-Bissau (1991) e de Timor-Leste (2001). Foi membro da

Comissão Constitucional (1976-1980), órgão precursor do atual Tribunal Constitucional. É Doutor Honoris Causa em Direito, pela Universidade de Pau (França, 1996), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil, 2000), Universidade Católica de Lovaina (Bélgica, 2003) e pela Universidade do Porto (2005).

Carla Amado Gomes

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa (2006- 2014). É Vice-Presidente do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito de Lisboa desde 2014. É membro do Conselho Pedagógico desde 2012. Lecciona cursos de mestrado e pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em acções de formação no Centro de Estudos Judiciários. Foi Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (2007-2013). Foi assessora no Tribunal Constitucional (1998 e 1999).



Organizadores

Bleine Queiroz Caúla

Doutora em Direito Internacional Ambiental pela Universidade Rovira I Virgili, Tarragona – Espanha. Mestre em Administração de Empresas e Especialista em Direito Processual Civil pela Unifor. Pedagoga e Advogada premiada com o V Prêmio Innovare, 2008, pelo trabalho realizado como Assessora do Projeto Cidadania Ativa (2005-2008). Membro do Conselho Editorial do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Coordenadora do Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. Professora Assistente da Universidade de Fortaleza – Graduação em Direito e Pós-Graduação. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais (NEI) e do NUPESQ da Universidade de Fortaleza. Obras publicadas: O Direito Constitucional e a Independência dos Tribunais Brasileiros e Portugueses: aspectos relevantes; Direitos Fundamentais: uma perspectiva de futuro; A Lacuna entre o Direito e a Gestão do Ambiente: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais. E-mail: bleinequeiroz@yahoo.com.br.

Marco Anthony Steveson Villas Boas

Desembargador com Assento no Tribunal de Justiça do Tocantins. Diretor Geral da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Vice-Presidente do Colégio Permanente de Diretores das Escolas Estaduais da Magistratura (COPEDEM). Vice-Presidente, Corregedor e Diretor da Escola Judiciária Eleitoral (EJETO) do Tribunal Regional Eleitoral (TRE) do Tocantins. Ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Tocantins, do Colégio de Presidentes de Tribunais Eleitorais do Brasil (COPTREL) e do Colégio de Corregedores Eleitorais do Brasil (COCEL). Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). E-mail: marcovillasboas@uol.com.br.

Valter Moura do Carmo

Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina- UFSC e doutor em Direito pela UFSC, tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha) com bolsa do PDSE da CAPES e período de investigação na Universidade Federal da Paraíba- UFPB com bolsa do PROCAD da CAPES. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Marília - UNIMAR com bolsa do PNPd da CAPES. Professor Assistente Doutor da UNIMAR onde leciona nos cursos de graduação em Direito e Medicina, sendo professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito. Diretor de relações institucionais do CONPEDI. Membro da Comissão de Estudo de Identificação e Descrição da ABNT.



Autores

Amélia Soares da Rocha

Bacharelado em Direito (UFC). Especialista em Direito Privado (UNIFOR). Mestre em Políticas Públicas e Sociedade (UECE). Doutoranda em Direito Constitucional (UNIFOR). Defensora Pública, atualmente titular da 14ª Defensoria Cível de Fortaleza. Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Diretora e Secretária Executiva Adjunta do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Tem experiência acadêmica e prática na área dos Direitos Humanos, atuando principalmente nos seguintes temas: Teoria e Prática dos Direitos Humanos; Acesso à Justiça; Defensoria Pública e Proteção do Consumidor.

Ângela Issa Haonat

Doutora em Direito do Estado com subárea em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora Adjunta na Universidade Federal do Tocantins (UFT), no mestrado e na graduação. Professora na Faculdade Católica do Tocantins. Professora na Facul-

dade Serra do Carmo. Coordenadora de Pós-Graduação na Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Advogada em Palmas/TO. E-mail: ahaonat@gmail.com.

Aquilino Paulo Antunes

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorando pela mesma Faculdade. Advogado.

Diogo Marcelo Delben Ferreira de Lima

Doutorando em Geografia Humana pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Agroambiental e Mestre em Geografia pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Integrante dos Grupos de Pesquisas em Direito Internacional Público e Geografia Agrária e Conservação da Biodiversidade do Pantanal, ambos vinculados à UFMT. Advogado.

Felipe da Silva Dias

Mestre (LLM) em Direito Ambiental – Pace University (2015). Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional – Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), 2014. Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), 2012. Advogado com experiência nas áreas de Direito Ambiental, Direito Agrário, Direito Minerário e Direito do Consumidor. Membro da Comissão de Meio Ambiente da OAB/PA.



Fernanda Mikaelle Dias Braga

Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza. Advogada.

Francisco Alberto Bastos Barreto

Graduado em Direito pela Faculdade Sete de Setembro, com especialização em Direito e Processo Constitucional pela Faculdade Tecnológica de Palmas/TO (FTP). Policial Civil do Estado do Ceará. E-mail: falbertob-barreto@gmail.com.

Frederico Antônio Lima de Oliveira

Professor da Graduação e Pós-Graduação (Especialização e Mestrado) da Universidade da Amazônia (UNAMA) – Grupo Ser. Promotor de Justiça de 3ª Entrância do Ministério Público do Estado do Pará. Pós-Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Doutor em Direito de Estado (subárea – Direito Constitucional), pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Público (subárea – Direito Administrativo), pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Pós-Graduado em Direito Ambiental pela Universidade de São Paulo (USP), em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília (UNB), em Direito Ambiental e Políticas Públicas pelo Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (NAEA-UFPA) e em Direito Eleitoral pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

Júlia Maia de Meneses Coutinho

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

Paulo Ferreira da Cunha

Membro do Comité ad hoc para a Corte Constitucional Internacional. Catedrático e Fundador do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professor das Faculdades Metropolitanas Unidas (Laureate International Universities), em São Paulo. Bolsista da Funadesp na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, coordenando projeto “Fundamentação do Direito e Contrato Constitucional Internacional). Doutor das Universidades Paris II e Coimbra. Pós-Doutor da USP, Agregado (equivalente a Livre Docente) da Universidade do Minho. Prémio Jabuti de Direito.

Teresa Cristina Cruz

Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Processual. Professora de Direito Administrativo e Constitucional na Especialização da Faculdade Tecnológica de Palmas e em cursos preparatórios para o Exame de Ordem. Coordenadora da Especialização em



Direito e Processo Constitucional da Faculdade Tecnológica de Palmas.
Delegada de Polícia Civil do Estado do Ceará.

Tiago Antunes

Professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Tiago Vinícius Soares Silva

Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza, 2015. Especialista em Direito Eleitoral pelo Verbo Educacional, 2016. Doutorando em Direito Privado. Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), Argentina. Professor da Faculdade de Ciências Humanas do Sertão Central. Advogado.

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Professor Associado da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Coordenador do Grupo de Pesquisa CNPq em Direito Internacional Público (GEDIP). Advogado e Consultor Jurídico.

Prefácio

Em breve manifestação, na solenidade de lançamento do livro “Direitos Humanos: Histórico e Contemporaneidade” (Unifor, 2016), publicado com o selo da Lumen Juris, sob a coordenação dos professores Ana Paula Araújo de Holanda, Bleine Queiroz Caúla, Frederico Antônio Lima de Oliveira, Jefferson Antônio Fernandes Bacelar e Valter Moura do Carmo, fiz questão de destacar o significado e a relevância daquela obra coletiva, sobre temas diversos em sede de direitos humanos, assinalando, com imperiosa ênfase, que ditas compilações propendem a se multiplicar, com o apoio de pequenas e grandes editoras, porque “permitem ao leitor, como o fazem as revistas de conteúdo acadêmico, o acesso a uma pletora de ideias e reflexões não necessariamente coincidentes entre si, de autores que encontram nesses espaços, por vezes, a chance de reproduzirem conferências anteriormente ministradas ou sumarizarem seus projetos ou relatórios de pesquisa, suas monografias, dissertações de mestrado e teses de doutoramento”.

Eis que agora, mercê da deferência de seus ilustres organizadores (Bleine Queiroz Caúla, Marco Anthony Steveson Villas Boas e Valter Moura do Carmo), recebo, desvanecido, o convite para prefaciar uma nova coletânea, a saber: este oitavo volume da série “Diálogo Ambiental, Constitucional e



Internacional”, no qual se reproduzem textos de autores nacionais e estrangeiros que participaram, na condição de expositores, do VIII Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, em Palmas, Tocantins, em junho de 2016, na Escola Superior de Magistratura Tocantinense (ESMAT).

Testemunha e partícipe de algumas dessas iniciativas (em Fortaleza, Palmas e Tarragona), confesso-lhes meu engajamento na legião dos que acompanham e enaltecem a realização periódica desses seminários, em diferentes cidades do Brasil e no exterior (numa progressão que abará, além de Portugal e Espanha, outros países europeus e da América hispânica), assim como a subsequente publicação dos trabalhos neles apresentados, pelos quais se busca renovar e instigar o debate sobre as ideias, os conceitos e as teses que emergem desses eventos.

Refreio, aqui, o ímpeto natural de me debruçar sobre cada um dos escritos que se seguem. Fazê-lo seria privá-los do prazer de mergulhar de imediato em sua leitura, recolhendo lições sobre múltiplas e heterogêneas matérias, como áreas protegidas na Amazônia legal; justiça ambiental; água como direito fundamental autônomo; democracia, eleição e eleitorado; acesso a medicamento; vírus da Zica e a microcefalia; operação lava-jato, pessoa jurídica hipossuficiente e a assistência integral e gratuita pela Defensoria Pública; novo Código de Processo Civil e a inversão do ônus da prova no direito do consumidor; princípio da isonomia tributária; responsabilidade internacional do Estado por dano ecológico; desastre de Mariana à luz do direito europeu da responsabilidade por danos ambientais; direito e política internacional do meio ambiente para as áreas úmidas sul-americanas e proteção dos biomas do pantanal brasileiro e do chaco boliviano; e crença na Justiça: por uma Corte Constitucional Internacional.

De pensadores como os portugueses Jorge Miranda e Carla Amado Gomes (que igualmente são coordenadores destes anais e estiveram em

Fortaleza como conferencistas do Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos humanos, promovido anualmente pelo Instituto Brasileiro de Direitos Humanos e pelo Instituto Interamericano de Direitos, por meio de seu Escritório Regional em Montevidéu, junto com o Centro de Estudos e Treinamento da Procuradoria Geral do Estado) nasce nas páginas seguintes, em parceria com conceituados autores brasileiros (Marco Anthony Stevenson Villas Boas, Ângela Issa Haonat, Felipe da Silva Dias, Frederico Antônio Lima de Oliveira, Aquilino Paulo Antunes, Bleine Queiroz Caúla, Fernanda Mikaelle Dias Braga, Júlia Maia de Meneses Coutinho, Francisco Alberto Bastos Barreto, Teresa Cristina Cruz, Amélia Soares da Rocha, Tiago Vinicius Soares Silva, Roberto de Oliveira Almeida, Tiago Antunes, Valério de Oliveira Mazzuoli, Diogo Marcelo Delben Ferreira de Lima e Paulo Ferreira da Cunha), um mosaico de contribuições, distribuídas nos três eixos fundamentais da obra e que orienta a montagem dos conchaves: Ambiental, Constitucional e Internacional.

O agrupamento de temas tão variados, de incontroversa importância e atualidade, reflete a exuberância e o caráter interdisciplinar dos Diálogos, levados a efeito por estudiosos de sólida formação universitária, irrequitos, entusiastas (o elogio não é contaminado pela acendrada amizade que nos vincula), atentos à pluralidade de concepções, de ideologias, num território em que as divergências – políticas, doutrinárias, jurisprudenciais etc. – são incondicionalmente legítimas e, por conseguinte, cumpre sejam acolhidas e respeitadas.

Li detidamente os textos enfeixados no presente volume e lhes recomendo, caros leitores, inobstante sua inclinação por este ou aquele âmbito do direito (uma das vantagens das coletâneas é exatamente a possibilidade oferecida para que cada qual eleja a(s) temática(s) de seu interesse particular) debruçar-se sobre seu inteiro teor e navegar nas águas de um oceano



de conhecimentos, sob os ventos da curiosidade e da sede intelectual, as quais constituem, em definitivo, o sentido maior que nos estimula a percrutar horizontes mais vastos, a submergir no saber, fugindo da indigência usual da superfície, da insipidez da platitude e da estagnação. Muito mais do que um truísmo, esta é a grande diferença.

Lisboa, 2018.

César Barros Leal

Procurador do Estado do Ceará. Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Doutor em Direito pela Universidade Nacional Autônoma do México. Pós-doutor em Estudos Latino-americanos pela UNAM. Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro da Academia Cearense de Letras.

Apresentação

O Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional é um momento de encontro acadêmico para um Diálogo transversal e interdisciplinar. Instituições públicas e privadas como a Universidade de Fortaleza (UNIFOR), o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), a Coordenação de Apoio de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e a Editora Lumen Juris fomentam a realização e a publicação dos anais. O Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da FDUL promove a publicação digital internacional, de modo a amplificar o acesso aos anais.

Agradecimento especial cabe à Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) pelo inestimável apoio à realização do Seminário Internacional VIII Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional e à publicação dos anais, oportunidade em que reforçamos o papel do Poder Judiciário no fomento da pesquisa jurídico-acadêmica para que jurisprudências e doutrinas possam convergir e dialogar pelo melhor Direito e justiça efetiva.

A credibilidade acadêmico-científica do evento revela a contribuição para uma base importante e rica de informações para a sociedade civil, empresas e terceiro setor. O compromisso socioambiental e a responsabi-



lidade compartilhada entre instituições públicas e privadas ratificam a participação no contributo de atividades que valorizam o aprofundamento do conhecimento científico e a efetivação dos direitos humanos e ambientais.

Os Volumes 7 e 8 compilam os artigos de autores brasileiros e estrangeiros submetidos e aprovados para apresentação no conclave e dos palestrantes que intervieram no VIII Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, nos dias 6 e 7 de junho de 2016, na Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT), Palmas-Tocantins, sob a regência do Desembargador Marco Villas Boas.

Lisboa, 2018.

Bleine Queiroz Caúla

Marco Villas Boas

Valter Moura do Carmo

[Voltar ao índice](#)

Índice

AMBIENTAL

- 23** MOSAICOS DE ÁREAS PROTEGIDAS NA AMAZÔNIA LEGAL:
GOVERNANÇA E DESENVOLVIMENTO SOCIOAMBIENTAL
INCLUSIVO DAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS E INDÍGENAS

Marco Anthony Steveson Villas Boas

- 58** JUSTIÇA AMBIENTAL:
UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA OBRA “VIDAS SECAS”

Ângela Issa Haonat

- 71** A ÁGUA COMO DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO

Felipe da Silva Dias

Frederico Antônio Lima de Oliveira

CONSTITUCIONAL

- 125** DEMOCRACIA, ELEIÇÃO, ELEITORADO

Jorge Miranda

- 161** ACESSO AO MEDICAMENTO:
O CASO DA HEPATITE C EM PORTUGAL

Aquilino Paulo Antunes



202 O VÍRUS DA “ZIKV” E A INCERTA EVIDÊNCIA COM A MICROCEFALIA: O RISCO DO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) N° 5.581, DE 2016, ANÁLOGO À ADPF N° 54

Bleine Queiroz Caúla;
Fernanda Mikaelle Dias Braga;
Júlia Maia de Meneses Coutinho

247 A OPERAÇÃO “LAVA JATO” E A PROVÁVEL (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.850/2013

Francisco Alberto Bastos Barreto;
Júlia Maia de Meneses Coutinho;
Teresa Cristina Cruz

267 PESSOA JURÍDICA HIPOSSUFICIENTE E A POSSIBILIDADE DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA PELA DEFENSORIA PÚBLICA

Amélia Soares da Rocha;
Tiago Vinícius Soares Silva

INTERNACIONAL

295 EM BUSCA DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR DANO ECOLÓGICO

Carla Amado Gomes

338 E SE O RIO DOCE FICASSE NA EUROPA? ANÁLISE DO DESASTRE DE MARIANA À LUZ DO DIREITO EUROPEU DA RESPONSABILIDADE POR DANOS AMBIENTAIS

Tiago Antunes

363 DIREITO E POLÍTICA INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE
PARA AS ÁREAS ÚMIDAS SUL-AMERICANAS E PROTEÇÃO
DOS BIOMAS DO PANTANAL BRASILEIRO E DO CHACO
BOLIVIANO: DESAFIOS DO DIÁLOGO DAS FONTES E DO
CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Valerio de Oliveira Mazzuoli;
Diogo Marcelo Delben Ferreira de Lima

396 ACREDITAR NA JUSTIÇA. POR UMA CORTE CONSTITUCIONAL
INTERNACIONAL

Paulo Ferreira da Cunha



AMBIENTAL

[Voltar ao índice](#)

MOSAICOS DE ÁREAS PROTEGIDAS NA AMAZÔNIA LEGAL: GOVERNANÇA E DESENVOLVIMENTO SOCIOAMBIENTAL INCLUSIVO DAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS E INDÍGENAS

MOSAICS OF PROTECTED AREAS IN THE LEGAL AMAZON: GOVERNANCE AND INCLUSIVE SOCIO-ENVIRONMENTAL DEVELOPMENT OF TRADITIONAL AND INDIGENOUS POPULATIONS

MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS

Resumo

A Constituição de 1988 estabeleceu um eixo transversal de proteção do ambiente, perpassando, principalmente, os subsistemas da economia, da educação e cultura, dos índios e das populações tradicionais, sustentado por um verdadeiro princípio socioambiental, o qual tem influenciado a legislação, a jurisprudência e proporcionado a inclusão de terras indígenas, terras quilombolas e de outras populações tradicionais dentro do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), institu-



ído pela Lei nº 9.985, de 2000, até mesmo em Mosaicos de gestão compartilhada. Essa vertente socioambiental tem dado concreção ao princípio democrático e permitido a inclusão social, porque admite a formação de Mosaicos de áreas protegidas, compostos por Terras Indígenas e de populações tradicionais, Unidades de Conservação, Zonas de Amortecimento e Corredores Ecológicos, e possibilita a participação dos indígenas e populações tradicionais na gestão do sistema.

Palavras-chave: Corredores ecológicos. Democracia. Meio ambiente. Mosaicos. Socioambientalismo.

Abstract

The 1988 Constitution has established a transversal axis of environment protection, wich includes the subsystems of economy, education and culture, from indigenous people and traditional populations, supported by a true socioenvironmental principle, which has influenced legislation, jurisprudence and provided the inclusion of indigenous lands, quilombola lands and other traditional populations within the National System of Conservation Units (SNUC), established by Law no. 9.985, of 2000, including in mosaics of shared management. This socioenvironmental aspect have given concrete expression to the democratic principle and allowed social inclusion, since it allows the formation of mosaics of protected areas, composed of indigenous lands and traditional populations, conservation units, cushion zones and ecological corridors, which allows the participation of indigenous and traditional populations in the management of the system.

[Voltar ao índice](#)

Keywords: *Ecological corridors. Democracy. Environment. Mosaics. Socioenvironmentalism.*

INTRODUÇÃO

A constitucionalização da proteção do ambiente, inspirada na Constituição da República Portuguesa, e ao mesmo tempo marcada pelo rico historicismo multicultural e pluriétnico, característico da formação do povo brasileiro, fez resplandecer o princípio socioambientalista na Constituição, de 1988, no qual gravita um eixo alinhado transversalmente que perpassa os principais subsistemas, notadamente os dedicados ao meio ambiente, economia, educação e cultura (populações tradicionais) e índios.

Essa juridicidade plasmada na Constituição, de 1988, em decorrência dos fatores reais de poder que convergiram nesse sentido durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, influenciou as Cimeiras do Rio de Janeiro em 1992 e 2012, e proporcionou avanços na legislação infraconstitucional, nas políticas públicas de proteção ao ambiente e nas decisões judiciais, notadamente nas do Supremo Tribunal Federal, o qual tem garantido, contramajoritariamente, direitos de minorias, promovendo a concreção material do princípio democrático.

Sob esses influxos, a vertente ecocêntrica de proteção das unidades de conservação no Brasil, ainda que explicitamente adotada pela Lei nº 9.985, de 2000 (Lei do SNUC), cedeu a esse forte componente socioambiental e incluiu no seu sistema unidades de conservação de uso sustentável, em que se admitem determinados níveis antrópicos e o extrativismo submetido a manejo adequado.



Nesse compasso, o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas (PNAP), instituído pelo Decreto nº 5.758, de 2006, cuidou de estabelecer um elo entre o SNUC e o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 1973) e reconhecer a transcendência ambiental das terras indígenas, na condição de áreas protegidas, vertente reiterada pelo Decreto nº 7.747, de 2012 (PNGATI), que instituiu um programa nacional voltado à preservação ambiental de terras indígenas.

O problema que emerge dessa regulamentação consiste em antinômias e políticas públicas deficitárias, as quais acabam ocasionando falta de eficácia normativa, principalmente dos Decretos nº 5.758, de 2006, e 7.747, de 2012.

Nesse contexto, examinam-se algumas hipóteses: a) partindo-se do pressuposto de que as terras indígenas possuem valor ambiental, segundo dispõe o art. 231 da Constituição Federal, seria juridicamente possível a composição de Mosaicos entre Unidades de Conservação de máxima proteção, Unidades de Conservação de Uso Sustentável e Terras Indígenas?; b) é possível a inclusão de indígenas e de integrantes de populações tradicionais no sistema de gestão e conservação dessa espécie de Mosaico, remunerando-os pela prestação de serviço ambiental?; c) seriam benéficas ao Sistema Nacional de Unidades de Conservação a composição e a interligação de Mosaicos, por meio de reordenamento do território, em regime de cooperação entre a União, Estados e Municípios, com participação da sociedade civil, indígenas e populações tradicionais?

O objetivo dessa abordagem é o de trazer à reflexão o futuro das áreas protegidas na Amazônia Legal, difundir o sistema de Mosaicos e instigar a inserção das comunidades indígenas e tradicionais na gestão dessas áreas, com remuneração por prestação de serviços ambientais, estabelecendo-se um sistema de governança socioambiental.

Busca-se resolver o problema delimitado, por meio do método qualitativo e do dedutivo, valendo-se de pesquisa na legislação, doutrina e jurisprudência.

No item 1, aborda-se o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) e suas vertentes ecocentristas e socioambientalistas. O relacionamento dos indígenas e das populações tradicionais com o sistema é tratado na seção 2; no item 3, cuida-se de demonstrar o valor ambiental das terras indígenas e das terras ocupadas por outras populações tradicionais, assim como a evolução jurídica dessa proteção. No item 4, abordam-se a definição jurídica e a composição dos Mosaicos, enquanto a gestão, pagamento por serviços ambientais e outras peculiaridades do sistema são tratadas no item 5. Por derradeiro, o ordenamento do território é trazido a lume, num contexto socioambiental, como instrumento para alavancar ordeiramente o desenvolvimento dentro de critérios de sustentabilidade.

1 O SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

A ideia ecocêntrica baseada na concepção mítica de uma natureza intocada e estática, que afasta a presença humana do ambiente natural, inspirou a proteção ambiental na Europa e nos Estados Unidos no último século, e influenciou o modelo adotado inicialmente no Brasil¹, a partir da criação de grandes parques ambientais, mas que acabou se abrindo para o antropocentrismo² sedimentado no curso da formação pluriétnica

1 DIEGUES, Antonio Carlos. **O mito moderno da natureza intocada**. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 2001. p. 9-10

2 ARAÚJO, Marcos Antônio Reis. Unidades de conservação: a importância e história no mundo. In: NEXUCS (org.). **Unidades de conservação no Brasil: o caminho da gestão para resultados**. São Carlos: RIMA, 2012. p. 25-50. p. 48.



e multicultural do povo brasileiro, mais particularmente pela participação do elemento índio em nossa sociedade³.

A Convenção da Diversidade Biológica (art. 8º, “j”), a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (Res. 61/295) e o Anexo I, nº 49, da Assembleia Geral das Nações Unidas (Res. 66/288) sacramentaram o modelo antropocêntrico alargado de proteção ambiental adotado pelo Brasil, o qual também é defendido por Guido Soares, principalmente em relação aos índios, os quais, segundo ele, são naturais protetores da fauna e da flora, e devem ser incluídos preferencialmente nas políticas públicas e ações governamentais para conservação do meio ambiente⁴.

Malgrado o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), instituído pela Lei nº 9.985, de 2000, não excluir a máxima proteção por parte do Estado sobre áreas que necessitam de baixo ou nenhum nível antrópico, trouxe as primeiras perspectivas de convivência das populações tradicionais com unidades de conservação e a possibilidade de composição de Mosaicos de Unidades de Conservação.

A técnica legislativa adotada pela Lei nº 9.985 é de um sistema de gradação da intensidade protetiva relacionada à presença humana, dividido em dois grupos: Unidades de Conservação de Proteção Integral e Unidades de Conservação de Uso Sustentável e Indireto. A diferença entre esses grupos consiste na forma de utilização dos recursos naturais neles existentes ou deles provenientes. Nas Unidades de Conservação de Proteção Integral, o uso dos recursos se dá de forma indireta, sem ações

3 VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson. Repercussões ambientais do indígenato. **Revista CEDOUA**, Coimbra, ano 16, n. 31, p. 67-87, jan./jun. 2013. p. 68.

4 SOARES, Guido Fernando da Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 82

que envolvam coleta, consumo, dano ou destruição desses recursos. De outro modo, nas Unidades de Conservação de Uso Sustentável, é possível o uso moderado de seus recursos. As primeiras estão direcionadas a um baixo nível antrópico e subdividem-se em: Reserva Biológica (REBIO), Estação Ecológica (ESEC), Parque Nacional (PARNA), Monumento Natural (MONAT) e Refúgio de Vida Silvestre (RVS). As Unidades de Conservação de Uso Sustentável, como o próprio nome sugere, buscam compatibilizar o uso racional de parte dos recursos naturais com a preservação do ambiente natural e subdividem-se em: Áreas de Proteção Ambiental (APA), Floresta Nacional (FLONA), Reserva de Fauna (REFAU), Reserva Extrativista (RESEX), Reservas de Desenvolvimento Sustentável (RDS), Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN), Áreas de Relevante Interesse Ecológico (ARIE). Além disso, existe a previsão de instituição de Zona de Amortecimento no entorno de Unidades de Conservação, com normas e restrições específicas de atividades antrópicas, com a finalidade de abrandar o impacto deletério⁵.

As Unidades de Conservação dependem de ato do Poder Legislativo (lei) ou Executivo (decreto ou portaria) para criação, sejam elas de proteção integral ou de uso sustentável, o que as diferenciam dos espaços especialmente protegidos.

Apesar de a Lei nº 9.985, de 2000, impor a realização de estudos técnicos e de consulta pública para a criação de unidade de conservação, as populações indígenas impactadas com a criação da UC, assim como em outras ações governamentais, não têm recebido a devida atenção nesse processo.

5 BELTRÃO, Antonio F. G. Unidades de uso sustentável e de proteção integral: diferenças, semelhanças e adequação na escolha. In: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo (coord.). **Tutela Jurídica das Áreas Protegidas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1-12; p. 4-10.



Tal situação ganha contornos mais relevantes, sob o ponto de vista de que o sistema instituído pela Lei nº 9.985 do SNUC, influenciado pelo pensamento conservacionista ecocêntrico, findou por estabelecer uma gradação que exclui até mesmo indígenas e populações tradicionais de certas unidades de conservação, tendência que vem se alterando nas políticas públicas no transcorrer dos últimos anos.

Todavia, no modelo de unidade destinada à conservação da biodiversidade ou extrativismo sustentado, são autorizadas atividades como o turismo, a educação ambiental e o extrativismo madeireiro e não madeireiro de manejo planejado e sustentável, além de permitida a presença de populações tradicionais desde que realizem atividades sob o regime de manejo.

A abertura para a presença de populações tradicionais em Unidades de Conservação é de suma importância para se dar concreção aos direitos dessas minorias e fortalecer a democracia, promovendo uma vertente socioambientalista de conservação ambiental. A realidade, advinda dos fatores reais de poder, tem contribuído para a evolução do sistema, segundo pontua Adalberto Veríssimo⁶, anotando o considerável crescimento das unidades de conservação de uso sustentável, especialmente na Amazônia Legal.

Essa tendência proporcionou o alargamento do sistema e inclusão das Terras Indígenas no contexto das políticas públicas de proteção ambiental pelo Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas (PNAP) e pelo Programa Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas (PNGATI), instituídos pelos Decretos nº 5.758, de 2006, e 7.747, de 2012.

6 VERÍSSIMO, Adalberto; ROLLA, Alícia; RIBEIRO, Maria Beatriz; VEDOVETO, Mariana. Áreas protegidas na Amazônia Legal. In: VERÍSSIMO, Adalberto (org.). Áreas protegidas na **Amazônia Brasileira**: avanços e desafios. Belém: Imazon; São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011. p. 16-42. p. 25.

2 UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, POPULAÇÕES INDÍGENAS E TRADICIONAIS

A proposta de criação de reservas extrativistas, como espécie de reforma agrária ambientalista, antecede a Lei do SNUC, e se adequava ao discurso multiculturalista em voga nas agências internacionais de cooperação nas décadas de 1980 e 1990, com a diferença de que a terra de domínio da União, tal qual a terra indígena, não poderia ser transferida a particulares, mas tão somente seu usufruto, por meio do sistema de concessão de direito real de uso aos seringueiros⁷.

Era uma proposta diferenciada de exploração econômica, sensivelmente voltada para o tema ambiental, em que áreas de floresta de aproximadamente 300ha, cada uma, permaneceriam preservadas praticamente em sua integralidade, aos cuidados dos cessionários seringueiros, destinadas ao extrativismo do látex e ao plantio de hortas, algumas linhas de árvores frutíferas e pequenas áreas de roças para subsistência familiar.

Parece ser essa a primeira grande conquista de visibilidade perante a comunidade local e internacional, o entrelaçamento de políticas públicas voltadas à promoção da reforma agrária e preservação ambiental, marco temporal do socioambientalismo brasileiro.

A inclusão das comunidades locais nas políticas públicas ambientais com vista a um desenvolvimento sustentável abriu perspectivas para distribuição de riquezas mais equitativas e justas, de forma a densificar o princípio da liberdade, na esteira do que defendem Amartya Sen⁸ e Bonfil

7 SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade. São Paulo: Fundação Petrópolis, 2005. p. 39-40.

8 SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 283.



Batalla⁹, numa linha etnodesenvolvimentista, que Boaventura de Sousa Santos¹⁰ denomina ecossocialista, um novo paradigma de desenvolvimento multiculturalista e pluralista, que se contrapõe ao modelo capital-expansionista.

As primeiras reservas extrativistas, porém, somente foram criadas em 1990, proporcionando ascensão política do movimento sindical e ambiental dos seringueiros.

A previsão de unidades de conservação de uso sustentável trazida pela Lei do SNUC e a realidade vivida em diversas regiões, principalmente na Amazônia, com a consequente inversão da tendência, conforme anteriormente mencionado, colocam o sistema num panorama mais tendente ao socioambientalismo.

Nesse contexto, vêm perdendo força normativa os arts. 35 e seguintes do Decreto nº 4.340, de 2002, os quais tratam do reassentamento de populações tradicionais estabelecidas em Unidades de Conservação, assim como o uso desse paradigma na solução de sobreposições entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação.

Conquanto a Lei nº 9.985, de 2000, tenha se referido a populações tradicionais, não incluiu os indígenas e suas áreas de terras no seu sistema de proteção, situação que alguns doutrinadores atribuem à proteção constitucional exclusiva e à legislação especial aos direitos indígenas e suas terras.

9 BATALLA, Guillermo Bonfil. **México profundo**. Una civilización negada. Edición original de la Secretaría de Educación Pública/Centro de Investigaciones y Estudios Superiores em Antropología Social – CIESAS. México: Grijalbo, 1990. p. 230-231.

10 SANTOS, Boaventura de Souza. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Souza; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni (Ed.). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**. Quito: Fundación Rosa de Luxemburgo, 2012. p. 11-48. p. 30.

De outro modo, o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas (PNAP), instituído pelo Decreto nº 5.758, de 2006, cuidou de estabelecer um elo entre o SNUC e o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 1973) e reconhecer a transcendência ambiental das terras indígenas, na condição de áreas protegidas.

Essa vertente, como adiante se verá, foi melhor explicitada por meio do Decreto nº 7.747, de 5 de junho de 2012 (PNGATI), que institui um programa nacional voltado à preservação ambiental de terras indígenas.

No entanto, essa proteção já se encontrava delineada no art. 231 da Constituição, de 1988, que incluía, numa concepção socioambiental, as áreas indígenas sob a proteção do Estado, ao qual cabe a tarefa constitucional de dar concreção a esse dispositivo pelo reconhecimento e demarcação das terras indígenas e da execução de políticas públicas necessárias à proteção e recuperação dessas áreas¹¹.

Uma leitura atenta do dispositivo leva a uma irrefutável conclusão de que a linha adotada pelo legislador em matéria de proteção aos direitos indígenas é nitidamente socioambiental, e permite essa transversalidade com outros subsistemas, até mesmo com o do meio ambiente, pois é atribuição da União, segundo o *caput* do mencionado art. 231, velar pela proteção de todos os bens da terra indígena, donde se conclui que dentre eles, em primeiro plano, estão os bens naturais, as florestas, rios, lagos, animais, solo e subsolo, essenciais ao seu bem-estar¹².

11 VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson. Proteção ambiental das reservas indígenas. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, a 2, n. 4, p. 3.369-3444 e nº 5, p. 4.561-4.632. 3.370-4.632, 2013. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_04_03369_03444.pdf. Acesso em: 3 jun. 2014. p. 72.

12 VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson. Repercussões ambientais do indígenato. **Revista CEDOUA**, Coimbra, ano 16, n. 31, p. 67-87, jan./jun. 2013. p. 72.



Essa realidade, claramente explicitada nos Anais da Assembleia Nacional Constituinte, aliada às tendências das últimas convenções sobre meio ambiente realizadas pelas Nações Unidas, principalmente no que se refere à CDB e COPs, certamente influenciaram as políticas públicas conservacionistas, proporcionando que as terras indígenas fossem formalmente incluídas no sistema nacional pelo PNAP.

As populações tradicionais dependem diretamente dos recursos naturais para sobreviverem, motivo pelo qual são favoráveis à preservação, seja para assegurar sua sobrevivência ou mesmo para ressaltar sua legitimidade diante do Estado¹³.

Dessarte, apesar da predominância ecocêntrica no sistema protetivo da Lei nº 9.985, de 2000, seria possível jurídica e cientificamente a sobreposição de Terras Indígenas e Unidades de Conservação de Proteção Integral em diversas hipóteses, até em relação ao Parque Ambiental e Monumento Natural, conforme foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388/RR), vertente que auxiliará na composição de diversos conflitos socioambientais na Amazônia, decorrentes de sobreposições de áreas protegidas.

3 PROTEÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS NO ÂMBITO DO PNAP E DA PNGATI

O Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas (PNAP), instituído pelo Decreto nº 5.758, de 13 de abril de 2006, veio para dar cumprimento aos compromissos assumidos pelo Brasil no Programa de Trabalho so-

¹³ VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson. Repercussões ambientais do indígenato. **Revista CEDOUA**, Coimbra, ano 16, n. 31, p. 67-87, jan./jun. 2013. p. 50.

bre Áreas Protegidas da CDB, na COP-7 (Marrocos, 2001); e reiterado na COP-8 (Curitiba, 2006).

A grande novidade do Decreto nº 5.758, de 2006, foi o expresse reconhecimento do valor ambiental das terras indígenas pelos órgãos governamentais, que até então estava adstrito às convenções da ONU, tendo em vista a já mencionada exclusão dessas áreas protegidas do SNUC (Lei nº 9.985, de 2000).

O PL nº 2.057, de 1991, de autoria do deputado Aloízio Mercadante, já trazia em seu texto original, com mais clareza, o valor ambiental das terras indígenas, ainda que não lhe desse efetivo *status* de unidade de conservação. Entretanto, a paralisação desse projeto tem exigido novas interpretações do atual Estatuto do Índio à luz da Constituição, de 1988, com as necessárias adaptações, para garantir políticas públicas condizentes com as necessidades dos povos indígenas.

Conquanto o artigo 34 do Estatuto do Índio e o artigo 1º da Lei que instituiu a Funai (Lei nº 5.371, de 1967) conferissem indiretamente à Fundação Nacional do Índio atribuição de velar pelo equilíbrio ambiental das terras indígenas, numa interpretação conforme o texto do art. 225 da Constituição, o expresse reconhecimento desse valor ambiental veio somente com a instituição do PNAP, cujo objetivo é o de estabelecer um plano integrado de gestão “de áreas protegidas, ecologicamente representativo e efetivamente manejado, integrado a paisagens terrestres e marinhas mais amplas até 2015.”

Na esteira do PNAP, o Ministério do Meio Ambiente publicou a Portaria nº 63, de 12 de junho de 2006, que criou a Comissão Coordenadora do Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas para funcionar como instância colegiada consultiva, com a finalidade de orientar, acompanhar



e apoiar a implementação do plano. A eclética Comissão congrega atores governamentais e não governamentais, até mesmo da Funai, além de membros da sociedade em geral, da iniciativa privada, mas principalmente índios e quilombolas, conforme se depreende do seu art. 2º, criando o ambiente propício para a implantação de tão esperada governança ambiental.

Ao lado disso, o Decreto nº 7.747, de 2012, instituiu a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas (PNGATI), que veio para dar mais sentido e direção ao Decreto nº 5.758, de 2006, e revascularizar o socioambientalismo brasileiro, abrindo novas perspectivas para que as terras indígenas sejam efetivamente reconhecidas pelo Governo e pela sociedade como verdadeiras reservas ambientais, de vital importância para o equilíbrio do meio ambiente no Planeta.

Assim como no PNAP, busca-se na PNGATI a implantação de sistemas de governança com a abertura de amplos espaços para a participação indígena, nos termos do art. 4º, II, eixo 2, do Decreto nº 7.747, de 2012.

No inciso III, eixo 3, do art. 4º, a PNGATI proporciona oportunidades para a solução dos problemas de sobreposições abordadas no item 3, além de possibilitar a participação das comunidades indígenas nas decisões sobre criação de UC no entorno da Terra Indígena (TI) e de integrar o conselho gestor dessas áreas, o que também é atribuído à Funai nos casos de índios isolados.

Nos eixos 5 do inciso V, e 6 do inciso VI, o já referido Decreto nº 7.747, visa implementar uma economia verde indígena, regulamentando o uso sustentável de suas riquezas naturais, protegendo a propriedade intelectual e o patrimônio genético, aí incluídos os

[...] conhecimentos, práticas, usos tradicionais, costumes, crenças e tradições associados à biodiversidade e ao patrimônio genético existente nas suas terras, de forma a preservar seu direito na repartição dos benefícios, na forma da legislação vigente.

Ademais, no eixo 7 do inciso VII, o mesmo Decreto nº 7.747 cuidou de incluir dentre as diretrizes do PNAP a formação e capacitação técnica e científica sobre gestão territorial e ambiental, bem como sobre a PNGATI e sua governança, assim como a educação ambiental e indigenista para as comunidades vizinhas de suas terras.

As bases legais de inclusão das comunidades indígenas na chamada economia verde foram alicerçadas; entretanto, “ainda há muito chão pela frente”, como se diz no jargão popular, pois existem déficits normativos e de implementação que precisam ser supridos para proporcionarem mais segurança no inter-relacionamento dos povos indígenas com a sociedade ocidental e sua economia, e conseqüentemente darem sustentabilidade a essas novas tendências.

4 ZONAS DE AMORTECIMENTO, CORREDORES ECOLÓGICOS E MOSAICOS

A ideia de zonas de amortecimento no entorno de unidades de conservação não é nova no ambientalismo brasileiro, a Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967, em seu art. 10, alínea “f”, já estabelecia a distância de cinco quilômetros no entorno de “estabelecimentos oficiais e açudes do domínio público, nos quais a utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha de espécimes da fauna silvestre são proibidas.”



A partir de então, o conceito de zona de amortecimento evoluiu para a atual disposição da Lei nº 9.985, de 2000, do SNUC, que a define como a área instituída no entorno de uma unidade de conservação, com normas e restrições específicas de atividades antrópicas, com a finalidade de abrandar o impacto deletério sobre a unidade de conservação.

Segundo Antonia Pereira de Avila Vio¹⁴, a admissibilidade de alguma atividade antrópica na zona de amortecimento lhe dá caráter de autosustentabilidade, devendo sua definição ter o necessário dinamismo para não emperrar o processo ordenado de desenvolvimento.

A zona de amortecimento deve conter certas características necessárias de proteção ao entorno da unidade de conservação, seja em relação a mananciais de água ou até mesmo a atividades turísticas no entorno da unidade.

A implantação desses cinturões de proteção no entorno de áreas indígenas, todavia, não tem previsão legal, apesar de já se discutir sua necessidade em casos específicos como o da Terra Indígena Zo'é, no Pará, tendo em vista que o desmatamento em seu entorno estaria propiciando a disseminação da malária entre os índios daquela etnia, segundo noticiou o Instituto Socioambiental (ISA) em 2007.

No caso da Terra Indígena Zo'é, há em sua vizinhança a Floresta Estadual Trombetas, área de proteção ambiental que pode facilitar a solução do problema, pois bastaria a inclusão no seu plano de manejo de uma espécie de “zona de amortecimento de impacto”, segundo propõe o Ministério

14 VIO, Antonia Pereira de Avila. Zona de Amortecimento e Corredores Ecológicos. In: BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). **Direito ambiental das áreas protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 348-360. p. 348.

Público Federal no Pará, buscando uma solução por meio da interpretação analógica dos arts. 2º, XVIII, e 25 da Lei nº 9.985, bem como dos arts. 8º e seguintes do Decreto nº 4.340, de 2002, que dispõe, dentre outros assuntos, sobre a instituição de mosaicos de unidades de conservação.

Ademais, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) editou em 2006 a Resolução nº 378, dispondo sobre a exploração de florestas no entorno de terras indígenas demarcadas, na qual estabelece uma faixa de 10km da linha limítrofe onde a exploração “que envolva manejo ou supressão de florestas e formações sucessoras” dependerá de autorização precedida de informação georreferenciada à Funai, abrindo-se exceção apenas para a pequena propriedade rural ou posse familiar rural, nos termos do art. 1º, § 2º, inciso I, da Lei nº 4.771, de 1965 (hoje art. 3º, V, da Lei nº 12.651, de 2012, Código Florestal).

Além das zonas de amortecimento, a referida Lei nº 9.985 cuidou de prever a interligação das unidades de conservação em todo o território nacional por meio de corredores ecológicos, que também não são estranhos à legislação brasileira, uma vez que o Código Florestal, de 1965, nos seus art. 2º, alínea “a”, e art. 3º, já instituiu a proteção integral das faixas marginais situadas ao longo dos rios e cursos d’água, o que permitiu a criação de verdadeira malha de proteção ambiental, haja vista as unidades de conservação estarem entrecortadas por cursos hídricos ou mananciais que vertem para o mar.

A Lei nº 9.985, no inciso XIX do art. 2º, define corredores ecológicos como áreas de ecossistemas naturais ou seminaturais, que têm a função de interligar unidades de conservação e possibilitar o fluxo de genes e o movimento da biota entre elas, de modo a facilitar a dispersão de espécies e a recolonização de áreas degradadas, e também a manutenção de espécies que necessitam, para sobreviver, de áreas maiores do que a unidade de conservação.



A interrupção do fluxo gênico, a extinção de uma ou mais espécies e os processos erosivos, segundo Antonia Vio, são problemas que determinam a necessidade de corredores ecológicos. Segundo ela, a interrupção do fluxo gênico se caracteriza pela fragmentação do ecossistema por fatores antrópicos que cindem áreas ecologicamente propícias, interrompem o fluxo gênico, assim como a existência de área degradada (barreira ecológica) que separa duas áreas onde a espécie se mantém, desfavorecendo o ciclo evolutivo e o fluxo gênico entre as populações de ambas as áreas. De igual forma, “a concorrência pelo mesmo nicho nas áreas fragmentadas que não tenham conexão entre si pode provocar a extinção de uma ou mais espécies.¹⁵”.

Os corredores ecológicos constituídos nas margens dos cursos hídricos, no regime do Código Florestal, coincidem com Áreas de Preservação Permanente (APPs) – tão importantes para o sistema de áreas protegidas quanto às unidades de conservação. E não poderia ser outra a concepção de corredor ecológico, tendo em vista que áreas degradadas no seu curso dificultariam ou mesmo impediriam o fluxo gênico.

As APPs são “[...] áreas sem definição geográfica e ocorrem em todo o território nacional, sendo que os corredores ecológicos naturalmente recaem sobre elas”, acentua Antonia Vio¹⁶, situação que favorece a integridade do corredor ecológico.

15 VIO, Antonia Pereira de Avila. Zona de Amortecimento e Corredores Ecológicos. In: BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). **Direito ambiental das áreas protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 348-360. p. 355.

16 VIO, Antonia Pereira de Avila. Zona de Amortecimento e Corredores Ecológicos. In: BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). **Direito ambiental das áreas protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 348-360. p. 356.

O regime jurídico dos Corredores Ecológicos ganhou funcionalidade com a edição das Resoluções nº 10, de 1993, e 9, de 1996, que estabeleceram suas características e amplitude com mais clareza, permitindo maior densificação da matéria no âmbito da Lei nº 9.985 do SNUC, malgrado as faixas de proteção de cursos d'água terem sofrido escalonamento não muito favorável ao fluxo gênico no âmbito da já referida Lei nº 12.651 (novo Código Florestal Brasileiro), que reduziu para dez metros as faixas de proteção nos cursos hídricos de até trinta metros de largura, escalonando-as, a partir daí, conforme arts. 4º e seguintes, sendo que a proteção no Código Florestal revogado iniciava-se com uma faixa de trinta metros para os cursos hídricos até dez metros de largura, e assim por diante, numa gradação mais generosa para com o meio ambiente.

Além das Zonas de Amortecimento e dos Corredores Ecológicos, complementam a unicidade do sistema os Mosaicos, que se afiguram possíveis, segundo o art. 26 da Lei do SNUC, na hipótese de “existir um conjunto de unidades de conservação de categorias diferentes ou não, próximas, justapostas ou sobrepostas, e outras áreas protegidas públicas ou privadas”, cuja gestão deverá ser integrada e participativa, de modo a “compatibilizar a biodiversidade com a presença da sociodiversidade e o desenvolvimento sustentável no contexto regional.”

O Decreto nº 4.340, de 2002, por sua vez, estabelece nos seus arts. 8º e seguintes que o Mosaico depende de reconhecimento do Ministério do Meio Ambiente, a pedido dos órgãos gestores das UCs (art. 8º) e da instituição de um conselho consultivo, responsável pela gestão integrada das UCs, presidido por um dos seus chefes (art. 9º), com funcionamento e competência, que vai da disciplina do uso das fronteiras entre as unidades, acesso, fiscalização, monitoramento e avaliação dos planos de manejo, pesquisa científica, alocação de recursos, inter-relacionamento



com a população residente, até a manifestação sobre propostas para solução de sobreposições (art. 10).

As hipóteses legais de solução para os conflitos socioambientais no Brasil, principalmente na Amazônia, como se observa, são diversas, o que falta é a efetivação da vontade do legislador por meio de políticas públicas adequadas para que o Estado socioambiental ganhe amplitude.

5 GOVERNANÇA SOCIOAMBIENTAL DE MOSAICOS

A ideia de instituição de Mosaicos, a princípio, visava atender situações pontuais na Mata Atlântica, onde as pequenas Unidades de Conservação, muitas vezes de categorias diferenciadas, públicas ou privadas, próximas ou não, sobrepostas ou não, eram geridas isoladamente, com baixos resultados, deixando de abranger adequadamente os processos que geram e mantêm a biodiversidade, cujos fluxos biótico e gênico transcendem os limites da Unidade de Conservação.

Apesar de terem sido incluídos no Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), em seus arts. 26 e seguintes, e regulamentados por meio do Decreto nº 4.340, de 2002, os Mosaicos somente ganharam ênfase socioambiental alguns anos depois, no Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas (PNAP), o qual abriu a perspectiva de integração entre terras indígenas, quilombolas e unidades de conservação, e prestigiou seus conhecimentos tradicionais, prevendo a inclusão desses povos na gestão de unidades de conservação.

O mesmo Decreto do PNAP também incluiu entre seus princípios e diretrizes o uso sustentável dessas áreas e a harmonização das políticas públicas pertinentes, nos três níveis de governo, até mesmo no que se refere ao ordenamento do território.

[Voltar ao índice](#)

Os princípios e diretrizes do PNAP encontraram ressonância na Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas (PN-GATI), instituída pelo Decreto nº 7.747, de 2012, no qual é reconhecido o valor ambiental das terras indígenas, o direito de os índios perceberem vantagens com a prestação de serviços ambientais e a possibilidade de participarem dos conselhos gestores de unidades de conservação, assim como no planejamento da ordenação do território.

O Supremo Tribunal Federal tem dado concreção a essa vertente socioambiental de integração entre UCs e TIs, reconhecendo que os índios vivem equilibradamente no ambiente natural e podem auxiliar na preservação ambiental de outras áreas protegidas, além de sinalizar positivamente para a implantação de corredores ecológicos, integrando diversas áreas protegidas em uma macrorregião compartilhada, o que efetivamente pode significar a salvação de grande parte da Amazônia Brasileira.

O Parque Nacional do Xingu, ou Parque Indígena do Xingu (PIX), a maior terra indígena do Planeta, é um exemplo de projeto indigenista bem-sucedido, com importantes repercussões ambientais, demonstrando na prática que é possível conservar o ambiente com a ajuda dos índios, seus naturais protetores.

Essa bem-sucedida experiência do PIX em relação à conservação ambiental, com programas desenvolvidos pelos próprios índios do Xingu, clamam a favor de uma solução similar para o Sistema Nacional de Unidades de Conservação em que as populações tradicionais e indígenas possam auxiliar na fiscalização, gestão e manejo das demais unidades de conservação, principalmente em razão dos conhecimentos tradicionais que possuem, mas apesar disso, dos doze Mosaicos instituídos no Brasil, cinco estão na Amazônia e somente no Mosaico Oeste do Amapá e Norte do Pará estão incluídas Terras Indígenas (TI Wajãpi, TI Parque do Tumucumaque e TI Paru D'Este).



Além disso, é preciso implementar, no âmbito dessa governança, as Diretrizes do art. 3º, X e XII, do PNGATI, o Princípio 1.1., XIX, e Diretriz 1.2, XI, e 7, I e II, do PNAP, e do art. 41 do Código Florestal, com vista a instituir recompensa pela prestação de serviços ambientais aos indígenas e comunidades tradicionais, providência que trará sensíveis melhorias ao setor, o qual sofre com a falta de funcionários para as diversas funções que o sistema exige, até mesmo no que se refere à fiscalização.

Alexandra Aragão¹⁷ tem defendido a busca por uma valoração dos serviços ecossistêmicos, e identifica, nesse aspecto, um ganho de forma do dever de valor nos arcabouços jurídicos internacional, europeu e português.

Apesar de não ser a única forma de compensação, o incentivo financeiro para execução de tarefas de preservação ambiental é fator de inclusão social.

O novo Código Florestal incluiu, dentre os serviços ambientais, “[...] a conservação da biodiversidade” e “a valorização cultural e do conhecimento tradicional ecossistêmico [...]”, nos termos do art. 41; mas a matéria ainda necessita de melhor regulamentação no âmbito do direito indigenista brasileiro.

Apesar da demora na regulamentação, o incentivo ao pagamento de serviços ambientais vem ocorrendo paralelamente em diversos segmentos da economia brasileira, a exemplo do art. 36 da Lei do SNUC, a qual trouxe para o sistema jurídico ambiental uma nova forma de compensa-

17 ARAGÃO, Maria Alexandra. A natureza não tem preço..., mas devia. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo; PINTO, Eduardo Vera-Cruz (co-ord.). **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Lisboa: FDUL; Coimbra, 2012. p. 11-41, v. 4. p. 13-29.

ção financeira para captar recursos destinados à manutenção de unidades de conservação do grupo de proteção integral.

Outras práticas governamentais já se alinham a essas novas tendências, como o Bolsa Verde do Governo Federal, um subprograma do Brasil Sem Miséria, voltado para as populações rurais vulneráveis¹⁸, e a Portaria Funai nº 1.682, de 8 de dezembro de 2011¹⁹, a qual “estabelece diretrizes e critérios a serem observados na concepção e execução das ações de proteção territorial e etnoambiental em terras indígenas”, possibilitando em seus arts. 4º e seguintes auxiliar financeiramente os indígenas que participarem das “ações de proteção territorial e etnoambiental nas terras indígenas e para estabelecer prioridades de atividades a serem desenvolvidas com vistas a promover a integridade efetiva das terras indígenas e suas riquezas naturais [...]”, até mesmo na proteção de povos isolados.

A ideia de remuneração do índio para tarefas dessa natureza segue a diretriz do Decreto nº 4.519, de 2002²⁰, o qual dispõe sobre serviços voluntários em unidades de conservação, e pode abranger também as hipóteses de vigilância, manejo e gestão de Mosaicos, conforme dito alhures.

Essa vertente tem sido a diretriz da política ambiental de alguns estados da Amazônia, a exemplo do Amazonas. Após receber o programa

18 ALTMANN, Alexandre. Pagamento por serviços ambientais. In: GOMES, Carla Amado (coord.). **Compensação ecológica, serviços ambientais e proteção da biodiversidade**. Lisboa: ICJP, 2014. p. 7-31. p. 10-11.

19 BRASIL. Fundação Nacional do Índio. **Portaria nº 1.682**, de 8 de dezembro de 2011. Diário Oficial da União de 13 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/core/consulta.action>. Acesso em: 20 mar. 2014.

20 BRASIL. **Decreto nº 4.519**, de 13 de dezembro de 2002. Dispõe sobre o serviço voluntário em unidades de conservação federais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4519.htm. Acesso em: 3 jun. 2014.



Bolsa Verde, o Governo Federal instituiu, por meio da Lei Complementar nº 53, de 2007²¹, o Sistema Estadual de Conservação do Amazonas, assim como a Política Estadual sobre Mudanças Climáticas, Conservação Ambiental e Desenvolvimento Sustentável do Amazonas, por meio da Lei nº 3.135, modificada pela Lei nº 3.184, ambas de 2007, e o Bolsa Floresta do Estado do Amazonas, este por meio do Decreto nº 26.958, de 2007²².

De igual modo, o estado do Acre instituiu o Programa Estadual de Certificação de Unidades Produtivas Familiares do Estado do Acre, por meio da Lei nº 2.025, de 2008, cuja finalidade é

[...] estabelecer um processo voluntário de certificação socioambiental nas pequenas propriedades familiares [...], o uso sustentável dos recursos naturais e a gestão adequada do território [...], a valorização dos serviços ambientais e do ativo ambiental florestal do Acre²³.

Além disso, foi criado o Sistema Estadual de Incentivos a Serviços Ambientais pela Lei nº 2.308, de 2010, para fomentar e ampliar a oferta de:

21 AMAZONAS. **Lei Complementar nº 53**, de 5 de junho de 2007. Regulamenta o Inciso V do artigo 230 e o § 1.º do artigo 231 da Constituição Estadual, institui o Sistema Estadual De Unidades De Conservação – SEUC, dispondo sobre infrações e penalidades e estabelecendo outras providências. Disponível em: <http://legislador.aleam.gov.br/LegisladorWEB/LegisladorWEB.ASP?WCI=LeiTexto&ID=201&inEspecieLei=2&nrLei=53&aaLei=2007&dsVerbete=>. Acesso em: 3 jun. 2014.

22 ALTMANN, Alexandre. Pagamento por serviços ambientais. In: GOMES, Carla Amado (coord.). **Compensação ecológica, serviços ambientais e proteção da biodiversidade**. Lisboa: ICJP, 2014. p. 7-31. p. 10-11.

23 ALTMANN, Alexandre. Pagamento por serviços ambientais. In: GOMES, Carla Amado (coord.). **Compensação ecológica, serviços ambientais e proteção da biodiversidade**. Lisboa: ICJP, 2014. p. 7-31. p. 10-11.

(I) sequestro, conservação, manutenção e aumento do estoque e a diminuição do fluxo de carbono, (II) conservação da beleza cênica natural, (III) conservação da sociobiodiversidade, (IV) conservação das águas e dos serviços hídricos, (V) regulação do clima, (VII) conservação e o melhoramento do solo.

A manutenção, pelos indígenas, das florestas existentes em suas terras e nas Unidades de Conservação vizinhas, de modo a manter baixo nível entrópico, constitui-se numa prestação de serviços de valor considerável para a sociedade em geral, mas, ao lado disso, é preciso avançar na regulamentação federal, até mesmo numa reforma tributária que institua os chamados impostos verdes e incentivos financeiros ao pagamento por serviços ambientais, com mecanismos de maior inclusão social, principalmente das comunidades tradicionais e indígenas, cujo modo de vida integrado ao meio ambiente encontra-se ameaçado pelo desenvolvimento econômico.

Com isso, abre-se a perspectiva de reduzir o déficit orçamentário do Sistema de Manutenção de Unidades de Conservação, que já alcança o patamar de um bilhão de reais²⁴.

6 O ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO SOB O PRISMA SOCIOAMBIENTAL

Antonio José de Mattos Neto argumenta que a Constituição do Estado do Pará, de 5 de outubro de 1989, “[...] emprestou ao tema meio

24 ARAÚJO, Marcos Antônio Reis. Unidades de conservação: a importância e história no mundo. In: NEXUCS (org.). **Unidades de conservação no Brasil: o caminho da gestão para resultados**. São Carlos: RIMA, 2012. p. 25-50. p. 122-123.



ambiente sentido mais próximo do aspecto econômico, como que denotando que a atividade econômica deve ser conjugada com o meio ambiente [...]”, ao tempo em que noticia a regulamentação da ordenação do território paraense por meio de zoneamento ecológico-econômico previsto na Lei Estadual de Política do Meio Ambiente (Lei nº 5.887, de 9 de maio de 1995). Mattos Neto salienta que “[...] é fundamental para o ordenamento territorial, em razão de a Amazônia não ser um espaço homogêneo, constituindo verdadeiro mosaico agroambiental [...]”²⁵.

O zoneamento ecológico-econômico, segundo Mattos Neto,

[...] tem função de ser um parâmetro balizador do avanço, de forma racional e ordenada, da ocupação econômica regional, obedecendo-se as vocações naturais do espaço regional. Não se descurando, todavia, da importância estratégica que o conhecimento tecnológico atual assume da condição de adequá-lo ou ampliá-lo²⁶.

Ao instituir sua política de reforma agrária pela Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, em atenção ao disposto no art. 225 da Constituição, a União estabeleceu como primordial o princípio da função social da propriedade, utilizado em diversos dispositivos do texto, principalmente no art. 9º, dentro de um critério de gradação do que considera exploração racional e vocacional da terra, conjugado com a preservação do ambiente.

25 MATTOS NETO, Antonio José de. **Estado de direito agroambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 96-97.

26 MATTOS NETO, Antonio José de. **Estado de direito agroambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 96-97.

Ao abranger as comunidades vizinhas, o legislador ampliou a noção de equilíbrio ambiental para o exterior da propriedade rural, de modo a não permitir que a utilização dos seus recursos naturais provoque danos ou ameaças à vizinhança, princípio que deve nortear também as políticas públicas de desapropriação e assentamento de colonos, principalmente se colocar em risco unidades de conservação e terras indígenas, daí ser preponderante um zoneamento econômico-ambiental nos moldes propostos pelo legislador paraense, com regras mais claras sobre os limites definidos das zonas de amortecimento e corredores ecológicos no entorno de terras indígenas e unidades de conservação, e regras para o estabelecimento e exploração de propriedades rurais na vizinhança. Destaca-se, também, a experiência do estado de São Paulo em relação ao zoneamento sucroalcooleiro.

Conquanto o território brasileiro esteja dividido em Estados Federados com a autonomia que lhes garante a Constituição, compete constitucionalmente à União, nos termos do artigo 21, inciso IX, “[...] elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”.

A busca por uma melhor ordenação do território brasileiro, em co- operação com Estados e Municípios vem sendo desenvolvida após a Constituição, de 1988. Mas somente em 2003, pela Lei nº 10.683, estabeleceram-se as atribuições dos Ministérios da Integração Nacional e da Defesa, propiciando que, em 2004, o Ministério da Integração Nacional apresentasse seu projeto de Política Nacional de Ordenamento Territorial (PNOT), cujas diretrizes também abrangem a proteção do ambiente e de comunidades indígenas e tradicionais. No entanto, o documento não tem passado de uma carta de intenções, pois não se tem notícias de ações que lhe deem efetividade.



O próprio Código Florestal, de 2012, traz a possibilidade de amplo zoneamento ecológico-econômico a ser realizado em cooperação pela União e pelos entes federados, conforme se depreende do art. 13, no qual o prazo de cinco anos é fixado para que possa ser providenciado pelos estados que ainda não possuem esse zoneamento.

O zoneamento ecológico-econômico é fator primordial para o crescimento planejado, não só da agricultura, carro-chefe da economia brasileira, mas de toda a economia, com “cartas na mesa”.

A situação de desordem só favorece as práticas ilegais e clandestinas, que acabam empobrecendo os próprios Estados, Municípios e principalmente a União, uma vez que o alvo preferencial dos depredadores são terras indígenas e outras áreas protegidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) contempla a possibilidade de composição de Mosaicos entre as Unidades de Conservação, sejam de máxima proteção ou de uso sustentável; contudo, não incluiu inicialmente no sistema as Terras Indígenas, lacuna suprida posteriormente pelo Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas (PNAP), o qual estabeleceu um elo entre o SNUC e o Estatuto do Índio, situação consolidada na Política Nacional de Gestão Ambiental de Terras Indígenas (PNGATI).

O reconhecimento infraconstitucional do valor ambiental das terras indígenas e das populações tradicionais, garantido pela Constituição, de 1988, possibilita a inclusão dessas áreas no sistema nacional e na composição de Mosaicos, e a inclusão dessas comunidades na gestão de áreas protegidas, constituindo-se em fator de concreção do princípio democrático e da proteção do ambiente, além de inclusão social.

[Voltar ao índice](#)

A promoção da reordenação do território pela União, Estados e Municípios, em regime de cooperação, e dentro de critérios econômico-ecológicos, e a instituição de Mosaicos de áreas protegidas, compostas por Unidades de Conservação (federais, estaduais e municipais), Terras Indígenas, terras de populações tradicionais, ladeadas por Zonas de Amortecimento e interligadas com outros Mosaicos ou áreas protegidas por Corredores Ecológicos, abre a perspectiva de melhor gestão do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, uma vez que possibilita maximizar recursos, diminuir a entropia e propiciar melhor fluxo gênico.

A compensação financeira por serviços ambientais prestados por indígenas e populações tradicionais na salvaguarda de suas terras e de outras áreas protegidas é medida de relevante valor socioambiental que pode maximizar a proteção do ambiente, reduzir gastos e promover a democracia.

REFERÊNCIAS

ACRE. **Lei nº 2.025**, de 20 de out. de 2008. Cria o Programa Estadual de Certificação de Unidades Produtivas Familiares do Estado do Acre. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cmads/seminarios-e-outros-eventos/eventos-2014/seminarios/2014-04-24%20-%20PSA/apresentacoes/marcia-stanton/view>. Acesso em: 3 jun. 2014.

ACRE. **Lei nº 2.308**, de 22 de outubro de 2010. Cria o Sistema Estadual de Incentivos a Serviços Ambientais- SISA, o Programa de Incentivos por Serviços Ambientais- ISA Carbono e demais Programas de Serviços Ambientais e Produtos Ecosistêmicos do Estado do Acre e dá outras providências. Disponível em: http://www.imc.ac.gov.br/wps/wcm/connect/cba11f804e8d3801b88cfb7a81aad2ff/Lei2308_1.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em: 3 jun. 2014.



ALTMANN, Alexandre. Pagamento por serviços ambientais. In: GOMES, Carla Amado (coord.). **Compensação ecológica, serviços ambientais e proteção da biodiversidade**. Lisboa: ICJP, 2014. p. 7-31.

AMAZONAS. **Decreto nº 26.958**, de 4 de setembro de 2007. Institui o Programa bolsa Floresta do Governo do Estado do Amazonas, na forma que especifica, e da outras providências. Disponível em: [http://www.ipaam.br/legislacao/ESTADUAL/dec.est%20n%C2%BA%2026.958%20de%2004.09.07%20\(%20institui%20o%20programa%20bolsa%20floresta\).doc](http://www.ipaam.br/legislacao/ESTADUAL/dec.est%20n%C2%BA%2026.958%20de%2004.09.07%20(%20institui%20o%20programa%20bolsa%20floresta).doc). Acesso em: 3 jun. 2014.

AMAZONAS. **Lei Complementar nº 53**, de 5 de junho de 2007. Regulamenta o Inciso V do artigo 230 e o § 1.º do artigo 231 da Constituição Estadual, institui o Sistema Estadual De Unidades De Conservação – SEUC, dispondo sobre infrações e penalidades e estabelecendo outras providências. Disponível em: <http://legislador.aleam.gov.br/LegislatorWEB/LegislatorWEB.ASP?WCI=LeiTexto&ID=201&inEspecieLei=2&nLei=53&aLei=2007&dsVerbete=>. Acesso em: 3 jun. 2014.

AMAZONAS. **Lei nº 3.135**, de 5 de junho de 2007, alterada pela Lei 3.184, de 13 de novembro de 2007. Institui a Política Estadual sobre Mudanças Climáticas, Conservação Ambiental e Desenvolvimento Sustentável do Amazonas, e estabelece outras providências. Disponível em: <http://ebookbrowse.net/lei-complementar-n-53-2007-amazonas-pdf-d114492445>. Acesso em: 3 jun. 2014.

ARAGÃO, Maria Alexandra. A natureza não tem preço..., mas devia. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de; OTERO, Paulo; PINTO, Eduardo Vera-Cruz (coord.). **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Lisboa: FDUL; Coimbra, 2012. p. 11-41, v. 4.

ARAÚJO, Marcos Antônio Reis. Unidades de conservação: a importância e história no mundo. In: NEXUCS (org.). **Unidades de conservação no Brasil: o caminho da gestão para resultados**. São Carlos: RIMA, 2012. p. 25-50.

Voltar ao índice

BATALLA, Guillermo Bonfil. **México profundo**. Una civilización negada. Edición original de la Secretaria de Educación Pública/Centro de Investigaciones y Estudios Superiores em Antropología Social – CIESAS. México: Grijalbo, 1990.

BELTRÃO, Antonio F. G. Unidades de uso sustentável e de proteção integral: diferenças, semelhanças e adequação na escolha. In: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo (coord.). **Tutela Jurídica das Áreas Protegidas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1-12.

BRASIL. **Decreto nº 4.340**, de 22 de agosto de 2002. Regulamenta artigos da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza- SNUC, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4340.htm. Acesso em: 18 nov. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 4.519**, de 13 de dezembro de 2002. Dispõe sobre o serviço voluntário em unidades de conservação federais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4519.htm. Acesso em: 3 de jun. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 5.758**, de 13 de abril de 2006. Institui o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas- PNAP, seus princípios, diretrizes, objetivos e estratégias, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5758.htm. Acesso em: 21 mar. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 7.747**, de 05 de junho de 2012. Institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7747.htm. Acesso em: 18 nov. 2013.

BRASIL. Fundação Nacional do Índio. **Portaria nº 1.682**, de 8 de dezembro de 2011. Diário Oficial da União de 13 de dezembro de 2011.



Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/core/consulta.action>. Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 5.197**, de 3 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5197.htm. Acesso em: 3 jun. 2014.

BRASIL. **Lei nº 5.371**, de 5 de dezembro de 1967. Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5371.htm. Acesso em: 3 jun. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.629**, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm. Acesso em: 16 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.985**, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm. Acesso em: 18 nov. 2013.

BRASIL. **Lei nº 10.683**, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.683.htm. Acesso em: 16 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.651**, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001;

Voltar ao índice

e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/12651.htm. Acesso em: 25 maio 2014.

BRASIL. Ministério da Integração Nacional. **Política Nacional de Ordenamento Territorial**. Disponível em: http://www.mi.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=3fc31d16-e5f7-46fb-b8cc-0fb2ae176171&groupId=24915. Acesso em: 17 mar. 2014

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Resolução 378/CONAMA**. Define os empreendimentos potencialmente causadores de impacto ambiental nacional ou regional para fins do disposto no inciso III, § 1º, art. 19 da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res06/res37806.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.388. Rel. Minº Carlos Ayres Brito. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 212, p. 49-371, abr./jun. 2010.

DIEGUES, Antonio Carlos. **O mito moderno da natureza intocada**. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 2001.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL – ISA. **MPF quer que plano de manejo de floresta ajude a evitar malária entre os Zo'é**. Disponível em: <http://site-antigo.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2394>. Acesso em: 3 jun. 2014.

MATTOS NETO, Antonio José de. **Estado de direito agroambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Resoluções. **Resolução 61/295**. Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas. Disponível em: <http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r61sp.htm>. Acesso em: 1 mar. 2014.



ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Resolução 66/288**. O futuro que queremos. Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288. Acesso em: 1 mar. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB**. Disponível em: http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/cdb_ptbr.pdf. Acesso em: 1 mar. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Conferência das Partes-COP7. Disponível em: www.cbd.int/decisions/?m=cop-07. Acesso em: 3 jun. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Conferência das Partes-COP8. Disponível em: <http://www.cbd.int/kb/Results?FreeText=COP8>. Acesso em: 3 jun. 2014.

PARÁ. **Lei nº 5.887**, de 09 de maio de 1995. Dispõe sobre a Política Estadual do Meio Ambiente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.ideflor.pa.gov.br/file/LEI%20N%205.887,%20de%2009%20de%20Maio%20de%201995.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2014.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade. São Paulo: Fundação Petrópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Souza; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni (Ed.). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**. Quito: Fundación Rosa de Luxemburgo, 2012. p. 11-48.

SÃO PAULO. Secretaria do Meio Ambiente. **Zoneamento agroambiental para o setor sucroalcooleiro**. Disponível em: <http://www.ambiente.sp.gov.br/cpla/zoneamento/zoneamento-ecologico-economico/>. Acesso em: 16 mar. 2014.

Voltar ao índice

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SOARES, Guido Fernando da Silva. **Direito internacional do meio ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

VERÍSSIMO, Adalberto; ROLLA, Alícia; RIBEIRO, Maria Beatriz; VEDOVETO, Mariana. Áreas protegidas na Amazônia Legal. In: VERÍSSIMO, Adalberto (org.). Áreas protegidas na Amazônia Brasileira: avanços e desafios. Belém: Imazon; São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011. p. 16-42.

VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson. Proteção ambiental das reservas indígenas. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, a 2, n. 4, p. 3.369-3444 e nº 5, p. 4.561-4.632. 3.370-4.632, 2013. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_04_03369_03444.pdf. Acesso em: 3 jun. 2014.

VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson. Repercussões ambientais do indigenato. **Revista CEDOUA**, Coimbra, ano 16, n. 31, p. 67-87, jan./jun. 2013.

VIO, Antonia Pereira de Avila. Zona de Amortecimento e Corredores Ecológicos. In: BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). **Direito ambiental das áreas protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 348-360.



JUSTIÇA AMBIENTAL: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA OBRA VIDAS SECAS

ENVIRONMENTAL JUSTICE: A PERSPECTIVE FROM THE BOOK ‘VIDAS SECAS’

ÂNGELA ISSA HAONAT

Resumo

A Justiça Ambiental é uma questão que merece mais visibilidade em nossos estudos e práticas. Esta pesquisa é um diálogo baseado no esclarecimento de quatro temas relevantes, quais sejam: a dificuldade de conceituar a justiça ambiental e sua adequação à realidade brasileira; o mapa da desigualdade ambiental e de saúde no Brasil, particularmente no Estado do Tocantins, com contribuição dos estudos da Fiocruz; a interface entre literatura e Direito Ambiental, com foco em alguns aspectos do livro “Vidas Secas” de Graciliano Ramos e Justiça Ambiental; e, por último, de modo a proporcionar uma conclusão temporária, a proposta de caminhar em direção a um Estado de Direito Ambiental e refletir sobre a competência para julgar os conflitos decorrentes da injustiça ambiental.

Palavras-chave: Justiça Ambiental; conflitos; Vidas Secas.

[Voltar ao índice](#)

Abstract

Environmental Justice is a matter that deserves more visibility in our studies and practices. This research is a dialogue based on the clarification of four relevant topics, namely: the difficulty of conceptualizing environmental justice and its adequacy to the Brazilian reality; the map of the environmental and health inequality in Brazil, particularly in the State of Tocantins, with contribution of the Fiocruz studies; the interface between literature and Environmental Law, focusing on some aspects of the book “Vidas Secas” by Graciliano Ramos and Environmental Justice; and, lastly, so as to provide a temporary conclusion, the proposal of walking towards an Environmental Rule of Law and reflecting on the competence to judge the conflicts arising from environmental injustice.

Keywords: *Environmental Justice. Conflicts. Vidas Secas.*

INTRODUÇÃO

A Justiça Ambiental é um tema que merece maior visibilidade em nossos estudos e práticas. A presente pesquisa é uma interlocução a partir do esclarecimento de quatro tópicos relevantes, quais sejam: a dificuldade de conceituar justiça ambiental e sua adequação à realidade brasileira; o Mapa da desigualdade ambiental e da saúde no Brasil, em especial no Estado do Tocantins, a partir da contribuição dos estudos da Fiocruz; a interface entre literatura e Direito Ambiental, focalizando alguns aspectos da obra de Graciliano Ramos, “Vidas Secas”, e a Justiça Ambiental; e, por fim, à guisa de uma conclusão provisória, a proposta de caminhar para um Estado de Direito Ambiental e refletir acerca da competência para julgar os conflitos decorrentes da injustiça ambiental.



1 JUSTIÇA AMBIENTAL

Falar em Justiça Ambiental no Brasil pressupõe ressignificar o termo como inicialmente concebido nos Estados Unidos, ainda em 1970. Enquanto lá a questão se fechava em torno do que se reconheceu inicialmente como “racismo ambiental”, aqui o problema da Justiça Ambiental já nasceu de uma distribuição desigual do ônus ambiental e tem seus efeitos difusos.

Como leciona Acselrad e Mello¹

O movimento de Justiça Ambiental constituiu-nos EUA nos anos de 1980, a partir de uma articulação criativa entre lutas de caráter social, territorial, ambiental e de direitos civis. Já a partir do final dos anos 1960, haviam sido redefinidos em termos “ambientais” os embates contra as condições inadequadas de saneamento, de contaminação química de locais de moradia e trabalho e de disposição indevida de lixo tóxico e perigoso. Fora então acionada a noção de “equidade geográfica”.

Pode-se dizer que os problemas da injustiça ambiental no Brasil, além desses inicialmente reconhecidos nos Estados Unidos, acrescem-se aqueles que têm origem nos acidentes ambientais naturais e de causa antropogênica, gerados, nesta última hipótese, tanto pelo empreendedor que descumpra os limites das licenças ambientais já concedidas, quanto pelo Estado que se omite na fiscalização. Acrescentam-se a esta

¹ ACSELRAD, Henry; MELLO, Cecília Campello do Amaral. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 17.

lista os casos em que o Estado é o responsável direto pela omissão em estabelecer e implantar políticas públicas adequadas, em relação à moradia, fixação e valorização do homem no campo.

Definir justiça ambiental não é tarefa fácil. De outro modo, a Rede Brasileira de Justiça Ambiental define o que é injustiça Ambiental, que pode ser compreendida como o mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos raciais discriminados, aos grupos étnicos tradicionais, às populações marginalizadas e vulneráveis.

É importante perceber que do conceito de injustiça ambiental extrai-se que a justiça ambiental exprime certa ressignificação do meio ambiente, de modo a ampliar igualmente a garantia de acesso à Justiça nas questões que envolvam o desenvolvimento econômico, político e social, e a dignidade da pessoa humana.

A partir da Constituição Federal, de 1988, assegurar o acesso à Justiça de forma qualificada significa também direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, assegurando-se formas alternativas de resolução de conflitos ambientais, pois as ações judiciais que envolvem esses conflitos normalmente são complexas, e os processos tendem a se arrastar por anos, para, no fim, a decisão (sentença/acórdão que põe fim ao processo) não conseguir restabelecer a paz social.

Os problemas são reiterados, a exemplo da ocupação irregular, na questão da moradia, além da falta de políticas públicas que permitam a fixação do homem no campo (política agrícola e agrária efetivas). A decisão judicial pode pôr um fim momentâneo, mas de forma quase imediata os problemas retomam o seu curso (às vezes na mesma localidade, às vezes em lugares próximos).



A Rede Brasileira de Justiça Ambiental tem por pressuposto, entre outros, que nenhum grupo social suporte parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, e acesso equitativo aos recursos naturais e às informações relevantes acerca dos riscos ambientais.

2 MAPA DAS INJUSTIÇAS AMBIENTAIS NO ESTADO DO TOCANTINS

O projeto que resultou no Mapa de Conflitos da Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil foi desenvolvido sob a responsabilidade da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ) e da Federação dos Órgãos para Assistência Social e Educacional (FASE), com apoio da Justiça Ambiental no Brasil, e as demandas e ações da Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RBJA), em 2010².

O número de conflitos ambientais sistematizados no Mapa, em estudos contínuos, era de 400 até 2012 em todo o País, embora apenas os 300 primeiros catalogados façam parte do Mapa, o que representa apenas a ponta do *iceberg*, uma vez que, dos problemas emblemáticos destacados, emergem inúmeros outros interligados³.

No estado do Tocantins, 15 conflitos ambientais são destacados no Mapa, ocorrendo estes nos Municípios de Araguaína, Araguatins, Arraias, Barra do Ouro, Campos Lindos, Filadélfia, Fortaleza do Tabocão, Gurupi, Itaguatins, Lagoa da Confusão, Palmerante, Pedro Afonso, Ponte Alta do Tocantins, Tocantínia e Tocantinópolis. No estado do Tocantins, o Mapa de Conflitos revela situações emblemáticas de transformações decorrentes de um modelo de desenvolvimento cujos empreendimentos des-

2 PORTO, Marcelo Firpo; PACHECO, Tania; LEROY, Jean-Pierre. **Injustiça ambiental e saúde no Brasil**: o mapa de conflitos. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2013.

3 PORTO, Marcelo Firpo; PACHECO, Tania; LEROY, Jean-Pierre. **Injustiça ambiental e saúde no Brasil**: o mapa de conflitos. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2013.

prezam a vida de inúmeras populações que habitam, trabalham e com frequência têm suas vidas imbricadas com os recursos e paisagens em disputa. Normalmente os empreendimentos que suscitam tais disputas são, em sua maioria, oriundos do agronegócio com o avanço da monocultura, das usinas hidrelétricas e das intermináveis disputas por terras⁴.

Traço característico dos conflitos ambientais no estado do Tocantins é a ocorrência destes, em sua maioria, no ambiente rural, e ser a população atingida marcada pelo traço da vulnerabilidade: comunidades quilombolas, povos indígenas, trabalhadores rurais sem terra, agricultores familiares, quebradeiras de coco, pescadores artesanais, entre outros. O tema central dos conflitos é sempre a disputa entre os diferentes modelos de desenvolvimento, os quais colocam de um lado os movimentos sociais organizados e de outro os empreendedores e as disputas políticas que envolvem distintos projetos e aplicações de recursos públicos em determinados territórios⁵.

Com efeito, diante da desigualdade instaurada nos conflitos ambientais que envolvem a questão espacial, o problema da injustiça ambiental deve ser repensado a partir de um novo paradigma. Se, conforme Sachs e Santarius, a justiça significa um dos grandes “objetivos e valores do Direito, pois exige a contenção do poder. Na atualidade, diante dos limites biofísicos e dos riscos ambientais, a ideia de justiça deve exigir também a contenção do uso da natureza”⁶. O que releva a importância do Mapa da

4 PORTO, Marcelo Firpo; PACHECO, Tania; LEROY, Jean-Pierre. **Injustiça ambiental e saúde no Brasil**: o mapa de conflitos. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2013.

5 PORTO, Marcelo Firpo; PACHECO, Tania; LEROY, Jean-Pierre. **Injustiça ambiental e saúde no Brasil**: o mapa de conflitos. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2013.

6 SACHS; SANTARIUS, 2007 *apud* PERALTA, Carlos E. A justiça ecológica como novo paradigma da sociedade de risco contemporânea. In: PERALTA, Carlos E.; ALVARENGA, Luciano J.; AUGUSTIN, Sérgio (org.). **Diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica**. Caxias do Sul: EducS, 2014, p. 13-29. p. 16.



Injustiça Ambiental e da Saúde no Brasil e dá visibilidade aos problemas da injustiça ambiental. Funciona como uma espécie de tribuna, de escudo, para essa população vulnerável e, às vezes, invisível, que dificilmente encontra espaço nos meios de comunicação⁷.

3 A INTERFACE ENTRE A OBRA “VIDAS SECAS” E O PROBLEMA DA (IN)JUSTIÇA AMBIENTAL NO BRASIL

A obra “Vidas Secas”, de Graciliano Ramos, escrita em 1938, mas que, ainda hoje em 2016, 78 anos depois, continua atual, retrata a natureza, de forma hostil, tanto quanto o sistema de relações estabelecidas em sociedade. E esse é o modelo que ainda prevalece nas questões que envolvem os conflitos ambientais decorrentes de disputas (pela posse/propriedade) e/ou provenientes de acidentes ambientais (naturais e/ou causados pelo homem), que forcem a retirada de populações inteiras de seu *habitat*.

Neste modelo, tanto a sociedade como a natureza se juntam para suprimir a liberdade e a dignidade humana na conquista do território – aqui designado na concepção dos povos indígenas –, para quem não o trata apenas como espaço físico (terra), mas também entendido como mata, lugar de plantar e de colher, lugar para a caça e a festa, rios para fornecer os ingredientes dos cerimoniais, árvores para reverenciar ancestrais, florestas para acolher suas vidas e divindades⁸.

7 PORTO, Marcelo Firpo; PACHECO, Tania; LEROY, Jean-Pierre. **Injustiça ambiental e saúde no Brasil**: o mapa de conflitos. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2013.

8 PORTO, Marcelo Firpo; PACHECO, Tania; LEROY, Jean-Pierre. **Injustiça ambiental e saúde no Brasil**: o mapa de conflitos. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2013.

Yi-Fu Tuan⁹, geógrafo sino-americano, nascido em 1930, na China, precursor da geografia humanista, ensina-nos que a palavra topofilia associa sentimento com lugar, e como o meio ambiente pode oferecer o estímulo sensorial que, ao agir como imagem percebida, dá formas às nossas alegrias e ideais. E, segundo ele, “as pessoas sonham com lugares ideais”.

O personagem Fabiano, da obra *Vidas Secas*, ao aproximar-se da Fazenda e perceber que ia chover – por um momento deixou de ser coisa para tornar-se humano. No seu sentir¹⁰

A caatinga ressuscitaria, a semente do gado voltaria ao curral, ele, Fabiano, seria o vaqueiro daquela fazenda morta. Chocalhos de badalos de ossos animariam a solidão. Os meninos, gordos, vermelhos, brincariam no chiqueiro das cabras, sinhá Vitória vestiria saias de ramagens vistosas. As vacas povoariam o curral. E a caatinga ficaria toda verde”. [...] A fazenda renasceria – e ele, Fabiano, seria o vaqueiro, para bem dizer seria o dono daquele mundo. [...] ninguém o tiraria dali. Aparecera como bicho, entocara-se como um bicho, mas criara raízes, estava plantado. Ao menos até que a seca chegasse novamente e ele fosse forçado a seguir seu rumo como “um vagabundo empurrado pela seca”.

E a seca chegou novamente empurrando Fabiano e sua família, já sem a cadela baleia, que, enquanto vida teve, humanizou a pobre família,

9 TUAN, YI-FU. **Espaço e lugar**: a perspectiva da experiência. Tradução: Livia de Oliveira. Londrina/PR: Eduel, 2013. p. 161-162.

10 RAMOS, Graciliano. **Vidas Secas**. 126. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 15-16; 19.



embora no fim da vida tenha sido sacrificada por Fabiano. E sem o papagaio que, para a pragmática sinhá Vitória, já não servia mais para nada e, por isso, foi transformado em alimento para saciar a fome da família.

Os personagens, assim como a realidade dos deslocados ambientais, vagavam para o sul, metidos em um sonho de uma “cidade grande, cheia de pessoas fortes. Os meninos em escolas, aprendendo coisas difíceis e necessárias”¹¹. E eles, “o que iriam fazer? Retardaram-se temerosos. Chegariam a uma terra desconhecida e civilizada, ficariam presos nela” [...] acabariam como Baleia¹².

A história de Fabiano confunde-se com a de milhares de pessoas que são obrigadas a deixar para trás a essência de suas vidas. Os deslocados ambientais são forçados a recomeçar em condições extremas. O que está em jogo mais que a questão material é a perda da identidade cultural.

4 ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL E JUSTIÇA AMBIENTAL: COMO EQUACIONAR

O tema da Justiça Ambiental é indissociável da discussão acerca do Estado de Direito Ambiental, aqui entendido, de acordo com Leite *et al*¹³, como “um conceito composto por pressupostos de ordem política, social e jurídica”. Ou seja, o Estado de Direito Ambiental

11 RAMOS, Graciliano. **Vidas Secas**. 126. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 128.

12 RAMOS, Graciliano. **Vidas Secas**. 126. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 128.

13 LEITE, José Rubens Morato; PILATI, Luciana; JAMUNDÁ, Woldemar. Estado de Direito Ambiental no Brasil. In: KISHI, Sadra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles; SOARES, Indes Virginia Prado (org.). **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI**: Estudos em Homagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 611-634. p. 632.

Constitui-se em parâmetro de Estado que visa a atentar para a crise ecológica existente, apontando mecanismos para um controle ambiental favorável à garantia da dignidade da pessoa humana e equilíbrio dos ecossistemas bem como a gestão de riscos.

O Estado de Direito Ambiental deve estabelecer, assim, uma relação de fraternidade, solidariedade e precaução do homem para com a natureza, contemplando o desenvolvimento humano, político, econômico e social de forma equitativa, sem permitir que a ordem econômica sobreponha-se à dignidade da pessoa humana.

Para conciliar os preceitos do Estado de Direito Ambiental com a realidade, é necessário avançar no tratamento dispensado ao meio ambiente – considerado como uno e indivisível nos seus aspectos: natural, artificial, cultural, e do trabalho –, considerando-se os três âmbitos da justiça ambiental, de acordo com Sachs e Santarius *apud* Peralta¹⁴, “(i) a justiça intrageracional – entre a mesma geração de seres humanos; (ii) a justiça intergeracional – entre a geração humana atual e a futura; e (iii) a justiça interespecies – entre os seres humanos e outros seres vivos”.

O caminho para o Estado Democrático de Direito perpassa ainda pelo reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio, como um direito humano fundamental, além do que a ofensa a esse direito observa os limites e proporções estabelecidos no art. 170, VI, da Constituição da República.

Muitos acidentes ambientais considerados grandes tragédias podem ser lembrados por suas consequências, como as de Minamata (Japão, 1956),

14 PERALTA, Carlos E. A justiça ecológica como novo paradigma da sociedade de risco contemporânea. In: PERALTA, Carlos E.; ALVARENGA, Luciano J.; AUGUSTIN, Sérgio (org.). **Diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica**. Caxias do Sul: Educs, 2014, p. 13-29. p. 19.



Seveso (Itália, 1976), Three Mile Island (EUA, 1979), Chernobil (Ucrânia, 1986), Césio 137, (Goiânia, Brasil, 1987), Deep Horizon (Golfo do México, 2010) e, por fim, Mariana (Brasil, 2015). A menção dessas tragédias demonstra que, a despeito do que se avançou e dos retrocessos legislativos (Código Florestal, legislação flexibilizada para efeitos do licenciamento ambiental), não estamos preparados para mensurar os danos ambientais.

Poucos são os profissionais aptos a apresentar parâmetros reais de avaliação de danos ambientais (em especial aqueles que se prolongam no tempo e seus efeitos secundários), e de seu custo de recuperação ou compensação. Assim, num primeiro momento, são apresentados dados em valores estratosféricos que representariam muitas vezes a quebra da empresa e, depois de muita exposição midiática, após a questão cair no esquecimento, são celebrados acordos que não atendem à necessidade dos lesados e muito menos da recuperação do meio ambiente.

A real valoração dos danos ambientais, considerados todos os seus aspectos – difusos, coletivos e individuais homogêneos, materiais e morais –, é o ponto de partida para uma decisão (judicial/extrajudicial – mediação –, como a experiência de alguns Estados tem mostrado), a fim de se avançar em busca da justiça ambiental. Como lecionam Picolotti *et al*¹⁵.

a visão dos direitos humanos ligada intimamente com o meio implica, [...] assumir uma

15 PICOLOTTI, Fernanda Romina; BORDENAVE, Sofia; TAILLANT, Jorge Daniel. Vinculando direitos humanos e o ambiente. In: Associação Interamericana para a defesa do meio ambiente: AIDA (org.). **Guia de defesa ambiental**: Construindo a estratégia para o litígio de casos diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Bogotá: Editorial Gente Nueva, 2010, p. 1-11. p. 4.

nova perspectiva sobre os conflitos sociais [...]. Uma perspectiva unificadora que abarque dimensões nutridas por esses dois âmbitos do direito e da realidade, com vistas a proporcionar soluções mais completas.

Em se tratando de justiça ambiental, torna-se indissociável o liame entre os conflitos ambientais e sociais. Ainda que muito se tenha avançado não se pode negar que diante de catástrofes ambientais os mais atingidos estão sempre entre a população mais vulnerável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, devem-se buscar alternativas que superem as deficiências e entraves atuais, e tornar efetivo o reconhecimento do meio ambiente sadio e equilibrado como direito humano. A proteção ambiental sempre enfrenta o binômio desenvolvimento sustentável e proteção do meio ambiente como coisas antagônicas e a princípio inconciliáveis. Contudo, a interpretação do que significa desenvolvimento sustentável passa pela inarredável tarefa de compreender que a ordem econômica não se sobrepõe à dignidade da pessoa humana. A obra *Vidas Secas*, nesse sentido, demonstra a distância, o *gap*, existente entre a realidade e o implemento da legislação ambiental.

O desenvolvimento sustentável só será possível de ser realizado quando se atribuir o mesmo peso às dimensões do desenvolvimento humano, político, social e econômico.



REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henry; MELLO, Cecília Campello do Amaral. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2016.

LEITE, José Rubens Morato; PILATI, Luciana; JAMUNDÁ, Woldemar. **Estado de Direito Ambiental no Brasil**. In: KISHI, Sadra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles; SOARES, Indes Virginia Prado (org.). **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: Estudos em Homenagem a Paulo Affonso Leme Machado**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 611-634.

PERALTA, Carlos E. A justiça ecológica como novo paradigma da sociedade de risco contemporânea. In: PERALTA, Carlos E.; ALVARENGA, Luciano J.; AUGUSTIN, Sérgio (org.). **Diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica**. Caxias do Sul: Educs, 2014, p. 13-29.

PICOLOTTI, Fernanda Romina; BORDENAVE, Sofía; TAILLANT, Jorge Daniel. Vinculando direitos humanos e o ambiente. In: Associação Interamericana para a defesa do meio ambiente: AIDA (org.). **Guia de defesa ambiental: Construindo a estratégia para o litígio de casos diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Bogotá: Editorial Gente Nueva, 2010, p. 1-11.

PORTO, Marcelo Firpo; PACHECO, Tania; LEROY, Jean-Pierre. **Injustiça ambiental e saúde no Brasil: o mapa de conflitos**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2013.

RAMOS, Graciliano. **Vidas Secas**. 126. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

TUAN, YI-FU. **Espaço e lugar: a perspectiva da experiência**. Tradução: Lívia de Oliveira. Londrina/PR: Eduel, 2013

A ÁGUA COMO DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO

WATER AS AN AUTONOMOUS FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT

FELIPE DA SILVA DIAS

FREDERICO ANTONIO LIMA DE OLIVEIRA

Resumo

A presente pesquisa foi desenvolvida no intuito de demonstrar a relevância do advento da água ao patamar de um direito humano fundamental autônomo. A metodologia utilizada perfaz uma construção no âmbito jurídico-doutrinário nacional e internacional do contexto histórico em que a atual crise ambiental se desenvolveu, sugerindo a utilização do direito como instrumento resolutivo. Por meio da eleição de alguns dos relevantes marcos históricos e jurídicos, demonstrou-se o aparecimento do meio ambiente e da água como um direito humano fundamental. A partir do referencial teórico escolhido, demonstra-se a possibilidade da concretização da água como um direito fundamental autônomo, através da abertura constitucional instituída na Constituição Federal brasileira. Por fim, apresenta-se a multiplicidade de usos albergados pela água, o que corrobora para sua ascensão como um direito humano fundamental autônomo e os fundamentos de sua essencialidade.

[Voltar ao índice](#)



Palavras-chave: Água. Direitos Fundamentais. Meio Ambiente.

Abstract

The present research was developed with the aim to defend the importance to recognize the water as an autonomous fundamental human right. The methodology applied contextualizes historically from the international to the national perspective where the environmental crises has developed, suggesting the law as a resolute mechanism. Through the international landmarks, it was demonstrated the emerging of environment and water as a fundamental human right. From the chosen doctrine, it was developed the path within the constitutional prevision of such possibility. Finally, it was presented the multiple uses for water resources, which corroborates with the thesis that water is an autonomous fundamental human right.

Keywords: Water. Fundamental Human Rights. Environment.

INTRODUÇÃO

Água representa um dos bens mais preciosos à vida dos seres humanos, sem o qual não existiria vida no Planeta Terra.

Na direção de sua essencialidade, a água tem adquirido com o passar dos anos os mais variados usos e aplicações, de modo a se tornar cada dia mais indispensável, tanto para as tarefas mais corriqueiras do dia a dia do ser humano, como para o desenvolvimento econômico, político e social das nações.

[Voltar ao índice](#)

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde, o direito à propriedade, o direito à vida, o direito ao desenvolvimento etc. são pacificamente considerados como direitos fundamentais do homem e garantidos, até mesmo, pela Constituição Federal Brasileira, ainda que se defenda estarem situados na categoria de norma programática. No entanto, como será devidamente demonstrado no decorrer do presente artigo, não é possível garantir o desenvolvimento ou quaisquer desses direitos fundamentais sem que se verifique sua vinculação, por mais indireta que seja, com o direito fundamental à água.

Noutro ponto, mesmo que ainda seja uma afirmação controversa, é de clareza meridiana que o Planeta encontra-se imerso numa crise do ponto de vista ambiental, e os sinais concretos da instalação dessa crise são inegáveis, como será devidamente demonstrado no decorrer desta análise.

Os desastres naturais se intensificam a cada ano, a temperatura nos hemisférios tem se tornado extrema, os ciclos naturais dos rios, mares e oceanos tem se alterado, entre muitos outros fatores que a ciência bem pode comprovar. Então, é razoável sustentar que são cada vez mais escassos os argumentos para refutar a existência do que se denomina de crise ambiental.

Atualmente as doutrinas jurídico-econômicas e geopolíticas têm integrado com usual frequência e vêm desenvolvendo conceitos e princípios que acabam por nortear os rumos jurídicos, econômicos, políticos e sociais das mais diversas nações, principalmente em matéria ambiental *lato sensu*. Para exemplificar, cita-se o princípio do desenvolvimento sustentável, construção do pensamento da comunidade de nações, o qual foi eleito como uma meta desafiadora a ser atingida em caráter internacional, tendo em vista a crise ambiental que assola o planeta. Este objetivo se mostra inalcançável sem a garantia e o reconhecimento da água como direito fundamental do homem.



Nesse norte, acrescentam-se alguns dados da realidade nacional e local da Amazônia, com o fim de demonstrar a relevância jurídica, econômica e social do direito fundamental à água, tanto no cenário internacional, como na seara local, ao evidenciar que o estado do Pará compreende, em seu território juntamente com outros estados federados, a maior bacia hidrográfica do mundo (Bacia Hidrográfica Amazônica, com total de 7.000.000km², e no Brasil se estende por 3.870.000km²)¹, fato que comprova a relevância da água para o desenvolvimento regional e nacional, o que enseja a necessária regulamentação e proteção para o uso e consumo sadio deste recurso natural indispensável ao ser humano.

No que tange à regulamentação jurídica da água no âmbito do estado do Pará, cumpre ressaltar que, no ano de 2001, em atendimento aos ditames da Constituição Federal em conjunto com a redação do artigo 245² da Constituição Estadual e da Política Estadual do Meio Ambiente (PEMA), Lei nº 5.887, de 1995, objetivando concretizar tais diretrizes jurídica e legalmente estabelecidas, foi instituída a Política Estadual dos Recursos Hídricos (PERH), Lei nº 6.381, de 2001, cujo cerne se refere à instituição de medidas protetivas por meio do melhor gerenciamento e difusão da legislação.

Ainda nessa direção, com o auxílio da tabela abaixo, é possível depreender a importância agregada à água e seus múltiplos usos, donde se infere, quanto à proporcionalidade distributiva deste recurso natural entre as regiões brasileiras, que a região Norte do País integra em seu território

1 Disponível em: <http://www.brasilecola.com/brasil/principais-bacias-hidrograficas-brasil.htm>. Acesso em: 05 set. 2013.

2 Art. 245. **O Estado definirá, através de lei, a política mineral e hídrica**, defendendo seus interesses, até mesmo interrompendo atividades predatórias, resguardando a soberania nacional sobre a pesquisa, exploração, lavra e uso dos recursos naturais renováveis e não renováveis, **disciplinando a conservação e o aproveitamento racional dos bens minerais e das águas** observando os seguintes princípios [...]. (grifo nosso).

a maior concentração de água comparativamente às demais regiões, o que implica não apenas benefícios, ocasionando, conseqüentemente, uma necessária regulamentação e proteção jurídico-normativa. E nessa linha é que o reconhecimento do direito fundamental à água se mostra ainda mais necessário e pertinente.

Assim, mesmo com a imensa reserva de água doce em território nacional, o contraste distributivo tanto na sua característica natural, como, principalmente, pela característica social, fica explícito ao se considerar que a região Norte conta com 6,98% da população nacional e possui 68,50% da água doce do País, enquanto a região Nordeste conta com 28,91% da população e possui 3,30% da água doce, e na região Sudeste é que essa disparidade se evidencia, pois, com 42,65% da população, conta apenas com 6% de toda a água doce disponível no País.

TABELA 1: DISTRIBUIÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS, DA SUPERFÍCIE E DA POPULAÇÃO (% DO TOTAL DO PAÍS)

REGIÃO	ÁGUA	SUPERFÍCIE	POPULAÇÃO
NORTE	68,50	45,30	6,98
CENTRO-OESTE	15,70	18,80	6,41
SUL	6,50	6,80	15,05
SUDESTE	6,00	10,80	42,65
NORDESTE	3,30	18,30	28,91
TOTAL	100,00	100,00	100,00

Fonte: IBGE – Atlas do Saneamento (2011)³.

3 Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/default_zip.shtm. Acesso em: 15 fev. 2015.



Desse modo, é tarefa difícil negar a *fundamentalidade* da água como direito humano primordial, partindo-se da premissa de sua *essencialidade* à existência da vida humana, afirmativa esta a ser desenvolvida e defendida no decorrer do presente artigo, sob os pontos de vista histórico, jurídico e socioeconômico.

Em seguida, inicia-se a demonstração da instalação do que se denominou de crise ambiental, bem como se sugere o direito como um dos principais mecanismos de resolução de conflitos e controle dos fatores ambientais envolvidos.

1 A CRISE AMBIENTAL E O DIREITO COMO FERRAMENTA DE CONTROLE

A disciplina do direito ambiental ganhou espaço e autonomia após o final da Segunda Guerra Mundial, momento em que a comunidade internacional instituiu como meta a concretização e proteção do meio ambiente sadio como um direito humano fundamental, introduzindo os ideários de justiça ambiental e cooperação intergeracional, já que o meio ambiente assumiu o caráter de bem indivisível e transindividual.

Partindo-se das características geopolíticas que colocam o Brasil no topo da discussão da importância preservacionista ambiental, momento em que, historicamente, tem-se cogitado até mesmo na internacionalização da Amazônia, não é desnecessário alçar o País também ao patamar de poluidor e, proporcionalmente, importante sujeito em degradação ambiental, a desafiar o direito internacional no conceito e no princípio da soberania, ensejando o debate entre as correntes doutrinárias *res nullis* e *res communis*, e estampando a denominada crise ambiental por que passa a comunidade internacional, cuja maior expressão normativa é a regulamentação e exigibilidade das metas estabelecidas no Protocolo de Kyoto.

[Voltar ao índice](#)

Doutrinadores e cientistas ainda divergem acerca da existência, ou não, de uma crise ambiental. Há quem afirme que o aquecimento global, aumento do buraco na camada de ozônio, a frequência em que têm acontecido desastres naturais, entre outros fenômenos, não passam de acontecimentos naturais que sempre aconteceram, e o homem não possui nenhuma interferência nestes.

No entanto, para os fins colimados no presente artigo, adota-se a visão de que a crise ambiental não apenas existe, como já está consolidada há muitos anos, sendo fruto do modelo de desenvolvimento adotado por grande parte da comunidade internacional, seja por nações desenvolvidas, em desenvolvimento, ou mesmo pelas subdesenvolvidas.

O modelo de desenvolvimento insustentável que resultou na crise ambiental referida teve início ainda na Revolução Industrial ocorrida no continente europeu no século XVIII. Desde então, as severas consequências ambientais e sociais têm se agravado hodiernamente.

Nesse sentido, são muitos os fatores que colaboram para que esse quadro de insustentabilidade humano-ambiental se perfaça, tais como o aumento exponencial no consumo dos bens naturais, o desenfreado crescimento populacional e, conseqüentemente, o aumento na demanda por bens e serviços provenientes da matéria prima natural, desmatamento das florestas, a poluição do ar e da água, além das emissões de gases causadores do efeito estufa.

Juarez Freitas⁴ é categórico ao ressaltar a ineficiência e fragilidade do modelo de consumo e desenvolvimento empregado na atualidade e, por isso, afirma que

4 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao Futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 44-45.



O papel eticamente esperado, nesse contexto, é o de *salvas a humanidade dela mesma, enquanto é tempo*. O que inclui tomar as necessárias medidas adaptativas. Malthus, a propósito, errou na extrapolação alimentar, todavia não pode ser considerado falho naquilo que enxergou como dificuldade na expansão populacional desenfreada. Em menos de 50 anos, no século XX, o mundo multiplicou por três a sua população. O consumo de energia aumentou varias vezes mais. Naturalmente isso não acontece sem enorme impacto negativo. Negligenciar tal fenômeno pode ser fatal.

Edson Carvalho, adepto da teoria de Gaia, a qual considera o Planeta Terra como um organismo vivo indivisível, reforça tal realidade ao afirmar que

A soma sinérgica do aumento da população e do consumo individual aumenta a demanda, que, por sua vez, intensifica a exploração de recursos naturais. As modificações têm sido exponencialmente mais rápidas, não permitindo, em muitos casos, que haja tempo para recomposição dos sistemas naturais afetados. Essa tendência tem levado alguns cientistas a fazer previsões catastróficas a respeito da mudança do clima e redução da camada de ozônio de Gaia. Se os problemas ambientais não forem administrados com prudência e o pior cenário se concretizar, poderá haver extinção massiva de espécies⁵.

5 CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio Ambiente e Direitos Humanos**. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2011, p. 501-502.

Ainda sobre a perspectiva da crise ambiental, Edmilson Rodrigues, a partir de uma análise focada especificamente na questão da água, defende que

[...] Tornou-se lugar comum a afirmação de que a água sempre foi considerada um recurso natural renovável, farto e abundante; que sua carência só era considerada nas regiões semiáridas e que hoje, 'infelizmente', passou-se a considerá-la um recurso finito e vulnerável, cujo uso e acesso devem levar em conta seu significado político, social, técnico e principalmente o econômico [...]⁶.

Conjuntamente, tais elementos formam uma equação que indubitavelmente resulta na degradação ambiental, ensejando o esgotamento dos recursos naturais não renováveis e o aumento no distanciamento socioeconômico entre classes e nações.

Desse modo, a patente imersão do Planeta na crise ambiental impõe à comunidade internacional a necessidade de eleger metas e meios para que os países, em comum acordo, implementem as medidas necessárias para controlar a crise que tem no meio ambiente apenas seu início, mas reflete diretamente na economia global, no agravamento dos problemas sociais e para o desvirtuamento ético humano.

Assim, para que seja possível compreender a relevância e urgência na elevação da água como direito fundamental autônomo, antes se faz, imprescindível, partir-se da premissa de que o mundo esteja passando pela maior crise ambiental com consequências e reflexos econômicos, políticos e principalmente sociais, os quais devem ser prioritariamente

6 RODRIGUES, Edmilson Brito. **Território e Soberania na Globalização**. Amazônia, Jardim de Águas Sedento. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 135.



solucionados (erradicação da pobreza, acesso à água potável, acesso ao saneamento básico etc.).

Desta feita, tendo em vista os conflitos socioambientais, econômicos e políticos gerados, entre outros fatores, pela crise ambiental, a partir do panorama estabelecido na comunidade nacional e internacional, entende-se não haver dúvidas de que o direito compõe-se de relevante ferramenta para garantir o justo desenvolvimento econômico, social, ambientalmente sustentável e ético, função precípua do Estado moderno.

Sobre esse prisma, Helen Greatrex corrobora ao afirmar que

The changing and emerging factors have turned water into a key issue of concern for the international community. The mismanagement of this resource has the ability to affect poverty and health levels, the environment and cause international conflicts [...]⁷.

Nesse sentido, a resposta para o questionamento do direito como um meio de solução das questões mais relevantes da atualidade pode ser compreendida pela própria prevalência dos direitos fundamentais em detrimento de interesses que os confrontem, pois, uma vez estabelecidos como fundamentais, o Estado passa a ter o compromisso com a garantia e manutenção destes direitos como meta, obrigação para com seus indivíduos e mesmo justificativa de sua própria existência.

7 GREATREX, Helen. **The Human Right to water**, p. 12. Disponível em <http://www.victoria.ac.nz/law/centres/nzcpl/publications/human-rights-research-journal/publications/vol-2/Greatrex.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2013.

Daniel Sarmento é preciso em afirmar que os direitos fundamentais ultrapassam o caráter afirmativo e mandamental da norma e atingem um patamar de alicerce para atuação e existência do Estado, quando sustenta que

Com efeito, na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte de sua atuação [...] ⁸.

Nessa esteira, Paulo Cunha comenta apropriadamente sobre a utilidade e relevância do direito como ferramenta resolutiva dos diversos conflitos supramencionados, ao afirmar que

[...] O direito, como principal instrumento, funcionalmente, vocacionado para a organização da vida em sociedade e para a tutela das condições fundamentais do seu livre desenvolvimento, não poderia manter um atitude de indiferença perante os problemas do ambiente e de sua proteção efetiva, e é no domínio dos mecanismos de cariz

⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 134.



preventivo e antecipatório que se encontram as soluções mais ajustadas à tutela dos bens ambientais [...]»⁹.

Ainda sobre esse aspecto, Edésio Fernandes transmite uma ideia multifacetária e bem mais abrangente sobre a obrigação dos juristas e a aplicação do direito de maneira transcendental para a devida resolução dos conflitos que se apresentam quando defende que

O grande desafio da colocado aos juristas e demais cientistas sociais, bem como aos administradores públicos, urbanistas e ambientalistas, é o de problematizar o direito para colocá-lo no mundo da vida – de forma a compreender que o direito tem criado tantos conflitos quanto os que tem se proposto a resolver. Nesse contexto é imperativa a necessidade de ir além da visão instrumental e legalista tradicional, para se ver e compreender o direito também como um processo sociopolítico fundamental, isto é, como uma arena central onde os interesses distintos e conflitantes (sobretudo quanto à utilização da terra urbana e de seus recursos) podem buscar alguma forma de equilíbrio. Para tanto, é preciso demolir os velhos mitos e desmascarar ideologias inquestionadas, bem como identificar problemas

9 CUNHA, Paulo. A globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do Direito e o ambiente. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (org). **Estado de Direito Ambiental: Tendências. Aspectos Constitucionais e Diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 111.

jurídicos – para assim compreender as possibilidades de mudança que o direito propicia¹⁰.

Assim, a partir da contextualização apresentada, ficou devidamente demonstrado que a denominada crise ambiental está instalada em nível global e vem agravando-se diariamente, bem como o direito se apresenta como um dos principais instrumentos de resolução de tais conflitos e, aliado às demais ferramentas multidisciplinares, oferece capacidade de reversão do quadro posto.

Em seguida, passa-se a expor sobre a fundamentalidade do meio ambiente, com enfoque no direito humano fundamental à água, contextualizando a problemática nas esferas nacional e internacional por meio dos relevantes marcos históricos internos e externos.

2 A CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA FUNDAMENTALIDADE DO MEIO AMBIENTE E DA ÁGUA NO CENÁRIO NACIONAL E INTERNACIONAL

Os direitos humanos fundamentais não se restringem aos níveis locais, mas atingem uma preocupação de implementação em caráter internacional, haja vista que desde a Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, as nações, em sua maioria, aderiram a um acordo comum sobre o que se considerou direitos básicos e fundamentais ao homem.

Desse modo, percebe-se que a tutela dos direitos fundamentais é emanada, em sua maioria, primeiramente em nível internacional para

¹⁰ FERNANDES, Edésio. Estatuto da Cidade: promovendo o encontro das Agendas “Verde” e “Marrom”. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (org). **Estado de Direito Ambiental: Tendências. Aspectos Constitucionais e Diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 306.



que, posteriormente, seja incorporada em nível local – nacional – às legislações dos países que acordarem com tal inclusão.

Em Estocolmo, no ano 1972, grande parte da comunidade internacional concordou que o meio ambiente de fato estava em risco, e o que eram consideradas meras especulações tornaram-se um fato indiscutível, resultando na elevação do meio ambiente ecologicamente equilibrado ao patamar de princípio e direito fundamental do homem, como objetivo a ser perseguido por todos os indivíduos e nações.

Observa-se, nesse momento, uma quebra ou no mínimo uma sugerida redução da autonomia e soberania dos Estados, pois, com a ascensão da preocupação com o meio ambiente a um patamar global, os danos ambientais passaram a atingir o Planeta como um todo, tendo em vista a unicidade do meio ambiente, agora enxergado como um bem uno e indivisível.

Nessa linha é que Dimitri Dimoulis leciona que

Essa evolução contrapõe-se à validade do princípio do relacionamento binário entre o Estado e o indivíduo que governa a concepção tradicional dos direitos fundamentais. A introdução dos sujeitos do direito internacional e principalmente das organizações internacionais nessa relação torna ainda mais complexas as questões do exercício e da garantia dos direitos fundamentais, vinculando-os a uma nova discussão e negociação do princípio da soberania nacional¹¹.

11 DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 27.

Esse processo pode ser denominado de internacionalização da proteção ambiental como um direito humano fundamental, concebido na estruturação do conceito de *res communis*.

A Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, é reconhecida pela doutrina como o marco histórico da proteção ao meio ambiente e a elevação deste ao patamar dos direitos fundamentais.

Afirma-se, pois, foi a partir desta Declaração que teve início o processo da concreta internacionalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que irrompeu o paradigma antes considerado como bem divisível e individualmente considerado, para atingir o patamar de bem da humanidade e, portanto, transindividual, a ser garantido pelo reconhecimento como um direito humano fundamental, ideia transmitida pela *res communis*, dentro do qual a água está pertinentemente contida.

Nessa linha, Cançado Trindade, ainda na década de 90, foi pioneiro em relacionar o meio ambiente com os direitos humanos fundamentais, pois até então os estudos empreendidos em tais áreas aconteciam separadamente, o que, em sua opinião, era equivocado devido à nova realidade de convergência e elevação de tais direitos em níveis de fundamentalidade. Tal entendimento fica claro quando Trindade afirma que

Requerem do direito internacional público, em processo de contínua expansão, soluções aos problemas globais que apresentam, além de enriquecimento conceitual para fazer face às realidades dos novos tempos. Impõe-se seja dado em particular à questão da relação entre a proteção dos direitos humanos e a proteção ambiental um



tratamento sistematizado, dada a sua transcendental importância em nossos dias¹².

Daniel Sarmiento corrobora com tais afirmações ao dispor que,

No entanto, o advento do Estado Social, aliado à progressiva sofisticação nos estudos do Direito Constitucional na Europa, sobretudo no período de reconstrução que se seguiu ao fim da 2ª Guerra Mundial, importaram numa mudança significativa na concepção dos direitos fundamentais. Não apenas novos direitos foram positivados, ligados à garantia da igualdade material e das condições básicas de vida para a população, como também a visão referente aos antigos direitos liberais sofreu uma relevante mudança¹³.

O Brasil, nesse cenário, tem adquirido nas últimas décadas grande relevância nas pautas de discussão em que o meio ambiente esteja em debate, pois, apesar das desigualdades sociais e inefetividade de políticas públicas voltadas ao meio ambiente, o País tem um dos mais avançados e abrangentes corpos normativos que regulamentam o meio ambiente.

No entanto, impende destacar que o Brasil nesse processo histórico foi palco de algumas das mais relevantes conferências das Nações Unidas, primeiramente com a ECO-92 ou Rio-92, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, em que se discu-

12 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. Paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993, p. 23.

13 SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 133.

tiram formas de proteger os ecossistemas da terra sem obstar o desenvolvimento socioeconômico. E mais recentemente, a cidade do Rio de Janeiro novamente sediou a Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente, chamada de Rio+20, o que tem resultado e demonstrado no plano interno, crescente preocupação com a preservação do meio ambiente de acordo com os desígnios constitucionais, seja no campo normativo, seja na adoção de políticas públicas.

Terence Trennepohl atesta a importância de tais acontecimentos históricos ao elencar alguns dos resultados práticos que a citada Conferência produziu, quando afirma que,

Somente em 1992, na cidade do Rio de Janeiro, a *Earth Summit* (ECO-92 ou Rio-92), contando com a presença de 178 países e mais de 1.500 representantes de organizações não governamentais, apresentou melhor sintonia, e os interesses ambientais foram mais convergentes. O resultado do encontro gerou documentos importantes em prol de um desenvolvimento equilibrado. Como exemplo, pode-se citar a Agenda 21, a Convenção de Mudanças Climáticas, a Convenção sobre Biodiversidade Biológica e a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento¹⁴.

Com efeito, para que se possa compreender de que maneira a tutela do meio ambiente e recursos naturais, notadamente a água, atingiram o patamar de fundamentalidade verificado nos dias atuais, é necessária

14 TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Incentivos Fiscais no Direito Ambiental**. Para uma Matriz Energética Limpa e o Caso do Etanol Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Sarai-va, 2011, p. 58.



uma breve análise histórica da problemática envolvendo a fundamentação do meio ambiente e da água, para que se consiga demonstrar de maneira cronológica os mecanismos jurídicos protecionistas que colaboraram para a referida ascensão como direito fundamental.

A água sempre foi um recurso indispensável para a sobrevivência dos seres humanos; entretanto, a utilização desregrada deste bem natural tem chamado à atenção não apenas do Brasil, mas de grande parte da comunidade internacional para os incalculáveis riscos e danos provenientes da escassez de água para o homem.

Sobre esse aspecto, Erivaldo Moreira Barbosa afirma que

Hodiernamente a água é uma dimensão polarizadora de conflitos jurídicos, sociais, econômicos, ambientais, políticos e éticos. A escassez hídrica é também consequência da não adoção do modelo de gestão integrada, do crescimento exagerado das demandas, da degradação da qualidade da água e do modelo excludente de desenvolvimento econômico, além do crescimento populacional¹⁵.

Nesse contexto, é patente que, dentre os recursos naturais disponíveis ao homem, a água é sem dúvida, se não o mais importante, um dos bens ambientais de maior importância não apenas para a sobrevivência da espécie humana, como também para a manutenção da vida direta ou indireta de todos os seres vivos do Planeta, devendo-se ressaltar sua importância natural, social e política exatamente como acrescenta A. Dan Tarlock

15 BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Direito Ambiental e dos recursos naturais**: biodiversidade, petróleo e água. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 241.

Given the central importance of water for human life and social progress, the competition for water among different uses can be intense. Population is growing in many parts of the world, and this growth is occurring at the time when there is a greater resistance to the construction of new water infrastructure in both developed and developing countries. The growth is also occurring as we gain a greater appreciation of the social cost of intense water resource development on both aquatic ecosystem and on rural communities¹⁶.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, José Tundisi e Takako Tundisi na introdução de seu livro defendem a fundamentalidade do direito à água, assim como demonstram sua essencialidade, nos seguintes termos:

A água é um recurso estratégico para a humanidade, pois mantém a vida no planeta Terra, sustenta a biodiversidade e a produção de alimentos e suporta todos os ciclos naturais. A água tem, portanto, importância ecológica, econômica e social. As grandes civilizações do passado e do presente, assim como as do futuro, dependem e dependerão da água para sua sobrevivência econômica e biológica, e para o desenvolvimento econômico e cultural. Há uma cultura relacionada com a água e um ciclo hidrossocial na inter-

16 BENJAMIN, Antonio Herman (org./Ed.). **Direito, Água e Vida** - Law, Water and the Web of Life. TARLOCK, A. Dan. *The Dual Nature of Water: Commodity and Community Resource*, v. 1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003, p. 1.



-relação da população humana com as águas continentais e costeiras¹⁷.

Nesse sentido, sobre as características da fundamentalidade histórica do meio ambiente, Talden Queiroz Farias destaca que

A Organização das Nações Unidas organizou em Estocolmo, na Suécia, a 1ª Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente, aprovando ao final a Declaração Universal do Meio Ambiente que declarava que os recursos naturais, como a água, o ar, o solo, a flora e a fauna, devem ser conservados em benefício das gerações futuras, cabendo a cada país regulamentar esse princípio em sua legislação de modo que esses bens sejam devidamente tutelados¹⁸.

No âmbito nacional, observa-se a integralização desse regramento normativo internacional no art. 225¹⁹ da Constituição Federal, de 1988, consagrando as diretrizes da manifestação constitucional sobre a fundamentalidade do meio ambiente.

Todavia, a legislação nacional despertou para tutela do meio am-

17 TUNDISI, José Galizia; TUNDISI, Takako Matsumura. **A Água**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/publifolha/ult10037u351812.shtml>. Acesso em: 7 abr. 2012.

18 FARIAS, Talden Queiroz. **Propedêutica do Direito Ambiental**, p. 4. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1545. Acesso em: 7 ago. 2011.

19 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para presente e futuras gerações.

biente um pouco antes da promulgação da Constituição Federal, pela Lei nº 6.938, de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente já em obediência ao que fora determinado em Estocolmo; porém, somente em 1997, pela Lei nº 9.433, de 1997, foi instituída a Política Nacional dos Recursos Hídricos.

Tais asserções corroboram integralmente com os aspectos introdutórios estabelecidos no presente estudo, sobre a relação necessária entre a fundamentalidade do meio ambiente e da água e o processo evolutivo no âmbito interno brasileiro e na comunidade internacional.

Desta feita, demonstradas as nuances históricas sobre a origem dos direitos fundamentais, em especial a ascensão do meio ambiente e da água ao patamar de indispensabilidade ao ser humano, desenvolve-se em seguida sobre algumas das principais divergências conceituais sobre os direitos fundamentais e a influência conceitual para o reconhecimento da água como tal.

3 A AMPLITUDE CONCEITUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA INFLUÊNCIA NA CARACTERIZAÇÃO DA ÁGUA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A doutrina nacional e internacional conceitua e classifica de diversas maneiras os direitos fundamentais. No entanto, com vista a não extrapolar os limites delimitados para o presente estudo, serão considerados apenas alguns estudiosos do tema.

Dimitri Dimoulis, nesse sentido, expõe em sua obra definição interessante e pertinente com o que se constrói no presente artigo, ao definir os Direitos Fundamentais como “direitos público-subjetivos de pessoas (físi-



cas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”²⁰.

Corroborando Leonardo Duarte ao citar Jorge Miranda, dispendo

Direitos fundamentais são os ‘direitos ou as posições que jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja formal, seja na Constituição material. Na verdade, é precisamente essa a compreensão *prima facie* dos direitos fundamentais como ‘direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade’, que evidencia a sua dependência da filosofia política, social e económica, assim como das circunstâncias de cada época e lugar²¹.

Dessa maneira, a partir de tais premissas, é possível compreender que, independentemente de conceituação, os direitos fundamentais têm sua origem e essência no homem e sua constante evolução e consequente renovação de necessidades, nas quais os direitos fundamentais residem.

Essa premissa fica cristalina nas colocações de Ingo Sarlet quando dispõe que

20 DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 40.

21 DUARTE, Leonardo de Farias. **Obstáculos Econômicos à Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2011, p. 46.

[...] há como concluir, desde já, que, em se reconhecendo a existência de um sistema dos direitos fundamentais, este necessariamente será, não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e autossuficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante²².

Assim, afirma-se que, seja pela proteção formal ou da garantia material, os direitos fundamentais necessitam, para sua implementação e reconhecimento, ser albergados de alguma maneira pela Constituição, de modo que acompanhem a evolução social, econômica, política e jurídica local.

E nesse sentido é que Cançado Trindade dispõe

Em última análise, os avanços nos dois domínios de proteção vem de certo modo fortalecer a proteção do ser humano e da humanidade contra seus próprios impulsos destrutivos, manifestados na violência em suas múltiplas formas, nos arsenais de armas de destruição em massa, no alarmante crescimento da pobreza extrema em todo o mundo, nos atentados contra os direitos humanos, na degradação do meio ambiente²³.

22 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 72.

23 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. Paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993, p. 24.



Nesse sentido, Robert Alexy, em sua Teoria dos Direitos fundamentais, estabelece o conceito de *direito fundamental completo*, e é exatamente dessa maneira que se defende o enquadramento da água como um direito fundamental, tendo em vista a seguinte definição

O direito fundamental completo é algo bastante complexo, mas em hipótese alguma um objeto inescrutável. Ele é composto de elementos de estrutura bem definida – das posições individuais dos cidadãos e do Estado-, e entre essas posições há relações claramente definíveis – as relações de especificação, de meio-fim e de sopesamento. Isso não significa que não pode haver polêmica acerca daquilo que faz parte do direito fundamental completo. A polêmica acerca daquilo que faz parte do direito fundamental completo tem seu contraponto na polêmica acerca de que normas devem ser atribuídas às disposições de direitos fundamentais como normas de direitos fundamentais²⁴.

John Scanlon, Angela Cassar e Noémi Nemes alegam existir defensores de que a fundamentalidade da água assim como a do ar sejam tão explícitas para a preservação da vida humana que não ensejam necessária positividade ou mesmo reconhecimento como direito fundamental, vejamos:

It has been suggested that water like air is so fundamental to preserving a right to life that explicit recognition was unnecessary, and thus little at-

24 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. tiragem. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 253.

tencion has been given to the question of whether there is a right to water²⁵.

No entanto, sustenta-se entendimento inverso ao da afirmação acima, pois a ausência de preocupação ou mesmo desídia com água já aumentou os riscos de sua contaminação, poluição e mesmo impossibilidade de consumo cada dia em níveis mais elevados, o que torna incoerente a afirmação de que sua própria fundamentalidade já a protege.

Nesse norte, já que tantos direitos ao serem reconhecidos nacional ou internacionalmente passaram a ser respeitados, então por que não destinar o mesmo tratamento jurídico à água, já que sua essencialidade é indubitável?

Nessa esteira, os Estados Unidos, por exemplo, desde as décadas de 60 e 70, já tinham consciência de que o modelo de produção e desenvolvimento adotado pelo País era muito bem-sucedido sob o prisma econômico. Entretanto, no que concerne à ótica ambiental, o País estava se afundando num desenvolvimento insustentável. E nessa linha, Robin Craig demonstra isso ao relatar e elencar algumas das principais regulamentações normativas relacionadas ao meio ambiente e seu período de criação ao expor que

The United States protects its environment through a fairly comprehensive array of federal legislation – the National Environmental Policy Act (NEPA), the Clean Air Act (CAA), the Clean

25 SCANLON, John; CASSAR, Angela; NEMES, Noémi. Water as human right. In: BENJAMIN, Antônio Herman (org.). **Direito, Água e Vida** = Law, Water and The Web of Life. São Paulo: Imprensa oficial. v. 1. 2003, p. 136.



Water Act (WA or the Act), the Resource Conservation and Recovery Act (RCRA), which amended the Solid Waste Disposal Act, the Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (CERCLA), and many others – and through the state laws that implement, extend, and supplement those federal statutes. Congress enacted most of these statutes between the late 1960s through the mid-1970s in a flurry of enthusiasm to protect and improve the nation’s environmental quality²⁶.

Sobre essa visão, David Cassuto expõe que

Water rights are notoriously complex, highly litigious, and in constant flux. The laws and rules that have evolved around their management encompass everything from individual domestic use to massive federal reclamation projects²⁷.

Desse modo, de tudo que fora dito sobre a conceituação dos direitos fundamentais, do ponto de vista jurídico é bastante razoável defender que a água é um direito humano fundamental autônomo e a doutrina, por mais que ainda não tenha expressamente internalizado esse posicionamento, confere abertura para tal entendimento.

26 CRAIG, Robin Kundis. **The Clean Water Act and the Constitution**. Legal Structure and the Public’s Right to a Clean and Healthy Environment. 2. ed. Washington, ELI Press, 2009, p. 1.

27 CASSUTO, David N; REED, Steven Matthew. **Water Law and the Endangered Species Act**. 2010, p. 2.

Em seguida, passa-se a expor sobre as possibilidades de reconhecimento de maneira autônoma do direito humano fundamental à água pela Constituição Federal Brasileira, como segue.

4 A ALBERGA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA DO DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA

A presente seção visa demonstrar a maneira com que a Constituição Federal, de 1988, engloba e permite a construção para posterior materialização do direito fundamental à água, como veremos.

Nessa esteira, Sérgio e Sidney Guerra propõem que

Registre-se desde logo, a necessidade de proteger os direitos fundamentais posto que individualizam a pessoa em si, como projeção na própria sociedade em que vive. Tais direitos destinam-se a preservar as pessoas em suas interações no mundo social e quando expressamente consignados na Constituição, como no caso brasileiro, esses direitos realizam a missão de defesa das pessoas diante do poder do Estado²⁸.

Nesse ponto, sustentar o entendimento de que direitos fundamentais são apenas direitos em sentido formal, significaria entender o direito como uma ciência imutável e estanque, pois tal postura impediria que as evoluções humanas de caráter social, jurídico e moral consagrassem novos di-

28 GUERRA, Sérgio; GUERRA, Sidney. **Intervenção Estatal Ambiental**. Licenciamento e compensação de acordo com a Lei Complementar nº 140/2011. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15.



reitos que viessem a adquirir relevância social, jurídica, ética e econômica em dado momento e, por isso, alcançar o patamar da fundamentalidade.

Ademais, é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o art. 5º da Constituição Federal, de 1988, não estabelece um rol taxativo sobre os direitos e garantias fundamentais, muito pelo contrário, abrange muitos dos direitos que ao tempo de sua promulgação possuíam caráter fundamental, deixando explícita abertura e flexibilização normativa para a incorporação de novos direitos fundamentais ainda não expressos no texto constitucional.

Guerra e Guerra explicitam entendimento exatamente compatível com tal afirmação, quando esclarecem que

Isso porque também existe o significado material dos direitos fundamentais segundo o qual são fundamentais aqueles direitos que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e sua importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais²⁹.

E por meio de uma leitura histórica dos direitos humanos, Celso Lafer destaca a mutabilidade e transformação desses direitos que são concebidos pela evolução pacífica, ou não, da humanidade o que se verifica ao afirmar que

29 GUERRA, Sérgio; GUERRA, Sidney. **Intervenção Estatal Ambiental**. Licenciamento e compensação de acordo com a Lei Complementar nº 140/2011. São Paulo, Atlas, 2012, p. 18.

[...] os direitos humanos não traduzem uma história linear, não compõem a história de uma marcha triunfal, nem a história de uma causa perdida de antemão, mas a história de um combate³⁰.

Entendimento este que é devidamente corroborado por Norberto Bobbio, citado por Flávia Piovesan, ao transparecer a ideia de contínua construção dos direitos fundamentais humanos, como segue:

Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas³¹.

Sérgio e Sidney Guerra, ao citarem Canotilho, expõem sobre o aspecto da fundamentalidade de determinado direito, elencando alguns critérios para que se possa conceder tal característica fundamental, quais sejam:

(a) consiste em norma que toma assento na constituição escrita e ocupa o todo de toda ordem jurídica; (b) é norma constitucional sujeita as limitações formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (emenda e revisão); (c) é norma de aplicação imediata e vincula-se as entidades públicas

30 LAFER, Celso. Prefacio. In: PIOVEZAN, Flavia. **Direitos humanos e Justiça internacional**. São Paulo, Saraiva, 2006, p. XXII.

31 PIOVESAN, Flavia; SOARES, Inês Virginia Prado. Direito ao Desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: Flavia Piovesan; Inês Virginia Prado Soares. (org.). **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Fórum, 2010, v. 1, p. 95-116. p. 96.



(constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais) e privadas³².

A Constituição Federal, de 1988, em seu art. 5º, § 2º³³, reconhece a abertura normativa já mencionada, pois permite que mesmo os direitos não expressamente incluídos no rol de direitos e garantias fundamentais venham a ser considerados como tais. Como exemplo prático, cita-se a temática do meio ambiente instituída pela redação do art. 225³⁴ da Carta Magna, que, mesmo fora do catálogo do art. 5º, é considerado concretamente pela doutrina e jurisprudência pátria como um direito humano fundamental, estendendo-se, até às futuras gerações.

Ingo Sarlet sobre a matéria expõe que,

Já no que diz com os direitos da terceira e da quarta dimensões, há que ter maior cautela. Certo é que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF) pode ser enquadrado nesta categoria (direito da terceira dimensão), em que pese sua localização no texto, fora do título dos direitos fundamentais.

32 GUERRA, Sérgio; GUERRA, Sidney. **Intervenção Estatal Ambiental**. Licenciamento e compensação de acordo com a Lei Complementar nº 140/2011. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15.

33 Art. 5º *Omissis*

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

34 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para presente e futuras gerações.

[...]

Importante é a constatação de que, relativamente à positivação em nível do direito constitucional interno, os direitos das duas últimas dimensões ainda reclamam uma atenção maior, o que não significa que inexistam possibilidades de seu reconhecimento e efetivação, que poderia dar-se também (mas não só) por intermédio da cláusula de abertura propiciada pelo art. 5º, § 2º, da CF, o qual ainda será objeto de maior atenção³⁵.

Nesse diapasão, Konrad Hesse sustenta que a Constituição deve estar em frequente evolução e o fará ao permitir a incorporação a seus ditames fundamentais outras necessidades, direitos ou pleitos sociais. Então afirma que

A Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa de seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticolosa ponderação, parte da estrutura contrária³⁶.

Desse modo, observa-se que a Constituição Federal Brasileira é aberta e fornece elementos jurídico-normativos que permitem a elevação da água ao seu patamar de fundamentalidade autônoma, porém o processo

35 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 67.

36 HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 21.



de concretização e a integração deste direito fundamental à água no ordenamento jurídico brasileiro ainda não ultrapassou a barreira teórica e conceitual, sendo, portanto, um objetivo a ser perseguido e alcançado.

Desta feita, analisa-se a seguir a multiplicidade de usos e papéis atribuídos à água, de modo que seja possível fundamentar concretamente a essencialidade e fundamentalidade, ora defendida, a partir de fontes de outras áreas do conhecimento.

5 ÁGUA E SEUS USOS MÚLTIPLOS

A água, dentre os elementos naturais fundamentais à sobrevivência e desenvolvimento humano, estabeleceu sua essencialidade por sua multiplicidade de usos, assim como por representar um recurso fundamental para a manutenção da vida humana, notadamente no que se relaciona à sua condição de pressuposto para garantia dos direitos à saúde, alimentação, entre outros.

Clarissa D'Isep sobre os múltiplos usos e aspectos que a água nos proporciona, acrescenta ser patente a necessidade de preservação deste recurso único e indispensável. Ademais, chama a atenção para a má utilização empregada à água quando afirma que

A utilização da água é múltipla, sendo a agricultura o maior usuário, com 75%, a indústria com 20% e o uso doméstico com 5%. São exemplos dessa aplicação: abastecimento humano e industrial; geração de energia; irrigação; navegação; diluição de despejos; aquicultura e etc. Uma infinidade de processos vitais é atribuída à água: solvente universal, responsabilidade pela liberação

[Voltar ao índice](#)

de oxigênio, estabilidade da temperatura, fertilidade do solo, equilíbrio e preservação da fauna e da flora etc³⁷.

Em seguida, a autora novamente reforça que

Tamanha riqueza de funções e usos revela a importância da preservação desse recurso, que hoje é escasso e ameaçado. Os fatores de maior relevância que nos levam à constatação da necessidade emergente da tutela das águas são a verificação de sua finitude, o aumento do consumo, a degradação, o desperdício, o mau uso do solo, o desmatamento, a urbanização etc. O conhecimento de que os recursos naturais, de uma forma geral, são finitos é relativamente recente, daí a necessidade premente de lidar com essa determinante³⁸.

No entanto, a autora não esgota todas as possibilidades de uso da água, tão somente elenca alguns de seus principais usos pelo ser humano, pois, como veremos a seguir, a água é detentora de uma gama incontável de utilizações, e sua imprescindibilidade é patente.

Dessa maneira, pode-se compreender a água sob diversos aspectos, como: água como bem econômico, bem ambiental, via de transporte, fonte de energia, entre muitas outras.

37 D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água Juridicamente Sustentável**. São Paulo: RT, 2010, p. 29-30.

38 D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água Juridicamente Sustentável**. São Paulo: RT, 2010, p. 30.



Willian Goldfarb sobre essa temática indica a múltipla utilização da água e estabelece oito das nove principais destinações, quais sejam, navegação, irrigação, água potável, eliminação de resíduos, processos industriais, fins de resfriamento, energia hidroelétrica e recreação, nos seguintes termos:

Development in science and technology profoundly influence our uses of water. This statement is self-evident as regards the first seven of the nine traditional water uses: navigation, irrigation, potable water, waste disposal, industrial process and cooling purposes, hydroelectric power, and recreation on the water. However, it is also true for fish and wildlife maintenance and scenic/aesthetic enjoyment³⁹.

Helen Greatrex, sobre o aspecto da essencialidade e fundamentalidade do direito à água como consequência da multiplicidade de usos e destinações deste recurso natural, elabora uma lista em que elenca algumas das dimensões emergentes, correlatas e indissociáveis do direito fundamental à água.

A autora cita os usos, como para a vida, sobrevivência, consumo humano, como parte do direito à alimentação e nutrição, para preparação e produção de alimentos, para um padrão de vida adequado, como saneamento básico e saúde, como integrante dos direitos à educação, moradia, desenvolvimento, acesso aos recursos naturais, autodeterminação, meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio e à propriedade, como segue:

39 GOLDFARB, William. **Water Law**. 2. ed. New Jersey, Lewis Publishers Inc., 1998, p. 6.

With this broader context in mind, water has come to be seen as a right in itself.

A number of dimensions have emerged, including the right to water:

- for life and survival
- for clean drinking water
- as part of the right to adequate food and nutrition
- for food preparation and food production
- for an adequate standard of living
- for sanitation for health
- as part of the right to education
- as part of the right to housing
- as part of the right to development
- as part of the right to natural resources
- as part of the right to self-determination
- as an element of the right to a sustainable environment
- as an element of the right to property⁴⁰.

De maneira mais genérica, mas ainda com a necessária pertinência temática, referindo-se à importância dos recursos naturais de modo geral, Edmilson Rodrigues oferece interessante análise sobre o potencial e

40 GREATREX, Helen. **The Human Right to water**, p. 9. Disponível em: <http://www.victoria.ac.nz/law/centres/nzcp/publications/human-rights-research-journal/publications/vol-2/Greatrex.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2013.



influência de tais recursos para que se determine até mesmo a capacidade política do Estado, como segue:

[...] o estudo do papel político do território, fronteiras e populações remete, necessariamente, à percepção de que os recursos existentes são determinantes da capacidade política de um estado, podendo mesmo sua partilha determinar os meios políticos desse estado. Daí o conhecimento dos recursos naturais e humanos de um território ser pressuposto de uma política nacional sólida e realista⁴¹.

Desse modo, a demonstração da água e suas múltiplas utilizações servem para evidenciar não apenas o quão eclético este elemento natural é, mas ainda para provar que a água e, conseqüentemente, o direito fundamental à água formam a base para o desenvolvimento humano e global nos mais variados sentidos, quer seja social, econômico, político, militar e qualquer outro que se possa imaginar.

Nessa linha, passa-se a defender a ascensão do direito humano fundamental à água e sua característica autônoma com relação aos demais direitos fundamentais, sugerindo seu reconhecimento sob essa inovadora perspectiva.

41 RODRIGUES, Edmilson Brito. **Território e Soberania na Globalização**. Amazônia, Jardim de Águas Sedento. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 130.

6 A ASCENSÃO DA ÁGUA COMO DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO

Na seara internacional e no âmbito nacional são muitos os direitos e princípios fundamentais reconhecidos legalmente (estabelecidos por tratados e convenções internacionais e posteriormente ratificados no âmbito constitucional e legitimados na legislação infraconstitucional) e doutrinariamente, os quais estão atrelados em sua gênese ao direito fundamental à água, como se demonstra a seguir.

A água está intrinsecamente conectada a diversos direitos humanos fundamentais, como direito à vida, direito à alimentação, direito à autodeterminação dos povos, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito de propriedade, direito à moradia, direito à educação, direito à saúde, direito a condições dignas de trabalho, direito ao saneamento básico, dentre muitos outros.

Sobre esse aspecto, é possível depreender no entendimento de Rômulo Sampaio que implicitamente demonstra a essencialidade do direito fundamental à água para a garantia dos demais direitos fundamentais, quando coloca que,

Embora individualizáveis para efeitos científicos ou mesmo legais, os diversos elementos naturais que compõem o meio ambiente precisam ser entendidos como interagindo uns com os outros, sejam eles bióticos ou abióticos. São elementos bióticos o conjunto de todos os seres e organismos vivos naturalmente presentes em um mesmo ambiente e que são mutuamente interdependentes e sustentados. Abióticos são os elementos físicos ou químicos não vivos e que compõem o ambiente, como água, as rochas e os minerais, por exem-

[Voltar ao índice](#)



plo. O conjunto e interação dos elementos bióticos e abióticos forma o meio ambiente natural, objeto de estudo da ecologia e hodiernamente da própria tutela jurídica ambiental. Para efeitos didáticos e sistematização da proteção jurídica, o conjunto de elementos bióticos e abióticos que forma o meio ambiente natural é dividido em microbens (*i.e.*, ar, água, solo, fauna, flora e etc.). O regime jurídico de proteção de um microbem está diretamente relacionado com a proteção dos demais pela natural relação de interdependência entre os elementos que compõem os bens, recursos e serviços ambientais⁴².

A ascensão dos direitos econômicos e sociais permitiu que o direito fundamental à água preenchesse o seu devido lugar e existência entre os direitos fundamentais ao homem, tendo em vista ser um requisito para a concretização, realização e manutenção dos demais direitos fundamentais⁴³⁴⁴.

Vasco Pereira da Silva, em estudo empreendido sobre o direito fundamental ao ambiente, elenca alguns dos pontos históricos relevantes concernentes à história do direito fundamental ao meio ambiente, a partir da perspectiva da crise ambiental que vem se intensificando diuturnamente, nos seguintes termos:

42 SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Direito Ambiental**: Doutrina e Casos Práticos. Rio de Janeiro. Elsevier: FGV, 2011, p. 02-03.

43 GREATREX, Helen. **The Human Right to water**. p. 12. Disponível em: <http://www.victoria.ac.nz/law/centres/nzcpl/publications/human-rights-research-journal/publications/vol-2/Greatrex.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2013.

44 The gradual increase in the status of economic and social rights has allowed the human right to water to assume its correct position as a foundational right: “a prerequisite to the realisation of all other human rights”.

A ecologia como problema da comunidade, ou como questão política, é uma realidade dos nossos dias. Já que tal concepção “dos modernos” (continuando a usar a terminologia de Constant) remonta à crise do modelo de Estado Social ou de Providência, surgida no final dos anos 60 e cujos sintomas mais agudos foram sentido nos anos 70, com denominada “crise do petróleo”, que obrigou a uma tomada generalizada de consciência dos limites do crescimento económico e da esgotabilidade dos recursos naturais.

[...]

O estado Social desconhecera em absoluto o problema da ecologia, imbuído como estava da “ideologia optimística” do crescimento económico, qual “milagre” criador de progresso e de qualidade de vida. A ilusão de “imparidade” e de “inevitabilidade” do desenvolvimento económico, gerada pelo êxito da “receita keynesiana” [...] ⁴⁵.

Mary Moore, nesse contexto, exprime que a problemática envolvendo a água está apenas iniciando, haja vista que a tendência dos problemas ambientais e humanos é que se agravem gradual ou exponencialmente, dependendo unicamente do grau de conscientização que a comunidade internacional enquadre o meio ambiente e especificamente a água ⁴⁶.

⁴⁵ SILVA, Vasco Pereira da. Verde Direito: o direito fundamental ao ambiente. DAI-BERT, Arlindo (org.). **Direito Ambiental Comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 18.

⁴⁶ MOORE, Mary. Making the international human right to water primary: recommendation for an optional protocol to the united nations convention on the law of non-navigational uses of international watercourses. **The George Washington International Law Review**, v. 44, 2012, p. 1. Disponível em: http://www.gwilr.org/?page_id=1042. Acesso em: 27 jun. 2013.



Ato contínuo, a autora supracitada relaciona o direito à água e sua conexão intrínseca com os direitos à saúde física e mental, direito à vida e dignidade humana, de modo que possibilita a interpretação extensiva e de certo modo inversa, na qual se percebe o direito fundamental à água como sustentáculo para a concretização dos demais direitos fundamentais, de modo que tal prescrição legal é encontrada em diversos instrumentos e tratados internacionais de direitos humanos⁴⁷.

Nesse sentido, Moore afirma que diferentemente dos danos econômicos, os danos ou violações ao direito fundamental à água compreendem-se como danos de magnitude social e humana.⁴⁸ Acrescenta, ainda, que o direito humano fundamental à água é indispensável para que o homem alcance uma vida saudável e digna, razão pela qual eleva tal direito ao patamar de pré-requisito para a realização dos demais direitos humanos fundamentais, nos seguintes termos:

Water is a fundamental for life and health. The human right to water is indispensable for leading a healthy life in human dignity. It is a prerequisite to the realisation of all other human rights⁴⁹.

47 **The George Washington International Law Review**, v. 44, 2012, p. 4. Disponível em: http://www.gwilr.org/?page_id=1042. Acesso em: 27 jun. 2013.

48 MOORE, Mary. Making the international human right to water primary: recommendation for an optional protocol to the united nations convention on the law of non-navigational uses of international watercourses. **The George Washington International Law Review**, v. 44 online. Disponível em: http://www.gwilr.org/?page_id=1042. Acesso em: 27 jun. 2013, p. 20.

49 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No.15.1, "The Right to Water", UN Doc. E/C.12/2002/11, 26 November 2002. The General Comment declares water as an independent right by necessary implication from Articles 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966).

Tais afirmações são corroboradas por Scanlon, Cassar e Nemes, ao afirmarem que

O link entre o desenvolvimento sustentável e direitos humanos é essencial. A proteção da vida humana, saúde e padrões de vida são condições fundamentais do desenvolvimento econômico baseado na equidade social e respeito ao meio ambiente⁵⁰ (tradução nossa)⁵¹.

Scanlon, Cassar e Nemes enfrentam a problemática do reconhecimento da água como um direito fundamental de maneira muito precisa e afirmam categoricamente que a doutrina deveria transcender a questão de fundamentalidade do direito à água e reconhecer o que os autores denominam de *water-dependent dimension*, ou seja, ao invés de unicamente reconhecer a água como direito fundamental, seria reconhecida a dependência direta dos demais direitos fundamentais em relação à água e, por consequência reversa, esta como direito fundamental⁵².

Nesse sentido, Helen Greatrex constrói nove obrigações fundamentais que os Estados devem garantir, nos quais o direito à água está indispensavelmente atrelado, o que permite reforçar a sua essencialidade e necessária garantia como pressuposto aos demais direitos humanos fun-

50 SCANLON, John; CASSAR, Angela; NEMES, Noémi. Water as human right. In: BENJAMIN, Antônio Herman (org.). **Direito, Água e Vida** = Law, Water and The Web of Life. São Paulo. Imprensa oficial, 2003, v. 1, p. 130.

51 The link between sustainable development and human rights is a basic one. The protection of human life, health, and living standards is a fundamental precondition of economic development based in social equity and respect for the environment.

52 *Idem*, p. 137.



damentais, e o faz a partir do General Comment nº 15, editado em 2002, agregando expressamente o direito fundamental à água aos artigos 11⁵³ e 12⁵⁴ do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁵ proposto na Assembleia Geral das Nações Unidas, no ano de 1966, em Nova Iorque, como se verifica

53 Artigo 11º

1. Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados-Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida.

2. Os Estados-Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de todas as pessoas de estarem ao abrigo da fome, adotarão individualmente e por meio da cooperação internacional as medidas necessárias, incluindo programas concretos:

a) Para melhorar os métodos de produção, de conservação e de distribuição dos produtos alimentares pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo desenvolvimento ou a reforma dos regimes agrícolas, de maneira a assegurar da melhor forma a valorização e a utilização dos recursos naturais;

b) Para assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentares mundiais em relação às necessidades, tendo em conta os problemas que se põem tanto aos países importadores como aos países exportadores de produtos alimentares.

54 Artigo 12º

1. Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.

2. As medidas que os Estados-Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o são desenvolvimento da criança;

b) O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial;

c) A profilaxia, tratamento e controlo das doenças epidémicas, endémicas, profissionais e outras;

d) A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença.

55 Disponível em: <http://www.uniceub.br/media/123120/PIDESC.pdf>. Acesso em: 10 set. 2013. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Acesso em: 10 set. 2013.

Voltar ao índice

In contrast to these short references, the recent UN statement sets out nine core obligations about the right to water which governments must progressively ensure:

- (a) access to a minimum essential amount of water
- (b) the right to water on a nondiscriminatory basis
- (c) water supplies are sufficient, safe, regular and do not include prohibitive waiting times or unreasonable travelling distances from households
- (d) personal security is not threatened when having to physically access water
- (e) equitable distribution of all available water facilities and services
- (f) a participatory and transparent national water strategy and plan is adopted and implemented
- (g) the extent of the realisation, or the non-realisation, of the right to water is monitored
- (h) relatively low-cost targeted water programs to protect vulnerable and marginal groups
- (i) measures are taken to prevent, treat and control water-related diseases and to ensure adequate sanitation⁵⁶.

56 GREATREX, Helen. **The Human Right to water**, p. 3-4. Disponível em: <http://www.victoria.ac.nz/law/centres/nzcpl/publications/human-rights-research-journal/publications/vol-2/Greatrex.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2013.



O objetivo do Comment nº 15 das Nações Unidas é interpretativamente bem esclarecido por Salman A. Salman e Siobhán Mclnerney-Lankford, ao afirmarem basicamente que

The Comment underscores the fact that water is a limited natural resource and a public good fundamental for life and health. It also emphasizes that water is a prerequisite for the realization of other human rights⁵⁷.

Noutro aspecto, porém, em conclusão não menos relevante, Geatrex conclui que a água não deve ser apenas considerada como direito fundamental, já que transcende tal ideia ao considerá-la como o elemento indispensável para a vida no Planeta Terra, além de um componente basilar para a manutenção e desenvolvimento da civilização⁵⁸.

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli reforça a ideia de bem comum da humanidade, e não um bem comum de uma nação ou de um Estado isoladamente. Esse reconhecimento é imprescindível para a compreensão e proteção dos bens fundamentais comuns em nível global e não mais local. Compatibilizando, assim, com a abrangência dos danos causados ao meio ambiente, que não se restringem a regiões ou países, e sim ao Planeta de modo geral.

Para que isso se torne possível, deve-se instituir um “*domínio público planetário*” garantido por uma Carta internacional, sob a tutela das autoridades internacionais.

57 SALMAN, Salman M. A.; MCLNERNEY-LANCKFORD, Siobhán. **The Human Right to Water**. Legal and Policy Dimensions. Washington, The World Bank, 2004, p. 53-54.

58 CECH, Thomas V. **Principles of Water Resources: History, Development, Management and Policy**. v. 2. 2003.

O autor compreende que as expressas e contínuas violações dos bens e direitos fundamentais comuns, dentre os quais o meio ambiente está indubitavelmente incluído, como uma oportunidade de reformulação dos direitos humanos de modo geral. No entanto, essa possibilidade só se mostra possível com a concordância global da existência do problema ambiental e conseqüente fundação de um organismo global capaz de gerir os interesses públicos globais e, por fim, aos interesses públicos nacionais, já que os danos têm ultrapassado as fronteiras nacionais e invadido a esfera planetária⁵⁹.

O entendimento de Ferrajoli é corroborado por Mary Moore, pois esta também defende o caráter global dos recursos naturais e em especial a água, acrescentando ainda os benefícios do reconhecimento da fundamentalidade e essencialidade da água⁶⁰.

Nesse norte, é possível depreender que se originam diversas implicações jurídico-obrigacionais negativas e positivas para os Estados e indivíduos, pois o reconhecimento da água como direito fundamental humano deixa de ser hipotético e passa a ser exigível.

Para tanto, Salman e McInerney-Lankford elencam três consequências práticas de tal reconhecimento e as classificam em três categorias de obrigações, quais sejam, *respect*, *protect* e *ful-fill*. O respeito – *respect* – traduz-se na não interferência pelo Estado no gozo do Direito à água, enquanto que a proteção – *protect* – refere-se à ação do Estado

59 FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 80.

60 MOORE, Mary. Making the international human right to water primary: recommendation for an optional protocol to the united nations convention on the law of non-navigational uses of international watercourses. **The George Washington International Law Review**, 2012, p. 2. Disponível em: http://www.gwirl.org/?page_id=1042. Acesso em: 27 jun. 2013.



em não permitir a interferência de terceiros no gozo do direito à água e, por fim, a concretização – *ful-fill* – que, para melhor compreensão, pode subdividir-se em nas subobrigações de facilitar, promover e fornecer⁶¹.

Desta feita, fica devidamente explanada e compreendida a ascensão da água como direito fundamental, sua imperativa autonomia e principalmente da essencialidade da água como pressuposto para salvaguarda da fundamentalidade dos demais direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A água, ainda que considerada unicamente como recurso natural, é detentora de inegável relevância nas searas internacional e nacional, de modo que sua essencialidade e fundamentalidade perpassam pelas mais diversas nuances do desenvolvimento das nações e, conseqüentemente, dos seres humanos individualmente considerados.

No âmbito da comunidade internacional há consenso sobre a valia da água assim como a plena conscientização de que a abundância deste recurso, nos mais diversos países, é cada dia mais distante. A realidade brasileira, no que concerne à sua reserva hídrica para os mais variados usos e destinações, torna-se exceção e característica que deve ser valorizada e salvaguardada jurídica, política, econômica e socialmente.

O Brasil, nesse sentido, possui a maior bacia hidrográfica do mundo e com isso torna-se responsável pela manutenção e uso adequado da água em seu território. Tal realidade fica ainda mais evidente quando se trata

61 SALMAN, Salman M. A.; MCLNERNEY-LANCKFORD, Siobhán. **The Human Right to Water**. Legal and Policy Dimencions. Washington, The World Bank, 2004, p. 67-68.

especificamente do estado do Pará, pois, como demonstrado, possui em seu território aproximadamente 70% da água doce de todo o País, o que o torna palco de severas discussões sobre a utilização e manutenção da água não apenas para si, mas também para os demais estados da federação, bem como cenário da impositiva implantação de projetos e programas de geração de energia pelo governo federal.

No que tange à denominada crise ambiental, foi possível demonstrar serem muitos os sinais de alerta lançados tanto pela própria natureza quanto pelos estudos científicos empreendidos nessa direção. O Planeta Terra e os recursos naturais disponíveis não mais suportam o modelo de produção capitalista desenvolvido, eternizado e adotado pela grande maioria das nações como o meio adequado para atingir o desenvolvimento humano e nacional.

Nessa vereda, é que se evidenciou o direito como uma das mais pertinentes ferramentas resolutivas de conflitos e, particularmente, um instrumento capaz de garantir a instituição e posterior salvaguarda dos mais variados direitos humanos fundamentais, dentre os quais inegavelmente a água está inserida.

Desse modo, fica demonstrada a função do direito como instrumento hábil para a dissolução de conflitos e mesmo para a garantia e implementação dos direitos fundamentais, tendo em vista que, após o reconhecimento de um direito como fundamental, este passa a integrar não apenas o rol de obrigações do Estado para com seus indivíduos, mas também se transforma em meta a ser perseguida coletivamente, bem como na justificativa de sua própria existência.

Foram trazidos alguns dos mais relevantes marcos históricos conexos ao surgimento dos direitos humanos fundamentais ao meio ambiente sadio e à água, de modo que, após sua ocorrência, houveram severas altera-



ções no modo de compreender os objetivos nacionais e na maneira de agir individual e coletivamente, diante do desafio de garantir sua efetividade.

A Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, trazida como exemplo por sua relevância específica sobre os direitos fundamentais ora tratados, instituiu uma nova roupagem jurídica, econômica, geográfica, ética e principalmente social para a maneira como as decisões e os objetivos nacionais eram tomados e traçados.

Desta feita, como bem demonstrado, a Constituição Federal Brasileira permite por meio de sua cláusula de abertura (art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, de 1988), além da abrangência conceitual trazida pela ideia de norma constitucional material e constitucional formal, o desenvolvimento e instituição de novos direitos fundamentais, tal como se defende o direito fundamental à água, de maneira que não apenas existe possibilidade para o reconhecimento constitucional da fundamentalidade do direito à água, como esta situação se mostra evidentemente necessária.

O caminho normativo infraconstitucional, por sua vez, tem trilhado a preocupação do Estado, ainda que timidamente, em conferir à água uma proteção jurídico-normativa adequada, donde é possível extrair elementos de sustentação da fundamentalidade autônoma, ora defendida.

Nessa linha, como sustentado, a água foi originalmente compreendida unicamente por sua característica como recurso natural, mas essa faceta é apenas uma das incontáveis multiplicidades de usos que água demonstra possuir na atualidade.

Com a demonstração da vasta gama de sua multifacetária utilização, a água por si mesma institui sua fundamentalidade e necessidade de elevação como um direito humano essencial, tanto na esfera da Cons-

tuição nacional como no âmbito da comunidade internacional, que já caminha nessa direção com o protocolo facultativo do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, acrescido especificamente sobre a temática da água como direito humano fundamental por meio do *Comment* nº 15, o que corrobora indubitavelmente com a tese defendida no decorrer do presente artigo.

Dentre os aspectos da fundamentalidade, há que perseguir o direito fundamental à água potável, apropriada para o consumo, até mesmo para a garantia dos demais direitos fundamentais, como à saúde e alimentação, como ideário de política pública a ser estabelecida no estado constitucional.

Assim, após toda a argumentação empreendida de maneira cuidadosamente conexa e inter-relacionada nas seções apresentadas, pode-se afirmar com segurança que a água perpassou com sucesso pelo processo de ascensão ao patamar da essencialidade para as mais diversas nuances do desenvolvimento humano, de forma que deve o Estado brasileiro, valendo-se dos instrumentos jurídicos e constitucionais, primeiramente instituir expressamente a água como um direito humano fundamental autônomo, lugar merecidamente conquistado entre os demais direitos fundamentais, para depois promover sua efetivação normativa e prática pelas políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível



em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

Acesso em: 10 maio 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra, Almedina, 1998.

CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio Ambiente e Direitos Humanos**. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. Paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

CASSUTO, David N.; REED, Steven Matthew. **Water Law and the Endangered Species Act**. 2010.

CRAIG, Robin Kundis. **The Clean Water Act and the Constitution**. Legal Structure and the Public's Right to a Clean and Healthy Environment. 2. ed. Washington, ELI Press, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

DUARTE, Leonardo de Farias. **Obstáculos Econômicos à Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2011.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água Juridicamente Sustentável**. São Paulo: RT, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria do Direito e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (org). Estado de Direito Ambiental: Tendências. Aspectos Constitucionais e Diagnósticos.

Voltar ao índice

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao Futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GRANJA, Sandra Inês Baraglio; WARNER, Jeroen. A hidropolítica e o federalismo: possibilidades de construção da subsidiariedade na gestão das águas no Brasil?. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 6, dez. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000600009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 set. 2013.

GREATREX, Helen. **The Human Right to water**. Disponível em: <http://www.victoria.ac.nz/law/centres/nzcpl/publications/human-rights-research-journal/publications/vol-2/Greatrex.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2013.

GOLDFARB, William. **Water Law**. 2. ed. New Jersey, Lewis Publishers Inc., 1998.

GUERRA, Sérgio; GUERRA, Sidney. **Intervenção Estatal Ambiental**. Licenciamento e compensação de acordo com a Lei Complementar nº 140/2011. São Paulo: Atlas, 2012.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

MOORE, Mary. **Making the international human right to water primary**: recommendation for an optional protocol to the united nations convention on the law of non-navigational uses of international watercourses. The George Washington International Law Review. Disponível em: http://www.gwilr.org/?page_id=1042. Acesso em: 27 jun. 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.



PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e Justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flavia; SOARES, Inês Virginia Prado. Direito ao Desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: Flavia Piovesan; Inês Virginia Prado Soares. (org.). **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Fórum, 2010, v. 1, p. 95-116.

RODRIGUES, Edmilson Brito. **Território e Soberania na Globalização**. Amazônia, Jardim de Águas Sedento. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SALMAN, Salman M. A., e MCLNERNEY-LANCKFORD, Siobhán. **The Human Right to Water**. Legal and Policy Dimencions. Washington, The World Bank, 2004.

SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Direito Ambiental: Doutrina e Casos Práticos**. Rio de Janeiro: Elsevier, FGV, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Vasco Pereira da. Verde Direito: o direito fundamental ao ambiente. DAIBERT, Arlindo (org.). **Direito Ambiental Comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TARLOCK, A. Dan. The Dual Nature of Water: Commodity and Community Resource. In: BENJAMIN, Antônio Herman Direito (org.). **Água e Vida = Law, Water and The Web of Life**. São Paulo: Imprensa oficial, 2003. v. 1.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Incentivos Fiscais no Direito Ambiental**. Para uma Matriz Energética Limpa e o Caso do Etanol Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



CONSTITUCIONAL

[Voltar ao índice](#)

DEMOCRACIA, ELEIÇÃO, ELEITORADO

DEMOCRACY, ELECTION, ELECTORATE

JORGE MIRANDA

I - DEMOCRACIA

A) Formas de governo em democracia

1. Começarei por recordar o ponto de clivagem primordial de todas as formas de governo.

Ou os governantes (um ou alguns indivíduos) governam em nome próprio, invocando um direito vindo de Deus ou fundado na tradição ou na razão (e consignado, conforme sucedia em Portugal ou na França em “Leis Fundamentais do Reino” do tempo do absolutismo).

Ou os governantes governam em nome do povo, por virtude de uma investidura que a Constituição estabelece a partir do povo (tomada aquela como sistematização racionalizadora das normas reguladoras da comunidade e do poder, decretada em certo tempo histórico). Assim como, no limite, pode ser o povo a governar diretamente.

No primeiro caso, estamos diante de uma monarquia ou de aristocracia. No segundo caso, diante de democracia. Eis a contraposição que



remonta a Aristóteles e que continua a ser a mais significativa, apesar de se conhecerem muitas outras¹.

2. Porém, este primeiro enfoque de democracia antolha-se ainda puramente formal, porque tudo está em saber, por um lado, o que se entende por povo; por outro, quais as formas de exercício do poder. E a história mostra aqui uma grande variedade.

Podem então ser enunciados vários tipos de democracia: a ateniense, a cesarista, a jacobina, a representativa, a soviética ou marxistaleninista, a orgânicocorporativa, a islâmica. Não custa distingui-los.

A *democracia ateniense* costuma ser considerada uma democracia direta. Os cidadãos reuniam-se na praça pública para deliberar. Mas cidadãos não incluíam as mulheres e havia os escravos e os estrangeiros. Pegando em palavras de BENJAMIN CONSTANT, ao mesmo tempo em que se verificava isso a que chamavam liberdade, admitiase como compatível com tal liberdade a sujeição completa do indivíduo à autoridade do conjunto. O indivíduo, soberano quase habitualmente nos assuntos públicos, era escravo nos assuntos privados².

¹ Entre as quais formas puras e impuras, combinações de formas opostas e governos mistos. Cfr. as indicadas no *Manual de Direito Constitucional*, III, 6ª ed., Coimbra, 2010, págs. 334 e segs. E, especificamente, sobre governos mistos, JEAN PETIT, *La notion de regime mixte*, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, obra coletiva, Paris, 1982, págs. 7 e segs.; INMACULADA SZMOLKAVIDA, *Los regímenes políticos híbridos*, in *Revista de Estudos Políticos*, nº 147, 2010, págs. 103 e segs. e 117 e segs.; MARÍLIA FUTRE PINHEIRO, *Ética e Política na História*, in *Identidade e Cidadania – Da antiguidade aos nossos dias*, obra coletiva, Lisboa, s.d., págs. 345 e segs.

² *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, 1815 (in *Cours de Politique Constitutionnelle*, IV, Paris, 1820, págs. 238 e segs.)

A *democracia cesarista* (por referência a Júlio César, que, aliás, foi assassinado antes de a concretizar) consiste no governo de um chefe, geralmente um chefe militar, que invoca a sua identificação com o povo ou que pretende mesmo legitimarse por via plebiscitária (como fez Napoleão e como fizeram ou tentaram fazer não poucos ditadores militares depois dele). Legitimação por meio do povo, não participação livre e efetiva do povo no governo.

A *democracia jacobina* (por referência ao Clube dos Jacobinos, extremistas do tempo da Revolução francesa, e vigente efemeramente entre 1792 e 1795) toma o povo como totalidade dos membros da comunidade, que ou exerce o poder diretamente ou por delegação num órgão único, o Corpo Legislativo. ROUSSEAU terá sido o seu inspirador, ao tomar o pacto social como alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade, de tal sorte que cada um, dando-se a todos, não se dá a ninguém³.

A *democracia representativa* remonta ao governo representativo também da Revolução francesa e, antes, da Revolução norte-americana. Aqui o povo aparece como a totalidade dos cidadãos, mas não governa; quem governa são governantes por ele eleitos periodicamente. Não menos importante, reconhece-se tanto a liberdade na esfera pública como na esfera privada e a liberdade política desemboca no pluralismo e na alternância de partidos no exercício da função pública.

A *democracia soviética*⁴ ou *marxista-leninista* afirma-se uma resposta à noção e à prática burguesas e como resultado de análise das relações

3 *Du Contrat Social (1756-1760)*, livro I, capítulos VI e VII.

4 *Soviética de soviète* (conselho em russo), por causa da organização piramidal de conselhos de operários, soldados, camponeses e marinheiros, estabelecida quando da Revolução russa, de outubro/novembro de 1917.



de produção. Substituiu a divisão de sociedades em classes por uma unidade construída a partir da revolução realizada pelo proletariado. O povo não pode abranger exploradores e explorados, somente pode abranger as classes trabalhadoras⁵. E o povo como proletariado tem como instrumento de poder (tal como Lenine o concebeu) o partido comunista.

A *democracia orgânico-corporativa* dilui o povo numa realidade mais ampla que o ultrapassa, em nome de imperativos mais fortes, sejam imperativos de Estado, sejam imperativos de Nação. “Tudo pelo Estado, nada contra o Estado”, foi o lema do fascismo italiano⁶. “Tudo pela Nação, nada contra a Nação” (foi o lema do nacionalismo autoritário português de Salazar⁷).

A *democracia islâmica* toma o povo como comunidade dos crentes, sem separação entre a esfera religiosa e a esfera política. Os princípios islâmicos são limites aos direitos dos cidadãos e critério de ação do Estado (como se lê na Constituição da República Islâmica do Irã), e os poderes soberanos exercem-se sob a supervisão dos dirigentes religiosos (art. 57^º da Constituição)⁸.

3. Na exposição que se segue, naturalmente, irei tratar da democracia representativa, aquela que vigora – felizmente, não posso deixar de

5 Cfr. *Question juive*, trad., in KARL MARX, *Oeuvres choisies*, I, Paris, 1963, págs. 8889.

6 Cfr. a análise jurídica de CARLO ESPOSITO, *Lo Stato e la Nazione Italiana*, in *Archivio di Diritto Pubblico*, II, 1933, págs. 409 e segs.

7 *Discursos*, I, 4^a ed., Coimbra, 1948, pág. 34. Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, II, 6^a ed., Lisboa, 1972, pág. 509.

8 Cfr. BERNARD CUBERTAFOND, *Théocraties*, in *Revue du droit public*, 1985, págs. 294 e segs.; *Sharia, Muslim States and International Treaty Obligations: a Comparative Study*, obra coletiva, Londres, 2008.

sublinhar – no Brasil e em Portugal, e prevalece em quase todos os países da América, da Europa e da Oceânia e vai ganhando força na Ásia e África.

Mesmo sem se ter chegado ao “fim da história”, como em certo momento asseverou FRANCIS FUKUYAMA⁹, eu sou daqueles que só compreende a democracia com democracia representativa, politicamente liberal (não, ou não necessariamente, liberal no plano económico); como democracia pluralista; e como democracia indissociável do Estado de Direito, donde um Estado Democrático de Direito (conforme reza o art. 1º da Constituição brasileira) um Estado de Direito Democrático (conforme dizem o preâmbulo e o art. 2º da Constituição portuguesa).

B) Governo representativo e democracia

4. Fosse qual fosse a concepção adotada – contratualista, jusracionalista ou outra –, os revolucionários norteamericanos e franceses instituíram governos representativos ligandoos à ideia de liberdade (cfr. secções II e VI da Declaração de Direitos do Cidadão de Virgínia, de 1776, e arts. 3º e 6º da Declaração de Direitos do Homem e dos Cidadãos, de 1789). A democracia direta não era possível nos Estados modernos e, ainda mais, seria inconveniente e perigosa. Basta citar dois autores.

Assim, MADISON¹⁰ contrapõe *democracia* (ou democracia pura) e república. Aquela correspondente a um pequeno número de cidadãos que se

9 *The end of history and the last man*, 1992, trad. *O fim da história e o último homem*, Lisboa, 1992.

10 *The Federalist*, nº 10.



reúnem e administram o governo em pessoa, e em que não há remédio para as ações prejudiciais das fações – ao contrário da república, em que há maior quantidade de cidadãos e só há delegação de poderes em alguns.

Ou, de novo, BENJAMIN CONSTANT¹¹: “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 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”.

“Os pobres tomam conta dos seus próprios negócios; os ricos tomam intendentos. É a História das nações modernas. O sistema representativo é uma procuração dada a um certo número de homens pela massa do povo que quer que os seus interesses sejam por eles defendidos”.

Embora possam encontrar-se fenómenos análogos ou antecedentes noutras épocas¹², foi o século XVIII que, se não descobriu, pelo menos soube fundamentar e alicerçar a ideia de representação política (tão importante para o progresso da humanidade como a invenção, nessa mesma época, da máquina a vapor).

11 *Op. cit.*,

12 Cfr. J. A. O. LARSEN, *Representative Government in Greek and Roman History*, Berkeley e Los Angeles, 1966; A. GERSON TABOSA, *Da representação política na Antiguidade Clássica*, Fortaleza, 1981. E também já MADISON, *The Federalist*, n.º 63.

5. As componentes principais do governo representativo nessa época vêm a ser as seguintes¹³:

- a) A soberania nacional ou princípio de que o poder reside essencialmente (isto é, potencialmente) no povo, na nação;
- b) A incapacidade de a nação exercer o poder e, por conseguinte, a necessidade de o “delegar” em representantes por ela periodicamente eleitos, únicos que o podem assumir¹⁴;
- c) O sufrágio restrito, só tendo direito de participação política os que tenham responsabilidades sociais (pelas funções exercidas ou pela propriedade);
- d) A natureza puramente designativa da eleição, destinada apenas à seleção dos governantes entre os cidadãos mais aptos;
- e) A autonomia dos representantes relativamente aos eleitores, em virtude da natureza da eleição, do princípio de que representam toda a nação, e não só os círculos por que são eleitos, e da proibição do mandato imperativo;
- f) A limitação dos governantes pelas regras da separação dos poderes e pela renovação periódica por meio das eleições.

A representação (vista ainda na perspetiva da separação entre Estado e sociedade) reconduz-se à legitimação dos governantes pelo consenti-

13 Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, VII, Coimbra, 2007, págs. 16 e 17.

14 Cfr. art. 26º da Constituição portuguesa, de 1822: “A soberania reside essencialmente na Nação. Não pode, porém, ser exercitada senão pelos seus representantes legalmente eleitos”.



mento dos governados¹⁵; e a renovação menos na ideia de que estes não alienam a soberania do que na preocupação de impedir os abusos da demasiada longa ocupação do poder¹⁶.

6. As grandes transformações do Estado e da sociedade, na passagem do século XIX para o século XX e ao longo deste século, levam a que o governo representativo ceda o lugar à democracia representativa, dele distinta nas ideologias e nas tensões a que dá vazão, a despeito da continuidade de princípios e da coincidência formal de institutos.

Eis as traves-mestras desta nova forma de governo:

- a) A soberania nacional entendida agora não tanto como princípio de legitimidade quanto como princípio de titularidade do poder no povo;
- b) A possibilidade de ter o povo, sujeito do poder, uma vontade, atual ou conjetural, jurídica e politicamente eficaz;
- c) A concorrência da vontade do povo, manifestada pelo colégio de todos os cidadãos com direitos políticos, com a vontade manifestada pelos órgãos governativos de carácter representativo – e isso no âmbito estadual ou local e regional;
- d) A eleição como servindo não apenas para a escolha dos governantes (dos titulares dos órgãos da função política) mas também para a escolha de grandes opções programáticas;

¹⁵ Por isso, GEORGES BURDEAU fala em *democracia governada*, contraposta à *democracia governante* do século XX: *Traité de Science Politique*, 2.ª ed., v, VI e VII, Paris, 1970, 1971 e 1972.

¹⁶ Ou ainda, segundo NIKLAS LUHMANN (*Legitimation durch Verfahren*, 1969, trad. *Legitimação pelo procedimento*, Brasília, 1980, pág. 140: a eleição repetida periodicamente converte-se num processo em que o sistema político *se pode orientar pela sua própria história* e pode aprender a reagir a si mesmo e a sua ação na sociedade; um sistema político, criado por meio de eleição, pode computar tantas alternativas que se pode autolegitimar no processo seletivo de decisão.

- e) O sufrágio universal e, com ou sem constitucionalização, o papel dos partidos políticos.

7. Tal como o conceito de representação¹⁷ – e o de Constituição –, o conceito de direitos fundamentais surge indissociável da ideia de Direito liberal. Daí que se carregue das duas características identificadoras da ordem liberal: a postura individualista abstrata de (no dizer de RADBRUCH) um “indivíduo sem individualidade”¹⁸; e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão.

Apesar de todos os direitos serem ou deverem ser (por coerência) direitos de todos, alguns (*maxime* o sufrágio) são, no século XIX, denegados aos cidadãos que não possuam determinados requisitos económicos; outros (*v. g.*, a propriedade) aproveitam sobretudo aos que pertençam a certa classe; e outros ainda (o direito de associação, em particular de associação sindical) não é sem dificuldade que são alcançados.

Contrapostos aos direitos de liberdade são, nesse século e no século XX reivindicados (sobretudo, por movimentos de trabalhadores) e sucessivamente obtidos, direitos económicos, sociais e culturais¹⁹ – direitos económicos para garantia da dignidade do trabalho, direitos sociais como segurança na necessidade e direitos culturais como

¹⁷ Cfr., por todos, ERNSTWOLFGANG BÖCKENFORDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quaderni Costituzionali*, 1985, págs. 227 e segs.

¹⁸ *Filosofia do Direito*, 4.ª ed. portuguesa, Coimbra, 1961, I, pág. 168.

¹⁹ No século XIX encontram-se textos precursores destes direitos, sendo o mais significativo a Constituição francesa, de 1848, cujo art. 13º prescrevia que se favorecesse e encorajasse o *desenvolvimento do trabalho*, designadamente pela *igualdade das relações entre o patrão e o operário* e pelas instituições de previdência e de crédito.

Em Portugal, também indiretamente poderia dizer-se que a Constituição, de 1822, já os pressupunha, ao propor-se, no preâmbulo “assegurar os direitos de cada um e o *bem geral de todos os Portugueses*”. E, no Brasil, a Constituição, de 1824 (art. 179º, nº 32) e em Portugal, a Carta Constitucional, de 1826 (art. 145º, § 2º) estabeleciam a instrução primária *gratuita*.



exigência de acesso à educação e à cultura e, em último termo, de transformação da condição humana²⁰.

De notar, entretanto, uma diferença. Nos países com Constituições vindas do século XIX e socialmente mais avançados, não se sentiu necessidade de ir além da via legislativa; aí os direitos sociais são apenas direitos fundamentais em sentido material. Já em países como da Europa meridional e da América Latina, coube às Constituições dar o passo em frente; sem a constitucionalização, em maiores ou menores catálogos, não se chegaria a níveis comparáveis de progresso social.

O Estado *democrático* de Direito não pode deixar de ser um Estado social de Direito²¹.

C) Democracia semidireta, democracia participativa, democracia intergeracional

1. A democracia representativa não exclui a *democracia semidireta*, manifestada por meio de referendo, da iniciativa legislativa popular e até, embora em termos extremamente prudentes, a revogação popular de mandato eletivo (o *recall*, praticado em algumas partes dos Estados Unidos). São instrumentos de maior participação política, que só a valorizam quando praticados com liberdade e sinceridade.

20 *Manual ...*, IV, 6ª ed., Coimbra, 2015, págs. 30 e 31, e autores citados.

21 V., por todos, PAULO BONAVIDES, *Do Estado liberal ao Estado social*, 9ª ed., São Paulo, 2009.

2. Nem exclui a democracia *participativa* (art. 2º da Constituição portuguesa, *in fine*), não como seu sucedâneo, mas como seu complemento²² e que se traduz:

- a) Em atribuição aos cidadãos, enquanto administrados, de específicos direitos de intervenção na formação das decisões e deliberações que lhes digam respeito, de informação acerca de procedimentos em que estejam interessados e de acesso aos arquivos e registros administrativos (arts. 267º, nº 5, e 268º, nºs 1 e 2 da Constituição);

- b) Em interferência de grupos de interesses, de associações e instituições existentes na sociedade civil em procedimentos de decisão política ou em órgãos de Estado ou de entidades descentralizadas, como consta também da Constituição portuguesa quanto às comissões de trabalhadores nas empresas e aos sindicatos [arts. 54º, nº 5, alínea d), e 56º, nº 2]; com as associações de consumidores (art. 60º, nº 3); com as associações representativas de beneficiários da segurança social (art. 63º, nº 2); com a participação dos interessados no planeamento urbanístico e no planeamento físico do território (art. 65º, nº 5); com o envolvimento dos cidadãos

22 Cfr., entre tantos, PIER LUIGI ZAMPETTI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, obra coletiva, III, Pádua, 1973, págs. 1473 e segs.; PIETRO CIARLO, *La partecipazione dei lavoratori alla determinazione dell'indirizzo politico*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1977, págs. 1648 e segs.; JEANNE LEMASURIER, *Vers une démocratie administrative: du refus d'informer au droit d'être informé*, in *Revue du droit public*, 1980, págs. 1239 e segs.; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Participação e descentralização. Democratização e neutralidade na Constituição de 1976*, Coimbra, 1982, págs. 69 e segs. e 95 e segs.; ARYEH BOTWINTER e PETER BACHRACH, *Democracy and Scarcity – Toward a Theory of Participatory Democracy*, in *International Political Science Review*, 1983, págs. 361 e segs.; RONALD INGLEHART, *La nuova partecipazione nelle società post-industriali*, in *Rivista di Scienza Politica*, 1988, págs. 403 e segs.; PAULO BONAVIDES, *Teoria constitucional da democracia participativa*, 2.ª ed., São Paulo, 2003.



na defesa do meio ambiente (art. 66º, nº 2); com a audição das associações de famílias na definição da política familiar [art. 67º, nº 2, alínea g)]; com a participação das associações de professores, de alunos, de pais, dos consumidores e das instituições de carácter científico na definição da política de ensino (art. 77º, nº 2); com a participação das organizações representativas dos trabalhadores e das atividades económicas na definição das principais medidas económicas e sociais e no Conselho Económico e Social [arts. 8º, alínea g), e 92º, nº 2]²³; com a participação das associações de moradores em âmbito de freguesias (arts. 263º a 265º).

Também, em muito menor número, encontramos na Constituição brasileira normas sobre participação: na rede de saúde (art.198º-III); no sistema nacional de cultura (art. 216º, § 1º-III); na assistência às crianças e aos jovens (art. 227º, § 1º).

Não se trata de substituir os órgãos representativos, únicos com competência para deliberar e para legislar. Trata-se tão só de reconhecer a pluralidade dos grupos sociais e dos interesses²⁴ e de aten-

23 Como pretenderam certas fações de extremaesquerda, em 1975, e como constava do chamado “Documento-Guia da Aliança Povo-MFA”: era o *poder popular*, assente em sucessivas estruturas de base, semelhantes aos soviets. Cfr. a minha contestação em *Poder democrático, poder popular, poder ditatorial*, in *Nova Terra*, de 17 de julho de 1975, e em *Constituição e Democracia*, Lisboa, 1976, págs. 117 e segs.

24 Cfr., por exemplo, SERGIO FOIS, *Sindacati e sistema político: problematica di un rapporto e implicazioni costituzionali*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, obra coletiva, III, 1977, págs. 403 e segs.; VIEIRA DE ANDRADE, *Grupos de interesse, pluralismo e unidade política*, Coimbra, 1977; MARIA LÚCIA AMARAL, *O problema da função política dos grupos de interesse (do pluralismo ao neocorporativismo)*, in *O Direito, 1974-1987*, págs. 147 e segs.; *Political Stability and Neo-Corporatism – Corporatist Integration and Societal Cleavages in Western Europe*, obra coletiva editada por Ilda Scholten, Londres, 1987.

der à “legitimação pelo procedimento” (mais uma vez, seguindo a expressão cunhada por NIKLAS LUHMAN)²⁵.

3. Também pode, porventura, falar-se em *democracia intergeracional*, fundada no princípio da solidariedade entre gerações [art. 66º, nº 1, alínea d] e na ideia, por alguns aventada, de direitos fundamentais das gerações futuras²⁶.

Não se vê, porém, como possa significar mais do que a necessidade de, nas decisões políticas, legislativas e administrativas que as gerações presentes tomem, estarem presentes obrigações de sustentabilidade e de não irreversibilidade que não comprometam ou prejudiquem os interesses e a liberdade dos vindouros.

D) O princípio da maioria e os valores da democracia

1. Se o sufrágio é o modo específico de participação política dos cidadãos, a maioria é o critério de decisão – de decisão quer do conjunto dos cidadãos nas eleições e no referendo, quer dos órgãos do Estado de natureza colegial. Governo representativo é *governo de maioria*²⁷.

²⁵ É, justamente, o título da sua obra já citada: *Legitimation durch Vereahren, Legitimação pelo procedimento*.

²⁶ V., por todos, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Ensaio sobre a protecção constitucional das gerações futuras*, in *Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, obra coletiva, Coimbra, 2010, págs. 459 e segs.

²⁷ Sobre o princípio da maioria, recordem-se, antes de mais, os clássicos: LOCKE, *An Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, 1689, capítulo VIII, n.os 96 e segs.; ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, 1762, livro II, capítulo III, e livro IV, capítulos II e segs.; CONDORCET, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité – des décisions rendues à la pluralité des voix*, 1785.



Mas não é só governo de maioria. Envolve uma dialética necessária de maioria e minoria, sendo a maioria de hoje a minoria de amanhã e a minoria de hoje a maioria de amanhã^{28 29}.

E depois, entre tantos, KELSEN, *Von Wesen und Wert der Demokratie*, trad. francesa *La démocratie – sa nature, sa valeur*, Paris, 1932, págs. 5 e segs. e 63 e segs.; HENRY B. MAYO, *An Introduction to Democratic Theory*, Nova Iorque, 1960, págs. 67 e segs. e 166 e segs.; CLAUDE LECLERCQ, *Le principe de la majorité*, Paris, 1971; GERHARD LEIBHOLZ, *O pensamento democrático como princípio estruturador na vida dos povos europeus*, trad., Lisboa, 1974, pág. 29; CARL COHEN, *Democracy*, trad. *Democracia*, Lisboa, 1975, págs. 89 e segs.; PIERRE FAVRE, *Unanimité et majorité dans le Contrat Social de Jean Jacques Rousseau*, in *Revue du droit public*, 1976, págs. 111 e segs., e *La décision de majorité*, Paris, 1976; HANS DAUDT e DOUGLAS W. RAE, *Social Contract and the Limits of Majority Rule*, in *Democracy, Consensus and Social Contract*, obra coletiva editada por Pierre Birnbaum, Jack Lively e Gerant Parry, Londres, 1978, págs. 335 e segs.; NORBERTO BOBBIO, CLAUS OFFE e SIRO LOMBARDINI, *Democrazia, maggioranza e minoranza*, Bolonha, 1981; GIUSEPPE TRIPOLI, *Osservazioni sul principio maggioritario e sui limiti*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1983, págs. 619 e segs.; ELAINE SPITZ, *Majority rule*, Nova Jérsea, 1984; FRANCESCO GALGANO, *Princípio di maggioranza*, in *Enciclopedia dei Diritto*, xxxv, 1986, págs. 547 e segs.; ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Minoranze e Maggioranze*, Turim, 1993; AUGUSTO CERRI, *Riflessioni giuridiche sul cosiddetto paradosso della “maggioranze cicliche”*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1991, págs. 3 e segs.; F. RUBIO LLORENTE, *Minorias y mayorias en el poder constituyente*, in *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentar*, 1991, n.º 3, págs. 31 e segs.; RICARDO L. CHUECA RODRÍGUEZ, *La regla y el principio dela mayoría*, Madrid, 1993; CELSO FERNANDES CAMPILONGO, *Direito e Democracia*, São Paulo, 1997; MARIA AGOSTINA CABIDDU, *Maggioranza, minoranza, eguaglianza*, Pádua, 1997.

Na doutrina portuguesa das últimas décadas, v. ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociologia de Técnica*, Coimbra, 1969, pág. 72; BARBOSA DE MELO, *Democracia e Utopia*, Porto, 1980, págs. 21 e 23; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Participação...*, cit., págs. 70 e segs.; MARIA DE ASSUNÇÃO ESTEVES, *A constitucionalização do direito de resistência*, Lisboa, 1989, págs. 131-132; JOSÉ SOUSA BRITO, *Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático*, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, obra coletiva, Lisboa, 1995, págs. 46-47; VITAL MOREIRA, *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. Legitimidade e limites da justiça constitucional*, *ibidem*, págs. 180 e segs.; JORGE CORTÉS, *O princípio da maioria. Natureza e limites*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1995, págs. 493 e segs.; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, Coimbra, 1998, págs. 947 e segs.; MARIA LÚCIA AMARAL, *op. cit.*, págs. 27 e segs.

28 O direito da maioria é sempre um direito em concorrência com o direito das minorias (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2004, pág. 329). E é desta ótica que se deve entender que a democracia não é consenso, mas conflito; é dialética de dissenso (GIOVANNI SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*, in *Rivista di Scienza Politica*, 1997, pág. 484).

29 Cfr. o art. 6.º da Constituição checa de 1992: “As decisões políticas resultam da vontade da maioria expressa pelo voto livre. A decisão da maioria assegura a proteção das minorias”.

2. As minorias políticas são sempre contingentes e variáveis. Diversas, porque permanentes, são as minorias étnicas nacionais, linguísticas e religiosas – que existem em não poucos Estados e que se repercutem nas respectivas estruturas constitucionais.

Sobre os direitos dos membros dessas minorias à proteção contra quaisquer discriminações e à preservação da sua identidade não pode ainda incidir a decisão de maioria.

3. A maioria não é fonte de verdade ou de justiça. É apenas forma de exercício do poder.

A decisão da maioria pressupõe a competência para decidir; não vale qualquer vontade maioritária, somente a que se forme no respeito das normas – constitucionais, legais, estatutárias, regimentais – que a estruturam e regulam. Donde, limites formais ou procedimentais a acrescentem aos materiais e aos orgânicos.

Requisitos de regularidade do procedimento hão de ser, nomeadamente, a convocação da eleição ou da deliberação nos termos previamente estabelecidos com carácter geral, a igualdade de todos os participantes, a liberdade de discussão e de voto, a pessoalidade do voto, a simultaneidade da votação e o rigor no apuramento dos resultados. E, quando se trate de órgãos colegiais, a reunião no tempo e no local próprios e a presença de mais de metade dos respectivos membros (*quorum*).

4. Instrumento de controlo da maioria é a justiça constitucional: controlo dos limites materiais e do procedimento; controlo indispensável, sobretudo, para garantia dos direitos fundamentais.



À legitimidade democrática corresponde a legitimidade do controlo jurisdicional como legitimidade das minorias ante a maioria³⁰. Nem se verifica aqui contradição, mas sim complementaridade. A justiça constitucional só se afigura contra-majoritária ao inviabilizar esta ou aquela pretensão da maioria, não no contexto global do sistema³¹.

5. Qualquer forma de governo funda-se em certos valores que, conferindo-lhe sentido, vêm, por um lado, alicerçar o consentimento dos governados e o projeto dos governantes e, por outro, construir o referente ideal de todos quantos por ela se batem.

Assim, por detrás da diversidade de concepções e formulações teóricas, avultam valores políticos sem os quais a democracia aparece desprovida de razão de ser. E eles são a liberdade e a igualdade³².

É porque todos os seres humanos são livres e iguais que devem ser titulares de direitos políticos e, assim, interferir conjuntamente, uns com os outros, na definição dos rumos do Estado e da sociedade em que têm de viver. É porque todos são dotados de razão e de consciência (como proclama, por seu lado, a Declaração Universal) que eles são igualmente chamados à participação cívica, capazes de resolver os seus problemas não pela força, mas pelo confronto de ideias e pelo seu sufrágio pessoal e livre.

30 PEDRO CRUZ VILLALÓN, *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, in *Legitimidade e legitimação...*, obra coletiva, pág. 87.

31 *Manual...*, VI, 6.ª ed., 2013, pág. 148.

32 Cfr. já ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, II, Paris, 1840 (na edição de 1951, II, págs. 29 e segs. e 392 e segs.).

A liberdade revela-se, portanto, do mesmo passo, fundamento e limite de democracia. Revela-se fundamento, visto que a participação na condução dos destinos comuns pressupõe a liberdade. E revela-se limite, visto que a democracia não pode pôr em causa a liberdade, e a maioria é sempre maioria de conjuntura, não maioria definitiva, pronta a esmagar os direitos da minoria³³.

6. É ainda em virtude de uma opção pela liberdade, e não, simplesmente, por impossibilidade da democracia direta, que se justifica a democracia representativa, porquanto:

- apenas na democracia representativa se distinguem (sem se cortarem pontes) espaço público e espaço privado, a esfera do Estado e a esfera da sociedade;
- do mesmo modo, apenas na democracia representativa, distinguem-se o cidadão e a pessoa na sua vida própria, não deixando esta ser absolvida pelo cidadão total (caso da Atenas antiga e, sobretudo, dos regimes totalitários do século XX);
- apenas a democracia representativa assegura a separação de poderes e a responsabilidade política dos governantes perante os governados;

33 A liberdade e a igualdade são os valores da democracia como fundamentos dos princípios jurídico-constitucionais em que ela se estrutura. Mas têm de ser complementados ou, doutra perspectiva, sustentados por critérios de ética política (ou valores democráticos em ação): o sentido de *Res Publica*, de coisa pública, de bem comum, a tolerância, o persuadir como único meio de convencer, o respeito pelos adversários, a lealdade, a transparência. Cfr., por exemplo, ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, trad., ParisBruxelas, 2000, págs. 194 e segs.; ou JORGE MIRANDA, *Sistema político e riscos de erosão do regime democrático*, in *JURISMAT*, 2015, págs. 17 e segs.



- somente a democracia representativa propicia o pluralismo e o contraditório (sem prejuízo do compromisso) no âmbito das assembleias representativas.

Não por acaso têm-se dito, muitas vezes, que ela não constitui um *minus* no confronto com a democracia direta. Constitui um *majus*.

II - ELEIÇÃO E ELEITORADO

A) Do direito de sufrágio ao eleitorado

1. O direito de sufrágio constitui o principal meio de participação política. Envolve uma liberdade *positiva*, de agir e decidir, sem deixar de conter uma vertente *negativa* de não constrangimento, não condicionamento, não ingerência por quem quer que seja³⁴.

É um direito fundamental *individual de exercício coletivo*. Cada cidadão exerceo por si, mas exerceo, a par e ao mesmo tempo, com os demais cidadãos, e todos integram aquilo a que se chama o eleitorado. E desse exercício coletivo provirá à eleição dos titulares dos órgãos representativos (a começar pelo Parlamento) e a formação de maiorias e de minorias.

³⁴ Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Philosophische Theorie. Studiensausage*, vol. 4, 2009, trad. *Teoria Política*, Lisboa, 2015, pág. 63: “Os direitos de participação e de comunicação política são liberdades positivas. Não garantem a liberdade perante constrangimentos exteriores, mas sim a participação numa prática comum; através de cujo exercício podem os cidadãos fazer de si aquilo que querem ser – sujeitos politicamente responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais”.

Por isso, torna-se possível e necessário reconduzir a pluralidade de votos, a expressão das vontades de todos os eleitores, à unidade. Por isso, torna-se possível falar em colégio eleitoral^{35 36}.

2. Com efeito:

- a) Os aspectos naturalísticos e sociológicos do ajuntamento ou da dispersão dos eleitores não devem prevalecer sobre os aspectos jurídicos das relações institucionais inerentes à eleição³⁷;
- b) O sufrágio, como um direito de exercício coletivo, é bem mais que o direito de manifestação e o direito de greve. Ele está predisposto sob uma organização e implica um procedimento ou um complexo de procedimentos de natureza jurídico-pública³⁸;

35 Tal como são colégios eleitorais os órgãos colegiais com competências eletivas ou como eram os colégios eleitorais *ad hoc* que “elegiam” o Presidente da República em Portugal, entre 1959 e 1974, ou no Brasil segundo a Constituição, de 1967/1969.

36 O termo *colégio* consente vários sentidos:

- a) restritíssimo – colégio, o mesmo que órgão colegial;
- b) restrito – o colégio como instituição com pluralidade de membros em igualdade de posições jurídicas;
- c) médio – o colégio como institucionalização das relações entre os sujeitos da atividade colegial;
- d) amplo – o colégio como modo de ser correspondente a qualquer atividade colegial ou como meio institucional em que decorre essa atividade.

É neste último sentido que falo em colégio eleitoral, à semelhança de A. ESMEIN, *Éléments de Droit Constitutionnel français et Comparé*, 7ª ed., I, págs. 310 e segs.; GIUSEPPE GUARINO, *De-liberazione, nomina, elezione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1954, pág. 87; COSTANTINO MORTATI, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Studi in memoria di V. E. Orlandi*, obra coletiva, II, Pádua, 1957, págs. 111 e segs. Contra: STEFANO VALENTINI, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Milão, 1968, págs. 64 e 65.

37 Não se contesta a heterogeneidade sociológica e política do colégio eleitoral, mas, após o voto, ela manifesta-se nos órgãos do poder do Estado e tudo o que precede o escrutínio reabsorve-se na vontade única que ele faz conhecer (GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, III, 2.ª ed., Paris, 1968, pág. 197).

38 Cfr. MARCELO NEVES, *A constituição simbólica*, São Paulo, 1994, págs. 72 e segs.



- c) A eleição insere-se e só pode ser compreendida conexa com certos procedimentos constitucional e legalmente imprescindíveis para o funcionamento do Estado – os de designação de titulares dos órgãos da função política;
- d) A votação ocorre de acordo com uma regra de simultaneidade – realiza-se no mesmo dia em todo o território eleitoral³⁹, salvo casos restritos de votos antecipados, mas, mesmo estes, só então são contados (por todos, arts. 79.º-A, nº 2, e 87º da Lei nº 14/79); e os resultados são anunciados ou proclamados à mesma hora ou no mesmo dia⁴⁰;
- e) Sejam quais forem as circunstâncias e as motivações subjetivas de cada eleitor, o sufrágio adquire o sentido objetivo de participação com os demais em obra comum e em vinculação à vontade maioritária que se convola em vontade coletiva⁴¹;
- f) A validade da eleição não depende tanto da validade de cada ato singular de voto quanto da validade das operações que possam afetar a formação da vontade comum – só se marca nova votação em qualquer assembleia de

39 Cfr. art. 32.º da Constituição francesa, de 1793: “O povo francês *reune-se* todos os anos, em 1 de Maio, para a realização das eleições”.

40 Cfr., a título comparativo, DENNIS F. THOMPSON, *Election time: normative implications of temporal properties of the electoral process in the United States*, in *American Science Review*, vol. 98, nº 1, Fevereiro de 2004, págs. 51 e segs., *maxime* 56 e segs.

41 Cfr. RUDOLF SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, trad. *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, 1985, págs. 79 e 85 e segs., considerando a eleição como uma forma de integração pela reincorporação ativa de todos os grupos na vida política.

Ou NIKLAS LUHMAN (*op. cit.*, pág. 131), dizendo que a incerteza dos resultados da eleição serve como motivo essencial para a colaboração comunicativa e para o compromisso.

voto em caso de impossibilidade da primeira ou só se repete a votação em caso de nulidade quando esteja em causa o resultado global (cfr., em Portugal, os arts. 90º, nº 1, e 119º da Lei nº 14/79, de 16 de maio, lei eleitoral para a Assembleia da República)^{42 43}.

3. Para se chegar à votação há de se percorrer um *iter* mais ou menos longo – desde a marcação da sua data à apresentação das candidaturas, aos atos jurídicos ligados à campanha eleitoral e à constituição das assembleias de voto. E nesse procedimento (ou série de procedimentos) intervêm ou podem intervir, além das candidaturas e dos cidadãos eleitores, vários órgãos do Estado, políticos, administrativos e jurisdicionais.

Tudo reside então em apreender a dialética da pluralidade dos votos e a agregação que se efetua por meio do apuramento. Se os votos, as manifestações de vontade dos cidadãos eleitores possuem conteúdos divergentes, nem por isso deixam de se dirigir a um mesmo efeito jurídico, à luz do interesse do Estado que é o normal funcionamento dos seus órgãos governativos⁴⁴. E pode, então, a final, falar-se num único ato jurídico, embora complexo – a eleição.

42 MANUEL FREIRE DE BARROS, *Natureza jurídica do recurso contencioso eleitoral*, Coimbra, 1998, pág. 81.

43 No mesmo sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (*Direito Civil – Teoria Geral*, II, 2ª ed, Coimbra, 2003, págs. 19-20), salientando a necessidade de distinguir o voto e a deliberação. Os vícios do voto que poderão levar à invalidade só atingem a deliberação, se superarem o que se costuma chamar a prova da resistência e seria preferível designar por *limiar da irrelevância*: se os votos subtraídos puserem em causa a maioria (ou a unanimidade) necessária para a deliberação ser aprovada.

44 Cfr. já PELLEGRINO ROSSI, *Cours de Droit Constitutionnel*, III, 2ª ed., Paris, 1877, pág. 426: no colégio é a reunião de um número maior ou menor de pessoas que devem concorrer todas para o mesmo fim, fazer uma operação em comum.



4. A teoria geral do Direito há muito vem distinguindo entre atos simples e complexos – sendo simples os que não se decompõem em outros atos e complexos os que resultam da conjugação de outros atos, com significado jurídico próprio –; nos atos complexos, por seu turno, considera homogêneos os que possuam o mesmo conteúdo com vontades paralelas, e heterogêneos os que possuam conteúdos diferentes, vontades divergentes, com decisão pelo *princípio da maioria*⁴⁵.

Dentre os atos complexos avultam os atos colegiais – aqueles em que o conjunto de declarações está submetido a uma regra que permite extrair juridicamente a vontade (normativa) da entidade a que respeita⁴⁶.

Manifestamente, a eleição, mesmo sem reunião física dos cidadãos, integra-se na categoria dos atos complexos e colegiais^{47 48}.

45 Assim, na doutrina portuguesa, por exemplo, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10ª ed., Coimbra, 1972; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª ed., Coimbra, 2002, págs. 27 e segs.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, págs. 16 e segs.; e ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito civil*, I, tomo I, 3.ª ed., Coimbra, 2005, págs. 462-463.

46 JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, II, pág. 19.

47 Sobre a eleição na perspectiva dos atos complexos e dos atos colegiais, v., na doutrina italiana, as posições diferentes de UBALDO PROSPERETTI, *L'elletorato politico attivo*, Milão, 1954, págs. 65 e 77 e segs.; COSTANTINO MORTATI, *op. cit.*, *loc. cit.*, págs. 121 e segs.; GIANNI FERRARI, *Gli atti costituzionali*, Turim, 2000, págs. 3 e segs.

Cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, *Eleição*, in *Verbo*, v, págs. 326 e segs.; PEDRO ALVARO JIMÉNEZ LUNA, *Procedimiento y acto complejo en los colegios representativos (en torno a la teoria de la colegialidad)*, in *Homenaje a José-Antonio Garcia-Travijano Fos*, obra coletiva, Madrid, 1982, págs. 559 e segs.; JUAN CARLOS GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, *Derecho Electoral Español*, Madrid, 1996, págs. 25 e segs.

Vale a pena ainda, em geral, reler PIETRO GASPARRI, *Studi sugli atti giuridici complessi*, Pisa, 1939; FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria General del Derecho*, trad., Madrid, 1955, págs. 447 e segs., *maxime* 456-457; GABRIEL ROUJON DE LA BOUBÉE, *Éssai sur l'acte juridique collectif*, Paris, 1961; JACQUES MOREAU, *À la recherche de l'acte complexe*, in *Pouvoirs*, 1988, págs. 75 e segs.

48 Uma perspectiva completamente diversa desta é a do ato-condição: a eleição enquanto investe o eleito numa situação jurídica objetiva já existente, atribuindo-lhe os poderes e os deveres que definem a disciplina normativa da respetiva função (J. CARLOS MOREIRA, *Lições de Direito Constitucional*, Coimbra, 1958, pág. 391).

5. Poderia objetar-se que, fazendo-se a eleição por círculos eleitorais locais (plurinominais ou uninominais), o esquema conceitual acabado de propor seria inaplicável à configuração de eleições a nível nacional.

Não é assim. Tal como se passa nas assembleias de voto para cada um desses colégios eleitorais locais, passa-se destes para o colégio eleitoral global. E tal como em cada colégio se obtém a designação destes ou daqueles representantes, igualmente no âmbito global se obtém a composição da Assembleia, da Câmara ou do Conselho a constituir e, por meio dela, a formação, ou não, desta ou daquela maioria. Continua a encontrar-se uma finalidade objetiva comum, e os deputados representam todo o país (ou, numa região autónoma, toda a região) e não os círculos por que são eleitos, como se lê na Constituição portuguesa (art. 152º, nº 2)⁴⁹; e esta é uma exigência incontornável dos Parlamentos modernos.

6. Tão pouco se afigura obstáculo de maior a eleição em sistema proporcional, com o aparente retalhar do eleitorado pelas candidaturas, às quais corresponderiam outros tantos colégios eleitorais (quer dizer: cada candidatura com deputados eleitos assentaria num próprio colégio eleitoral, o dos seus eleitores).

A representação proporcional desempenha um papel ambivalente. Por um lado, propiciando a presença no Parlamento das diversas corren-

49 Na linha do Ato Adicional à Carta de 1885 (art. 1.º) e da Constituição de 1911 (art. 7º, § 1.º) e à semelhança de Constituições tão diversas como a belga (art. 42º), a italiana (art. 67º), a alemã (art. 38.º), a francesa (art. 27º), a santomense (art. 93º, nº 2), a colombiana (art. 133º), a romena (art. 58º) ou a polaca (art. 104º).



tes políticas é certo que torna nítidas ou mais nítidas as clivagens que existam no eleitorado. Em contrapartida, essa presença constitui um fator de comunicação, de integração política e de confluência de orientações ou opções programáticas. O espectro da distribuição de votos pelas candidaturas tem por detrás o eleitorado como um todo.

B) O eleitorado, verdadeiro órgão

1. Órgão do Estado é o centro autónomo institucionalizado de emanção de uma vontade que lhe é atribuída, o centro de formação de atos jurídicos do Estado (e no Estado); a instituição, tornada efetiva por meio de uma ou mais de uma pessoa física, de que o Estado carece para agir (para agir juridicamente); o instrumento de mediação entre a coletividade e a vontade ou o poder que a unifica⁵⁰.

Ora, não é a eleição uma via de formação e manifestação da vontade do Estado? Como poderia ser-lhe exterior a designação dos titulares dos seus órgãos governativos? Tal ainda seria plausível à luz das conceções oitocentistas de separação entre Estado e sociedade^{51 52}; não hoje, quando a sociedade interage e interpenetra-se com o Estado, sofrendo o seu influxo constante.

50 JORGE MIRANDA, *Manual...*, V, 4ª ed., Coimbra, 2010, pág. 45.

51 Cfr. *Manual...*, III, 6ª ed., Coimbra, 2010, págs. 27 e segs., e autores citados.

52 A interpretação do mandato representativo dominante – fruto dessa separação e de uma visão não verdadeiramente democrática da representação política – não conseguia estabelecer mediação possível entre a nação ou povo e os órgãos do Estado, na medida em que sustentava que a nação só podia formar uma vontade e, por conseguinte, exercer a soberania através dos seus representantes (era o que, por exemplo, dizia expressamente o art. 26.º da Constituição, de 1822).

Nas associações e nas sociedades, compete às respectivas assembleias gerais, por regra, a eleição dos membros de direção e dos administradores (art. 170º do Código Civil e art. 391º do Código das Sociedades Comerciais). E ninguém contesta que as assembleias sejam seus órgãos. Como negar então ao eleitorado, à *assembleia geral dos cidadãos eleitores*, uma idêntica qualificação⁵³?

2. Não por acaso tem vindo, justamente, a aproximar-se a eleição do referendo.

Quando o povo vota em referendo, pode estar logo a aprovar ou a rejeitar uma lei ou um tratado ou, como sucede, em Portugal, com o regime restritivo adotado (art. 115º), a decidir se o Parlamento o deve aprovar ou rejeitar – quer dizer, ou se está diante de um ato da função política do Estado já por si eficaz ou diante de um ato político precedente e vinculativo de outro ato vinculativo. Ora bem: quando o povo vota em

53 Tomando também o eleitorado, o corpo eleitoral, como órgão, GEORG JELLINEK, *Allgemeinsteatslehre*, 1900, trad. castelhana *Teoria General del Estado*, Buenos Aires, 1954, págs. 441 e segs.; RAYMOND SALEILLES, *La Représentation Proportionnelle*, in *Revue du droit public*, 1899, pág. 386; CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, II, 1922, reimpressão, Paris, 1961, págs. 411 e segs. (se bem que considerando, a pág. 418, mais exato dizer que o corpo eleitoral e as Câmaras formam um órgão único, no sentido de que a vontade do Parlamento é encarada pela Constituição como devendo ser conforme com a vontade, suposta ou manifestada por via eleitoral, pelo corpo dos cidadãos); MAURICE HAURIUO, *Précis de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., Paris, 1929, págs. 553 e segs.; UBALDO PROSPERETTI, *op. cit.*, págs. 65 e segs.; COSTANTINO MORTATI, *Note...*, cit., *loc. cit.*, pág. 134; QUEIROZ LIMA, *Teoria do Estado*, 8.ª ed., Rio de Janeiro, 1957, pág. 216; JEAN-MARIE AUBY, *La théorie du pouvoir de suffrage en droit constitutionnel français*, in *Politique. Revue internationale de Doctrine et des Institutions*, 1958, págs. 299 e segs.; JORGE XIFRA HERAS, *Consideraciones sobre la función política*, in *Revista de Estudios Políticos*, nº 109, Janeiro-Fevereiro de 1960, pág. 67; GEORGES BURDEAU, *op. cit.*, III, 1968, págs. 194 e 195 e segs. (embora falando também em força neutra); PIETRO VIRGA, *Diritto Costituzionale*, 6ª ed., Milão, 1967, págs. 131 e segs.; MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Lisboa, 6ª ed., I, Coimbra, 1970, pág. 509; NESTOR PEDRO SAGÜES, *Elementos de Derecho Constitucional*, I, Buenos Aires, 1993, pág. 327; LOUIS FAVOREAU et alii, *Droit Constitutionnel*, 3ª ed., Paris, 2004, pág. 44.



eleição geral não menos deixa de tomar uma decisão ou de definir uma diretriz – a decisão ou a diretriz sobre como deve conformar-se a vida coletiva durante o período imediato (o período do mandato presidencial ou da legislatura)⁵⁴.

Perguntar-se-á, porém, se se justifica falar em decisão no caso de a eleição não provir nenhuma maioria partidária ou de coligação, devolvendo-se ao jogo de grupos parlamentares ou à intervenção do presidente da República a escolha, por hipótese, entre mais de uma solução governativa, com as inerentes linhas programáticas.

Responder-se-ia talvez que o não se dar a maioria a nenhuma força política já por si envolveria uma decisão política. Mais razoável, entretanto, parece entender que os resultados eleitorais permitem, em qualquer caso, captar indicações e uma manifestação de vontade colegial, cuja interpretação pode ser mais ou menos evidente conforme as circunstâncias⁵⁵.

3. No referendo não vê como negar ao eleitorado a categoria de verdadeiro órgão do Estado, por ele formar, diretamente, dum modo ou doutro, uma vontade que lhe é imputável. Mas algo de semelhante se verifica na eleição, visto que, por meio dela, forma-se uma vontade que não pode ser estranha ao Estado, que tem de lhe ser imputada⁵⁶.

54 Cfr. HERBERT TINGSTEN, *The Problem of Democracy*, trad., Nova Iorque, 1965, págs. 96 e 97; REINHOLD ZIPPELIUS, *Allgemeinestaatslehre*, 1992, 3.ª ed. portuguesa *Teoria Geral do Estado*, Lisboa, 1997, pág. 254; FULCO LANCHESTER, *Gli Strumenti della Democrazia*, Milão, 2004, págs. 151-152.

55 UBALDO PROSPERETTI, *op. cit.*, págs. 79-80.

56 Por todos, CARLO CERETI, *Diritto Costituzionale Italiano*, 7ª ed., Turim, 1966, pág. 237.

Por o eleitorado proceder à designação do presidente da República e dos deputados (e dos titulares de outros órgãos colegiais eletivos), ele surge como *órgão primário*^{57 58}. Não enquanto *órgão de governo* na acepção estrita do termo⁵⁹, pois governar postula continuidade, atividade permanente e congruente, constante virtualidade de adaptação aos acontecimentos e às necessidades económicas e sociais. A periodicidade de eleição (arts. 109, nº 1, e 113º, nº 1) é, do mesmo passo, garantia do sufrágio e garantia de um tempo útil para governar.

O sentido da decisão torna-se particularmente nítido quando o eleitorado é chamado a votar após dissolução, arbitrando um conflito ou efetivando a responsabilidade política da maioria parlamentar de apoio ao Governo⁶⁰. Todos os meios de efetivar a responsabilidade, *maxime* as eleições gerais, servem tanto para emitir um juízo sobre o passado como para traçar um rumo para o futuro⁶¹.

57 JELLINEK, *Teoria General...*, cit., pág. 443. Cfr., em pensamento próximo, KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1960, 2ª ed. portuguesa *Teoria Pura do Direito*, II, Coimbra, 1962, pág. 189; ou KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1995, trad. portuguesa *Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, 1998, pág. 126.

58 Cfr., diferentemente, QUEIROZ LIMA, *op. cit.*, pág. 217, para quem a função eleitoral não é uma função de governo, mas uma atividade própria da massa governada, um poder de controlo, de equilíbrio, uma modalidade coordenada, sistematizada, ativa do poder de resistência.

59 Ao invés, tomando o sufrágio como “função de governo”, AFONSO QUEIRÓ, no parecer n.º 15-IX da Câmara Corporativa, in *Diário das Sessões da Assembleia Nacional*, 1968, suplemento ao n.º 156, pág. 2860-(4), dizendo que o sufrágio é uma “função de governo”.

60 Cfr. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, pág. 417; FRANCESCO ROVELLI, *Osservazioni sulla natura dell'elettorato politico attivo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1955, págs. 22 e segs.; KARL LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre*, 1959, trad. castelhana *Teoria de la Constitución*, Barcelona, 1964, pág. 327; MIGUEL CALVÃO TELES, *Dissolução*, in *Verbo*, VI, 1ª ed., pág. 1.534.

61 JORGE MIRANDA, *Colégio eleitoral*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, II, 1.972, pág. 484.



C) O poder eleitoral

1. SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA propôs acrescentar aos três poderes clássicos – legislativo, executivo e judicial – um poder conservador e um *poder eleitoral*.

Este consistiria em “eleger e nomear para os empregos tanto civis como políticos e designar os cidadãos que, pelos seus méritos, se tiverem tornado dignos das recompensas nacionais”. E, apesar de a eleição ser vista como designação, ele ligava o poder eleitoral à responsabilidade política perante o “tribunal da opinião pública”, por meio de eleições gerais anuais em que haveria a possibilidade de revogação do emprego dos titulares designados⁶².

Quase ao mesmo tempo, JOSÉ FERREIRA BORGES definia o poder eleitoral como o poder de “escolha, nomeação e delegação da força individual do sócio” e considerava-o a fonte de todos os outros poderes e o princípio motor da organização social⁶³.

Outros autores, ainda na época liberal, adotariam conceito semelhante: SISMONDE DE SISMONDI, contrapondo poderes do povo a poderes independentes do povo⁶⁴; J. ORTOLAN, sublinhando que fabricar as leis e votar os votantes do orçamento é um poder e que, se

62 O conceito aparece já no *Cours de Droit Public Interne et Externe*, Paris, 1830, págs. 372 e segs.; e seria retomado no *Projecto de Código Político para a Nação Portuguesa*, Paris, 1838, págs. 62 e segs.; no *Manual do Cidadão em um Governo Representativo*, 1834 (na edição facsimilada de Brasília, pág. 112); e no *Précis d'un Cours de Droit Public, Administratif et des Gens*, I, Lisboa, 1845, págs. 52 e segs.

Cfr. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Para a história do Direito Constitucional Português: Silvestre Pinheiro Ferreira*, Coimbra, 2005, págs. 309 e segs.

63 *Cartilha do Cidadão Constitucional dedicada à Mocidade Portuguesa*, Londres, 1832, pág. 14.

64 *Études sur les Constitutions des peuples libres*, Bruxelas, 1839, págs. 33 e segs. e 123 e segs.

todos os outros podem parecer acima dele, é porque ele os sustenta a todos⁶⁵; M. DE BARANTE⁶⁶; L. PALMA⁶⁷; A. SAINT-GIRONS, para quem o poder eleitoral seria encarregado de conservar no governo o seu carácter nacional, renovando em cada período o seu poder legislativo⁶⁸; ou MAURICE HAURIUO, definindo o poder eletivo ou de sufrágio como a organização jurídica do assentimento⁶⁹.

Curiosamente, em pleno regime autoritário de Salazar, F. PEREIRA DOS SANTOS não deixava de considerar o poder de sufrágio, na senda de HAURIUO, atribuindo-lhe três funções: 1ª. os cidadãos deveriam controlar a política seguida pelos governantes; 2ª. deveriam escolher os titulares dos diversos poderes; 3ª. seria desejável que, por meio dele, participassem na elaboração das leis⁷⁰.

Pelo contrário, nos últimos tempos, não são muitos os autores⁷¹ que se referem a poder eleitoral. Tal dever-se-á, sobretudo, a muito menor

65 *De la souveraineté du peuple*, Paris, 1848, pág. 29, nota.

66 *Questions constitutionnelles*, Paris, 1849, pág. 17.

67 *Sul potere elettorale*, Milão, 1869.

68 *Essai sur les séparations des pouvoirs*, Paris, 1881, págs. 358 e 359.

69 *La Souveraineté Nationale*, Paris, 1912, págs. 53 e segs.; e *Precis...*, cit., págs. 351 e 544 e segs.

70 *Un État Corporatif – La Constitution Sociale et Politique Portugaise*, 2ª ed., Paris-Porto, 1940, págs. 347 e segs.

71 Entre eles, JEAN-MARIE AUBY, *La théorie...*, cit., loc. cit., págs. 299 e segs.; MARCEL PRÉLOT, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 4.ª ed., Paris, 1969, pág. 66; ARMANDO MARQUES GUEDES, *Sistemas políticos*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, obra coletiva, II, Coimbra, 1.993, pág. 267; NESTOR PEDRO SAGÜÉS, *Elementos de Derecho Constitucional*, I, Buenos Aires, 1993, págs. 327 e segs.; JEAN GICQUEL, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 14ª ed., Paris, 1995, págs. 540 e segs.; GIUSEPPE CHIARA, *Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di libertà ed eguaglianza*, Milão, 2004, pág. 106; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas* cit.; MONICA HERMAN SALEM GAGLIANO, *Direito Parlamentar e Direito Eleitoral*, São Paulo, 2004.



importância conferida à teoria da separação de poderes. A tendência dominante, bem ou mal, tem sido para estudar a eleição na perspectiva do direito de sufrágio, e não da organização do Estado⁷².

2. A Constituição portuguesa, de 1976, não fala em “poder eleitoral”, do mesmo modo que não alude, ao contrário das Constituições liberais, a “poderes do Estado” (embora o termo “órgãos de soberania” remonte ao art. 6º da Constituição, de 1911). Em vez da separação de poderes por poderes-funções, preferiu adotar a separação, mais realista e mais elaborada, de separação e interdependência de órgãos (art. 111º, inicialmente 114º).

O eleitorado não aparece definido como órgão de soberania (art. 110º, inicialmente 113º). No entanto, todo o título I da parte III, a parte respeitante à organização do poder político, está centrado na participação política dos cidadãos: arts. 108º, 109º, 113º, 114º, 115º (introduzido em 1989), 117º, nº 1, e 118º. E *expressis verbis* enunciam-se os princípios gerais de Direito eleitoral (art. 113º).

D) Órgão do Estado ou órgão do povo?

1. Não é unânime, longe disso, a recondução do colégio eleitoral a órgão; e há quem sustente que, a ser órgão, é órgão do povo, e não do Estado, pois a vontade que forma apenas pode aparecer como vontade do Estado enquanto mediatizada pelo povo.

⁷² Quanto à Constituição, a única que sabemos que alude a poder eleitoral é a venezuelana de 1999, mas no sentido de administração eleitoral (arts. 292º e segs.).

Recorrendo à noção de *autarquia* como capacidade de governo ou de gestão dos interesses próprios, disse-se que a função eleitoral seria uma função pública não estatal, uma manifestação de autarquia ou de autogoverno popular; a vontade do povo não valeria senão como vontade dele, e não do Estado⁷³. Outros têm encarado o eleitorado como *gestor de negócios* do povo⁷⁴. Outros ainda têm aludido a *exercício privado de funções públicas*⁷⁵.

Também há na doutrina portuguesa quem sustente que o eleitorado é órgão do povo, com fundamento em a Constituição reconhecer ao povo a titularidade da soberania e estabelecer que o povo exerça o seu poder pelo sufrágio (arts. 1º, 2º, 3º e 111º). E esse dualismo povo-Estado ficaria confirmado por os resultados eleitorais terem de ser declarados por órgãos estatais, como as assembleias de apuramento geral.

Além disso, afirmando a Constituição que determinados órgãos do Estado representam o povo e, como os órgãos se confundem juridicamente com a pessoa a que pertencem, daqui decorreria a existência de uma relação de representação entre o Estado e o povo/cidadãos. Ora, relações de representação são próprias de pessoas distintas⁷⁶.

73 SANTI ROMANO, *Diritto Costituzionale Generale*, reimpressão, Milão, 1947, págs. 222 e 251; BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto Costituzionale – Istituzioni di Diritto Pubblico*, 8.ª ed., Nápoles, 1969, págs. 127 e segs. e 185 e segs.

74 MAURICE HAURIUO, *La Souveraineté...*, cit., págs. 97 e segs.

75 De certa maneira, VINCENZO ZANGARA, *Configurazione giuridica dell'elettorato politico attivo*, in *Studi di Diritto Costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, obra coletiva, Milão, 1952, págs. 30-31.

76 EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *A soberania popular em Direito Constitucional, in Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, obra coletiva, I, Coimbra, 1996, págs. 439 e segs., *maxime* 496.



Mas rejeitamos esta tese frontalmente, por ela desconsiderar a ligação entre povo e Estado, a imputação dos atos e o alcance da representação política, alicerces da eleição moderna.

2. Em primeiro lugar, julgamos menos correta uma visão dualista de Estado e povo, porque nem se imagina (sob uma perspectiva estritamente jurídica) Estado sem povo, nem povo sem Estado.

O povo só existe, jurídica e politicamente, por meio do Estado; é sempre o povo de um Estado em concreto, dependente da organização específica desse Estado (e a ela também subjacente). O povo, que nasce com o Estado, não subsiste senão em face da organização e do poder do Estado, de tal sorte que a eliminação de uma ou de outra acarretaria automaticamente o desaparecimento do povo como tal.

Pensar em Estado equivale a pensar em comunidade e em poder organizados ou, doutro prisma, em organização da comunidade e do poder; equivale a pensar em comunidade ao serviço da qual está o poder e em organização que imprime caráter e garantias de perdurabilidade a uma e outro.

3. Nem se enxerga contradição em assimilar a soberania, o poder político, ao poder do Estado e declarar que o poder reside no povo (art. 3º, nº 1) ou pertence ao povo (art. 108º). São níveis e fenómenos distintos a incidibilidade do poder do Estado e a representação política, como se viu atrás.

Sim, porque dado como existente o Estado, *qualquer Estado*, importa organizar nele o poder. Organizá-lo sob forma democrática significa conferir a titularidade *política* à própria *universitas civium*, não admitir outros governantes senão os que dela tirem a sua legitimidade para se fazer obedecer e criar mecanismos adequados (embora variáveis de país

para país e de época para época) de tomada de decisões. E organizá-lo sob forma democrática representativa significa dividi-lo entre o povo, o eleitorado, e os órgãos governativos. Num sistema semipresidencial, como o português atual, o povo elege o presidente da República e os deputados; estes e o Governo asseguram as funções de governar, a direção quotidiana da coisa pública.

Quanto a serem órgãos do Estado, a proclamar os resultados eleitorais, tal não traduz senão uma colaboração com outro órgão do Estado, o eleitorado – semelhante desse prisma, porventura, à que intercede na posse do presidente da República perante o Parlamento ou à nomeação de membros do Governo pelo presidente da República.

4. Admitir o dualismo Estado-povo implicaria admitir duas vontades distintas e a eventualidade de conflitos. Contudo, justamente por o povo não poder formar uma vontade que não seja a do Estado, nunca tal seria possível (e, se, acaso, fosse possível, os conflitos seriam conflitos do Estado consigo mesmo, o que seria absurdo).

Algo de parecido se diga da ideia de gestão de negócios, por também pressupor o dualismo; e da ideia de exercício privado de funções públicas, incompatível com o *status activae civitatis* inerente ao sufrágio.

5. Muito menos poderia invocar-se o facto da existência de não eleitores – os menores, os incapazes por anomalia psíquica, os condenados judicialmente em pena de privação de direitos políticos (por todos, art. 2º da Lei nº 14/79) – para defender que o eleitorado (ou seja, o conjunto de cidadãos eleitores) representaria o povo (ou seja, o conjunto de cidadãos com e sem capacidade eleitoral ativa). Por razões óbvias.

Primo, não poderia uma parte do povo representar o povo todo. *Secundo*, os cidadãos não eleitores não constituem uma entidade *a se*, dis-



tinta, autónoma, suscetível de estabelecer uma relação representativa (muito menos, se análoga às de Direito privado) com o eleitorado. *Tertio*, com o sufrágio universal, a falta de capacidade eleitoral e as incapacidades são sempre temporárias.

Os titulares dos órgãos eletivos representam quer os cidadãos eleitores quer os não eleitores nas mesmas condições em que os deputados eleitos por um círculo eleitoral representam a totalidade do povo⁷⁷, sem necessidade de mediatização.

6. Nem o povo representa o Estado, ele é o Estado; nem o eleitorado representa o povo, ele é o povo. Quem representa o povo são aqueles que ele elege, por meio do eleitorado.

Na sua *Teoria da Constituição*, CARL SCHMITT reduz a diversidade das formas políticas à prevalência de um ou outro de dois princípios opostos: o da identidade e o da representação. O primeiro envolve a atuação política do povo, que se identifica consigo próprio como unidade política. A segundo parte da ideia de que a unidade política do povo como tal nunca pode achar-se presente em identidade real e, por isso, tem de estar representada pessoalmente por certos homens⁷⁸.

Parece plausível interpretar este texto, justamente, como realçando, por um lado, a identidade entre povo e eleitores e, por outro, o vínculo de representação política entre o povo, por meio do eleitorado, e os titulares dos órgãos eletivos.

⁷⁷ Assim, J. EUGÉNIO FERREIRA, *Da organização da primeira ou única câmara*, Coimbra, 1905, pág. 104.

⁷⁸ *Verfassungslehre*, 1927, trad. *Teoria de la Constitución*, Madrid, 1934 (reimpresão, México, 1966), págs. 236 e segs.

Obviamente, os titulares dos órgãos eletivos, os governantes serão tanto mais representativos do povo, no plano da realidade constitucional, quanto mais amplo for o eleitorado, aproximando-se do sufrágio universal e direto. Não obstante, em estrita lógica, ainda que o sufrágio seja restrito – como aconteceu em Portugal até 1974 – continuam a revelar-se ambos os princípios. E tanto é órgão do Estado o eleitorado do sufrágio universal quanto o do sufrágio restrito⁷⁹.

7. A participação de não portugueses em eleições – de brasileiros com estatuto de igualdade de direitos políticos em todas as eleições, de cidadãos de países da União Europeia na eleição de deputados ao Parlamento Europeu e de cidadãos de quaisquer países, em regime de reciprocidade, nas eleições para os órgãos municipais – provoca alguma perplexidade, encarada à luz da atribuição do poder ao povo. Como poderia o eleitorado equivaler ao povo se nele entrarem pessoas que não entram no povo?

Esta dificuldade é real. No entanto, pode, ainda assim, observar-se: 1º. que a atribuição de direito de voto a não cidadãos pressupõe ou laços privilegiados entre os Estados – caso dos brasileiros e dos cidadãos de países da União Europeia – ou a relevância específica de vizinhança, de

⁷⁹ Contra-argumentar-se-ia talvez alegando estarmos aqui perante uma verdadeira ficção: como é que, somente tendo direito de voto no século XIX percentagens pequenas de cidadãos ou antes de 1974, em Portugal, 1.800.000 cidadãos para uma população de 8.500.000, esse eleitorado poderia identificar-se com o povo?

Responder-se-ia que estamos a raciocinar em moldes jurídicos, e não em termos sociológicos; e que era a Constituição ou a lei que estabeleciam a correspondência entre esses eleitorado e o povo; e que nem sequer poderia supor-se que houvesse aí uma representação do povo pelo eleitorado (tal como não há hoje, em sufrágio universal), por inexistir outra manifestação de vontade do povo que não a do próprio eleitorado.

Responder-se-ia ainda que, de qualquer modo, nada disso comprometeria – até pelo contrário – a conformação do eleitorado como órgão do Estado, mesmo quando dotado de menor capacidade de intervenção ou influência política.



comunidade local – caso dos estrangeiros residentes nas eleições para os órgãos dos municípios; 2º. que, de todo o modo, trata-se de situações relativamente limitadas e que, no contexto de eleições para órgãos do Estado, só no limite se refletirão nos resultados; 3º. que os eleitores estrangeiros acabam, por conexão, por se agregarem aos cidadãos portugueses dentro da sociedade ou democracia inclusive em que redundam o Estado democrático e social de Direito⁸⁰.

80 Além dos autores atrás citados, cfr. MARCOS FRANCISCO MASSO GARROTE, *Aspectos políticos y constitucionales sobre la participación electoral de los extranjeros en el Estado nacional*, in *Revista de Estudios Políticos*, n.º 97, Julho-Setembro de 1997, págs. 176 e segs.; e, numa posição diversa, ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la Constitution démocratique*, Paris, 2000, págs. 284-285.

ACESSO AO MEDICAMENTO: O CASO DA HEPATITE C EM PORTUGAL ¹

ACCESS TO MEDICINES: THE CASE OF HEPATITIS C IN PORTUGAL

AQUILINO PAULO ANTUNES

Resumo

Neste artigo são equacionados alguns dos problemas que influem na prática de preços elevados por parte das companhias farmacêuticas no fornecimento de medicamentos inovadores com elevado potencial terapêutico, tomando como paradigma o caso dos medicamentos indicados para a Hepatite C, e propomos a adoção de um mecanismo destinado a assegurar a comportabilidade financeira SNS na aquisição desses medicamentos.

Palavras-chave: Hepatite C. Sofosbuvir. Preço. Medicamento. Vantagem terapêutica.

1 O autor optou por assumir revisão gramatical própria.



Abstract

In this article, we consider some of the problems that influence high pricing practices by pharmaceutical companies for supplying innovative drugs with high therapeutic potential, by taking as a paradigm the case of the medicines indicated for Hepatitis C, and we propose the adoption of a mechanism aimed at ensuring the financial sustainability of SNS in the purchase of these medicines.

Keywords: *Hepatitis C. Sofosbuvir. Price. Medicinal product. Therapeutic advantage.*

INTRODUÇÃO

Neste documento, analisaremos a problemática do acesso ao medicamento e a problemática suscitada pelo medicamento *Sofosbuvir* indicado para a hepatite C. Não tratamos de discutir os aspectos éticos do acesso ao medicamento, pois trata-se de matéria amplamente debatida na sociedade portuguesa e nas sedes próprias². Sob o ponto jurídico, importa apenas recordar que a Constituição da República Portuguesa (CRP) prevê, no seu artigo 64^o sobre o direito à saúde, a obrigação de o Estado assegurar a existência de um Serviço Nacional de Saúde (SNS) universal, geral e tendencialmente gratuito, bem como prevê o princípio da socialização dos custos dos produtos medicamentosos.

² Cfr. Parecer nº 64/CNECV/2012, de setembro de 2012, *Parecer Sobre Um Modelo de Deliberação Para Financiamento do Custo dos Medicamentos*. Cfr., sobre o mesmo tema, Barros, Pedro Pita (2013), *Economia da Saúde: Conceitos e Comportamentos*, 3^a Edição Actualizada, Coimbra, Almedina, 432 e ss.

Julgamos, no entanto, que o caso do medicamento *Sofosbuvir* veio evidenciar a tensão entre o acesso a medicamentos por quem deles necessita no quadro de um Serviço Nacional de Saúde e de um princípio de socialização dos custos com medicamentos, constitucionalmente previstos, por um lado, e a necessidade de comportabilidade orçamental, por outro, principalmente num contexto de crise económica e de resgate financeiro que Portugal tem atravessado.

Mas, mais importante do que isso, é o facto de o caso evidenciar a insuficiência dos meios jurídicos ao dispor do Estado para criar condições que permitam assegurar aquelas suas obrigações constitucionais e, nomeadamente, assegurar o acesso ao medicamento, bem como garantir a comportabilidade orçamental, de modo a garantir o SNS com as características exigidas na CRP.

Assim, neste documento, identificam-se alguns mecanismos que, em certo contexto histórico, foram adoptados e tiveram por efeito garantir rendimento para a indústria farmacêutica e, de algum modo, financiaram a investigação e desenvolvimento de novos fármacos. Esses mecanismos constituem agora factores de ordem institucional que implicam constrangimentos à intervenção do Estado português, enquanto financiador da aquisição de medicamentos para o Serviço Nacional de Saúde, particularmente quando está em causa a aquisição de medicamentos *life saving*, mas que são apresentados pela indústria farmacêutica com preços incomportáveis para o mesmo SNS.

Os referidos mecanismos permitem a maximização de benefícios, ou ao menos são aptos à captura de renda, pela indústria farmacêutica. O facto de alguns desses regimes relevarem do direito internacional ou do direito da União Europeia constitui um factor adicional de dificuldade,



pois uma intervenção nacional desconforme com esses ordenamentos jurídicos de nível superior pode conduzir à aplicação de sanções por parte das entidades supranacionais competentes, sendo certo que uma eventual alteração dos mesmos regimes exige coordenação com as demais entidades e Estados partes dessas instâncias, o que é naturalmente moroso, difícil e de resultado incerto.

Igualmente se demonstra a inadequação dos métodos de avaliação fármaco-económica actualmente utilizados em Portugal e na maior parte dos países da Europa. Com efeito, estes métodos, tal como os referidos mecanismos institucionais, eram menos relevantes numa época de declínio da inovação terapêutica e de crescimento de custos com investigação e desenvolvimento, sendo certo que até importava incentivar o investimento nessa área.

Porém, a situação alterou-se e os métodos de avaliação passaram a revelar-se inapropriados a partir do momento em que começaram a surgir medicamentos verdadeiramente inovadores e *life saving*. Estes medicamentos criam condições para que, ao abrigo dos métodos vigentes, a indústria farmacêutica exija preços que comprometem o acesso ao medicamento por parte de quem dele necessita, sendo que o Estado português não dispõe de argumentos negociais ou de meios regulamentares ou legais que lhe permitam a aquisição a preços orçamentalmente comportáveis, ficando em risco de comprometer o acesso a outras prestações de saúde ou de ter de aumentar impostos, o que numa época de elevados impostos e de crise económica, é apto a conduzir a perdas absolutas de bem-estar.

Nessa medida, propõe-se neste documento a adopção de um mecanismo que permita o controlo dos preços, no caso de impossibilidade de consenso do Estado português com a empresa produtora do medica-

mento. Esse mecanismo permite baixar os custos de transacção, definindo previamente os direitos de propriedade, ou as balizas negociais das partes (Estado e indústria), facilitando, assim, a obtenção de uma solução negociada. Caso, de todo em todo, tal se revele impossível, esse mecanismo permite reconduzir o preço do medicamento a preços mais racionais, que permitam aliviar alguma pressão orçamental.

A solução proposta tem, em nossa opinião, algumas vantagens que procuraremos enunciar adiante.

1. ANTECEDENTES

A situação a que se chegou, parte, quanto a nós, de uma fase de declínio da descoberta de novos fármacos verdadeiramente inovadores, tendo-se depois evoluído para uma prática de criação de mecanismos de captura de renda pela indústria farmacêutica.

Vejamos então.

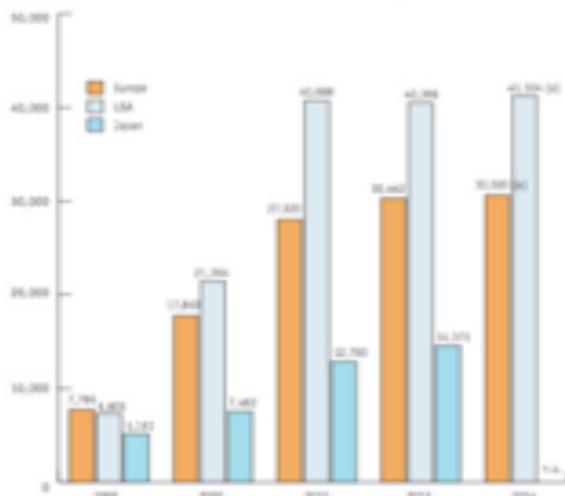
1.1. A tendência de redução dos resultados da investigação farmacêutica

Pode dizer-se que, de uma maneira geral, a tendência das últimas décadas, desde 1990, tem sido de um significativo crescimento da despesa em investigação e desenvolvimento de novos fármacos.

Isso mesmo parece resultar da informação disponível na página electrónica da Associação Europeia da Indústria Farmacêutica (EFPIA):



PHARMACEUTICAL R&D EXPENDITURE IN EUROPE, USA AND JAPAN
(MILLION OF NATIONAL CURRENCY UNITS*), 1990-2014



* Note: Europe: € million; USA: \$ million; Japan: ¥ million x 100

(x): estimate

Source: EFPIA member associations, PHARMA, JPPIA

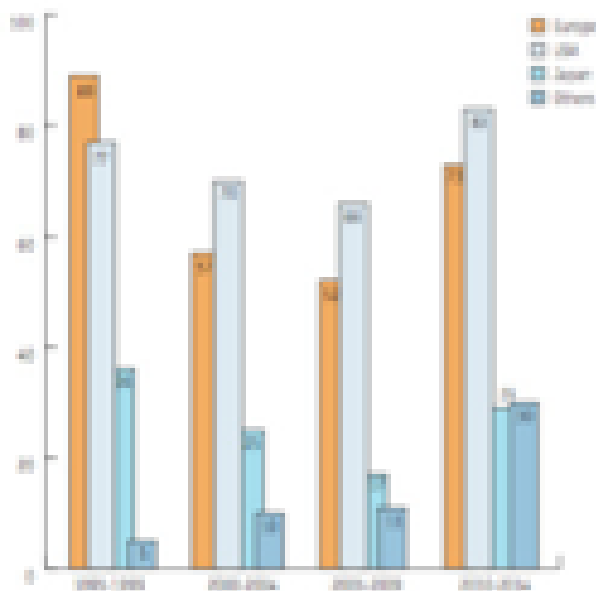
Todavia, os resultados dessa investigação e desenvolvimento não têm acompanhado de modo linear o investimento feito. Ou seja, na segunda metade da década de 1990, com menor investimento, foi investigado e desenvolvido um número superior de novos fármacos, quando comparado com o que sucedeu na primeira e na segunda metade da década de 2000.

A situação é de tal ordem que, actualmente, com quatro vezes mais investimento na União Europeia, se alcança menor número de novos fármacos desenvolvidos do que ocorria na década de 1990.

Isso mesmo resulta claro de um outro gráfico disponibilizado pela EFPIA:

[Voltar ao índice](#)

NUMBER OF NEW CHEMICAL OR BIOLOGICAL ENTITIES (1995-2014)



Source: OECD - EPLA calculations (according to nationality of mother company)

Claro que esta disparidade pode suscitar outras ordens de considerações que agora não importa equacionar, mas que poderiam, por exemplo, passar pelo empolamento de custos ou pelo aumento do pagamento aos investigadores, ou ambos.

1.2. A estratégia de criação de mecanismos jurídicos proteccionistas e de captura de renda

Naturalmente que, além da compensação pelo investimento em investigação e desenvolvimento, as empresas farmacêuticas igualmente



pretendem satisfazer os seus accionistas – em muitos casos, estes accionistas são fundos de investimento – por via do aumento do valor das suas acções³. Por isso, o interesse dessas entidades, mais do que a protecção da saúde, é o de aumentar o rendimento dos seus accionistas e, ao mesmo tempo, permitir que os seus gestores auferam avultados prémios assentes nos desempenhos em termos de vendas. A satisfação desse interesse encontrava-se comprometido num quadro de redução do número de novos fármacos.

Neste contexto, a indústria farmacêutica precisava de garantir a criação de mecanismos que, por um lado, compensassem o investimento efectuado em investigação e desenvolvimento e, por outro, compensassem a perda de rendimento decorrente do decréscimo da descoberta de novos fármacos, bem como permitissem remunerar os accionistas e premiar os gestores. É assim que surgem diversos mecanismos jurídico-institucionais que enformam o actual regime jurídico do medicamento.

Grande parte desses mecanismos visa essencialmente a captura de renda, entendida esta como a obtenção de ganhos injustificados, por parte da indústria farmacêutica, ao mesmo tempo que através de várias “camadas” de mecanismos jurídicos – um pouco à semelhança do que sucede com as patentes cruzadas –, impede ou dificulta a actuação por parte do Estado no sentido da correcção da eventual falha de mercado.

Como é fácil compreender, o Estado português terá maior dificuldade de intervenção se os mecanismos em causa relevarem do direito internacional ou do direito da União Europeia, pois a sua vontade é insuficiente para, sem o concurso de outros membros das respectivas organizações,

³ Lamata, Fernando, Ramón Gálvez, Pedro Pita Barros & Javier Sánchez Caro (2015), Acesso aos Novos Medicamentos: o Exemplo da Hepatite C – Custos, Preços e Patentes, paper, disponível em: www.infarmed.pt, p. 9.

produzir as modificações necessárias. Mas, mesmo ao nível nacional, a interdependência de alguns regimes dificulta uma eventual intervenção, em termos céleres e eficazes.

Assim, de há várias décadas a esta parte, e em particular a partir da década de 1990, que a indústria farmacêutica vem procurando e conseguindo criar condições para a criação pelos Estados de mecanismos jurídicos que visam proteger os medicamentos já colocados no mercado, e em especial os de marca, bem como para a criação de barreiras à entrada de concorrentes, com o objectivo, explícito ou implícito, de maximizar a renda obtida com a comercialização daqueles medicamentos, ou, pelo menos, sendo este um dos resultados a que acaba por chegar-se.

De resto, este tipo de actuação, no sentido do condicionamento pela indústria das decisões públicas, tendo em vista a adopção de medidas que lhe sejam favoráveis, encontra-se bem estudado pelos cultores da *public choice theory*. Esta teoria demonstra que parte significativa das intervenções públicas, dos mais variados actores públicos, acaba por produzir resultados diversos dos esperados⁴. Neste caso, em vez de conduzir a resultados conforme o interesse público, conduz por vezes a resultados conformes com os interesses da Indústria Farmacêutica.

Salientamos a década de 1990 como um marco importante nesta matéria, porque a mesma registou, por um lado, o declínio do número de novos medicamentos descobertos pela indústria e, por outro, a conclusão, em 1994, do Tratado que cria a Organização Mundial do Comércio (OMC) no âmbito do *Uruguay Round*. Este Tratado é importante por dois aspectos. Primeiro, porque inclui em anexo o denominado Acordo TRIPS,

4 Buchanan, James M. (1984), "Politics Without Romance: A Sketch of Positive Public Choice Theory and Its Normative Implications", in AA.VV. (1984), p. 20-21.



que, como se sabe, é o acordo sobre os aspectos da propriedade intelectual relacionados com o comércio. Segundo, porque a inclusão deste anexo no Tratado da OMC resultou dos esforços e influência, nada mais nada menos, do que do CEO da *Pfizer*, o Senhor *Edmund Pratt*⁵.

Importa salientar que o Acordo TRIPS veio generalizar, ao nível dos seus membros, a patenteabilidade de especialidades farmacêuticas. Com efeito, até a implementação do referido Acordo, em Portugal, por exemplo, não era permitida a patente de produto ou a patente de uso de especialidades farmacêuticas; a lei apenas admitia a patenteabilidade do processo de fabrico de substâncias activas. Por isso, a implementação do Acordo veio reforçar muito a protecção dispensada aos medicamentos, através das patentes e dos prazos de protecção de dados.

A protecção que o Acordo TRIPS veio permitir para a área farmacêutica tinha, como é natural, um racional. Com efeito, o seu discurso *canónico* legitimador é a necessidade de criar condições para incentivar a investigação e desenvolvimento de novos fármacos, através do favorecimento de mecanismos que permitam a recuperação do investimento, com o objectivo de protecção da saúde, bem como o pagamento pelos Estados de uma contrapartida pela revelação do invento, pelo avanço do estado da técnica e nomeadamente pela criação de condições para a investigação incremental.

Não obstante, os mecanismos favoráveis à captura de renda pela indústria farmacêutica não se esgotam nas patentes e na protecção de dados. Existem vários outros.

5 Antunes, Aquilino Paulo (2009), Os escolhos do caminho entre o “anti-baldio” e o “quase-baldio”: (As tensões em torno do acesso a medicamentos), relatório de mestrado disponível na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 17; Sell, Susan K. (2003), *Private power, public law: The globalization of intellectual property rights*, Cambridge studies in international relations, Cambridge, UK, Cambridge University Press, p. 81-82.

A eficácia desses mecanismos tem permitido a ocorrência daquilo que vimos atrás, ou seja, o aumento do investimento em investigação e desenvolvimento, por um lado, e a evolução em sentido inverso dos resultados, no que respeita à descoberta de novos fármacos, por outro. E tem permitido que, escudadas nesses mecanismos, as companhias farmacêuticas pratiquem preços cada vez mais elevados e que se tornam in comportáveis para os orçamentos da saúde dos Estados.

Os preços assim praticados pela indústria para novos medicamentos têm partido do critério da máxima disposição de pagar, por parte dos Estados ou dos doentes, ou seja, o critério do *valor*, em vez de assentarem no princípio da cobertura de custos – fabrico, investigação e desenvolvimento, *marketing* – acrescido de lucro razoável, isto é, o critério do *custo*⁶.

Existem vários mecanismos aptos a, de forma mais ou menos explícita, dificultar a concorrência e aptos a proporcionar alguma captura de renda por parte das companhias farmacêuticas. De seguida, indicaremos alguns deles.

1.2.1. A protecção da informação

Desde logo, podemos identificar mecanismos destinados à protecção da informação resultante da investigação e desenvolvimento de novos fármacos.

Como se sabe, a informação tem, em termos económicos, o carácter de *bem público*. A utilização da informação é indivisível. O gozo da infor-

⁶ Cfr. Lamata, Fernando, Ramón Gálvez, Pedro Pita Barros & Javier Sánchez Caro (2015), Acesso aos Novos Medicamentos: o Exemplo da Hepatite C – Custos, Preços e Pagamentos, paper, disponível em: www.infarmed.pt, p. 12-25.



mação não varia na proporção inversa do número de utilizadores; o produtor da informação não pode, sem elevado custo, excluir terceiros da sua utilização; o beneficiário da informação não pode rejeitar essa utilização⁷.

Por isso, a informação, enquanto *bem público*, reveste as características de *não rivalidade no consumo* – o uso por mais um indivíduo não diminui o gozo do bem pelo indivíduo anterior – e de *não exclusividade* – não é racionalmente possível excluir ninguém da sua utilização, pelo menos a baixos custos⁸.

Revelada a informação, o seu produtor não pode construir barreiras físicas que impeçam terceiros de a usufruir ou difundir, designadamente por meio do *free riding*⁹.

No caso do medicamento, a natureza de *bem público* da informação resultante dos ensaios pré-clínicos, clínicos e farmacêuticos de que depende a sua autorização para entrada no mercado, conduz à adopção de mecanismos próprios de protecção. Dado o interesse do Estado na investigação e desenvolvimento de novos fármacos, como modo de protecção da saúde, os mecanismos referidos são essencialmente de carácter legislativo ou regulamentar, como veremos de seguida.

7 Cfr., sobre os *bens públicos*, Samuelson, Paul A. (1982), *Economia*, 5ª Edição, Lisboa, Fundação Gulbenkian, p. 24-25, p. 152, p. 155-160; Araújo, Fernando (2005), *Introdução à Economia*, 3ª Edição, Coimbra, Almedina, p. 579-585; Araújo, Fernando (2008), *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação*, Coimbra, Almedina, p. 68- 71; Antunes, Aquilino Paulo (2016), “Alguns Aspectos Sobre Propriedade Intelectual e Medicamentos”, in *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*, [Jorge Miranda & Carla Amado Gomes (coord.), Bleine Queiroz Caúla & Valter Moura do Carmo (org.)], Vol. 5, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2016, p. 157-182; p. 159.

8 Cfr. Nota anterior.

9 Cfr., para maiores desenvolvimentos, Spinello, Richard A., & Maria Bottis (2009), *A defense of intellectual property rights*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, p. 177.

1.2.1.1. *Prazos de protecção de dados*¹⁰

Um dos referidos mecanismos de protecção da informação resultante de investigação e desenvolvimento de medicamentos consiste nos prazos de protecção de dados. Estes prazos visam a recuperação do investimento na realização dos ensaios (pré-clínicos, clínicos e toxicológicos) necessários à obtenção da Autorização de Introdução no Mercado (AIM) do medicamento. Os mencionados prazos têm o seu fundamento de direito internacional no nº 3 do artigo 39º do Acordo TRIPS.

Ao nível do direito da União Europeia e do direito português, os prazos de *protecção de dados* impedem, por um lado, que, durante certo número de anos contados da primeira AIM na União Europeia, a entidade competente para a AIM utilize os resultados dos ensaios clínicos, pré-clínicos e farmacêuticos de determinado medicamento de referência, para a aprovação de um seu genérico.

Por outro lado, os referidos prazos impedem que subsequentemente à obtenção da AIM pelo genérico, mediante o recurso aos resultados de ensaios do medicamento de referência, inicie-se a *comercialização* do mesmo genérico, antes de volvidos alguns anos também sobre a concessão da primeira AIM na União Europeia.

Vigora quanto a esta matéria, aquilo que podemos chamar de regime geral, que é de 8 anos para o pedido da AIM e de 10 anos para o início de

10 Nesta parte, seguimos de perto o nosso Antunes, Aquilino Paulo (2016), “Alguns Aspectos Sobre Propriedade Intelectual e Medicamentos”, in *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*, [Jorge Miranda & Carla Amado Gomes (coord.), Bleine Queiroz Caúla & Valter Moura do Carmo (org.)], Vol. 5, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2016, p. 157-182., p. 162 e ss.



comercialização¹¹. No regime geral ainda poderá haver um acréscimo de mais 1 ano, em certos casos:

- Nos 8 anos contados da obtenção da AIM, é obtida autorização para uma ou mais novas indicações, que representem benefício clínico significativo em comparação com as terapias existentes, reconhecido na avaliação científica prévia à mesma autorização;
- Obtenção de autorização para uma nova indicação de uma substância de uso médico bem estabelecido, desde que tenham sido realizados ensaios pré-clínicos ou clínicos significativos;
- Alteração da classificação quanto à dispensa ao público, quando tal alteração se fundamente em ensaios pré-clínicos e clínicos significativos.

Existem ainda, dentro da mesma lógica, o que poderemos classificar de dois regimes especiais, aplicáveis respectivamente aos medicamentos órfãos, que é de 10 anos para autorização e início da comercialização, e aos medicamentos para uma indicação pediátrica, que consiste num mero acréscimo de 1 ano, no caso de o pedido conduzir à autorização de uma indicação pediátrica que traga um benefício clínico significativo, relativamente às terapias existentes¹².

¹¹ Artigo 10º – A da Directiva 2001/83/CE e artigo 19º do Decreto-Lei nº 176/2006, de 30 de Agosto.

¹² Sobre esta matéria, ver: Antunes, Aquilino Paulo (2013), “Alguns aspectos da autorização e do acesso ao mercado de medicamentos em Portugal”, in Revista do Instituto de Direito Brasileiro, Ano 2, nº 14 de 2013, 16097, e Antunes, Aquilino Paulo (2016), “Alguns Aspectos Sobre Propriedade Intelectual e Medicamentos”, in Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, [Jorge Miranda & Carla Amado Gomes (coord.)], Bleine Queiroz Caúla & Valter Moura do Carmo (org.), Vol. 5, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2016, p. 157-182, p. 164-165.

Assim, os prazos de protecção de dados e de comercialização visam garantir ao medicamento de referência um determinado período de “exclusivo de mercado”, que lhe permite a prática de preços de monopólio, por falta de concorrência, garantindo desse modo o retorno do investimento.

*1.2.1.2. Protecção por meio dos mecanismos de patentes e certificados complementares de protecção*¹³

Outro mecanismo público de protecção da informação no domínio do medicamento é o sistema de patentes e certificados complementares de protecção. O primeiro tem fundamento de direito internacional em vários artigos do Acordo TRIPS, e o segundo releva do direito da União Europeia, em particular do Regulamento (CE) nº 469/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Maio de 2009, relativo ao certificado complementar de protecção para os medicamentos.

Do ponto de vista económico, a patente visa assegurar a revelação da informação por parte do inventor/investigador¹⁴. Recorde-se que, após a descoberta de invenção, caracterizada por novidade, actividade inventiva e aplicação industrial, o inventor/investigador pode optar por uma de várias modalidades de protecção: manter o segredo; revelar a invenção, patenteando-a¹⁵; adoptar um comportamento de “ética de partilha”, se buscar o conhecimento pelo conhecimento e pretender fomentar a dis-

13 Antunes, Aquilino Paulo (2016), “Alguns Aspectos Sobre Propriedade Intelectual e Medicamentos”, in *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*, [Jorge Miranda & Carla Amado Gomes (coord.), Bleine Queiroz Caúla & Valter Moura do Carmo (org.)], Vol. 5, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2016, p. 157-182, p. 165 e ss.

14 Cfr. Maia, José Mota (2005), *Propriedade Industrial*, Volume II, Coimbra, Almedina; Maia, José Mota (2003), *Propriedade Industrial*, Volume I, Coimbra, Almedina, p. 51. Patentear é tornar patente ou revelar.

15 Cfr. Araújo, Fernando (2008), *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação*, Coimbra, Almedina, p. 191 e ss; cfr. Gonçalves, Luís Couto (2013), *Manual de Direito Industrial: Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, 4ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra, Almedina, sobre os requisitos de patenteabilidade.



cussão *inter pares* que crie novo conhecimento; ou proceder à revelação estratégica da informação, colocando-a no domínio público e evitando – ou, pelo menos, dificultando – a obtenção de patentes cruzadas que obstaculizem a evolução da investigação¹⁶. Exemplo desta revelação estratégica é o que se passou com sequenciação do genoma humano.

A patente fomenta, por conseguinte, a revelação da informação e constitui uma forma artificial e *ope legis* de protecção da informação resultante da investigação e desenvolvimento.

O que acaba de dizer-se é transponível para o certificado complementar de protecção, vigente ao nível da União Europeia e do Espaço Económico Europeu, porque tal certificado é uma figura próxima e interdependente com a patente, apesar de algumas diferenças de regime.

Da patente, ou do certificado complementar de protecção relativo a um medicamento, resulta para o seu titular o direito exclusivo de exploração do invento protegido (produto, processo ou utilização), bem como o direito de impedir terceiros de, sem o seu consentimento, fabricarem, oferecerem, armazenarem, introduzirem no comércio ou utilizarem um produto objecto de patente, ou importarem ou possuírem o mesmo, para algum dos fins mencionados¹⁷.

Este direito de exclusivo ou de monopólio é justificado como a contrapartida estatal pela revelação de uma nova invenção em proveito da sociedade, susceptível de contribuir para o desenvolvimento social e para a evolução do estado da técnica, em termos que permita a investi-

16 Cfr. Araújo, Fernando (2008), *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: O Problema Económico do Nível Óptimo de Apropriação*, Coimbra, Almedina, p. 203 e ss.

17 Cfr. nº 2 do artigo 101.º do Código da Propriedade Industrial.

gação incremental e que, uma vez decorrido o período de exclusividade e de protecção, toda a sociedade possa utilizá-la¹⁸.

No fundo, estes direitos permitem que só o titular da patente ou do certificado complementar de protecção (ou outrem com autorização/licença deste, geralmente remunerada) comercialize o invento patenteado.

Ainda no que concerne ao certificado complementar de protecção, importa recordar que a patente é válida durante 20 anos contados do depósito do pedido. Como a comercialização do medicamento depende de uma AIM, que só é concedida numa fase muito adiantada do prazo de validade da patente, resulta um período por vezes muito reduzido de exploração comercial do medicamento ao abrigo da patente.

Por isso, o Regulamento (CE) nº 469/2009, prevê a concessão desse certificado, a partir do termo da patente, de modo a que o titular do medicamento autorizado goze de um período adicional de protecção não superior a 5 anos, em termos absolutos, nem superior a 15 anos, contados da concessão da primeira autorização de introdução no mercado da União Europeia. Este certificado pode ser prorrogado em 6 meses, no caso de medicamento autorizado para uma indicação pediátrica¹⁹.

Estes mecanismos, além de já permitirem a lícita prática de preços de monopólio durante um período de tempo geralmente aceite como razo-

¹⁸ Cfr., por todos, Maia, José Mota (2003), Propriedade Industrial, Volume I, Coimbra, Almedina, p. 51.

¹⁹ Para o efeito é necessário que o requerente da autorização do medicamento instrua o pedido com os resultados de todos os estudos realizados em conformidade com o plano de investigação pediátrica e a autorização de introdução no mercado inclua a certificação dessa conformidade, ainda que esses resultados não conduzam à obtenção da autorização para uso pediátrico, desde que, neste caso, os mesmos estudos se reflectam no resumo das características do medicamento e, caso se justifique, no folheto informativo do medicamento em causa (nº 1 do artigo 36º do Regulamento (CE) nº 1.901, de 2006).



ável para o retorno do investimento em investigação e desenvolvimento, propiciam também a adopção de outros comportamentos patológicos de captura de renda, como é o caso do *evergreening*, do *pay for delay*, do *patent clustering* ou da prorrogação de facto dos direitos de exclusivo, através de intervenções administrativas ou judiciais que retardem o acesso dos genéricos ao mercado. Todas estas estratégias de captura de renda estão bem documentadas no Inquérito ao Sector Farmacêutico levado a cabo pela Comissão Europeia, em 2009²⁰.

1.2.1.3. Dificuldades às importações paralelas²¹

Outro dos mecanismos que cria condições para a captura de renda, por meio do impedimento da concorrência, é o conjunto permitido de objecções às importações paralelas.

Grosso modo, a importação paralela em Portugal, consiste na aquisição do medicamento num Estado membro da União Europeia, onde o preço é inferior, com o objectivo da sua venda, neste caso em Portugal, onde o preço é superior²².

20 Cfr. Inquérito ao Sector Farmacêutico, levado a cabo pela Comissão Europeia, disponível em: ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/. Cfr Lamata, Fernando, Ramón Gálvez, Pedro Pita Barros & Javier Sánchez Caro (2015), Acesso aos Novos Medicamentos: o Exemplo da Hepatite C – Custos, Preços e Patentes, paper, disponível em: www.infarmed.pt, p. 37.

21 Antunes, Aquilino Paulo (2013), “Alguns aspectos da autorização e do acesso ao mercado de medicamentos em Portugal”, in Revista do Instituto de Direito Brasileiro, Ano 2, nº 14 de 2013, p. 16.109 e ss; Antunes, Aquilino Paulo (2016), “Alguns Aspectos Sobre Propriedade Intelectual e Medicamentos”, in AA.VV. (2016), p. 157-182; p. 171-172.

22 Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, cfr. Antunes, Aquilino Paulo (2013), “Alguns aspectos da autorização e do acesso ao mercado de medicamentos em Portugal”, in Revista do Instituto de Direito Brasileiro, Ano 2, nº 14 de 2013, p. 16129, e Antunes, Aquilino Paulo (2016), “Alguns Aspectos Sobre Propriedade Intelectual e Medicamentos”, in Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, [Jorge Miranda & Carla Amado Gomes (coord.), Bleine Queiroz Caúla & Valter Moura do Carmo (org.)], Vol. 5, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2016, p. 157-182; p. 171-172.

Para a obtenção da necessária autorização administrativa, o medicamento a importar deve ser idêntico ou essencialmente similar a um que tenha AIM em Portugal; a eventual diferença de excipientes não deve ter incidência terapêutica; e a autorização não deve representar risco para a saúde pública²³.

Teoricamente, as importações paralelas visam permitir a concorrência pelo preço dentro do mercado único e assentam na livre circulação de mercadorias, na livre concorrência e no princípio esgotamento do direito.

Todavia, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e com os artigos 80º e ss. do DL 176/2006, de 30/8, na sua redacção actual, a importação paralela de medicamentos implica o respeito pela marca do titular da AIM do medicamento considerado, permitindo que este seja ouvido e se possa opor à autorização de importação, com fundamento em prejuízo para a marca²⁴. E, na maioria dos casos, implica também a reembalagem e a re-rotulagem do medicamento, com os custos daí advenientes para o importador paralelo. Estas exigências tornam a actividade de importação paralela menos atractiva.

Acresce ainda o facto de o medicamento paralelamente importado dever ter em Portugal um preço inferior em 5% ao preço de todos os

23 Segundo a legislação vigente em Portugal, considera-se “«Medicamento essencialmente similar», o medicamento com a mesma composição qualitativa e quantitativa em substâncias ativas, sob a mesma forma farmacêutica e para o qual, sempre que necessário, foi demonstrada bioequivalência com o medicamento de referência, com base em estudos de biodisponibilidade apropriados” [alínea II] do nº 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei nº 176/2006, de 30 de Agosto.

24 Ao nível do direito da União Europeia, vejam-se sobre estas questões, entre outros, os acórdãos de 23 de Maio de 1978, *HoffmannLa Roche*, processo C-102/77; de 3 de Dezembro de 1981, *Pfizer*, processo C-1/81; de 11 de Julho de 1996, *BristolMyers Squibb e o.*, processos apensos C427/93, C429/93 e C436/93; de 11 de Julho de 1996, *MPA Pharma*, processo C232/94; e 28 de Julho de 2011, *Orifarm*, processos apensos C400/09 e C207/10, do TJUE.



medicamentos idênticos ou essencialmente similares. Essa exigência, associada às demais já referidas, tem mantido praticamente em desuso o regime português de importações paralelas.

Ao mesmo tempo, tais exigências têm mantido afastada a concorrência, permitindo a captura de renda por quem está no mercado.

1.2.2. Emaranhado de exigências regulamentares/barreiras à entrada

Mas não só. O regime jurídico dos medicamentos de uso humano é pródigo em exigências – na maioria dos casos, legitimadas por preocupações de protecção da saúde – que acabam por revelar-se verdadeiras barreiras à entrada de novos agentes económicos.

Com efeito, grande parte dessas exigências resulta evidente, por exemplo, a partir do vasto conjunto de autorizações de que os agentes económicos devem dispor. É o caso da autorização para a condução de ensaios clínicos, do registo de distribuição de matérias-primas, da autorização de introdução no mercado – ou da autorização de utilização excepcional ou a autorização de importação paralela –; da autorização de preço de venda ao público, da autorização de participação – ou de avaliação prévia para aquisição pelos hospitais do Serviço Nacional de Saúde²⁵ –; da autorização de fabrico de medicamentos, do registo prévio como intermediário, da autorização de distribuição por grosso, do alvará de farmácia, da autorização de aquisição directa de medicamentos e do registo prévio de local de venda de medicamentos não sujeitos a receita

25 Na pendência do procedimento de avaliação prévia, o INFARMED, I.P., pode, em certos casos, conceder uma autorização excepcional, para doente específico (cfr. parte final do nº 1 do artigo 92º do Decreto-Lei nº 176/2006, do 30 de Agosto).

médica²⁶. As referidas autorizações têm associadas diversas obrigações que os operadores devem cumprir, sob pena de as mesmas autorizações serem suspensas, revogadas ou cassadas.

Mas existem ainda todas as demais exigências inerentes ao próprio medicamento autorizado, de que avultam as de farmacovigilância, as de condução de estudos de segurança ou eficácia pós-autorização, as de rotulagem e folheto informativo, ou os condicionamentos à publicidade. Todas essas exigências são aptas a favorecer mais as empresas de maior dimensão do que as empresas menores, porque, designadamente, aquelas têm melhores condições para gerar economias de escala, designadamente ao nível dos custos de cumprimento.

Além disso, a legislação em vigor permite que, a todo o tempo, o titular de uma AIM de um medicamento possa decidir-se por solicitar a revogação dessa autorização e retirá-lo do mercado, principalmente se o medicamento não tiver nenhum problema de segurança. Ou seja, a empresa pode, por razões de mera estratégia comercial, não iniciar a comercialização do medicamento ou, se já a tiver iniciado, fazê-la cessar, através deste mecanismo, e retirá-lo do mercado. Numa tal hipótese, nem sequer existirá violação do dever de comercialização e do dever de abastecimento às populações, porque o medicamento deixa de estar autorizado, sendo certo que tais deveres apenas se aplicam a medicamentos autorizados.

26 Antunes, Aquilino Paulo (2014b), "Riscos associados a medicamentos: a garantia da segurança", in *Direito(s) dos Riscos Tecnológicos*. Carla Amado Gomes (coord.), Lisboa, AAFDL, 2014, p. 39-101; p. 52.



1.2.3. Os mecanismos de avaliação fármaco-económica para medicamentos cuja aquisição seja financiada, no todo ou em parte, pelo Estado

De entre os mecanismos que permitem a captura de renda pelos titulares de medicamentos colocados no mercado, importa ainda salientar os de avaliação fármaco-económica cuja aquisição seja financiada no todo ou em parte pelo Estado.

A referida avaliação assenta em bases teóricas e em critérios que acabam por conduzir a resultados favoráveis aos produtores de medicamentos²⁷.

Este facto não era problemático desde meados da década de 1990 a até o início da década de 2010, porque, em regra, os ganhos não eram extraordinariamente elevados, porquanto nesse período os medicamentos apresentavam reduzida eficácia relativa. Em certos casos até eram empolados os magros benefícios do medicamento²⁸. Tal regime até poderia ser entendido como incentivo à investigação e desenvolvimento, sendo que, na maioria dos casos, a aplicação das regras em vigor servia para recusar o financiamento estatal, por motivo de os medicamentos não apresentarem valor terapêutico acrescentado.

Actualmente, os mecanismos da avaliação, tal como se encontram gizados, constituem um problema para a sustentabilidade orçamental, como veremos de seguida.

²⁷ Sobre os efeitos dos sistemas de comparticipação na concorrência, cfr. Barros, Pedro Pita (2013), *Economia da Saúde: Conceitos e Comportamentos*, 3ª Edição Actualizada, Coimbra, Almedina, p. 384-390.

²⁸ Lamata, Fernando, Ramón Gálvez, Pedro Pita Barros & Javier Sánchez Caro (2015), *Acesso aos Novos Medicamentos: o Exemplo da Hepatite C – Custos, Preços e Pacientes*, paper, disponível em: www.infarmed.pt, p. 23, citando o Dr. *Kantarjian*, oncologista americano, a propósito da “sobrevalorização de pequenas inovações pelos especialistas e pelas sociedades científicas”.

1.3. O surgimento de medicamentos verdadeiramente inovadores e custo-efectivos

De há mais de uma década a esta parte que as companhias farmacêuticas vêm praticando preços excessivamente elevados para medicamentos ditos inovadores, nomeadamente na área de oncologia²⁹.

Porém, esses medicamentos raramente traziam valor terapêutico acrescentado ou, pelo menos, quando o traziam, esse acréscimo não era significativo. Daqui resultava que, pelo menos em Portugal, os mecanismos de avaliação para financiamento por parte do Estado eram aptos a medir esse valor acrescentado e a impor, por meio da negociação, um preço mais reduzido. A margem negocial do Estado era tanto maior quanto maior o número de alternativas terapêuticas para a mesma indicação, sendo que essa situação era directamente proporcional à falta de vantagem terapêutica do medicamento em avaliação.

De resto, e para dar uma noção de grandeza quanto à reduzida inovação da época, estima-se que, em 2010, em França, dos 97 novos medicamentos aprovados, apenas quatro novos medicamentos apresentavam vantagem terapêutica³⁰.

A melhor doutrina económica nacional nesta matéria ainda subscrevia a adopção destes critérios³¹.

29 Lamata, Fernando, Ramón Gálvez, Pedro Pita Barros & Javier Sánchez Caro (2015), Acesso aos Novos Medicamentos: o Exemplo da Hepatite C – Custos, Preços e Patentes, paper, disponível em: www.infarmed.pt, p. 22-24.

30 Lamata, Fernando, Ramón Gálvez, Pedro Pita Barros & Javier Sánchez Caro (2015), Acesso aos Novos Medicamentos: o Exemplo da Hepatite C – Custos, Preços e Patentes, paper, disponível em: www.infarmed.pt, p. 22, citando a revista *Prescrire*.

31 Barros, Pedro Pita (2013), Economia da Saúde: Conceitos e Comportamentos, 3ª Edição Actualizada, Coimbra, Almedina, p. 390 e ss, ainda defendia à época, quanto aos critérios de fixação dos preços dos medicamentos (inovação e relevância terapêutica ou vantagem económica), do que a manifestada em Lamata, Fernando, Ramón Gálvez, Pedro Pita Barros & Javier Sánchez Caro (2015), Acesso aos Novos Medicamentos: o Exemplo da Hepatite C – Custos, Preços e Patentes, paper, disponível em: www.infarmed.pt.



A inadequação dos mecanismos de avaliação fármaco-económica cuja aquisição seja financiada no todo ou em parte pelo Estado ficou evidente com a entrada no mercado de dois medicamentos com benefício potencial para os doentes, e poupança para o Estado, manifestamente superiores ao que era habitual até então.

Esses medicamentos foram:

- O *Tafamidis*, indicado para a paramiloidose;
- O *Sofosbuvir*, indicado para a hepatite C.

Veremos de seguida, em termos mais concretos, estes dois medicamentos, sendo que a referência ao *Tafamidis* serve essencialmente para fazer o contraponto com o medicamento *Sofosbuvir*.

2. A INADEQUAÇÃO DOS ACTUAIS MECANISMOS DE AVALIAÇÃO FÁRMACO-ECONÓMICA

A avaliação económica do medicamento em Portugal, para efeito de financiamento pelo Estado da sua aquisição, tem sido feita, de há vários anos a esta parte, segundo a apreciação do *valor* do medicamento. Esta apreciação mede o valor do benefício para o doente e para o Estado. Para o doente, o valor é medido em número de anos de vida ganhos e ajustados pela qualidade, e, para o Estado, o valor é medido pela poupança, por comparação com o *gold standard*.

Sucedem que os desenvolvimentos recentes e o surgimento de medicamentos verdadeiramente inovadores vieram colocar em causa esses métodos avaliativos.

[Voltar ao índice](#)

2.1. O primeiro aviso com o *Tafamidis*

Consideramos que o primeiro destes casos foi o do *Tafamidis*. Este medicamento mostrou a inadequação dos mecanismos de avaliação fármaco-económica segundo o critério do *valor* que vêm sendo utilizados. O mesmo medicamento destinava-se à paramiloidose, que é uma doença letal em determinados estadios e que, à época, era susceptível de ser retardada por meio de um transplante hepático. O *Tafamidis* apresentava resultados de ensaios que permitiram concluir pelo retardamento do avanço da doença em cerca de 18 meses.

Por isso, a avaliação fármaco-económica do medicamento foi feita tendo em conta esse retardamento e por comparação com a terapêutica *gold standard* da época, que era o transplante hepático. Este facto permitiu à empresa produtora apresentar uma elevada proposta de preço, tendo em conta a eficácia relativa do medicamento, por comparação com esse *gold standard*.

No entanto, à época, não foi dada a devida atenção à importância deste caso para a prevenção de casos futuros. Por um lado, porque a paramiloidose é uma doença com reduzida prevalência a nível mundial. A doença tem origem *viking* e os seus maiores focos registam-se em Portugal e na Suécia, em zonas bem definidas, e a sua dispersão por outros países resulta, em grande medida, da expansão portuguesa para outros países por pessoas daquelas zonas. Em Portugal, esta doença tinha cerca de 2000 casos registados.

Por outro, porque a empresa acabou por aceitar num curto espaço de tempo, através da negociação, um preço que, embora elevado, foi considerado comportável para o orçamento do SNS. A aceitação pela empresa da redução do preço até foi divulgado como sendo uma benesse, tendo



em conta o “interesse dos doentes” e a situação económica portuguesa, que, à época (2012), atravessava uma grave crise económica e estava a ser alvo de resgate financeiro pelo Fundo Monetário Internacional, pelo Banco Central Europeu e pela Comissão Europeia.

2.2. O impacto do Sofosbuvir

O *Sofosbuvir* é um medicamento destinado também a tratar uma doença letal (a hepatite C), mas, ao contrário do que sucede com o *Tafamidis*, é uma doença com elevada prevalência a nível mundial.

Com efeito, estimava-se, em 2015, que a população afectada pelo vírus da hepatite C era de 180 milhões de pessoas em todo o mundo e que o número de mortes prematuras de portadores da doença seria de cerca de 700.000³².

Também ao contrário do que sucedeu com a empresa produtora do *Tafamidis*, a produtora do *Sofosbuvir* demonstrou-se, durante mais de um ano, indisponível para negociar um preço comportável para o orçamento da saúde português, por pretender maximizar a sua renda proveniente da venda de um produto que se tem revelado (e já se adivinhava) um *blockbuster*. Tal é a eficácia desse medicamento que a revista *The Lancet* admitiu, logo em 2015, que se estaria próximo da erradicação da doença³³.

Admite-se que a demora na conclusão de um acordo também tenha ficado a dever-se, por parte da empresa, à necessidade de evitar a conta-

32 Lamata, Fernando, Ramón Gálvez, Pedro Pita Barros & Javier Sánchez Caro (2015), Acesso aos Novos Medicamentos: o Exemplo da Hepatite C – Custos, Preços e Pagamentos, paper, disponível em: www.infarmed.pt, p. 18.

33 Lamata, Fernando, Ramón Gálvez, Pedro Pita Barros & Javier Sánchez Caro (2015), Acesso aos Novos Medicamentos: o Exemplo da Hepatite C – Custos, Preços e Pagamentos, paper, disponível em: www.infarmed.pt, p. 8.

minação de preços de uns países para os outros. Por exemplo, um preço em Portugal inferior ao praticado na Alemanha seria, dada a diferença de dimensão dos dois países, muito prejudicial para a empresa, se tivesse de negociar preço idêntico na Alemanha. Por parte do Estado, a demora deveu-se em grande medida ao importante impacto financeiro que a sua aquisição representava.

Mas também é certo que o Estado português não dispunha de mecanismos que pudessem forçar em tempo útil um acordo com a empresa a um preço comportável para o orçamento do SNS. Por isso, foi protelando a decisão de financiamento até que, em certo dia, um portador da hepatite C, em plena Comissão Parlamentar de Saúde, interpelou directamente o Ministro da Saúde, em frente das câmaras da televisão, suplicando-lhe que não o deixasse morrer e que autorizasse o financiamento do medicamento.

Poucas semanas depois, foi finalmente estabelecido um acordo entre o Estado português e a empresa, o qual permitiu o financiamento da aquisição do medicamento para certo número de doentes – e não todos os portadores da doença – mediante determinado preço que não foi divulgado, mas que, nos cálculos de alguma imprensa da época, rondaria os € 12.000,00 por doente tratado, quando, segundo foi também divulgado, a empresa pretenderia cerca de € 48.000,00 por doente tratado³⁴.

34 Julgamos que estes preços terão alguma adesão à realidade, pois comparam razoavelmente com os preços de Espanha, estimados em cerca de € 14.000,00 por doente tratado, e com os preços iniciais pretendidos nos Estados Unidos (€ 74.000,00), no Reino Unido (€ 49.000,00) e na Alemanha (€ 41.000,00); cfr. Lamata, Fernando, Ramón Gálvez, Pedro Pita Barros & Javier Sánchez Caro (2015), Acesso aos Novos Medicamentos: o Exemplo da Hepatite C – Custos, Preços e Patentes, paper, disponível em: www.infar-med.pt, p. 18 e 34.



2.3. Pretensões das empresas conformes com os resultados da aplicação das regras em vigor

Em ambos os casos, quer do *Tafamidis* quer do *Sofosbuvir*, a aplicação das regras em vigor em matéria de avaliação fármaco-económica apontava para preços comparáveis com os pretendidos pelas empresas produtoras dos medicamentos, pois, como referimos, essas regras de avaliação tiveram em conta o benefício para o doente, em número de anos de vida ganhos ajustados pela qualidade, e a poupança para o Estado, por comparação dos custos com os custos da terapêutica *gold standard*.

2.4. Resultados da avaliação orçamentalmente inoportáveis

O problema com que Portugal – tal como a maioria dos demais países à volta do Globo, incluindo os EUA, em que nem era permitida a negociação de preços – se defrontou foi a inoportabilidade orçamental do preço pretendido pela empresa produtora do medicamento, tendo em conta a elevada prevalência da doença.

O facto de se tratar de um medicamento *life saving* e com evidentes benefícios para os doentes, por comparação com a alternativa disponível, só contribuiu para aumentar a pressão sobre os decisores políticos, que acabaram por aceitar um preço ainda assim demasiado pesado, em termos de comportabilidade orçamental e em termos absolutos.

Com efeito, estima-se que o verdadeiro custo de cada tratamento com o *Sofosbuvir* ronde os € 330,00, já considerando todos os custos – inclusive os de produção e de investigação e desenvolvimento – bem como um lucro considerado razoável³⁵.

35 Lamata, Fernando, Ramón Gálvez, Pedro Pita Barros & Javier Sánchez Caro (2015), Acesso aos Novos Medicamentos: o Exemplo da Hepatite C – Custos, Preços e Patentes, paper, disponível em: www.infarmed.pt, p. 20-21.

Ora, como se constata, o verdadeiro custo por tratamento é cerca de 36 vezes inferior àquele que, alegadamente, terá sido ajustado entre o Estado português e a empresa.

Isso significa que, para suportar esse pagamento, o SNS terá de comprometer outras prestações de saúde ou cobrar mais impostos – convenhamos que nenhuma destas possibilidades é aceitável, porque conduzam a perdas absolutas de bem-estar.

Essa situação só foi possível porque, quer a avaliação feita pela empresa quer a avaliação feita pela agência portuguesa do medicamento, assentaram no critério do valor (benefício para o doente e poupança para o Estado), tendo a empresa por objectivo vender o medicamento pelo preço ditado pela máxima disponibilidade para pagar, por parte do Estado e dos doentes, em vez de o preço ser determinado a partir do critério do custo³⁶.

Ou seja, partiu-se de um tecto de negociação de cerca de € 48.000,00 para se chegar a cerca de € 12.000,00, por doente tratado, quando deveria ter-se partido de uma base de € 330,00 e, no fundo, discutir, a razoabilidade ou irrazoabilidade, da margem de lucro que este valor encerra.

O resultado deste processo foi, por conseguinte, um acordo que representa um significativo impacto para o orçamento do SNS. Quer ao preço inicial pretendido pela empresa que ao preço resultante do acordo, trata-se de uma situação que exige a realização de escolhas difíceis de compatibilizar com os princípios constitucionais do SNS.

³⁶ Lamata, Fernando, Ramón Gálvez, Pedro Pita Barros & Javier Sánchez Caro (2015), Acesso aos Novos Medicamentos: o Exemplo da Hepatite C – Custos, Preços e Patentes, paper, disponível em: www.infarmed.pt, p. 12 e ss e p. 33 e ss.



Com efeito, o SNS deve, por imposição constitucional do artigo 64º da Constituição da República Portuguesa, ser *universal* – no sentido de dirigido à generalidade dos cidadãos, devendo todos ter direito de acesso em condições de igualdade –; *geral* – no sentido de abranger todos os serviços públicos de saúde e todos os domínios e cuidados médicos, embora se admita uma margem de determinação, pelo legislador, dos cuidados de saúde –; *tendencialmente gratuito* – no sentido de que o encargo a suportar pelos cidadãos deverá resumir-se ao eventual pagamento de taxas moderadoras³⁷.

2.5. A reduzida margem de manobra por parte dos Estados

O conjunto de mecanismos jurídicos vigentes a vários níveis no domínio do medicamento constitui um forte constrangimento à actuação do Estado. Desde os mecanismos de protecção de dados aos mecanismos de protecção das patentes, passando pelas regras de avaliação para efeitos de aquisição financiada pelo Estado, bem como pela possibilidade de retirada do medicamento do mercado após revogação da AIM³⁸.

Com efeito, tais mecanismos não permitem que, de modo célere e eficaz, o Estado possa intervir, no caso de determinada empresa farmacêutica adoptar uma postura agressiva de maximização dos seus proveitos, por meio de preços orçamentalmente incomportáveis.

Acresce que, atendendo ao facto de o *Sofosbuvir* ser um medicamento *life saving* sem alternativa (o transplante não é sequer uma alternativa

37 Canotilho, J.J. Gomes & Vital Moreira (2007), Constituição da República Portuguesa Anotada: Artigos 1º a 107º, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra, Coimbra Editora, p. 827.

38 O mesmo se passa com os registos nacionais de medicamentos autorizados pelo procedimento centralizado.

comparável), com os referidos mecanismos jurídicos, existia o risco de retirada do medicamento do mercado por parte da empresa, comprometendo o tratamento dos doentes, caso não fosse obtido um acordo quanto ao financiamento do medicamento.

O único possível meio de juridicamente reagir à actuação da empresa produtora do *Sofosbuvir*, seja de recusa de aceitação de um preço orçamentalmente comportável seja de revogação da AIM e retirada do medicamento, seria a designada “quebra da patente” e a concessão de uma licença compulsória. Não temos conhecimento de algum Estado que haja lançado mão dessa possibilidade, a propósito do *Sofosbuvir*.

Julga-se, no entanto, que a aplicação deste mecanismo, por implicar o pagamento pelos Estados de uma indenização justa, poderia conduzir a resultados pouco brilhantes, pois é de prever que os tribunais recorressem aos resultados da avaliação para determinar o montante dessa indemnização. No fundo, chegar-se-ia a um valor próximo do pretendido pela empresa – descontados os custos em que a empresa não incorreria, por não ter de produzir, distribuir e comercializar o medicamento – com a agravante de que os Estados sempre teriam de pagar a outrem a produção do medicamento ao abrigo da licença compulsória.

Há quem defenda que os preços praticados pela empresa configurariam um exercício abusivo dos direitos conferidos pela patente e, nessa medida, se justificaria a atribuição de uma licença compulsória para produção do medicamento genérico. O argumento essencial assenta no facto de a patente ter a função social de retorno do investimento em investigação e desenvolvimento e, nessa medida, tal retorno estaria largamente ultrapassado.

Basta ter em conta que a investigação e desenvolvimento de um novo fármaco custará em média entre 100 a 1.000 milhões de dólares, e que



as vendas do *Sofosbuvir*, só em 2014, ascenderam aos 10.200 milhões de dólares, além de que se estima que a despesa anual mundial com este medicamento ascenda a 31.000 milhões de dólares até 2018³⁹.

Julgamos, no entanto, que o argumento expandido do abuso do direito peca pelo facto de não ter em conta que, além do retorno do investimento em investigação e desenvolvimento, os direitos de exclusivo conferidos pela patente constituem a contrapartida estatal pelo avanço do estado da técnica, criando condições para a investigação incremental, que é questão distinta do retorno dos meros custos de investigação e desenvolvimento do medicamento. Além disso, basta ler os considerandos do Regulamento (CE) nº 469/2009, sobre o certificado complementar de protecção para compreender que, a par do objectivo de protecção, consubstanciada na possibilidade de retorno do investimento, há também o objectivo de fixação dos centros de investigação no espaço da União Europeia, evitando a sua deslocalização (6).

Por isso, sem a quantificação dos contributos para a evolução do estado da técnica e para a não deslocalização dos centros de investigação, poderá ser difícil a demonstração do abuso do direito.

3. A NECESSIDADE DE UM NOVO PARADIGMA AVALIATIVO

Os referidos dois casos – principalmente o do *Sofosbuvir* – e o regime conducente à situação actual em Portugal (mas também noutros Estados) demonstram que os mecanismos de avaliação em vigor não

³⁹ Lamata, Fernando, Ramón Gálvez, Pedro Pita Barros & Javier Sánchez Caro (2015), Acesso aos Novos Medicamentos: o Exemplo da Hepatite C – Custos, Preços e Patentes, paper, disponível em: www.infarmed.pt, p. 9.

permitem fixar um preço para os medicamentos financiados, total ou parcialmente, pelo Estado, quando os mesmos são verdadeiramente inovadores e custo-efectivos, que seja orçamentalmente comportável.

Com a agravante de que o Estado não dispõe de meios de intervenção que permitam obstar a uma captura de renda agressiva por parte do produtor do medicamento.

Torna-se, por isso, necessária a adopção de um novo paradigma.

3.1. A oportunidade perdida pelo SINATS

Entrou recentemente em vigor em Portugal um novo diploma – o Decreto-Lei nº 97/ 2015, de 1 de junho – que veio criar o denominado Sistema Nacional de Avaliação de Tecnologias de Saúde (SINATS), o qual foi posteriormente regulamentado por algumas Portarias.

Pesem, embora, a pompa e a circunstância com que o regime foi apresentado, o certo é que o mesmo trouxe reduzida inovação, relativamente ao que já era aplicável em matéria de preços e avaliação fármaco-económica para efeitos de aquisição, total ou parcialmente, financiada pelo Estado. Com efeito, à excepção da criação da Comissão de Avaliação de Tecnologias da Saúde, de alguma tentativa de desregulação e de uma ou outra alteração procedimental, poderá dizer-se que o diploma nada trouxe de materialmente novo neste domínio.

Julga-se que, de algum modo, a criação da Comissão visou criar condições para o estabelecimento de um consenso técnico-científico alargado quanto ao valor fármaco-económico de cada medicamento, particularmente para esse tipo de situações mais difíceis de resolver.



Todavia, esse possível consenso científico só poderá ter algum peso se a questão chegar ao “tribunal da opinião pública”, e a empresa não estiver disponível para prejudicar a sua imagem aos olhos do público.

Mas, sob o ponto de vista estritamente jurídico, já nenhum peso terá a opinião da Comissão contra uma posição da empresa irredutível em aceitar um preço para o medicamento que seja inferior ao resultante da aplicação dos critérios de avaliação em vigor.

Por isso, a solução não passa pelo estabelecimento de consensos alargados por parte de terceiros, quando o consenso tem de ser estabelecido entre o Estado e a empresa produtora do medicamento. Temos para nós que, no caso de esse consenso não ser possível, terá de existir um mecanismo regulamentar que, resolvendo o diferendo, reduza os custos de transacção e reponha a coordenação entre as partes.

Salvo o devido respeito, foi isso que o SINATS não logrou alcançar nem é provável que venha a alcançar nos próximos tempos. Com efeito, embora o diploma consagre timidamente um requisito de comportabilidade financeira para o SNS (cfr. nº 2 do artigo 5º), o certo é que o mesmo está apenas a ser aplicado como um mero requisito administrativo de cabimentação de verba.

Parece evidente que o cabimento orçamental existirá sempre, desde que se aceite comprometer outras prestações de saúde. Mas isso não é uma solução aceitável, por conduzir a situações de perda absoluta de bem-estar. O que verdadeiramente importará é que o medicamento apenas seja autorizado para financiamento pelo Estado se, no quadro do orçamento e tendo em vista os princípios constitucionais do SNS, o financiamento puder ser garantido sem compromisso inaceitável de outras respostas, em termos de prestações de saúde.

[Voltar ao índice](#)

Nessa medida, o SINATS constitui uma oportunidade perdida, pois contribuiu para prolongar no tempo uma solução que manifestamente não serve o interesse público e que já podia ter sido resolvida há mais de um ano a esta parte. Com a agravante de que têm estado a ser autorizados e financiados novos medicamentos similares ao *Sofosbuvir* e com condições comparáveis, eternizando a incomportabilidade (ou a difícil comportabilidade) orçamental.

3.2. A introdução de um mecanismo de controlo do preço

Podem existir muitas opções de actuação, que poderão passar até pela eliminação ou pela profunda alteração do sistema de patentes ou mesmo a alteração do sistema de avaliação, de modo a passar a atender apenas ao custo⁴⁰. Julga-se, no entanto, que, dado o enquadramento institucional vigente (inclusive de direito internacional), decorrerão décadas até que tal possa concretizar-se (este é outro efeito perverso da teia de mecanismos jurídicos que referimos).

Por isso, julgamos que a solução mais célere e mais exequível para casos extremos, como aqueles que referimos do *Tafamidis* e do *Sofosbuvir*, poderá passar pela introdução de um mecanismo-travão, nos termos do qual o preço do medicamento, para efeitos do financiamento pelo Estado da sua aquisição, e após a realização das avaliações segundo as regras em vigor, não ultrapasse determinado limite ou determinado conjunto de limites, na falta de acordo com a empresa.

40 Lamata, Fernando, Ramón Gálvez, Pedro Pita Barros & Javier Sánchez Caro (2015), Acesso aos Novos Medicamentos: o Exemplo da Hepatite C – Custos, Preços e Patentes, paper, disponível em: www.infarmed.pt, p. 37 e ss.



Tal solução terá a virtualidade de evitar que o preço do medicamento ultrapasse valores considerados adequados para o retorno do investimento em investigação e desenvolvimento do fármaco e não comportáveis para o orçamento do Serviço Nacional de Saúde.

Este mecanismo deverá ter previsão legal e funcionar como última *ratio*, quando não seja possível a obtenção de um acordo com uma empresa quanto ao preço do medicamento. No fundo, tratar-se-ia de um mecanismo destinado a fazer baixar os custos de transacção, através da prévia definição dos direitos de propriedade de cada uma das partes, para efeitos de alocação eficiente dos recursos, nos termos preconizados por *Ronald Coase* (1960).

Em termos muito resumidos, esse mecanismo faria com que, na impossibilidade de consenso, o preço a pagar pelo Estado se aproximasse de um valor mais objectivo e razoável, sem assentar apenas na máxima disponibilidade para pagar.

3.3. Pistas para o estabelecimento do mecanismo-travão

A heterogeneidade de situações não permite a identificação unívoca de um mecanismo-travão que sirva para todos os casos e que garanta a sustentabilidade ou comportabilidade orçamental do preço do medicamento.

No entanto, esse mecanismo poderá consistir numa conjugação de dois ou mais limites, de modo a permitir uma aplicação mais fina e, ao mesmo tempo, evitar que o mecanismo-travão constitua um desincentivo à investigação e desenvolvimento de novos fármacos.

Ou seja, o mecanismo duplo poderia ter por referência, quer o número de anos de vida ganhos ajustados pela qualidade e a poupança relativamente ao *gold standard* terapêutico quer os custos de investigação e desenvolvimento, produção e *marketing* do medicamento.

[Voltar ao índice](#)

Por exemplo, poderia estabelecer-se que o preço do novo medicamento não deveria ultrapassar X% do custo do *gold standard* nem representar ao titular do medicamento uma margem de lucro superior a Y%, descontados os custos de investigação e desenvolvimento, produção, distribuição e comercialização do medicamento.

Essa poderia constituir uma primeira aproximação, menos radical, do que a fixação do preço apenas pelo custo, mas certamente seria mais exequível, por suscitar menos resistência.

Julgamos que a definição dos referidos limites deverá ser precedida de audição da Comissão de Avaliação de Tecnologias da Saúde, de modo a propiciar que os mesmos sejam amplamente debatidos e de modo a obter o maior consenso possível.

Para evitar o empolamento dos custos a considerar, além de os mesmos deverem ser transparentemente revelados à agência do medicamento, deverão poder ser rigorosamente auditados⁴¹.

O referido mecanismo deveria prever ainda a faculdade de o Estado conceder uma licença compulsória a custo zero, ou mediante uma indenização meramente simbólica, caso a empresa, em vez de comercializar o medicamento ao preço resultante da aplicação do mecanismo travão, opte por retirá-lo do mercado.

Naturalmente poderão existir outros limites ou combinações de limites, como, por exemplo, considerar também o peso percentual anual da despesa com o medicamento no orçamento do Serviço Nacional de Saúde.

41 Lamata, Fernando, Ramón Gálvez, Pedro Pita Barros & Javier Sánchez Caro (2015), Acesso aos Novos Medicamentos: o Exemplo da Hepatite C – Custos, Preços e Patentes, paper, disponível em: www.infarmed.pt, p. 14; 19; 35-36; 53.



O diploma que crie tal mecanismo deverá ainda prever um prazo para revisão dos contratos em vigor que tenham por objecto o financiamento pelo Estado da aquisição de medicamentos, de modo a permitir a sua aplicação generalizada.

3.4. Vantagens da solução proposta

A solução proposta encerra, em nossa opinião, vantagens sob o ponto de vista procedimental e sob o ponto de vista material.

Sob o ponto de vista procedimental, a referida solução permitiria que a medida fosse implementada apenas ao nível do direito nacional, sem exigir esforços de coordenação e a obtenção de consensos ao nível da União Europeia e da OMC.

Teria ainda a vantagem da celeridade na implementação, podendo produzir efeitos a breve trecho, podendo conviver com parte significativa do conjunto de mecanismos jurídicos já existentes e funcionar apesar destes.

Sob o ponto de vista material, esse mecanismo permitiria aumentar a possibilidade de acesso pelos doentes aos medicamentos, porque, implicando a prática de preços mais reduzidos no caso de medicamentos financiados pelo Estado, teria a virtualidade de introduzir alguma racionalidade nos actuais gastos públicos com medicamentos, criando condições para criar uma folga orçamental que possa ser canalizada para a aquisição de outras prestações de saúde.

CONCLUSÕES

Do exposto, parecem-nos legítimas as seguintes conclusões:

- a) Os mecanismos jurídicos instituídos, desde a década de 1990, têm criado condições para o retorno do investimento em investigação em desenvolvimento, por parte da indústria farmacêutica, mas também para práticas mais ou menos agressivas de captura de renda;
- b) Os referidos mecanismos constituem um conjunto entrecruzado de regimes, aos níveis internacional, da União Europeia e nacional, que, por um lado, dificultam proceduralmente a intervenção dos Estados ao nível nacional e, por outro, em certas circunstâncias dificultam essa intervenção do ponto de vista material;
- c) Um desses mecanismos, que é o método da avaliação fármaco-económica dos medicamentos para efeito de financiamento pelo Estado da sua aquisição, era apto a promover a exclusão desse financiamento, sempre que, apesar de as empresas pretenderem preços elevados, os medicamentos não apresentavam inovação terapêutica significativa;
- d) Porém, esse método de avaliação, com base no valor (asente no benefício para o doente e na poupança para Estado), revelou-se inadequado quando surgiram os primeiros medicamentos verdadeiramente inovadores e custo-efectivos, como é o caso do *Tafamidis* e do *Sofosbvir*;
- e) Dado tratar-se de medicamentos *life saving* e dado o facto de o *gold standard* terapêutico ser o transplante, a aplica-



ção do método de avaliação vigente deixou o Estado português desarmado para fazer face a preços exorbitantes, dezenas de vezes superior ao custo real, e orçamentalmente in comportáveis, exigidos pelas empresas;

- f) É, por isso, necessário um novo paradigma que permita fazer face a este problema;
- g) Ao nível do direito português, o recente regime de avaliação de tecnologias de saúde foi uma oportunidade perdida, porquanto a exigência de comportabilidade orçamental tem estado apenas a ser considerada como mero cabimento orçamental. Sucede que essa perspectiva é insuficiente, pois é sempre possível existir cabimento, desde que se comprometam outras prestações de saúde ou se aumentem os impostos, o que, em ambos os casos, poderá conduzir a perdas absolutas de bem-estar;
- h) Julgamos que a fórmula mais célere e eficaz de intervenção estatal, tendo em vista alterar este estado de coisas, passa pela criação de um mecanismo de controlo de preços que funcione nos casos em que não é possível a obtenção de um consenso entre o Estado e a empresa quanto ao preço a que o medicamento será financiado. Esse mecanismo terá a virtualidade de definir claramente os extremos negociais, ou, em termos *coaseanos*, de definir os direitos de propriedade das partes e, assim, baixar os custos de transacção;
- i) O referido mecanismo deverá passar pelo estabelecimento de limites – desejavelmente duplos limites, para permitir uma aplicação mais fina – no sentido de que o preço não deverá ultrapassar uma certa percentagem do custo do *gold standard* terapêutico e que não deverá, simultaneamente, ultrapassar uma certa margem de lucro, des-

[Voltar ao índice](#)

contados os custos de investigação e desenvolvimento, os custos de produção e os custos de *marketing*. Esta medida deverá ser aplicável aos contratos de financiamento vigentes e complementada pela faculdade de concessão de uma licença compulsória, a custo zero, para produção de um genérico, caso a empresa opte por retirar o medicamento do mercado. A definição dos limites deverá ser precedida de discussão no âmbito da Comissão de Avaliação de Tecnologias de Saúde, de modo a permitir o mais amplo consenso possível;

- j) O mecanismo que propomos teria algumas vantagens, na medida em permitiria uma intervenção apenas de direito nacional, célere e eficaz, além de que permitiria a obtenção de uma folga orçamental, que poderia ser canalizada para outras respostas em saúde, aumentando o acesso dos cidadãos às prestações de saúde.



O VÍRUS DA “ZIKV” E A INCERTA EVIDÊNCIA COM A MICROCEFALIA: O RISCO DO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 5.581, DE 2016, ANÁLOGO À ADPF Nº 54/2004¹

THE ZIKV VIRUS AND THE MICROCEPHALY UNCERTAIN EVIDENCE: THE RISK OF THE JUDGMENT OF THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY (ADI) N. 5581/2016, ANALOGUE TO ALLEGATION OF DISOBEDIENCE OF FUNDAMENTAL PRECEPT (ADPF) N. 54/2004

BLEINE QUEIROZ CAÚLA

FERNANDA MIKAELLE DIAS BRAGA

JÚLIA MAIA DE MENESES COUTINHO

¹ A ordem da autoria obedeceu ao critério alfabético. O presente artigo é uma adaptação da monografia de conclusão do curso de Direito de Fernanda Mikaelle Dias Braga, em 2016, e fora apresentado no VIII Seminário Internacional Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, realizado na Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT), em junho de 2016. Todas as alterações foram pactuadas pelas autoras subscritas.

“Uma sociedade que permite o aborto é uma sociedade que autoriza colocar nos mais fracos o peso das escolhas erradas dos mais fortes. Salvo no caso de estupro, mulher que engravida quando não quer é mulher que fez uma escolha errada. Empoderar as mulheres não é permitir que abortem, porque isso significa incentivar a que continuem fazendo escolhas erradas, colocando nos próprios filhos a responsabilidade dos seus erros. Empoderar as mulheres é ensiná-las a fazer as escolhas certas na vida. Neste caso, é a não engravidar quando não querem engravidar”.

Ana Maria D’Ávila Lopes²

Resumo

O artigo ora em comento partiu da inquietação da decisão formulada no julgamento da ADPF nº 54 que poderá ocasionar um precedente para uma interpretação análoga em futuros julgamentos que tratem da autonomia da vontade da mulher no tocante a gestação de bebê com microcefalia ante a incerteza dos resultados dos diagnósticos do vírus zikv no Brasil. Ademais, o tema se debruçou sobre a difícil turbulência transdisciplinar entre direito, religião, medicina, psicologia e bioética, fatos geradores da problemática central do escrito, qual seja, como ponderar o direito ao aborto (liberalidade da mãe), neste caso específico e o direito à vida do bebê? O estudo cobre uma metodologia bibliográfica,

2 Publicação no Facebook da autora em 30 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.facebook.com/anamaria.davilalopes?fref=ts>. Acesso em: 25 abr. 2017.



recorrendo a observação de um caso prático que colima na abordagem teórico-empírica, quati-qualitativa fenomenológica e social, descritiva e exploratória. Por fim, analisa-se a liberdade e a igualdade como elementos filosófico-políticos do Estado Democrático de Direito com base na análise SWOT da sobredita ADFP e encerra-se com a conclusão que gravita a órbita de que a sacralidade do direito à vida é conceito anterior a formação ou existência do próprio Estado.

Palavras-chave: Vírus da “zikav”. ADFP no. 54. Microcefalia. Aborto. Direito à vida.

Abstract

The article now in commented on the restlessness of the decision made at the ADFP number 54 which may provide a precedent for an analogous interpretation in future trials that deal with the autonomy of the woman's will regarding gestation of baby with microcephaly in the face of the uncertainty of the results of zikv virus diagnoses in Brazil. Also in addition, the subject was focused on the difficult transdisciplinary turbulence between law, religion, medicine, psychology and bioethics, generating facts of the central problematic of the writing, that is, how to ponder the right to abortion (mother liberality), in this specific case and right to baby's life? The study copper a bibliographical methodology, resorting to the observation of a practical case that points in the theoretical-empirical approach, quati-qualitative phenomenological and social, descriptive and exploratory. Lastly, liberty and equality are analyzed as philosophical-political elements of the Democratic Rule of Law on the basis of the SWOT analysis of the abovementioned ADFP and concludes with the conclusion

that the orbit of the sacredness of the right to life is a concept prior to the formation or existence of the State itself.

Key Words: "Zikav" virus. ADPF number 54. Microcephaly. Abortion. Right to life.

INTRODUÇÃO

É oportuno esclarecer que o presente artigo foi elaborado diante da inquietação de a decisão formulada no julgamento da ADPF nº 54 DF poder vir a ser “um precedente” para uma interpretação análoga do Supremo Tribunal Federal nos futuros julgamentos envolvendo os conflitos da autonomia da vontade da mulher na gestação de bebê com microcefalia, ante a “incerteza científica” de associação ao quadro alarmante do vírus Zikv no Brasil.

O tema avulta turbulência entre direito, religião, medicina, psicologia, bioética. Mas as autoras desafiam o diálogo social acerca da colisão envolvendo diferentes direitos fundamentais que não quase em nada dialogam para o que o Direito nomina de Justiça!

O título do *paper* “O vírus da Zikv e a incerta evidência com a microcefalia: o risco do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.581, de 2016, análogo à ADPF nº 54 DF”, fora escolhido no intuito de investigar as possibilidades de a Corte Suprema estender o entendimento de quais fetos podem nascer; até onde a gestação pode ser interrompida por autonomia da vontade da gestante? Quem tem direito à vida na concepção jurisprudencial? Embora as respostas aos questionamentos não sejam imediatas, à mulher caberá árdua decisão sobre a sua vida e a que se encontra em seu ventre.



O julgamento da ADPF nº 54 DF, no mês de abril de 2012, é o que se pode nominar de “odisseia”. Paire a dúvida de saber se a verdadeira preocupação em declarar inconstitucional a interrupção da gravidez como conduta tipificada no Código Penal fora com esteio no direito à liberdade e autonomia da gestante ou uma resposta à vulnerabilidade de o Estado suportar o dever de zelar pelos bebês nascidos com anencefalia. Teria a Suprema Corte ponderado os efeitos psicológicos do aborto perpetuados na vida da “ex-mãe”? Terá o Estado condições de promover o tratamento psicológico das mulheres que carregam o peso psicoemocional do aborto?

A colisão entre o “direito ao aborto” – uma escolha da gestante – e o direito a paternidade, qual a melhor ponderação? Qual verdadeira-mente é a ciência capaz de determinar quem deve viver ou quem deve morrer? Entrementes, deve-se destacar: O Brasil não adota a pena de morte da pessoa física³! A morte é exclusiva dos seres humanos nascidos ou simplesmente gerados?

No ano de 2015, o Ministério da Saúde alarmou a sociedade brasileira prevenindo as mulheres sobre o risco da gravidez diante do “quadro epidêmico” do vírus da Zikv no País e a inoperância para cessar a proliferação do mosquito vetor. Nesse interregno, a Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADep) ajuizou uma ação⁴ que pede a descriminalização da interrupção da gravidez nos casos de mulheres grávidas de feto infectado pelo vírus da Zikv sob o argumento do “estado de necessidade”⁵.

3 Prevê a pena de morte da pessoa jurídica na lei de crimes ambientais mediante a liquidação forçada da empresa.

4 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5.581, de 2016) no Supremo Tribunal Federal (STF).

5 Código Penal, 24 Art. 24 – Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984).

Entrementes, o Supremo Tribunal Federal (STF), por ora, não estendeu a autorização de interrupção da gravidez para o feto com microcefalia. Foi mais dinâmico e, passados quatro anos da “decisão histórica” da ADPF nº 54, julgou, no dia 29 de novembro de 2016, o pedido de *Habeas Corpus* (HC) 124306, reconsiderando o critério de ponderação para a criminalização do aborto.

As autoras subscritas procuraram expor suas posições optando por não enveredar na questão religiosa, mas tecendo uma crítica à recente decisão de o Superior Tribunal Federal autorizar o aborto até o terceiro mês de gestação – sobreposição da autonomia da vontade da gestante em contraposição ao direito à vida do feto. Não é possível relegar que o Superior Tribunal Federal não tem composição democrática. Uma decisão desse porte – sem legitimidade democrática – é, no mínimo, idiossincrática porque a Corte Suprema não ordena o Poder Executivo de adimplir com o dever de implantar políticas públicas de planejamento familiar já regulamentado pelo Poder Legislativo⁶.

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

Nesse sentido, a presente pesquisa está dividida em cinco fases: notas introdutórias, seguida de um capítulo sobre o exercício da vida do feto anencéfalo. Faz-se uma revisitação ao julgamento no ano de 2012 da ADPF

6 Ver a Lei nº 9.263/1996.



nº 54, de 2004, quanto às argumentações dos ministros do Superior Tribunal Federal (contrários e favoráveis) sobre o abortamento. O segundo descreve o quadro alarmante de microcefalia no Brasil e o risco iminente do julgamento da ADI nº 5.581, de 2016, e, por fim, analisam-se a liberdade e a igualdade como elementos filosófico-políticos do Estado Democrático de Direito com base na análise SWOT da ADPF nº 54. Encerra-se com uma conclusão em que pese o melhor entendimento da autoria subscrita.

1 EXERCÍCIO DA VIDA DO FETO ANENCÉFALO

1.1 Entendendo a Anencefalia

A anencefalia é caracterizada pela má-formação do tubo neural, pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana. Decorrente de um defeito do fechamento do tubo neural ocorrido nas primeiras semanas da formação embrionária. O termo anencefalia é definido com propriedade por Gisleno Feitosa⁷:

Consiste na ausência parcial ou completa da abobada craniana, bem como da ausência dos tecidos superiores com diversos graus de má formação e destruição dos rudimentos cerebrais. Em suma, anencefalia significa ‘sem encéfalo’, sendo encéfalo o conjunto de órgãos do sistema nervoso central, contidos na caixa craniana.

7 FEITOSA, Gisleno. Interrupção da gestação em caso de anencefalia. In: COSTA, Sergio; FONTES, Malu; SQUINCA, Flávia. **Tópicos em bioética**. Brasília: Letras Livres, 2006, p. 16-31. p. 18.

A anencefalia é uma patologia letal que pode ser diagnosticada a partir da 12ª semana de gestação, por meio de exame de ultrassonografia, sendo possível a interrupção da gravidez de maneira legal, de acordo com a Resolução nº 1.989, de 2012, do Conselho Federal de Medicina (CFM)⁸.

José Aristodemo Pinotti⁹, por sua vez, informa que “A anencefalia é resultado da falha de fechamento do tubo neural, decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais, durante o primeiro mês de embriogênese”.

A anencefalia envolve a ausência da calvária, abóbada craniana e hemisférios cerebrais, sendo letal antes ou logo após o nascimento¹⁰.

O termo anencefalia é utilizado para qualificar a má-formação fetal do cérebro. Em certos casos, o anencéfalo apresenta algumas partes do tronco cerebral funcionando, o que lhe garante algumas funções vitais e a sobrevivência extrauterina, mesmo que por um breve lapso temporal.

A expectativa de vida de um anencéfalo é reduzida, existindo casos de bebês que sobrevivem minutos, enquanto outros prolongam a vida por dias ou mesmo por meses, não se podendo definir exatamente a duração desta. O fato é que a criança em gestação é juridicamente um indivíduo humano vivo e está sob a proteção do direito.

Não é comprovada a causa principal da anencefalia, mas existem evidências que confirmam o risco de maior incidência em gestantes diabéti-

8 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº1989/2012**. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf. Acesso em: 29 jan. 2017.

9 PINOTTI, José Aristodemo. Anencefalia. **Folha Uol**, 2004 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2511200409.htm>. Acesso em: 2 abr. de 2016

10 RICHARD, A. McPerson. **Diagnóstico clínico e tratamento por métodos laborais de Henry**. 21. ed. São Paulo: Manole, 2012. p. 437.



cas do que em gestante que não apresenta essa doença. Mulheres jovens ou de idade avançada também possuem maiores chances de apresentar uma prenhez com quadro de anencefalia. O procedimento mais indicado para prevenir esse tipo de anomalia é a suplementação nutricional com ácido fólico antes e durante a prenhez, sendo indispensável o exame pré-natal e o acompanhamento médico durante todo o período gestacional.

Fatores nutricionais e ambientais podem influenciar indiretamente nesta má formação. Entre elas estão: exposição da mãe durante os primeiros dias de gestação a produtos químicos e solventes, irradiações, deficiência materna de ácido fólico, alcoolismo e tabagismo. Presume-se que a causa mais frequente seja de ácido fólico. O melhor modo de prevenir esta malformação é que toda mulher em idade fértil utilize diariamente ácido fólico três meses antes da concepção e nos primeiros meses de gestação¹¹.

Fatores ambientais e nutricionais influenciam indiretamente nessa má-formação¹². Entre eles estão: alcoolismo, irradiações, deficiência materna de ácido fólico, tabagismo e exposição da mãe durante os primeiros dias de gestação a produtos químicos e solventes. Presume-se que a causa mais frequente seja a falta de ácido fólico, sendo, portanto, o melhor modo de prevenção a essa má-formação a utilização diária de ácido

11 TERRUEL, Suelen Chirieleison. **Entenda o que é anencefalia**. 2010. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/11/03/entenda-o-que-e-anencefalia>. Acesso em: 29 mar. 2016.

12 O substantivo “malformação” tem o sentido de aberração. Nesse contexto, as autoras decidiram que a melhor forma substantiva para se tratar no artigo seria “má-formação”, que possui significado de anomalia.

fólico em toda mulher em idade fértil três meses antes da concepção e nos primeiros meses de gestação. Patrícia Marques Freitas¹³, relata

Os pesquisadores relacionaram como causas que dão origem ao aparecimento do DATN os padrões de herança genética multifatorial, além de fatores ambientais como deficiência de ácido fólico (folato), ação de remédios anticonvulsivos tais como dilantina, tegretol e ácido valproico e infecções viróticas de vias aéreas superiores. Os DATN podem, ainda, ter origem na destruição dos tecidos após uma ontogênese normal e estão associados à trissomia.

É notável que o aspecto financeiro corrobora na ocorrência de anencefalia, sugerindo que a doença está ligada a fatores sociais, como má alimentação, por exemplo, demonstrando que, ao se considerar o critério econômico e o nível de incidência da má-formação, a anencefalia configura-se como caso de saúde pública, de maneira que o Estado se torna responsável para tratar o problema, oferecendo às mulheres em idade fértil o acesso ao ácido fólico e todo o pré-natal.

A anencefalia não caracteriza casos de ausência total do encéfalo, mas situações em que se observam graus variados de danos encefálicos. Existe certa dificuldade de definição exata do termo, porém baseia-se sobre o fato de que a anencefalia não é uma má-formação do tipo 'tudo ou nada', ou seja, não está ausente ou presente, mas trata-se de uma má-formação que passa, sem solução de continuidade, de quadros menos graves a quadros de indubitável anencefalia. Serão analisados adiante os conceitos mais conhecidos.

13 FREITAS, Patrícia Marques. **Os fetos anencéfalos e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Ícone, 2011. p. 71.



1.2 O direito de vida do feto anencéfalo

Ao contrário do que se afirma, o abortamento de anencéfalos ataca um preceito fundamental: o direito à vida. Vida que se fundamenta em todo o ordenamento jurídico brasileiro. O nascituro possui direitos desde a sua concepção, é um ser humano já concebido, e a vida não pode ser objeto de medida conforme sua viabilidade. Matar um incapaz é ferir com todas as armas uma pessoa totalmente inábil de se expressar ou prover meios próprios de defesa, alegar a dignidade da pessoa humana para justificar tamanho ato é subestimar a vida, de modo a relativizá-la e dar-lhe caráter inferior à dos indivíduos considerados normais.

Portanto, nascendo com vida, o bebê anencéfalo se torna possuidor de personalidade civil, o que lhe possibilita direitos e deveres dispostos no Código Civil¹⁴, como o de registro civil, sucessões, podendo até mesmo herdar e transmitir bens, o que acarreta uma consequência jurídica com o seu nascimento, ainda que lhe sobrevenha inexoravelmente a morte.

Ocorre que a condição humana do bebê anencéfalo diante de um Estado arbitrário ou eugenista é frágil, pois este decidirá com critérios subjetivos o que fazer ante uma vida necessitada de absoluta proteção e defesa. No entanto, não nos é dado o direito de matar a outrem alegando a antecipação do inevitável, pois em caso de abortamento o feto morreria por causa da interrupção da gravidez, e não pelo fato de ser anencéfalo.

Ademais, o pouco tempo de vida do bebê anencéfalo não deveria ser considerado como motivo de autorização legal do abortamento de gestação, porque, sendo assim, avalia-se a vida utilitarista, contrariando

¹⁴ BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 29 jan. 2017.

a ética dos direitos humanos sobre o qual se fundamenta a Constituição Federal, de 1988¹⁵.

1.3 Revisitando o julgamento da ADPF nº 54 DF, de 2004

O abortamento de anencéfalos é tema notoriamente polêmico; há diversos posicionamentos a respeito do assunto. A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CTNS) impetrou, em 2004, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), solicitando que a Corte Suprema procedesse à interpretação conforme a Constituição Federal e os artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal Brasileiro¹⁶, declarando inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, o entendimento de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencéfalo.

Ademais, solicitava a supracitada ADPF que, após o diagnóstico da anomalia por médico habilitado, a gestante pudesse ter reconhecido o direito subjetivo de submeter-se ao dito procedimento, sem a necessidade de autorização judicial prévia ou outro tipo de consentimento do Estado. Estaria prejudicado, portanto, o princípio do devido processo legal, no qual o feto teria o seu direito de defesa resguardado mediante realização dos procedimentos legais pertinentes na deferição, ou não, do abortamento da gestação.

Defendendo sua tese, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, por meio de seus advogados, alegou em sustentação da arguição a diferenciação terminológica entre “antecipação terapêutica do parto” e “aborto”, afirmando que “a antecipação do parto em casos de gravidez

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

16 BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 29 jan. 2017.

de feto anencéfalo não caracteriza aborto, tal como tipificado no Código Penal”. Sendo assim, o requerente apelou para a visão humanitária ante o sofrimento da gestante e para a permissão da atuação, livre de impedimentos judiciais, dos profissionais da saúde.

Ainda sobre essa alegação, o impetrante entende que para a caracterização do aborto faz-se necessário que a morte do feto sobrevenha dos métodos abortivos. Portanto, isso não ocorreria no caso da antecipação do parto de anencéfalos, pois este não possui expectativa de vida extrauterina. No entanto, ainda que o tempo de vida fora do útero materno seja ínfimo e variável, conforme o grau da anencefalia, ele existe, e sendo retirado do seu ambiente natural morrerá como qualquer outro feto saudável.

A segunda alegação é a inviabilidade do feto anencéfalo como motivação para que fosse autorizada a antecipação do parto, em vinculação ao princípio utilitarista. O conceito de viabilidade do feto enseja a eugenia negativa e pode suscitar outros questionamentos, como o uso de células-tronco embrionárias e a eutanásia, pautados pelos critérios de fragilidade da vida ou a utilidade para objetivos científicos.

A petição inicial da ADPF n° 54¹⁷ ainda expõe questões processuais relevantes, como: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal, de 1988); a cláusula geral da liberdade (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, de 1988); e o direito à saúde (arts. 6º e 19 da Constituição Federal, de 1988). Encontra-se ainda referência ao princípio da dignidade da pessoa humana aplicado à mulher gestante.

Entretantes, sobre a defesa da dignidade da mulher gestante foi le-

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão Julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54 DF, de 2004**, ocorrido em 12 de abril 2012. STF. Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 10 fev. 2017.

vantada a hipótese de que estaria sendo submetida à “tortura psicológica” e por esse motivo se enquadraria no dispositivo legal que veda o crime de tortura (art. 5º, inciso III, da Constituição), *in verbis*: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Seguindo o rito, depois de instalada a ADPF nº 54, o procurador-geral da República, à época Cláudio Fonteles, expediu o Parecer nº 3.358 da Constituição Federal, em 18 de agosto de 2004. Defendeu o indeferimento do pleito, compreendendo que os artigos 124 e 126 do Código Penal, que tipificam a conduta do aborto, “bastam como se enunciam, e como estritamente enunciam”. De modo que as excludentes de ilicitude, dispostas no art. 128 do Código Penal, expressam “sentido inequívoco e preciso”, legalizando o aborto em situações nas quais haja risco para a gestante, ou em casos de estupro. E afirma: “A situação de anencefalia não se coaduna, por óbvio, nessas situações”.

Cláudio Fonteles, contra-argumentando a tese da petição inicial, apontou o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, de 1988, defendendo que o direito à vida é posto como marco primeiro, e existindo vida extrauterina, o procurador destacou o art. 2º do Código Civil, o qual protege os direitos do nascituro desde a concepção. E completa:

O autor desta ação tem por tema central do pleito o fato de que nos casos de anencefalia não há possibilidade de vida extrauterina, então razão não há a que permaneça a gestação. Mas se há normal processo de gestação vida intrauterina existe. E nos casos de anencefalia há o normal desenvolvimento físico do feto: formam-se seus olhos; nariz; ouvidos; boca; mãos, enfim o que lhe permite sentir, e também braços; pernas; pés; pulmões; veias; sangue que corre, o coração.

[Voltar ao índice](#)



Em seguida, Fonteles chega ao ponto central, qual seja, o curto espaço de tempo de vida que desfrutará o bebê anencéfalo, afirmando:

Se o tratamento normativo do tema marcadamente protege a vida desde a concepção, por certo é inferência lógica, inafastável, que o direito à vida não se pode medir pelo tempo, seja ele qual for, de uma sobrevida visível. Estabeleço, portanto, e em construção estritamente jurídica, que o direito à vida é a temporal, vale dizer, não se avalia pelo tempo de duração da existência humana.

Finalmente, e sem desconsiderar o sofrimento materno diante do quadro tão difícil como o da gestação do feto anencéfalo, o então procurador infere que a dor não é comum a todas as gestantes. Assim, atento ao princípio da proporcionalidade, conclui-se que o direito à vida do feto supera o direito da gestante, pois a dor não será partilhada por todas, mas todos os fetos anencéfalos terão suas vidas ceifadas.

Não são todas as gestantes que, por sua dor, almejam livrar-se do ser humano, que existe em seus ventres maternos. Há outras também gestantes, que, se experimentam a dor, superam-na e, acolhendo a vida presente em seu ser, deixam-na viver, pelo tempo possível. [...] É de se reconhecer, outrossim, e mantido o raciocínio na ponderação de bens, que por certo o sofrer uma dor, mesmo que intensa, não ultrapassa o por cobro a uma vida, que existe, intrauterina, e que, seja sempre reiterado, goza de toda a proteção normativa, tanto sob a ótica do direito interno, quanto internacional. O feto no estado intrauterino é ser humano, não é coisa!

[Voltar ao índice](#)

Assim foi o Parecer do procurador-geral da República, indeferindo o pedido da inicial com base em todos os argumentos mencionados.

Em 1º de julho de 2004, antes mesmo da convocação da audiência pública, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, relator da ADPF nº 54 DF, diante da requisição da medida cautelar por parte da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que visava à suspensão do andamento de processos que tivessem como objetivo aplicar preceitos do Código Penal alusivo ao aborto expediu seu voto, concedendo a liminar para reconhecer o direito constitucional de gestantes que decidam realizar operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos.

No ano seguinte, o plenário do Tribunal decidiu pelo ajustamento da ADPF, por sancionar a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado; e por revogar a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional de a gestante se submeter à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos.

Após 8 anos de tramitação, finalmente o Supremo Tribunal Federal julgou a ação em definitivo, no dia 12 de abril de 2012, resultando em oito votos pela procedência da ação, sendo os ministros a favor: Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa, declarando inconstitucional a interpretação que proíbe a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Dois votaram pela improcedência, ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski. O ministro Dias Toffoli não votou porque se declarou impedido por ter atuado no processo quando era advogado-geral da União.

O julgamento desta ADPF foi, nas palavras dos ministros Cezar Peluso



e Marco Aurélio, uma das mais importantes questões já apreciadas pela Corte. Segundo o ministro relator Marco Aurélio:

A questão posta nesta ação de descumprimento de preceito fundamental revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal. É inevitável que o debate suscite elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas, do Poder Judiciário e da sociedade. [...] Com o intuito de corroborar a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. Primeiro, até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal. Segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. Esses dados foram os obtidos e datam do período de 1993 a 1998, não existindo notícia de realização de nova sondagem.

Já para o ministro Peluso, este foi o mais importante julgamento da história do Supremo Tribunal Federal, porque nele se definiu o alcance constitucional do conceito de vida e da sua tutela normativa. Também admite que a matéria seja delicada, envolvendo “razões inconscientes”, “não só conceitos religiosos, mas a força, a cultura, o modo de ser de cada magistrado”.

[Voltar ao índice](#)

É incontestado que uma decisão autorizativa da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos é de relevância e influência indiscutíveis no País. Isso porque envolve questões sensíveis como o direito à vida e o direito à saúde, passando pelos princípios da dignidade humana, da liberdade e autonomia de vontade. Há uma iminente colisão de direitos fundamentais.

1.4 Argumentações dos ministros do Supremo Tribunal Federal

1.4.1 favoráveis ao abortamento

O principal argumento presente nos votos favoráveis à interrupção da gravidez é relacionado ao lapso de tempo que o bebê anencéfalo disporá em virtude de sua má-formação, constituindo-se, com isso, a certeza de sua morte.

A argumentação dos magistrados que compõem a corrente jurisprudencial favorável à autorização da interrupção partilha do entendimento em que dar continuidade à gestação ocasiona sofrimento desnecessário à mulher grávida, bem como de toda a família. Outra justificativa para a autorização da interrupção, bastante arguida pelos seus defensores, é relacionada aos possíveis riscos à saúde mental da mulher ante a gestação de um bebê anencéfalo.

O voto do ministro Marco Aurélio divide-se em duas partes principais. Na primeira ele argumenta que “o fato é atípico, pois o anencéfalo é um natimorto cerebral, não podendo se falar em vida, biológica ou jurídica”. Na segunda parte, o ministro supõe haver vida, deixando claro que este não é o seu entendimento, diz ainda que o feto merece tutela jurídica menos intensa, pois em grau de desenvolvimento inferior, e que o direito à vida não é absoluto em nosso ordenamento jurídico.



O ministro ainda fala em uma interpretação evolutiva do Código Penal para justificar que o legislador só não previu a atipicidade da interrupção do feto anencéfalo porque à época não havia tecnologia para identificar a doença, mas pode-se presumir que o legislador excluiria, em vista da excludente do aborto de feto fruto de estupro, que é viável, como também do feto que esteja pondo em risco a saúde da mãe.

O ministro Gilmar Mendes considera o fato típico, uma vez que o feto anencéfalo pode nascer com vida e o desenvolvimento da vida passa necessariamente pelo estágio fetal, sendo, portanto, tutelado pelo direito. Contudo, o ministro vê o aborto de anencéfalo como mais uma excludente de antijuridicidade, uma vez que interpreta ser essa a decisão extraída da própria opção do legislador que, ao excepcionar as hipóteses de aborto necessário e aborto humanitário, expressou os valores e bens jurídicos protegidos: saúde física e psíquica da mãe, justamente os bens ameaçados na gravidez de feto portador de anencefalia.

O ministro Joaquim Barbosa defende a atipicidade do fato por considerar que não há vida viável no feto anencéfalo. Alega que a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados e que o Direito Penal protege apenas a hipótese em que o feto está biológica e juridicamente vivo. Considera ainda que o fato de o aborto de anencéfalo não ser considerado lícito se explica pela data da promulgação do Código Penal, em 1940, quando não havia tecnologia médica apta a diagnosticar, com certeza, a inviabilidade do desenvolvimento do nascituro pós-parto. Termina afirmando que seria contrassenso cancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso do aborto sentimental, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de má-formação fetal gravíssima, como a anencefalia, em

que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica.

A ministra Rosa Weber votou pela atipicidade do fato, uma vez que não considera haver vida no feto anencéfalo por não possuir atividade cerebral, tampouco capacidade para o convívio social. A ministra fez longas considerações para justificar que a proteção, ou não, do feto anencéfalo não deve decorrer dos critérios da medicina, mas sim dos critérios jurídicos que envolvem o conceito de vida. Por fim, considera que a vida não é um valor absoluto no ordenamento jurídico e que há uma gradação em importância da vida protegida como bem jurídico conforme ocorre o desenvolvimento.

Diante disso, concedem a autorização para interrupção da gestação, por meio do art. 128 do Código Penal Brasileiro, inciso I, que diz: “**Art. 128** – Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário. I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante”.

1.4.2 Contrários ao abortamento

A argumentação da corrente contrária ao abortamento de fetos anencéfalos defende que provocar a interrupção da gravidez de anencéfalo antes de seu nascimento configura-se como crime de aborto, e se feito depois de seu nascimento, trata-se de homicídio ou infanticídio.

Os dois ministros, Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski entendem que de fato há vida, pois o feto, desconsiderando a anencefalia, se desenvolve normalmente, estando, portanto, protegida como bem fundamental pela Constituição Federal. O pouco tempo de vida atribuído ao bebê anencéfalo não deveria configurar como motivo de interrupção de sua gestação, sob pena de se avaliar a vida por uma ética utilitarista, contrária ao conceito de



direitos humanos sobre o qual se fundamenta a Carta Cidadã. Em semelhante defesa, Jaques de Camargo Penteado¹⁸ expressa que

[...] uma criança concebida pode ter a sua morte decretada por um julgador que não lhe enseje a menor chance de defesa. É possível que o Ministério Público funcione no procedimento, para, expeditamente, concordar com a execução daquela. É viável que sequer o pai da pessoa gerada esteja de acordo com a sua destruição. Muitas vezes, a execução do conceito é decretada porque é doente. Além de incapaz de autodefesa, posto em perigo de morte por aqueles que, naturalmente, deveriam defendê-lo, está desprovido de saúde.

O ministro Cezar Peluso votou pela improcedência da ADFP argumentando que há vida no feto anencéfalo, por ser dotado da capacidade de movimento autógeno vinculado a um processo contínuo de evolução do ser. Além disso, alega que o crime de aborto se caracteriza pela eliminação da vida, abstraída qualquer especulação quanto sua viabilidade futura e que vida intra e extrauterina têm a mesma proteção constitucional. Para ele, a vida humana tem valor supremo assegurado pela ordem constitucional, sobrepondo-se a qualquer outro bem jurídico; não podendo, fora das previsões legais específicas, ser relativizada.

Aponta ainda para dificuldade de se apurar com precisão o diagnóstico de anencefalia fetal ou outra anomalia semelhante, distinta apenas em grau, de modo que não é razoável decidir, de acordo com essa ex-

¹⁸ PENTEADO, Jaques de Camargo. **A vida dos Direitos Humanos**: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999, p. 174-175.

tensa variabilidade de diagnósticos de anomalias, quem merece viver ou não. Finalizando seu voto, o ministro discorre sobre o argumento de sofrimento psíquico, pois este em si não degrada a dignidade humana, sendo elemento inerente ao homem, bem como os direitos à autonomia da vontade e liberdade de escolha da mulher, pois estes se preordenam para o cometimento de crime claramente punido pelo ordenamento jurídico. Também diz que os meios científicos de diagnóstico de anencefalia já estavam disponíveis antes da reforma penal, de 1984, de modo que, se fosse de sua vontade, o legislador teria aberto a nova excludente.

O outro voto contrário à interrupção da gravidez em casos de bebês anencéfalos foi o do ministro Ricardo Lewandowski, considerando que o STF não pode utilizar-se da técnica da interpretação conforme o caso, uma vez que impedido pela univocidade das palavras e da vontade, explícita e deliberada, de o legislador não afastar a punibilidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Para o ministro, isso seria extrapolar as competências do Congresso, quando ao Supremo é dado apenas atuar como legislador negativo. Ainda acrescenta:

[...] A temática, com efeito, reveste-se de extrema complexidade, não só do ponto de vista jurídico, como também ético e até mesmo científico. É que, além de envolver o princípio fundamental da proteção à vida, consagrado em nossa Constituição (art. 5º, caput), e em diversos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, a começar da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 4,1), uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expec-



tativa de vida extrauterina. Convém lembrar que a Organização Mundial de Saúde, na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, Décima Revisão (CID – 10), em especial em seu Capítulo XVII, intitulado Malformações Congênitas, Deformidades e Anomalias Cromossômicas, arrola dezenas patologias fetais em que as chances de sobrevivência dos seres gestados após uma gravidez tempestiva ou temporã são nulas ou muito pequenas. É fácil concluir, pois, que uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extrauterina. Importa trazer a lume, ainda, a Portaria nº 487, de 2 de março de 2007, do Ministério da Saúde, que reflete a preocupação das autoridades médicas com o sofrimento dos fetos anencéfalos, os quais, não obstante sejam dotados de um sistema nervoso central incompleto, comprovadamente sentem dor e reagem a estímulos externos. [...] Por todo o exposto, e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma

[Voltar ao índice](#)

norma abstrata autorizadora do aborto eugênico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, julgo improcedente o pedido.

Sendo assim, o feto anencéfalo é um ser vivo, por isso, o direito de liberdade da mulher contrapõe o direito ao exercício de vida do feto, e convalidando essa concepção é que se adotou a teoria concepcionista, claramente defendida pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme o art. 2º do Código Civil, do Pacto San José da Costa Rica e da Declaração Universal dos Direitos da Criança, dos quais o estado brasileiro é signatário.

2 O QUADRO ALARMANTE DE MICROCEFALIA NO BRASIL E O RISCO IMINENTE DO JULGAMENTO DA ADI N° 5581, DE 2016

A microcefalia é uma condição rara em que o bebê nasce com o crânio do tamanho menor do que o normal, diagnosticada quando o perímetro da cabeça é igual ou menor do que 32cm; portanto, o esperado é que bebês tenham pelo menos 34cm. Isso vale apenas para crianças nascidas com 9 meses de gestação, no caso de prematuros, esses valores mudam e dependem da idade gestacional em que ocorre o parto.

O considerável e descontrolado aumento dos casos de microcefalia no Brasil tem causa ainda desconhecida para a academia científica. Essa incerteza científica reabriu o debate sobre o aborto no País e no mundo. No Brasil, só se permite interromper uma gravidez em caso de risco à vida da mãe,



quando a concepção foi resultado de um estupro ou em casos de fetos anencéfalos. Qualquer entendimento análogo à decisão do aborto anencefálico pode ser uma grave violação aos direitos fundamentais do nascituro.

Não obstante, estudiosos defendem a incompatibilidade de desenvolvimento gestacional e que a anencefalia fetal não é compatível com a vida, alçando a interrupção terapêutica do parto, cabimento na hipótese de inexistência de conduta diversa, fato que não se aplica à microcefalia¹⁹.

As restrições quanto ao tempo de gestação para o aborto do feto anencéfalo não podem ser aplicadas analogicamente à microcefalia. Nessa senda, opinam Cardozo e Marchetto “A confirmação do diagnóstico micro encéfalo ocorre somente em estágio avançado da gestação, diferentemente da anencefalia, que se dá na 12ª semana”²⁰.

Entretanto, no dia 29 de novembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou o pedido de *Habeas Corpus* (HC) 124306²¹. A primeira turma afastou a prisão preventiva dos denunciados pelo Ministério Público do Rio de Janeiro. De acordo com o voto do ministro Luís Roberto Barroso, acompanhado pelos votos da maioria dos ministros, “além de não estarem

19 CARDOZO, Fernanda Antonioli; MARCHETTO, Patrícia Borba. Zika vírus, microcefalia e aborto: o papel da bioética perante o princípio da autonomia, o direito à vida e à saúde. In: **XXV Encontro Nacional do Conpedi** – Brasília-DF, 2016, p. 142-157. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/hw1unsg1f3lp1jn1.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2017.

20 CARDOZO, Fernanda Antonioli; MARCHETTO, Patrícia Borba. Zika vírus, microcefalia e aborto: o papel da bioética perante o princípio da autonomia, o direito à vida e à saúde. In: **XXV Encontro Nacional do Conpedi** – Brasília-DF, 2016, p. 142-157. p. 143. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/hw1unsg1f3lp1jn1.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2017.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto-Vista Habeas Corpus (HC) n. 124.306**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

presentes no caso os requisitos que autorizam a prisão cautelar, a criminalização do aborto é incompatível com diversos direitos fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade²².

Para o ministro Luís Roberto Barroso, o bem jurídico protegido (a vida potencial do feto) é “evidentemente relevante”, mas a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade. Entre os bens jurídicos violados, apontou a autonomia da mulher, o direito à integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero – além da discriminação social e o impacto desproporcional da criminalização sobre as mulheres pobres²³.

Na região nordeste está concentrado o epicentro do surto de microcefalia. Médicos divergem sobre uma associação, ou não, ao Zikv. Um aumento relativo na incidência da doença também já pode ser notado em outros estados brasileiros, embora com menos intensidade. O Ministério da Saúde está investigando todos os casos de microcefalia no Brasil e outras alterações do sistema nervoso central, informados pelos estados, e a (in)equívoca relação com o vírus Zikv e outras infecções congênicas. A microcefalia pode ter como causa, diversos agentes infecciosos além do Zikv, como Sífilis, Toxoplasmose, Rubéola, Citomegalovírus e Herpes Viral.

22 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769&caixaBusca=N>. Acesso em: 28 jan. 2017.

23 Voto-vista na íntegra. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.



A defesa articulada pela descriminalização do aborto de fetos anencéfalos no Superior Tribunal Federal, acatada em 2012, assemelha-se para levar ação similar à Suprema Corte em meio à epidemia de microcefalia que se espalha pelo País. Em contraposição, o deputado federal Anderson Ferreira apresentou polêmica propositura legislativa na Câmara Federal, o Projeto de Lei nº 4.396, de 2016²⁴, que aumenta a pena no caso de aborto cometido em razão da microcefalia ou outra anomalia do feto.

Art. 1º O art. 127, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que instituiu o Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

Aumento de pena

Art. 127 A pena é aumentada:

I – em um terço, no caso dos dois artigos anteriores se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e duplicada, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte”.

II – em um terço até a metade, em qualquer das hipóteses dos três artigos anteriores,

quando o aborto for cometido em razão da microcefalia ou qualquer outra anomalia do feto.”

24 Câmara dos Deputados. Apensado ao PL 1459, de 2003. **EMENTA:** Altera dispositivo do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) para prever aumento de pena no caso de aborto cometido em razão da microcefalia ou anomalia do feto.

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

A justificativa para este projeto de lei se dá pelo fato de a cada dia se presenciar a manobra para uma possível autorização do aborto no Brasil, a primeira categoria foi dos fetos anencéfalos, em seguida já se pensa na possível autorização para aborto de fetos microcéfalos, logo esclarece o parlamentar:

O aborto é a aplicação da pena máxima e irreparável ao nascituro, qual seja, a imposição de morte ao novo ser que vem ao mundo. O tema é sempre polêmico, uma vez que o direito à preservação da vida está no centro desse debate. É sabido que somente nas hipóteses previstas no Código Penal, casos de estupro e risco de vida da gestante, é que se autoriza o cometimento do ato extremo do aborto. Consideramos, o aborto, sim, uma sentença de morte, que não é desejada nem pela legislação penal, tampouco pela Constituição Federal, normas que protegem a vida como bem maior a ser preservado.

Para o deputado proponente do projeto de lei, tem-se testemunhado que “a cada nova enfermidade ou doença que acomete a vida fetal, um novo movimento se estrutura em prol de novas hipóteses que autorizam o aborto”.

Hoje é a microcefalia, amanhã outro mal (que apenas atesta a nossa incapacidade de enfrentar problemas graves de saúde pública) autorizará o extermínio da vida como uma espécie de álibi estatal. É dever de o Estado amparar as famílias

[Voltar ao índice](#)



que recepcionam crianças com qualquer espécie de enfermidade e obrigação de todos lutar pela perpetuação da vida.

No Brasil, há vários casos de crianças que nasceram com microcefalia e hoje levam vida normal; portanto, quem defende o aborto nesses casos defende uma seleção de seres humanos, que só tem direito a nascer quem for perfeito fisicamente.

A Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADEP), com apoio da ANIS (Instituto de Bioética), ajuizou, em 24 de agosto de 2016, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5581, de 2016), no Supremo Tribunal Federal (STF), questionando o dispositivo legal – art. 1º, *caput*, §1º, II, e §3º; art. 18, *caput*, §§ 2º e 3º, da Lei Federal nº 13.301, de 27 de junho de 2016²⁵; de acordo com a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). O julgamento está agendado para 22/05/2019²⁶.

Na exordial, os requerentes pugnam pela descriminalização da interrupção da gravidez nos casos de mulheres grávidas de crianças infectadas pelo vírus Zikv sob o argumento do estado de necessidade. Segundo a ANADEP a medida é necessária tendo em vista o “perigo atual de dano à saúde provocado pela epidemia” e a “negligência do Estado Brasileiro

25 Dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus **chikungunya** e do vírus da **zika**; e altera a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977.

26 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5581. Situação: aguardando julgamento. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoIncial/verPeticaoIncial.asp?base=ADIN&s1=5581&processo=5581>. Acesso em: 16 jan. 2019.

na eliminação do vetor”²⁷. É forçoso afirmar que a ADI nº 5.581, de 2016, motiva a descriminalização do aborto de feto com microcefalia empoderando as gestantes a responsabilidade de se livrarem do feto por força de um Estado omissivo. Contudo, as mulheres não gestantes, os homens, as crianças, os idosos não querem ter Zikv. Nesses casos, qual será a medida efetiva de combate ao mosquito transmissor?

Cumpramos destacar que os argumentos da Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) não são embasados num estudo científico interdisciplinar em que prevaleça a “certeza científica” de que o Zikv causa a microcefalia, mas está restrita à prevenção e à liberdade da gestante. Não obstante, os defensores do aborto nominam de “tortura para a gestante” carregar no ventre o feto microcefálico e apontam como solução a interrupção da gravidez. Não parecem ignorar a “tortura pós-aborto”? Entrementes, não foi uma liberdade de a gestante ser picada por um mosquito contaminado e as sequelas do aborto perdurarão por tempo indeterminado. O mesmo Estado que deve zelar pela liberdade da gestante na escolha pelo aborto é o mesmo que deve combater o vírus da Zikv e proteger as ex-mães dos traumas do aborto.

Em posição emblemática, o PhD, Plínio Bezerra dos Santos Filho²⁸, apresentou uma denúncia ao Ministério Público Federal (MPF-PE) de que “a crise de Microcefalia (MC) que surgiu no Estado de Pernambuco,

27 Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/09/stf-pode-julgar-aborto-em-caso-de-zika-ate-fim-do-ano-diz-carmen-lucia.html>. Acesso em: 28 jan. 2017.

28 Pós-doutor pelas universidades americanas de Harvard, Washington University em St. Louis e North Carolina State University; Doutor pela Washington University em St. Louis; Mestre e Bacharel em Física pela UFPE; Áreas de atuação: Ressonância Magnética, com trabalhos em neurologia, próstata, Física do Estado Sólido, entre outros. Disponível em: <http://portalcatigueira.com.br/gerais/medico-faz-grave-denuncia-ao-ministerio-publico-microcefalia-foi-causada-por-vacinas-vencidas-e-nao-pelo-zika-virus/>. Acesso em: 16 jan. 2019.



com um pico máximo de casos em novembro de 2015, não se deve ao vírus ZIKV e nem é uma epidemia. Quatro fatores principais existem e claramente explicam os dados, números de casos e períodos das notificações”. O autor da pesquisa apresenta quatro fatos-causa que explicam o comportamento temporal:

Quadro 1. Quatro fatos-causa ao quadro de Zikv em Pernambuco

1. O pico máximo do número de casos em Pernambuco corresponde a um primeiro trimestre de gestação entre janeiro e abril de 2015 com nascimentos microcefálicos. Isso se deve à vacinação de mulheres em período fértil contra o sarampo com a vacina tríplice, que contém o vírus vivo da rubéola. No Ceará, esta vacinação contra o sarampo em mulheres no período fértil com a vacina tríplice continuou até meados de abril.
2. O alarmante número de casos, que começam a aparecer em agosto-outubro de 2015, provoca a compulsoriedade, pelo Ministério da Saúde, de notificação de Microcefalia em todo o País. A obrigatoriedade de notificação pelo Ministério da Saúde aumenta o pico e alarga a curva gráfica em torno do seu máximo.
3. A causa que provocou o pico máximo de casos de microcefalia em novembro de 2015, nos dados para Pernambuco, fica rarefeita e é substituída, na atualidade, por um outro fato-causa que embora presente nas notificações iniciais, era pouco evidente. Em novembro de 2014, o Ministério da Saúde inclui a vacinação contra Difteria, Tétano e Pertussis no protocolo pré-natal de gestantes no último trimestre de gestação, a partir do sexto mês de gravidez.
4. O pico máximo de casos de Dengue no Estado de Pernambuco é entre 20 de março e 10 de abril de 2015 e isso requereria, por associação, desde que temos o mesmo mosquito vetor, um pico máximo no gráfico de Microcefalia entre final de dezembro e início de janeiro de 2016 e não em novembro de 2015 como tivemos. Isso, por si só, colocaria possíveis efeitos do Zikv como causador de Microcefalia em importância menor e não como o principal causador da Microcefalia.

Fonte: adaptado pelas autoras, 2017¹.

[Voltar ao índice](#)

A pesquisa, divulgada pelo PhD, Plínio Bezerra dos Santos Filho, em janeiro de 2016, ainda revela que as chamadas públicas e oficiais para vacinação contra sarampo em Pernambuco, pelo Ministério da Saúde e SUS, foram de 8 de novembro a 31 de dezembro de 2014. Isso se deveu às centenas de casos de sarampo em Pernambuco e Ceará. Em Pernambuco, houve uma grande campanha para a vacina tríplice no final de 2014. No Ceará, a vacinação foi estendida até meados de abril de 2015 e com visitação para vacinação a domicílio. Nas chamadas oficiais, o convite é feito para a vacinação de mulheres em período fértil contra o sarampo. Se a mulher em período fértil engravidar em até 3 meses após a vacinação ou se estiver grávida, no início da gestação e não o souber, os efeitos do Rubéola Vírus da vacina tríplice são devastadores ao feto e conhecidos há décadas. Problemas encefálicos, visuais ou cardíacos no feto/recém-nascido podem ser facilmente encontrados na literatura devido à rubéola. O que atualmente se divulga como sendo Zikv é facilmente associado à rubéola. A microcefalia é então o efeito colateral do componente de rubéola da vacina tríplice para Sarampo, Cachumba e Rubéola. Este erro é grotesco e houve. É preciso, também, ter em mente que o vírus da rubéola provoca, quando não o aborto, a síndrome da rubéola congênita, e a microcefalia é apenas uma manifestação da tríade clássica: microcefalia, catarata e surdez²⁹.

O Ministério da Saúde e a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) divulgaram nota, em fevereiro de 2016, desmentindo a referida pesquisa sob a alegação de que as vacinas contra rubéola e sarampo não são aplicadas durante a gestação. Além disso, no caso das mulheres em idade reprodutiva, é feita uma recomendação de que não se engravide até um mês após a vacinação. Os pesquisadores ainda não conseguiram comprovar

29 Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2016/02/04/denuncia-associa-vacinas-a-casos-de-microcefalia-especialistas-rebatem.htm>. Acesso em: 16 jan. 2019.



se o Zikv vírus é realmente o responsável pelo aumento de casos de microcefalia registrado no Brasil.

Entretanto, descriminalizar a prática do aborto das gestantes com diagnóstico de feto com microcefalia implica desafogar o Poder Executivo de combater o mosquito que transmite o Zikv vírus. Uma análise substanciada nos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade resultará na inadmissibilidade de uma interpretação análoga do feto anencéfalo ao quadro de microcefalia.

Não obstante, a gravidade maior está em saber qual o mal menor dessa problemática: A certeza científica de que o Zikv causa a microcefalia ou as vacinas? Se constatado que o Zikv vírus causa a microcefalia o remédio constitucional é combater a proliferação do mosquito e não descriminalizar o aborto; de outro modo, se comprovado que as vacinas causaram a microcefalia remete ao caos da saúde pública no País e a vulnerabilidade da sociedade de não saber em quem confiar, consequentemente se configurará uma insegurança jurídica.

No entanto, o Zikv vírus não atinge apenas as gestantes, mas a sociedade como um todo. A “obrigação de fazer” é do Estado. Transferir para o Supremo Tribunal Federal a solução para a desobediência do Poder Executivo é no mínimo dizer que os poderes não são de fato harmônicos entre si. O aborto não é tema para ser decidido em sede de descumprimento de preceito constitucional – direito fundamental à saúde – no momento em que a mesma liberdade da gestante foi violada pela orientação de não engravidar por força do descontrole e incerteza científica do Zikv. Há de fato uma frontal violação ao direito à maternidade e ao planejamento familiar.

3 A LIBERDADE E A IGUALDADE COMO ELEMENTOS FILOSÓFICO-POLÍTICOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COM BASE NA ANÁLISE SWOT DA ADPF Nº 54, de 2004.

A liberdade, assim como a igualdade são elementos-chave de atuação democrática desde as primeiras noções filosófico-políticas.

As confabulações do século XVII buscaram traçar o conceito de liberdade, mediante as noções de Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau e Kant disseminadas hodiernamente³⁰.

Inicialmente, Hobbes³¹ trouxe a liberdade como um mecanismo de proximidade do estado civil, pois, no estado de natureza, não havia como as liberdades coexistirem, em razão da guerra de todos contra todos.

De outro modo, Locke³² destacou que a liberdade é resultado da lei, pois apenas a legislação é capaz de aumentar ou preservar essa condição.

Foi no capítulo II do livro XII do *Espírito das Leis*, cujo título é “O que é a liberdade”, que Montesquieu³³ apontou essa premissa como fator decorrente da limitação estatal.

Ademais, Rousseau³⁴ trouxe a liberdade baseada na obediência estabelecida pela lei humana, com vista a garantir a vontade geral, de modo que

30 BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a Filosofia Política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 103.

31 HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Abril Cultural, 1964.

32 LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

33 MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

34 ROUSSEAU, Jean Jaques. **O contrato social**: princípios do Direito Político. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



o viés dessa perspectiva é o critério da coletividade, vertente da doutrina democrática. Kant³⁵ compactua com as noções rousseauianas e agrega a possibilidade da liberdade em caráter positivo e negativo.

Após esse panorama do sentido da liberdade num Estado Democrático de Direito, faz-se importante acrescentar que Bobbio³⁶ aponta que a liberdade deve se encontrar em equilíbrio com a igualdade.

Nesse tino, Kelsen³⁷ orienta que a síntese entre esses princípios é, justamente, a característica superlativa de uma democracia, e Arendt³⁸ menciona que a igualdade só é possível onde a liberdade encontra guarida.

Finley³⁹, historiador americano, aborda que o homem, diante de uma sociedade, deve respeito aos seus semelhantes; mas no que depende de si mesmo ele é independente e absoluto.

Dessarte, entende-se que a sociedade necessita ser regida pela igualdade para evitar o desrespeito ao ser humano; em contrapartida, o ser humano necessita de liberdade. Nesses termos, como conciliar esses princípios perante decisões judiciais tão complexas como a do caso em apreço?

Com isso, é latente a dificuldade de se traçar uma linha entre o que diz respeito a si mesmo (liberdade) e o que pode causar dano a outrem (igualdade), haja vista não ser fácil separar o público do privado, confor-

35 KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

36 BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

37 KELSEN, Hans. **Democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

38 ARENDT, Hannah. **On Revolution**. London: Penguin Classics, 2006.

39 FINLEY, Moses I. **Democracia antiga e moderna**. Tradução de Waldéa Barcellos e Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

me destaca Finley⁴⁰ ao descrever que “Uma sociedade verdadeiramente política, na qual a discussão e o debate são técnica fundamental, é uma sociedade cheia de riscos”.

Essa ampliação referencial, aliada ao julgado da ADPF nº 54, infere que a liberdade é um conceito essencial para o agir da gestante, enquanto que a igualdade permite, em termos sociais, que o anencéfalo seja respeitado, pois independente de ser saudável, ou não, tem direito à vida. Como proceder, portanto, diante dessa colisão real entre a dignidade da pessoa humana do anencéfalo *versus* a liberdade da mulher gestante?

Após essas considerações que envolvem estudos de Filosofia Política e Teoria da Democracia, faz-se necessária a adoção de um caráter interdisciplinar em relação a uma ferramenta de *Marketing* denominada análise SWOT, de maneira proposital, com o objetivo de promover uma observação mais clara da ADPF nº 54.

Essa análise facilita a interpretação das decisões e permite um melhor diagnóstico, pois contempla a visualização das forças e fraquezas (ambiente interno – decisão) e das oportunidades e ameaças (ambiente externo – sociedade).

As forças acrescidas às oportunidades auxiliam na tomada de decisões, e as fraquezas somadas às ameaças promovem um melhor conhecimento das dificuldades a serem enfrentadas⁴¹.

40 FINLEY, Moses I. **Democracia antiga e moderna**. Tradução de Waldéa Barcellos e Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Graal, 1988. p. 155.

41 KOTLER, Philip; KELLER, Kevin Lane. **Administração de Marketing**. Tradução de Mônica Rosenberg, Cláudia Freire e Brasil Ramos Fernandes. 12. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 52.



Acrescenta-se que ao aplicar a análise SWOT no que diz respeito à ADPF nº 54/DF, no tocante aos votos favoráveis e aos não favoráveis, as forças e oportunidades representariam um auxílio argumentativo-jurídico dos resultados, e as fraquezas e ameaças diagnosticariam os pontos de conflito do caso concreto. Ademais, o resultado é o que se vê no quadro 2.

O resultado da análise SWOT intensifica a linha tênue da proporcionalidade e razoabilidade da decisão, pois se encontra na esfera de um dos maiores e mais importantes julgamentos da história do Superior Tribunal Federal e mesmo que se perceba certo equilíbrio nas razões de agir tanto em defesa dos anencéfalos, quanto no que diz respeito à liberdade da gestante, o Brasil é um Estado laico em que as interferências religiosas não devem balizar decisões judiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal deste trabalho foi revisitar o julgamento da ADPF nº 54 DF, de 2004, e o risco de um balizamento ao futuro julgamento da ADI nº 5.581, de 2016.

A biotecnologia e as ciências de diagnóstico por imagem apresentaram avanços extraordinários nas últimas décadas. Técnicas cada vez mais modernas de imagens ultrassonográficas permitem que médicos e familiares acompanhem o desenvolvimento do feto no seu estado intrauterino, tendo a possibilidade de constatar a evolução das estruturas e más-formações fetais.

Sendo o bebê anencéfalo um ser vivo, e por isso vaso de direitos naturais e fundamentais, o direito de liberdade da mulher se contrapõe ao

[Voltar ao índice](#)

Quadro 2: Análise SWOT aplicada à ADPF nº 54.

FATORES	AJUDAM NO RESULTADO DA DECISÃO	ATRAPALHAM NO RESULTADO DA DECISÃO
INTERNO (DECISÃO)	<p>*FORÇAS (AUXÍLIO ARGUMENTATIVO-JURÍDICO):</p> <ul style="list-style-type: none"> – Há normal processo de gestação de vida intrauterina. – O direito à vida não pode ser medido pelo tempo, pois isso não avalia o tempo de duração da existência humana. – Não são todas as gestantes que querem se livrar do ser humano, pois há mulheres que optam por acolher a vida independentemente do tempo que ela venha a ter. – Ser humano não é coisa. 	<p>*FRAQUEZAS (PONTOS DE CONFLITOS):</p> <ul style="list-style-type: none"> – Os anencéfalos não possuem expectativa de vida. – Não há possibilidade de longa sobrevivência extrauterina. – O direito à vida do feto supera o da gestante? – O sofrimento da gestante como condição degradativa da pessoa humana. – Extrapola a competência do STF.
EXTERNO (SOCIEDADE)	<p>*OPORTUNIDADES (AUXÍLIO ARGUMENTATIVO-JURÍDICO):</p> <ul style="list-style-type: none"> – Evitar o sofrimento materno psicológico e físico. – Delimitação e alcance constitucional do conceito de vida e de sua tutela normativa perante a sociedade. – Evolução da interpretação normativa de antijuridicidade em relação ao caso, que corrobora com o pensamento de que não há vida viável em virtude da má-formação gravíssima de um natimorto cerebral sem capacidade para convívio social. – O Brasil como estado laico não deve fundamentar suas decisões em critérios meramente religiosos. 	<p>*AMEAÇAS (PONTOS DE CONFLITOS):</p> <ul style="list-style-type: none"> – Dignidade da pessoa humana do feto versus dignidade da mulher gestante (art. 1º, IV, CF/88). – Liberdade (art. 5º, II, da Constituição Federal, de 1988). – Direito a saúde (arts. 6º e 19, da Constituição Federal, de 1988). – Direito à vida como marco primeiro. – Crime de tortura (art. 5º, III, da Constituição Federal, de 1988). – Matéria delicada, por envolver razões não perenes, como a religião e a cultura. – Crime de aborto, homicídio e infanticídio. – Envolve o feto como ser incapaz de autodefesa, portanto, tirar o direito à vida viola a da Constituição Federal, de 1988, e o Estado Democrático de Direito; ferindo a dignidade da pessoa humana.

Fonte: Subjetividade das autoras do artigo em paralelo com a análise de SILVA; TENÇA; SCHENINI; FERNANDES (2006, p. 46).



direito à vida do feto. Para convalidar essa concepção é que se adotou a teoria concepcionista, claramente defendida pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme art. 2º do Código Civil, o Pacto São José da Costa Rica, bem como a Declaração Universal dos Direitos da Criança, todos aceitos pelo governo brasileiro.

Considerou-se ainda a possível existência de um conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, quando, por exemplo, um doente em fase terminal é vítima de sofrimentos intensos que lhe possa retirar a dignidade, ou em casos de uma gestação de anencéfalos. Tais questões nos fazem indagar acerca da projeção de um dos direitos fundamentais, no caráter absoluto ou relativo destes.

Desse modo, é imperioso que se reconheça que o nascituro, independentemente de ser saudável, ou não, é detentor do direito à vida. Se esta não poderá ser exercida por muito tempo, não significa que tal direito não exista. E, com efeito, existe, se o feto nasce, e respira, por óbvio ele viveu, viveu vida extrauterina, mas deu-se a ele o direito de esperar, até o último sopro de vida, que a sociedade lhe conferisse condições de exercer o referido direito, ainda que efêmero, com a melhor e maior dignidade possível.

Se a falta de cérebro ou estruturas anexas torna quase impossível a vida humana, e é faculdade da mulher a interrupção da gravidez em tais situações, isso equivale a tratar o mesmo instituto com dois pesos e duas medidas. Assim, caso a mulher opte em não interromper a gravidez, o bebê nascerá e, ainda que resista apenas alguns poucos minutos, e morra logo após o parto, será pela Lei Civil considerado pessoa.

No entanto, uma vez que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela autorização do aborto de fetos anencéfalos, tirou destes o direito de defesa e o direito à vida, fundamentais institutos na Constituição Federal, de 1988, violando as garantias constantes no Estado Democrático de Direito e ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

O Brasil é um estado laico e não pode fundamentar suas decisões jurídicas que afetam a todos os cidadãos com base apenas em critérios religiosos, uma vez que estes podem ser díspares numa sociedade plural. Apesar disso, as decisões dos representantes do Estado devem sim levar em consideração a vontade do povo, que não é instado a se despir de seu caráter religioso em nome da laicidade administrativa.

A análise científica, jurídica, filosófica, e, sim, a religiosa, devem permeiar o debate em torno de tão sensível questão, uma vez que a sacralidade do direito à vida é conceito anterior ao da formação ou existência do próprio Estado.

O descontrolado aumento dos casos de microcefalia no Brasil tem causa ainda desconhecida para a academia científica. Essa incerteza científica não pode empoderar as gestantes à escolha mais árdua que é o aborto. Sobre elas recaem o fardo do arrependimento. O efeito da incerteza deve ser uma prevenção contra o aborto, e não a sua descriminalização. Aguardemos com preocupação a interpretação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da descriminalização do aborto de feto com microcefalia (ADI nº 5.581, de 2016).



REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **On Revolution**. London: Penguin Classics, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a Filosofia Política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão Julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 DF, de 2004**, julgamento em 12 de abril 2012. STF. Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5581**, 24 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=ANADEP%20&processo=5581>. Acesso em: 16 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto-Vista Habeas Corpus (HC) nº 124.306**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 29 jan. 2017.

Voltar ao índice

BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940- Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art24. Acesso em: 29 jan. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.** Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm. Acesso em: 29 jan. 2017.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 29 jan. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4396/2016.** Altera dispositivo do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) para prever aumento de pena no caso de aborto cometido em razão da microcefalia ou anomalia do feto. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=2077282>. Acesso em: 29 jan. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.301, de 27 de junho de 2016.** Dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika; e altera a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13301.htm. Acesso em: 8 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e



o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 8 fev. 2017.

CARDOZO, Fernanda Antonioli; MARCHETTO, Patrícia Borba. Zika vírus, microcefalia e aborto: o papel da bioética perante o princípio da autonomia, o direito à vida e à saúde. IN **XXV Encontro Nacional do Conpedi** – Brasília-DF, 2016, p. 142-157. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/hw1unsg1f3lp1jn1.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº1989/2012**. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf. Acesso em: 29 jan. 2017.

COSTA RICA. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 10 fev. 2017.

FEITOSA, Gisleno. Interrupção da gestação em caso de anencefalia. In: COSTA, Sergio; FONTES, Malu & SQUINCA, Flávia. **Tópicos em bioética**. Brasília: Letras Livres, 2006, p. 16-31.

FINLEY, Moses I. **Democracia antiga e moderna**. Tradução de Waldéa Barcellos e Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FREITAS, Patrícia Marques. **Os fetos anencéfalos e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Ícone, 2011.

FONTELES, Cláudio. Parecer n.º 3358/CF, 18 de agosto. **Jus Navegandi**. Brasília. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/pareceres/16603/pgr-emite-parecer-contrario-ao-aborto-de-anencefalos>. Acesso em: 14 abr. 2016.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Abril Cultural, 1964.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **Democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOTLER, Philip; KELLER, Kevin Lane. **Administração de Marketing**. Tradução de Mônica Rosenberg, Cláudia Freire e Brasil Ramos Fernandes. 12. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PENTEADO, Jaques de Camargo. **A vida dos Direitos Humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999, p. 174-175.

PINOTTI, José Aristodemo. Anencefalia. **Folha Uol**, 2004 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2511200409.htm>. Acesso em: 2 abr. de 2016



RICHARD, A. McPerson. **Diagnostico clínico e tratamento por métodos laborais de Henry**. 21. ed. São Paulo: Manole, 2012.

ROUSSEAU, Jean Jaques. **O contrato social**: princípios do Direito Político. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SILVA, Helton Haddad; TENCA, Evandro César; SCHENINI, Paulo Henrique; FERNANDES, Sandra. **Planejamento estratégico de Marketing**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

TERRUEL, Suelen Chirieleison. **Entenda o que é anencefalia**, 2010. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/11/03/entenda-o-que-e-anencefalia>. Acesso em: 29 mar. 2016.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm. Acesso em: 10 fev. 2017.

A OPERAÇÃO “LAVA JATO” E A PROVÁVEL (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.850, DE 2013

THE “LAVA JATO” OPERATION AND THE PROBABLE (UN)CONSTITUTIONALITY IN THE LAW 12.850/13

FRANCISCO ALBERTO BASTOS BARRETO

JÚLIA MAIA DE MENESES COUTINHO

TERESA CRISTINA CRUZ

Resumo

O trabalho se propõe a analisar e suscitar um debate acerca da inconstitucionalidade da lei 12.850/13 conhecida, popularmente, como colaboração premiada. Sua aplicação no ordenamento brasileiro auxiliou, consideravelmente, o combate à corrupção e ao crime organizado. Seus efeitos propiciaram a prisão de personalidades políticas e pessoas, com elevado capital financeiro. Tal situação causou surpresa perante a sociedade brasileira, haja vista que a criminalidade nos altos escalões do governo e nas classes mais favorecidas economicamente não encontrava qualquer responsabilização perante a justiça brasileira. Nesse contexto, é interessante vislumbrar a legalidade dos dispositivos que revolucionaram



a persecução criminal do país sob a justificativa de proteger a ordem jurídica constitucional, bem como os vínculos nacionais da nação. Assegura-se, portanto, a efetividade do ordenamento jurídico e o fortalecimento a cidadania do país de modo a extirpar comportamentos criminosos, que atentem contra os princípios democráticos de nação.

Palavras-chave: Operação Lava jato. Inconstitucionalidade. Combate a corrupção.

Abstract

The study aims to analyze and generate a debate on the unconstitutionality of Law 12,850 / 13 known popularly as award-winning collaboration. Its application in the Brazilian legal system helped considerably, combating corruption and organized crime. Its effects led to the arrest of political figures and people with high financial capital. This situation caused surprise at the Brazilian society, given that crime in the highest levels of government and in the most privileged classes could not find any accountability to the Brazilian justice. In this context, it is interesting to glimpse the legality of devices that have revolutionized the criminal prosecution of the country under the justification of protecting the constitutional law as well as the nation's national ties. Ensures therefore the effectiveness of the legal system and strengthening citizenship of the country to root out criminal behavior, acting against the democratic principles of the nation.

Keywords: Operation “Lava Jato”. Unconstitutional. Combat corruption.

INTRODUÇÃO

O instituto da colaboração premiada em pouco mais de dois anos de atuação no ordenamento jurídico brasileiro demonstrou enorme potencial de produzir provas. Maior exemplificação de sua eficiência encontra respaldo nos resultados da operação Lava Jato¹.

O número de indiciados, com funções e cargos públicos, envolvidos em redes de corrupção fez desta operação a maior já realizada no País. Vários políticos foram afastados e o erário restituído já perpassa bilhões de dólares americanos.

O resultado de tantas prisões e de tantos nomes envolvidos com corrupção não poderia ser outro senão uma crise política e econômica. Originou-se uma atmosfera de apreensão quanto às incertezas nos rumos a serem tomados pela democracia brasileira.

Pôs-se à prova o sistema de persecução criminal, restando ainda dúvidas quanto à apuração e devida responsabilização por tais crimes, bem como a extensão total de infiltração do crime organizado no Poder Público.

A publicização de tantos esquemas de corrupção culminou, ou pelo menos expôs o descontentamento da população brasileira com os Poderes e sua falta de representatividade.

1 É o nome de uma investigação realizada pela Polícia Federal do Brasil, cuja deflagração da fase ostensiva foi iniciada em 17 de março de 2014, com o cumprimento de mais de uma centena de mandados de busca e apreensão, prisões temporárias, preventivas e conduções coercitivas, tendo como objetivo apurar um esquema de lavagem de dinheiro suspeito de movimentar mais de R\$ 10 bilhões de reais, podendo ser superior a R\$ 40 bilhões, sendo R\$ 10 bilhões em propinas. É considerada pela Polícia Federal como a maior investigação de corrupção da história do País. De acordo com as colaborações recebidas pela força-tarefa da Lava Jato, os partidos, PP, PMDB e PT, dentre outros políticos de diversos partidos foram beneficiados com o esquema.



Os protestos populares tomaram as ruas dos grandes centros urbanos – fenômeno até então inédito no Brasil –, que se mostra similar ao ocorrido nos países da primavera árabe².

Tais fenômenos envolvendo participação democrática foram estudados por Oliván³, que apontou as causas dos protestos na Espanha, como sendo a falta de contentamento popular com o governo e a desconfiança em suas representações políticas, tratando ainda sobre a importância das redes sociais na participação democrática. Oliván⁴ reconhece o descontentamento das massas com as instituições e partidos políticos ao aduzir que

[...] no se trataba de crear un programa que hubiera que aprobar em lo siguiente elección, ya que no reconocían a ningún partido político como su interlocutor. El movimiento tenía que recorrer un largo camino desde la negación del sistema hasta la reconstrucción de las instituciones que expresaran la voluntad [...]⁵.

Observa-se que a crise do sistema político, iniciada com as manifestações populares de 2013 e intensificada com a descoberta de dezenas de

2 A primavera árabe foi um movimento popular contra os governos autoritários do oriente médio por volta de 2010, envolvendo Tunísia, Líbia, Egito, Argélia, Síria, Bahrein, Marrocos, Iêmen, Jordânia e Omã. Maiores informações acerca do movimento estão disponíveis em: <http://brasilecola.uol.com.br/geografia/primavera-Arabe.htm>.

3 OLIVÁN, Manuel Castells. **Redes de Indignación y Esperanza** – Los Movimientos Sociales en la era de Internet. Madri: Alianza Editorial, 2012.

4 OLIVÁN, Manuel Castells. **Redes de Indignación y Esperanza** – Los Movimientos Sociales en la era de Internet. Madri: Alianza Editorial, 2012. p. 129.

5 Em tradução livre: "[...] Não era para criar um programa que teria de aprovar o seguinte em eleição, porque eles não reconhecem qualquer partido político como seu parceiro. O movimento teve de percorrer um longo caminho a partir de sistema de negação para a reconstrução das instituições que expressam a vontade [...]".

esquemas de corrupção e lesão ao erário pátrio, por meio da operação Lava Jato, poderá ser superada, bem assim o resgate da credibilidade nas instituições democráticas, com a devida responsabilização dos envolvidos e restituição do erário desviado.

O julgamento dos envolvidos e a restituição dependerão de produção e validação das provas. Assim, o cenário demonstra que a colaboração premiada é o instituto mais indicado para alcançar tal finalidade, firmando-se como marco do fim da impunidade.

Diante da capacidade de reconstrução da credibilidade nas instituições democráticas e de maximização da proteção de todo sistema jurídico, a doutrina aponta a colaboração premiada como indispensável à manutenção da democracia e de efetivação dos Direitos Fundamentais.

Ante os potenciais benefícios advindos com este instituto, fica indispensável a resolução dos questionamentos quanto à sua inconstitucionalidade e antinomia. Nessa acepção, Mendes e Branco⁶ verificam que “O conflito, portanto, não se resolve com os critérios usuais de solução das antinomias. Ao contrário, terá que ser apurado, conforme o caso, qual dos dois direitos apresenta maior peso”.

Entrementes, os objetivos deste ensaio gravitam na órbita da investigação acerca da possível e eventual arguição de inconstitucionalidade em relação à transação de Direitos Fundamentais, em virtude da utilização de tais benefícios aos investigados e/ou indiciados, bem como a necessidade de atestar a (in)constitucionalidade da lei nº 12.850⁷, de 2013, e a colaboração premiada.

6 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 80.

7 BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 11 ago. 2015.



Para tanto, fez-se necessário utilizar-se de uma metodologia de cunho bibliográfico com base em livros, legislações, doutrinas e artigos para se desvendar a problemática deste artigo, ou seja, se é provável, ou não, a (in) constitucionalidade da legislação sob escólio anteriormente mencionada.

1 VICISSITUDES E NUANÇAS DA OPERAÇÃO “LAVA JATO”

A efetividade da persecução criminal no sistema penal brasileiro desperta muitas críticas da sociedade.

O interesse pelo tema é uma questão primordial na vida das pessoas, haja vista que elas são as destinatárias da norma e dependem da proteção estatal. Nesse sentido, o Estado precisa proteger a segurança da população, bem como os valores inerentes à vida em sociedade.

Em um debate sobre a estrutura da norma jurídica, nas tratativas de dever-ser, verifica-se que ocorrem casos em que nem todos cumprem as disposições da legislação e dos princípios do Direito, acarretando sanções aos descumpridores da norma, e, conforme se observa, nos casos de desobediência dos cidadãos é necessário lhes impor uma sanção com vista a desestimular comportamentos que atentem contra o ordenamento jurídico⁸.

Estudar a imprevisibilidade das condutas humanas ocasiona a reflexão de seus fatores mais influentes, bem como das suas consequências em eventos futuros, cabendo, ainda, aceitar a inalcançabilidade de previsão das reações humanas, ante um dispositivo normativo.

⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2001. p. 107.

É importante, então, auferir os mecanismos eficientes de proteção dos bens jurídicos do ordenamento. Nesse passo, acolita-se o posicionamento de Liszt⁹, quando destaca que a “A proteção de interesses é a essência do direito, a ideia finalística, a força que o produz”.

Observa-se, portanto, a necessidade de estimular colaboração do agente na persecução criminal, alertando a premência de criar meios que estimulem a colaboração de criminosos¹⁰. Com isso, Ihering¹¹ aponta que,

Um dia, os juristas vão ocupar-se do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade e do arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo, no interesse superior da coletividade.

Em perspectiva diversa, defende-se uma efetiva coerção da norma, em que o Estado precisa ter meios de impor medo aos destinatários que busquem seu descumprimento, ou seja, nota-se a necessidade de meios legítimos para perseguir e tornar efetiva a ameaça de descumprimento dos mandamentos legais¹². Damásio de Jesus¹³ destaca que

9 LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal**. t. I. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas-SP: Russel, 2003. p. 139.

10 IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2001.

11 IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2001. p. 73.

12 JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva 2011. v. 1.

13 JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva 2011. v. 1. p. 48.



“O Direito Penal é, por fim, sancionador, pois, através de cominação da sanção, protege outra norma [...]”.

Entrementes, a urgência de proteção da coletividade sem a invasão de direitos fundamentais, a fim de promover uma política criminal que seja capaz de inibir a criminalidade e os abusos do Estado, é importante a participação do Estado enquanto Sociedade e Governo. Com isso, Bonavides¹⁴ demonstra a sua dificuldade quanto à conceituação de Estado, quando destaca que

Vale a pena de referir sua noção de que a Sociedade é o gênero, o Estado, a espécie; de que a organização estatal representa uma forma de Sociedade apenas, em concorrência e contraste com outras, mais vastas, como as religiões e as nacionalidades, cujos laços, embora de maior extensão e abrangendo por vezes efetivos humanos mais numerosos, carecem, todavia de envergadura e da solidez do laço político, de suprema influência sobre os demais.

Nessa perspectiva, Ferrajoli¹⁵ defende a limitação dos poderes estatais na proteção de bens jurídicos. Intitula-se este mecanismo de “Garantismo Penal”, ou seja, a positivação em âmbito constitucional de garantias contra o Estado.

Preocupa-se, portanto, com a limitação da persecução criminal a estrita legalidade, cabendo aos investigados e acusados proteções em matéria penal e processual penal.

14 BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 63.

15 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revisita dos Tribunais, 2002.

Faz-se necessário trazer à baila a concepção de Ferrajoli¹⁶ para conceituar o garantismo como modelo que “diz respeito ao direito penal, o modelo de estrita legalidade. [...] É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma com tal modelo e que o satisfaz efetivamente”.

A sociedade brasileira possui paradigmas de corrupção e brutalidade, notadamente nos ensinamentos de Hobbes¹⁷, “[...] Porque enquanto cada homem detiver seu direito de fazer tudo quanto queira todos os homens se encontrarão numa condição de guerra [...]”.

Sob essa linha de orientação, é necessário realizar um contraponto sob a óptica de Locke¹⁸ para quem as leis serviriam de instrumento de pacificação entre os homens, contrariando a maldade intrínseca do ser humano.

Em uma sociedade de desrespeito ao ordenamento jurídico inferem-se os apontamentos de Rousseau¹⁹: “[...] quando o Estado próximo de sua ruína, [...], quando o laço social se rompe em todos os corações, quando o mais vil interesse se adorna afrontosamente com o nome sagrado do bem público [...]”.

Quanto à participação do eleitorado brasileiro nas irregularidades do pleito eleitoral, questiona-se, também, sobre sua parcela de culpa

16 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 684.

17 HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. p. 48. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf.. Acesso em: 10 mar. 2016.

18 LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aeix. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 16.

19 ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2013. p. 66.



na enorme teia de corrupção. Vale ressaltar a busca pelo poder e suas consequências em meio a essa luta entre tensões sociais como aponta Goyard-Fabre²⁰, “[...] em toda democracia. O “povo” é o motor principal do modo de governo”.

Diante desses apontamentos filosófico-políticos, verifica-se que a lei nº 12.850, de 2013, regulamentou a delação premiada e outros meios de prova, contudo pouco se discutiu sobre sua repercussão em nosso ordenamento jurídico e se possui, ou não, ofensa à Constituição Federal, de 1988.

A análise da colaboração premiada necessita, inicialmente, auferir a sua adequação aos dispostos constitucionais ora vigentes.

O primeiro crivo a ser levado em consideração envolve uma dialética quanto à possível colisão entre o “direito ao silêncio”, apontado por Gomes²¹, em detrimento da eventual manutenção do direito à liberdade.

Nos apontamentos de Lima²² ao tratar sobre o depoimento do acusado, este considera que a expressão renúncia foi utilizada de modo equivocado, haja vista a irrenunciabilidade dos Direitos Fundamentais, mas defende que tal erro não constitui potencialidade em ofender o direito constitucional e invalidar tal norma. Considera-se importante levantar a hipótese do autor ser devidamente apurada no Supremo Tribunal Federal em devido controle de constitucionalidade²³.

20 GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 46.

21 GOMES, Luis Flávio. **Princípio da não auto-incriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010. Acesso em: 09 set. 2015.

22 LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Salvador: JusPodium, 2014.

23 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 333.

Ao tratar de uma hipótese, em que pese uma infração, as características de direitos fundamentais suscitarium, primordialmente, uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIn).

A escolha técnica se justifica também baseada na universalidade dos direitos fundamentais; não seria possível, em tese, restringir os efeitos do controle de constitucionalidade apenas às partes envolvidas.

A pesquisa demonstra ocorrer na doutrina uma interpretação que aponta uma transação entre os direitos já elencados, cabendo uma discussão mais embasada sobre essa eventual escolha do colaborador.

Deve-se buscar uma posição acertada para essa indecisão. A interpretação para esse problema deve, além de respeitar os valores constitucionais, proteger o sistema jurídico e evitar, assim, maior descontentamento da população, com os resultados da operação Lava Jato.

A glosa Constitucional demonstra-se complexa, já que na lição de Falcão²⁴ aponta-se a inesgotabilidade de sentido jurídico do ato interpretativo em que é inafastável a interpretação que privilegie o mínimo dano possível aos direitos ora antinômicos.

No processo exegético faz-se obrigatória a menção de autores como Heidegger²⁵ e Gadamer²⁶, que abordam a pré-compreensão do Direito e dos agentes ora interpretantes.

24 FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

25 HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes: 2000.

26 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flavio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.



Segundo leciona Dworkin²⁷, a aplicação da norma precisa ser observada, para ocorrer a separação entre regras, positivadas no ordenamento, e os princípios. Desprezar essa observação pode interferir no resultado da decisão. A interpretação de um princípio envolve técnica e argumentação, além da ponderação entre eles. Nesse sentido, Dworkin²⁸, ressalta que

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo - ou - nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Na interpretação de regras, pode-se utilizar a lógica do “tudo – ou – nada” desenvolvida por Dworkin²⁹, contudo tal técnica não pode ser utilizada, por tratar-se de uma antinomia envolvendo colisão entre normas de ordem superior. Assim, ocorre a necessidade de garantir a validade de ambos os direitos, respeitando-se as características dos direitos fundamentais.

A problemática envolvendo garantias fundamentais necessita de técnicas que observem seu conteúdo de natureza superior em relação às demais normas do ordenamento. Por tal motivo, precisam de técnicas

27 DWORIKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

28 DWORIKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

29 DWORIKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

interpretativas que lhes garantam máxima validade, harmonia e o mínimo de restrição em sua materialização.

Uma das técnicas que buscam elidir eventuais interpretações conflitantes, conferindo sentido constitucional é o silogismo judicial, defendido por Alexy³⁰ ao conferir sentido constitucional a termos aparentemente ofensivos a valores constitucionais.

No silogismo de Alexy³¹, infere-se uma inesgotabilidade de sentidos, sendo importante ainda ressaltar a relevância dos valores pré-existentes à carga jurídica do julgador, pois esta servirá de substrato ao fundamento de suas decisões.

A colisão de direitos fundamentais pode ser superada também por meio da técnica de ponderação de valores lecionada por Alexy³², ou seja, a solução para essas colisões é a ponderação. Nessa perspectiva, o autor realiza um sopesamento dos valores aparentemente contrários e lhes garante o máximo de validade.

A tecnicidade do sopesamento nem sempre é verificada em nosso ordenamento nem é raro encontrar na literatura jurídica brasileira uma confusão entre os termos proporcionalidade e razoabilidade.

A proporcionalidade é a técnica de interpretação constitucional criada por Alexy³³ e possui o sistema jurídico alemão como meio de atuação.

30 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

31 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

32 ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

33 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.



Foi trazido para o ordenamento jurídico brasileiro e exige uma devida teoria de princípios, que embasa a teoria da argumentação jurídica, com sopesamento de valores e princípios.

Desta feita, a teoria da argumentação jurídica de Alexy³⁴ realizará uma conexão entre a causa de decidir e os valores e princípios sopesados, com a devida pertinência a cada colisão. Ou seja, sua intenção é a de evitar que decisões absurdas sejam tomadas, acarretando, por sua vez, grave ofensa à paz social.

A técnica da razoabilidade é atribuída a Dworkin³⁵. Seu meio de desenvolvimento foi o *common law*, e visa garantir uma razão na causa de decidir. Contudo, verifica-se que no sistema positivista do *common law*, atribuir princípios em desrespeito às regras positivadas resultou numa releitura do positivismo, que propiciou uma segurança maior contra decisões que desagreguem a sociedade e ataquem os seus valores.

Nos apontamentos de Müller³⁶, aduz-se que a interpretação precisa ser obrigatoriamente vinculada aos textos constitucionais, do contrário demonstram inegável ofensa ao princípio democrático.

Registra-se, nessa acepção, a necessidade de obediência do intérprete aos dispostos constitucionais e sua efetiva legitimidade. Com isso, Müller³⁷ acrescenta que

34 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

35 DWORCKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

36 MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

37 MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 60.

O povo ativo elege seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho de Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber, o "povo" enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo [Kreislau] de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não-democrático).

O grande problema até então suscitado emerge em virtude da inconstitucionalidade da lei que instituiu a colaboração premiada no combate ao crime organizado, haja vista que no artigo 4º, §14, da lei nº 12.850, de 2013, ocorreu uma ofensa aos Direitos Fundamentais, pois instituiu uma "renúncia ao direito do silêncio".

Tal ofensa à Constituição federal, de 1988, precisa ser analisada mediante o controle de constitucionalidade abstrato, também conhecido como concentrado.

A hipótese de cabimento para tal feito é Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), pois não se pode falar de controle difuso ou concreto em virtude dos efeitos da sentença, que não poderão atingir apenas as partes envolvidas. Tal raciocínio decorre do princípio da universalidade dos Direitos Fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade brasileira em sua trajetória histórica suplanta inúmeros episódios de corrupção. Seu povo padece de um conformismo muito pe-



culiar, na aceitação do *status quo* de exploração e dominação, por isso, faz-se oportuna uma leitura sociológica do processo de formação nacional e da falta de valorização da *res publica* brasileira.

A situação de instabilidade política iniciada em 2013, oriunda das manifestações que atingiram as grandes capitais do País, marcadamente, de cunho político, com repercussões na busca por mais representatividade dos governantes e legitimidade das instituições públicas, sobretudo nas Casas Legislativas.

A operação Lava Jato da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, iniciada em 17 de março de 2014, ainda se encontra em andamento.

Sua efetividade atingiu pessoas ligadas à alta cúpula do governo, bem como aliados políticos. Tal situação gerou certo espanto pelo indiciamento de agentes com elevado poder aquisitivo, diferentemente do mensalão. Desta feita, as quantias devolvidas aos cofres públicos superaram as cifras de 40 bilhões de reais.

Ocorrerão, por fim, enormes chances de inocentar indivíduos que contribuíram fortemente para destruir as instituições democráticas e lançar em descrédito a persecução criminal brasileira, instituindo o crime como meio de vida e total desrespeito aos padrões de moralidade que norteiam este País.

A operação Lava Jato quebrou o paradigma de inalcançabilidade dos poderosos em solo brasileiro, já que foram presos donos de construtoras, senadores e vários deputados federais, bem como ministros ligados diretamente ao presidente da República.

O meio probatório utilizado foi em boa parte a colaboração premiada, regulamentada pela lei nº 12.850, de 2013, que instituiu a persecução contra o crime organizado e organizações criminosas.

[Voltar ao índice](#)

Vários réus delataram seus comparsas e auxiliaram na produção de provas que possibilitassem a responsabilização criminal de vários outros envolvidos. Em sendo assim, o criminoso não pode apenas delatar seus cúmplices, daí a necessidade de produzir mais provas, além do acordo de colaboração.

O grande problema até então suscitado aponta a inconstitucionalidade da lei que instituiu a colaboração premiada no combate ao crime organizado, haja vista que, no artigo 4º, §14, da lei nº 12.850, de 2013, ocorre ofensa aos Direitos Fundamentais na sessão que institui “renúncia ao direito do silêncio”.

Tal vitupério à Constituição federal, de 1988, precisa ser analisado mediante o controle de constitucionalidade abstrato, também conhecido como concentrado.

Outrossim, a hipótese de cabimento para tal ação é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), já que não se pode falar de controle difuso ou concreto em virtude dos efeitos da sentença, que não poderão atingir apenas as partes envolvidas. Esse raciocínio decorre do princípio da universalidade dos Direitos Fundamentais.

Diante dos fatos brevemente expostos, os rumos da democracia se encontrarão em risco, caso os envolvidos em desvios bilionários da operação Lava Jato consigam invalidar as provas oriundas de colaboração premiada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.



ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 11 ago. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flavio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Voltar ao índice

GOMES, Luis Flávio. **Princípio da não auto-incriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010. Acesso em: 09 set. 2015.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo – Parte I**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 9. ed. Petrópolis: Vozes: 2000.

HOBBS, Thomas, **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf.. Acesso em: 10 mar. 2016.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2001.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva 2011. v. 1.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Salvador: JusPodium, 2014.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal**. t. I. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas-SP: Russel, 2003.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aeix. São Paulo: Nova Cultural. 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



OLIVÁN, Manuel Castells. **Redes de Indignación y Esperanza** – Los Movimientos Sociales en la era de Internet. Madri: Alianza Editorial, 2012.

PENA, Rodolfo F. Alves. **Primavera Árabe**. Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/geografia/primavera-Arabe.htm>. Acesso em: 14 fev. 2016.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2013.

Voltar ao índice

PESSOA JURÍDICA HIPOSSUFICIENTE E A POSSIBILIDADE DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA PELA DEFENSORIA PÚBLICA

THE HYPO-SUFFICIENT LEGAL PERSON AND THE POSSIBILITY OF INTEGRAL AND COSTLESS LEGAL ASSISTANCE BY THE PUBLIC DEFENDER OFFICE

**AMÉLIA SOARES DA ROCHA
TIAGO VINÍCIUS SOARES SILVA**

Resumo

O objetivo central do trabalho consiste em analisar a possibilidade de a defensoria pública ter legitimidade para representar as pessoas jurídicas hipossuficientes nas demandas judiciais. Para tanto, foi feito um levantamento acerca das principais atribuições desta Instituição no intuito de verificar algum impedimento legal para atuar na representação da pessoa jurídica. No entanto, a partir do conceito constitucional de necessitado permite reconhecer a possibilidade da hipossuficiência das pessoas jurídicas. As hipóteses do estudo foram investigadas recorrendo



à pesquisa bibliográfica e entendimentos dos alguns tribunais do país. De forma mais pormenorizada, concluiu-se que a pessoa jurídica, como titular de direito, pode litigar em juízo por meio da defensoria pública quando comprovado seu estado atual de hipossuficiência, garantindo, com isso, o direito fundamental de amplo acesso à justiça da empresa na condição de necessitada.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Hipossuficiência. Pessoa Jurídica. Acesso à justiça.

Abstract

The main purpose of this work is to analyze the possibility of the Public Defender's Office having standing to sue to represent weak legal persons in lawsuits. To do this, the main attributions of such Institution were analyzed in order to verify if there is any legal impediment for it to represent the legal person. However, based on the constitutional concept of weak, it is possible to acknowledge that legal persons can be weak parties in lawsuits. The hypotheses of the study have been investigated using bibliographic research and precedents from some courts of the country. In a more detailed way, the conclusion is that the legal person, as holder of rights, can go to court represented by the Public Defender's Office when its current state of weakness is proven, thus guaranteeing the weak legal person's fundamental right to have access to justice.

Keywords: Public Defender's Office. Weakness. Legal Person. Access to Justice.

[Voltar ao índice](#)

INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, é um marco do direito contemporâneo, inspirando a nova ordem constitucional a permear vários aspectos da vida. Enquanto documento político, passa a ter força jurídica por meio dos Pactos de 1966 – o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹ e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A assistência jurídica integral e gratuita nasce como uma exigência de efetivação dos direitos ali consagrados: o mais basilar direito é o “direito a ter direitos”².

No Brasil, o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita, custeado ou fornecido pelo Estado, é exercido pela Defensoria Pública³, num modelo que vem sendo reiteradamente recomendado pela Organização dos Estados Americanos (OEA), como se comprova por meio das suas Resoluções nºs 2.656, de 2011; 2.714, de 2012; e 2.801, de 2013.

Por expressa previsão constitucional, a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-se-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados (artigo 134 da Constituição da República Federativa do Brasil⁴). Ademais, vem

1 Em vigor em Portugal em 1983 e pelo Brasil em 1992.

2 Expressão atribuída a Hannah Arendt.

3 Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – Lei Complementar Federal nº 80, de 1994.

4 BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.



realizando um trabalho cada vez melhor na efetivação de seus objetivos, quais sejam: I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório⁵.

Um ponto de discussão atual, relevante e necessário é o de identificar quem é o necessitado: somente pessoas físicas ou também as jurídicas? A questão da possibilidade de a Defensoria Pública também poder atender à pessoa jurídica hipossuficiente está em evidência hodiernamente na realidade jurídica do Brasil, e é aqui que reside o objeto principal deste trabalho.

Com esse propósito, serão examinados inicialmente os contornos doutrinários e normativos já constituídos sobre o tema, para, logo em seguida, ser analisada a ADI nº 4.636, de 2011⁶, impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual aborda dois assuntos relacionados à Defensoria Pública, um de interesse específico deste trabalho, qual seja, a (in)constitucionalidade em permitir que a Defensoria Pública assista a pessoa jurídica hipossuficiente. Após, será apresentada a conclusão.

1 A IGUALDADE ENTRE A PESSOA FÍSICA E A JURÍDICA

O problema inicia com o art. 4, inciso V, da Lei Orgânica da Defensoria (Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994⁷, com redação dada

5 Artigo 3-A da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.636**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4636&processo=4636>. Acesso em: 12 fev. 2017.

7 BRASIL. Senado Federal. **Lei Complementar nº 80**. Brasília, DF, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

pela Lei Complementar nº 132, de 2009⁸). Problema porque, segundo este dispositivo legal, a Defensoria Pública de pronto poderia assistir as pessoas jurídicas, tanto em processos administrativos quanto judiciais, como se confirma abaixo:

[...]

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

Por isso, um dos primeiros argumentos lógicos trazidos à discussão, e a fim de corroborar com a escolha de o legislador incluir “e jurídicas” no texto legal, é quanto à semelhança entre pessoas físicas e jurídicas, para fins legais. Talvez como fruto da herança de pensamento do senso comum, durante muito tempo embates foram travados para se chegar à conclusão se deveras a pessoa jurídica teria, ou não, personalidade jurídica igual à da pessoa física, no sentido de ser sujeito de direitos e obrigações, um ente realmente distinto das pessoas que a faziam funcionar.

Hodiernamente, esse entendimento se encontra pacificado na doutrina e jurisprudência, levando Gonçalves⁹ a falar que as “[...] pessoas

8 BRASIL. Senado Federal. **Lei Complementar nº 132**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LCP/Lcp132.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

9 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 215.



jurídicas são entidades a que a lei confere personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e obrigações".

A teoria da *realidade técnica*, bem aceita no meio jurídico, também veio com águas brandas para ajudar a pacificar o entendimento. Tendo Colin e Capitant¹⁰ como seus principais adeptos, a dita teoria diz que

[...] a personificação dos grupos sociais é expediente de ordem técnica, a forma encontrada pelo direito para reconhecer a existência de grupos de indivíduos, que se unem na busca de fins determinados. A personificação é atribuída a grupos em que a lei reconhece vontade e objetivos próprios. O Estado, reconhecendo a necessidade e a conveniência de que tais grupos sejam dotados de personalidade própria, para poder participar da vida jurídica nas mesmas condições das pessoas naturais, outorga-lhes esse predicado.

Nesse sentido também entende Venosa¹¹, pois assim faz transparecer nas palavras que se transcreve:

A pessoa jurídica apresenta muitas das peculiaridades da pessoa natural: nascimento, registro, personalidade, capacidade, domicílio, previsão de seu final, sua morte, e até mesmo um direito sucessório. e;

¹⁰ COLIN; CAPITANT, 1927 *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 221.

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 238-246.

[...]

Da mesma forma que o Direito atribui à pessoa natural direitos e obrigações, restringindo-os em certos casos, também existe essa atribuição para as pessoas jurídicas. Há para cada tipo de pessoa certas condições objetivas e subjetivas prescritas pelo ordenamento. Portanto, o conceito de pessoa jurídica é uma objetivação do ordenamento, mas uma objetivação que deve reconhecer tanto a personalidade da pessoa física, quanto da jurídica como criações do Direito.

Com isso, quis o legislador não criar incoerências ao implantar naquele texto legal supra a expressão “e jurídicas”, uma vez que, ainda que haja discordância no campo da doutrina quanto à extensão da liberdade de fato da pessoa jurídica, está claro que esta possui personalidade jurídica própria e é sujeito de direitos e obrigações, sendo considerada pessoa tanto quanto a pessoa física, para fins civis e penais, e, portanto, sujeita a receber os benefícios da justiça gratuita e integral por parte do Estado, uma vez que jamais se pode perder de vista que a pessoa jurídica pode ser formada por pessoas físicas pobres, e negando a uma, estar-se-á negando a outra. Ser sócio de pessoa jurídica, portanto, não significa não ter vulnerabilidade econômica¹². Ao contrário, a vulnerabilidade das

12 Oportunas são as palavras da Defensora Pública Amélia Soares da Rocha, citada nesse trabalho, na ocasião do parecer dado a Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo, retorquindo o parecer do prof. José Afonso da Silva (tratado adiante) sobre os assuntos da ADI 4.636: “São muitos os casos, no cotidiano defensorial, em que se verificam, por exemplo, pensões alimentícias atrasadas porque o pai, microempresário, está impossibilitado de trabalhar por falta de orientação jurídica na realização do seu negócio e sem recursos, comprovados, para contratar advogado. É óbvio que tal atuação, na prática, se dará de maneira excepcional, quando demonstrada a situação de vulnerabilidade, mas negar tal atuação é alijar grande parte da população do efetivo acesso à Justiça, seja objetiva ou subjetivamente. É, na prática, agredir o direito fundamental de acesso à Justiça, afinal, o objetivo é proteger o ser humano que está por trás da pessoa jurídica”.



pessoas físicas que compõem a pessoa jurídica nela pode se refletir, e é justamente na proteção de tal vulnerabilidade que reside a atuação da Defensoria Pública.

Pessoas jurídicas hipossuficientes começaram a procurar a Defensoria Pública para que se lhes permitissem os benefícios da justiça gratuita e integral. Há uma diferença entre assistência jurídica integral e gratuita – a ser prestada, quando há recurso público, exclusivamente pela Defensoria Pública – e justiça gratuita (que é gratuidade no âmbito do Judiciário; dispensa do pagamento de custas, ônus da sucumbência etc.).

A questão da justiça gratuita, portanto, no âmbito formal, não se confunde com a assistência jurídica integral e gratuita, mas materialmente se entrelaçam, uma vez que a premissa da concessão do benefício é a mesma, qual seja, a impossibilidade de pagamento (o que pode se dar por ausência de recursos materiais ou ausência de acesso a eles ou ainda por alguma vulnerabilidade específica).

Sobre o tema, importante transcrever o seguinte¹³:

[...]

Tem sido comum – tanto nos textos normativos, como na doutrina e na jurisprudência – o uso indiscriminado, como se sinônimos fossem, das expressões justiça gratuita (ou gratuidade da Justiça), assistência judiciária, assistência jurídica integral e gratuita e Defensoria Pública.

13 ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria** pública: fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo: Atlas, 2013. p. 87.

Todavia, tais são conceitos distintos no plano teórico. Mas a teoria não se realiza sem a prática. **A Defensoria Pública, no exercício da assistência jurídica integral e gratuita, quando em Juízo, presta assistência judiciária e se vale da Justiça Gratuita.** E por tal razão a “confusão” facilmente se explica: embora distintos teoricamente, **quando prestados por órgão estatal, somam-se quase que automaticamente. [...] (grifo nosso).**

O fato é que os tribunais começaram a, de forma reiterada, admitir a gratuidade da Justiça à pessoa jurídica, a se tratar na sessão seguinte.

2 COMPREENSÃO DOS TRIBUNAIS

Os Tribunais Superiores brasileiros não ficaram inertes ante a demanda esperada. Muitas pessoas jurídicas hipossuficientes começaram a procurar os tribunais e até mesmo a Defensoria Pública para que se lhes permitissem os benefícios da justiça gratuita e integral. Acreditando na impossibilidade de não oferecer tal benefício, sob o risco de ferir o princípio da igualdade e do amplo acesso à justiça, aqueles órgãos do Poder Judiciário quiseram delinear os requisitos para a gratuidade e chegaram às seguintes conclusões:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA PARA GOZAR DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA.

[Voltar ao índice](#)



[...]

2. A Corte Especial do STJ, desde o julgamento do AgRg nos EREsp 1103391/RS, Rel. Ministro Castro Meira, em 2.8.2010, passou a adotar a tese já consagrada no STF, segundo a qual é ônus da pessoa jurídica comprovar os requisitos para a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita, mostrando-se irrelevante a finalidade lucrativa ou não da entidade requerente.

3. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1242109 / SC, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL2011/0048312-1, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, julgamento em 10/05/2011, DJe 16/05/2011), e;

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA ELEITA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA. AFE-RIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CON-TEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. A revisão de acórdão, com suporte na violação de norma constitucional, não pode ser processada na via eleita, pois a Constituição Federal destinou ao apelo especial, apenas, a uniformização da interpretação do direito infraconstitucional federal.

2. Por seu turno, o Tribunal a quo, baseando-se no exame do conjunto fático-probatório, consig-

[Voltar ao índice](#)

nou que a agravante não faz jus ao benefício da gratuidade da justiça por não ter comprovado sua renda conforme solicitado pelo julgador ordinário. O reexame desse decisum, em sede de especial, é vedado pela incidência da Súmula 7/STJ.

3. Tem-se que o novel entendimento do STJ, com o julgamento do EREsp 1.103.391/RS pela Corte Especial, é no sentido de que até mesmo as pessoas jurídicas sem fins lucrativos (entidades filantrópicas e beneficentes), cujo objetivo social é de reconhecido interesse público, necessitam comprovar a insuficiência econômica para gozar da benesse da gratuidade da justiça.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 41.241/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17/11/2011, DJe 23/11/2011).

Porém, parece haver uma exceção, pois existem alguns entendimentos do Superior Tribunal de Justiça no sentido de dispensar a comprovação da hipossuficiência quando se tratar de pessoas jurídicas sem fins lucrativos, como o precedente a seguir, por exemplo:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS- DE NATUREZA FILANTRÓPICA, BENEFICENTE, ETC. DESNECESSIDADE DE PROVA. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM.

[Voltar ao índice](#)



1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade.

2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, para a concessão de assistência judiciária gratuita a pessoas jurídicas sem fins lucrativos- de natureza filantrópica, beneficentes, etc. -, basta a simples declaração de hipossuficiência, pois, nesse caso, a condição de pobreza é presumida *juris tantum*.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se dá provimento. (EDcl no REsp 1189515/SP, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Quarta Turma, julgado em 14/04/2011, DJe 03/05/2011).

E quanto ao momento, por ser fenômeno intimamente processual, podendo o juiz da causa aceitar, ou não, o pedido caso não haja prova suficientemente clara para o aludido benefício, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) vem entendendo que em qualquer momento do processo poderá ser usado para pedir – ou negar – a justiça gratuita, como se vê nesse precedente:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. CONCESSÃO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. EFEITOS EX NUNC.

[Voltar ao índice](#)

1. O pedido de concessão da assistência judiciária pode ser formulado em qualquer momento processual. Como os efeitos da concessão são extintivos, o eventual deferimento não implica modificação da sentença, pois a sucumbência somente será revista em caso de acolhimento do mérito de eventual recurso de apelação. [...] (STJ, Resp nº 904.289 – MS, Quarta Turma, Relator Min. Luis Felipe Salomão, julgamento em 03/05/2011, DJe 10/05/2011).

Dessarte, um grande salto já foi dado para que a pessoa jurídica tenha também, nesse assunto, direitos iguais aos da pessoa natural, tendo o princípio do amplo acesso à justiça e o princípio da igualdade como seus escudos ante as rebordosas dos que não entendem dessa forma. Cabe esperar o julgamento da ADI nº 4.636 – da qual se falará adiante – para que essa regulamentação ganhe fechamento e concretude, passando a ser um cotidiano na prática jurídica no Brasil. Ou seja, a esperança é de que tal qual a ADI nº 3.943 – que questionou a legitimidade coletiva da Defensoria Pública –, ao invés de se ter declarada a inconstitucionalidade pleiteada, tenha-se declarada a constitucionalidade do assunto.

3 A ADI Nº 4.636, DE 2011

No dia 1º de agosto de 2011, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil impetrou uma Ação Direita de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.636 – no Supremo Tribunal Federal, na qual alegou que o trecho “e jurídicas”, contido no inciso V do art. 4º da Lei Complementar nº 80, de



1994, viola o art. 5º, LXXIV, e o art. 134 da Constituição da República Federativa do Brasil, uma vez que confere outras atribuições às Defensorias Públicas que não sejam a orientação e a defesa dos necessitados¹⁴.

Segundo os argumentos da ADI em referência, quando no texto legal contido no art. 134 supra se utiliza o termo “necessitados”, está se referindo a pessoas naturais carentes, desprovidas de recursos e desassistidas do direito à orientação jurídica e à assistência judiciária e, portanto, não alcançando a pessoa jurídica para fins de assistência integral e gratuita, porquanto em matéria de direitos humanos, tal qual a que se refere ao acesso à Justiça, a interpretação deva se dar da forma mais ampla possível.

Em suma, alega o Conselho Federal da OAB que, ao permitir que o trecho “e jurídicas” permaneça no texto legal, estar-se-á possibilitando que a Defensoria Pública extravase a sua missão constitucional, até porque quanto à insuficiência de recursos para arcar com o pagamento de custas, despesas processuais, honorários advocatícios “[...] não transborda o parâmetro constitucional para a defesa e **representação judicial da pessoa jurídica por parte das Defensorias Públicas**”, uma vez que o STF já se posicionou¹⁵ quanto à admissão da concessão de gratuidade de justiça para as pessoas jurídicas quando atendidos pressupostos determinados.

A fim de corroborar com essa compreensão, José Afonso da Silva, enquanto membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais da

14 V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

15 AI 637177 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 09/11/2010. Órgão Julgador: Primeira Turma. Transitado em julgado em 27/09/2011.

Ordem dos Advogados do Brasil, e a pedido desta, emitiu parecer¹⁶ sobre o assunto, no qual afirma que

[...] O art. 1º da Lei Complementar 80/1994, com a redação da Lei Complementar 132/2009 declara que lhe incumbe: a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. Ora, esse inciso constitucional dá uma idéia do que se entende por necessitados, quando declara: o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Não é preciso muito esforço para concluir que o conceito de pessoa necessitada só se aplica a pessoa natural, jamais a pessoa jurídica.

[...]

Bem o diz o conceito de necessitado estabelecido no parágrafo único do art. 2º da Lei 1060, de 3.2.1950, ainda em vigor: Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

16 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Parecer de 14 de agosto de 2010. Análise de diversos dispositivos da Lei Complementar 80, de 1994, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar 132, de 2009. Relator José Afonso da Silva. **Documenta**, São Paulo, SP, processo n. 2010.18.02644-01.



A Procuradoria Geral da República, em sua manifestação na ADI nº 4.636, optou em dar parecer parcial, no sentido de que reconhece a defesa de pessoas jurídicas que comprovem insuficiência de recurso, particularmente entidades hipossuficientes ou filantrópicas, mas que constituem exceção, devendo se voltar, primariamente, à defesa das pessoas naturais padecentes de debilidade econômica, como explicita a decisão proferida pelo ministro Ayres Britto em face da ADI nº 4.246¹⁷. E é claro que a Defensoria Pública não vai atuar na defesa de todas as pessoas jurídicas, tal qual não atua na defesa de todas as pessoas físicas, mas apenas na daquelas em condição de vulnerabilidade.

A Advocacia Geral da União também deu seu parecer referente ao assunto. Diz no texto enviado ao STF que, em atendimento à solicitação, o Presidente da República defendeu a constitucionalidade das normas questionadas, argumentando que a prestação de assistência jurídica integral e gratuita pela instituição em exame se relaciona à situação econômica, e não à natureza do interessado. Corroborando, logicamente, com essa premissa, a AGU ressaltou que a Corte Suprema, no âmbito de apreciação da ADI nº 2.903¹⁸, deixou clarividente a vocação constitucional da Defensoria Pública, qual seja:

[...]

DEFENSORIA PÚBLICA - "AD CA USAM" RECONHECIDA, RELEVÂNCIA - INSTITUIÇÃO PERMANENTE ESSENCIAL A FUNÇÃO JURISDICIONAL DO

17 ADI 4.246, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 26/5/2010.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.903**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14735256/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2903-pb>. Acesso em: 12 fev. 2017.

ESTADO - O DEFENSOR PÚBLICO COMO AGENTE DE CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO DOS NECESSITADOS À ORDEM JURÍDICA. - A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inseqüente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas - carentes e desassistidas -, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. - De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apóiam - além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares - também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República.

DIREITO A TER DIREITOS: UMA PRERROGATIVA BÁSICA, QUE SE QUALIFICA COMO FATOR DE VIABILIZAÇÃO DOS DEMAIS DIREITOS E LIBERDADES

[Voltar ao índice](#)



- DIREITO ESSENCIAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA, ESPECIALMENTE ÀQUELAS QUE NADA TÊM E DE QUE TUDO NECESSITAM. PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE PÕE EM EVIDÊNCIA - CUIDANDO-SE DE PESSOAS NECESSITADAS (CF, ART 5º, LXXIV) - A SIGNIFICATIVA IMPORTÂNCIA JURÍDICA-INSTITUCIONAL E POLÍTICA-SOCIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA.

[...]

(ADI nº 2.903, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 01/12/05, Publicação em 19/09/08).

Dessarte, continua afirmando que é a condição de necessitado que orientou a criação, pela Carta Magna, de uma instituição como a Defensoria Pública, pela qual se viabiliza o acesso daquele à ordem jurídica, a fim de superar as desigualdades socioeconômicas do País. Por isso, não há como distinguir os beneficiários de tais benefícios, uma vez que o próprio Texto Constitucional assim não o fez.

O Senado Federal, como sendo uma das partes requeridas da ação, emitiu informações a respeito dessa ADI. Afirmou que na exposição de motivos do anteprojeto da Lei Complementar nº 132, de 2009, encaminhado ao Presidente da República, o então ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, assim havia exposto:

[...] 16. O art. 4º, ao explicitar as funções da Defensoria Pública, coerente com o conceito de assistência jurídica integral, dota-a do seu papel de orientador de direitos, formador de cidadania e garantidor dos direitos fundamentais, como

[Voltar ao índice](#)

na prevenção de qualquer forma de abuso e no direito de comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado, e na possibilidade de prestar atendimento interdisciplinar, para o exercício de suas atribuições. Além disso, prioriza as medidas extrajudiciais na composição dos conflitos, cujos instrumentos terão força de título executivo extrajudicial; estabelece as tutelas coletivas, inclusive impetrar mandado de segurança coletivo, podendo promover ações civis públicas na defesa dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos que possam beneficiar hipossuficientes ou **patrocinar entidades hipossuficientes ou filantrópicas que incluam entre suas finalidades institucionais a defesa dos direitos protegidos pela Defensoria Pública. O 6º do art. 40 afirma o caráter público e estatal da assistência jurídica ao necessitado.** (grifo original).

Continua afirmando que pelo princípio da proteção judicial efetiva devem as normas constitucionais ou legais que facilitem de alguma forma o amplo e irrestrito acesso à justiça terem máxima efetividade.

De forma enfática, o Senado ainda alertou para o fato de que, embora os direitos fundamentais originalmente tenham sido concebidos a pessoas humanas, hodiernamente podem ser compartilhados com as pessoas jurídicas, à medida que sua natureza suporte. Nesse sentido também compactua Gilmar Mendes, em sua obra compartilhada com Paulo Branco, pois afirma que¹⁹

19 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito**



Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular.

O Senado dá procedência assentando que os direitos fundamentais não podem sofrer interpretações restritivas e limitativas ante a realidade social, assim como tem de se levar em conta a pessoa jurídica hipossuficiente, pois, se não houver outro meio menos gravoso para que esta tenha amplo acesso à justiça, a solução seria a assistência gratuita.

A Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais (ANADEF), por sua vez, também prestou sua colaboração referente ao assunto. Usou o art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil para embasar o princípio do Estado Democrático de Direito, cujos consectários, no caso em apreço, são os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da proibição do retrocesso.

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DPRJ) trouxe uma informação importante quanto ao tema em tela. Afirmou que, embora seja um assunto não analisado pelo STF, vários acórdãos dos Tribunais, até mesmo os do Superior Tribunal de Justiça, corroboram com a possibilidade de assistência de pessoas jurídicas, pela Defensoria Pública, inclusive. Como meio de embasar suas afirmações, citou as palavras do ministro Carlos Alberto

Direito, relatando o Recurso Especial nº 330.188 – MG – 2001/0067565-0, julgado em 2/4/2002, terceira turma, com DJ em 6/5/2002²⁰:

Assistência judiciária. Pessoa Jurídica. Precedentes da Corte

1. Assentou a Corte ser possível à pessoa jurídica desfrutar do benefício da assistência judiciária, demonstrada a sua necessidade. No caso, o próprio Estado, pela Defensoria Pública, chamou a si a representação da empresa, sendo razoável supor-se a necessidade de tal patrocínio para o livre acesso à Justiça.

2. Recurso especial conhecido e provido.

Parece que a DPRJ foi a mais enfática no que se refere a tratar do assunto de assistência gratuita às microempresas, uma vez que estas visam a fins econômicos e, portanto, podia-se de antemão pensar que a assistência seria inviável por se saber do risco de mercado. Frisa-se, porém, não ser a natureza do necessitado que predomina, mas sim a insuficiência de recursos. Vale trazer à baila as decisões citadas por aquela Defensoria, a fim de melhor esclarecimento a respeito do pensamento dos pretórios com relação ao tema em análise. Ainda no escopo daquele Recurso Especial, cujo relator é o ministro Carlos Alberto Direito, extrai-se o seguinte voto, na íntegra:

[...]

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 330.188/MG**, 3ª Turma, Brasília, DF, 02 de abril de 2002. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7800247/recurso-especial-resp-330188-mg-2001-0067565-0-stj>. Acesso em: 12 fev. 2017.



A empresa recorrente ajuizou embargos à execução. A sentença rejeitou os embargos. Concedida a assistência judiciária a apelação foi recebida independentemente de preparo. O Tribunal de Alçada de Minas Gerais não reconheceu do recurso. Entendeu que são frágeis os fundamentos para a extensão do benefício às pessoas jurídicas, e, ademais, há de ser ainda demonstrada a insuficiência, não havendo “*a presunção de pobreza legal e prévia*”. Acolheu, assim, a deserção. A empresa, representada pela Defensoria Pública ingressa com o especial trazendo precedentes da Corte. O tema tem recebido tratamento desta Corte em diversas oportunidades. A Terceira Turma Relator Senhor Ministro **Waldemar Zveiter**, decidiu que é possível o benefício da assistência judiciária quando a empresa comprova que não tem condições de suportar os encargos do processo (REsp nº 202.166/RJ, DJ de 02/4/01; no mesmo sentido: REsp nº 182.557/RJ, da minha relatoria, DJ de 25/10/99; REsp nº 135.181/RJ, Relator o Senhor Ministro **Costa Leite**, DJ de 29/3/99). Na mesma direção assentou a Quarta Turma que segunda a jurisprudência da Corte, “é possível a concessão do benefício da assistência judiciária à pessoa jurídica que demonstre a impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejudicar a própria manutenção” (REsp nº 258.174/RJ, Relator o Senhor Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, DJ de 25/9/00). Vê-se, portanto, que a jurisprudência da Corte se consolidou na possibilidade do deferimento do benefício da assistência judiciária à pessoa jurídica. Aqui, o Acórdão recorrido afirma que não

[Voltar ao índice](#)

há comprovação da necessidade. Mas, a meu sentir há uma peculiaridade que deve merecer relevo. É que a empresa recorrente está sendo patrocinada pela Defensoria Pública, o que revela a existência de condições de necessidade. Ora, se o Estado está assumindo a carência de recursos da empresa para postular o seu direito em Juízo, não há falar em ausência de demonstração de insuficiência de recursos. Estando presente o patrocínio da Defensoria Pública é razoável supor que existe a carência que justifica o benefício da assistência judiciária. Com essas razões, eu conheço do especial e lhe dou provimento, presente a divergência, para afastar a deserção e determinar o prosseguimento do julgamento no Tribunal local. (grifo original).

No Rio de Janeiro, existiu ainda o projeto “associações” pelo qual a Defensoria contribuía para a organização de pessoas hipossuficientes.

Nesse diapasão, vê-se que não são escassos os argumentos trazidos ao tema, tampouco indefinidas as decisões proferidas pelos pretórios no País. A amplitude que alcança esse assunto navega pelas sendas do Direito a ponto de abarcar uma gama muito grande de princípios, de dispositivos legais e até o choque da lógica jurídica como alternativa válida para dirimir o impasse, e todos, de uma forma ou de outra, tendem à inclusão em prol do efetivo acesso à Justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se que tanto a pessoa jurídica, quanto a pessoa física são sujeitos de direitos e obrigações, com proteção de direitos fundamen-



tais, com personalidade jurídica própria, tendo como função social, além de outras, ajudar o País a crescer em diversidade e oportunidades: a proteção à pessoa jurídica vulnerável é a proteção às pessoas físicas – naturalmente vulneráveis – que a compõem. Dessarte, não há como não envolvê-la nos cuidados do Estado de modo mais efetivo, qual seja, oferecendo-lhe as garantias de ter ao seu alcance uma proteção quanto às infundáveis demandas que o assola constantemente.

A ADI nº 4.636, como demonstrado neste trabalho, apresenta-se como resistência à evolução natural e inovadora que tanto aguarda a sociedade e certamente, tal qual aconteceu em maio de 2015, com o julgamento da ADIN nº 3.943, na qual tentativa de declaração de inconstitucionalidade, tornou-se declaração de constitucionalidade, ocorrerá no julgamento da ADI nº 4.636.

Ademais, acredita-se que a Defensoria Pública não enfrenta impedimento algum para abraçar essas pessoas hipossuficientes. Ao contrário, é intrínseco a esta Instituição cuidar dos necessitados do País, sejam eles de qualquer etnia, raça, cor, opção sexual ou outras variações pessoais, além de terem, ou não, estrutura física orgânica. Ademais, tal atuação decerto ajudará no concreto desenvolvimento do País.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

Voltar ao índice

BRASIL. Senado Federal. **Lei Complementar nº 80**. Brasília, DF, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Lei Complementar nº 132**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LCP/Lcp132.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1242109/SC**, 2ª Turma, Brasília, DF, 10 de maio de 2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19085327/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1242109-sc-2011-0048312-1/inteiro-teor-19085328>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 41.241/SC, 1ª Turma, Brasília, DF, 17 de novembro de 2011. **Diário de Justiça do Estado do Maranhão**, p. 216-217, 11 mar. 2015. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/87667684/djma-11-03-2015-pg-216>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 330.188/MG**, 3ª Turma, Brasília, DF, 02 de abril de 2002. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7800247/recurso-especial-resp-330188-mg-2001-0067565-0-stj>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 904.289/MS**, 4ª Turma, Brasília, DF, 17 de maio de 2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19090947/recurso-especial-resp-904289-ms-2006-0257290-2/inteiro-teor-19090948>. Acesso em: 12 fev. 2017.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AI 637177 AgR/SP**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 09/11/2010. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=637177&classe=AI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.903**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14735256/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2903-pb>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.943**. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3943&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.246**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22938858/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4246-pa-stf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.636**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4636&processo=4636>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Embargos Declaratórios no Recurso Especial nº 1189515/SP**, 4ª Turma da Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 14 de abril de 2011. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120440152/apelacao-apl-250059620108260576-sp-0025005-9620108260576/inteiro-teor-120440162>. Acesso em: 12 fev. 2017.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Parecer de 14 de agosto de 2010. Análise de diversos dispositivos da Lei

Complementar 80, de 1994, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar 132, de 2009. Relator José Afonso da Silva. **Documenta**, São Paulo, SP, processo n. 2010.18.02644-01.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria pública**: fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.



INTERNACIONAL

[Voltar ao índice](#)

EM BUSCA DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR DANO ECOLÓGICO

SEARCHING FOR STATE RESPONSIBILITY FOR ECOLOGICAL DAMAGE

CARLA AMADO GOMES

Resumo

Este artigo visa analisar as possibilidades de reparação de um dano ecológico no plano do Direito Internacional quer dentro de jurisdição, quer fora dela. Para tanto, percorre vários instrumentos potencialmente aplicáveis, embora no plano do *soft Law*, para concluir sobre a necessidade de concentrar esforços na prevenção de danos os quais, no plano do instituto clássico da responsabilidade civil, se revelam impossíveis de reparar.

Palavras-chave: Dano ecológico. Responsabilidade Internacional do Estado.



Abstract

This article aims to analyse the possibilities of remedying ecological damage in International Law both within and outside State jurisdiction. To do so, it goes through several potentially applicable instruments, albeit at the soft law level, to conclude on the need to concentrate efforts on the prevention of damages which, in terms of the classic institute of civil liability, prove impossible to repair.

Keywords: *Ecological damage; State responsibility.*

0. ERA UMA VEZ UMA FUNDIÇÃO NA FRONTEIRA DO CANADÁ COM OS ESTADOS UNIDOS...: O CASO TRAIL SMELTER E O MITO DA RESPONSABILIDADE AMBIENTAL DOS ESTADOS

“A reparação do dano no Direito Internacional do Ambiente está ainda na infância”, afirma KOIVUROVA¹. Ninguém diria se pensarmos que a decisão *Trail Smelter* tem quase 80 anos. Esse caso traduz, contudo, um duplo equívoco: por um lado, não se trata, em estrito rigor, de um litígio “ambiental” –, resume-se a um conflito de vizinhança. O que estava em jogo na decisão *Trail Smelter*² nada tinha a ver com a integridade do ambiente enquanto grandeza com valor intrínseco, mas antes com o bem-estar das

1 Timo KOIVUROVA, **Introduction to International Environmental Law**, Londres/Nova Iorque, 2014, p. 181.

2 Trata-se de dois acórdãos, um prolatado em 1938 (que se debruçou sobre danos ocorridos entre 1932 e 1936), outro prolatado em 1941 (que incidiu sobre danos registados entre 1937 e 1940).

populações residentes, e bem assim com a viabilidade das culturas agrícolas, no território americano, ambas perturbadas pela poluição atmosférica produzida pela fundição *Trail*, situada em território canadiano.

Por outro lado, a decisão arbitral *Trail* só coincidentalmente constitui um litígio internacional, pois não fora a existência de um conflito negativo de competência dos tribunais canadianos e americanos, ter-se-ia traduzido num caso de reparação de danos, pessoais e económicos, a dirimir por um tribunal interno de um dos dois Estados envolvidos, ocorre que o tribunal arbitral baseou-se na legislação interna dos EUA³. Note-se que, em 1938/41, embora o Tribunal Permanente de Justiça Internacional já tivesse afirmado o princípio geral de que “any breach of an engagement involves an obligation to make reparation”, no caso *Chorzów Factory* (1928), estava-se ainda longe de aceitar que tal responsabilidade pudessem decorrer de uma omissão de controlo público da actividade económica poluente de uma entidade privada que causa danos transfronteiriços.

Relembrando o parágrafo mais paradigmático dessa decisão, não só é clara, da sua leitura, a conclusão sobre a perspectiva antropocêntrica do dano como, e, sobretudo, sobre a transfiguração deste litígio interprivados numa questão de preservação da integridade territorial do Estado norte-americano em face do Estado canadiano — no sentido de uma lesão inflingida à sua população e/ou território por intrusão de poluentes atmosféricos:

The Tribunal, therefore, finds that the above decisions, taken as a whole, constitute an adequate

3 Cfr. Jaye ELLIS, **Has International Law outgrown *Trail Smelter*?**, 2006, p. 4-5 (disponível em <http://ssrn.com/abstract=1766142>).



basis for its conclusions, namely, that, under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence.

No que mais directamente releva para essa nossa reflexão, realce-se que na decisão não se menciona o dano ao ambiente *de per se*⁴, nem se admite que a responsabilidade por dano transfronteiriço possa ser acionada em caso de tal dano ter ocorrido em zona — terrestre, aérea ou marinha — fora de jurisdição estatal. Acresce que o nexo de causalidade deve ficar inquestionavelmente estabelecido — o que será, nos casos de responsabilidade ambiental, uma raridade, em função de danos acumulados, pretéritos, órfãos... Enfim, no que toca à avaliação das consequências (*serious consequence*), esta há de ser realizada em função dos efeitos em pessoas e património⁵, não em função da lesão ao equilíbrio do ecossistema e seus componentes.

4 Confirmando essa leitura, Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), **Principles of International Environmental Law**, 3ª ed., Cambridge, 2012, p. 717; Phoebe OKOWA, **Responsibility for environmental damage**, in *Research Handbook on International Environmental Law*, coord. de Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong e Panos Merkouris, Cheltenham/Northampton, 2010, p. 307.

5 E mesmo quanto à prevalência desses valores, pessoais e patrimoniais, há dúvidas na doutrina quanto ao sentido da decisão. Isso porque, como realça Phoebe OKOWA (**Responsibility...**, *cit.*, p. 307-308), o Estado norte-americano não quis fazer exigências que pudessem estabelecer precedentes os quais, mais tarde, pudessem voltar-se contra as suas próprias indústrias.

A perspectiva exclusivamente antropocêntrica não deve surpreender. Com efeito, nos anos 1940, as raras convenções dedicadas a questões que hoje consideraríamos ambientais (sobre caça à foca; sobre caça de animais selvagens) tinham propósitos estritamente utilitários. O princípio da responsabilidade por dano ambiental transfronteiriço ficou gravado na Declaração de Estocolmo, de 1972, no princípio 21, 2ª parte, na sua qualidade de princípio geral de Direito Internacional de base consuetudinária, sendo reafirmado no princípio 2 da Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, mas por relação a danos pessoais e patrimoniais, como se pode comprovar da leitura do princípio 13 da Declaração do Rio, em que se exortam os Estados a desenhar quadros normativos que permitam atribuir “indenização às vítimas de poluição e de outros danos ambientais”.

É certo que em ambas as Declarações referidas se avançou no sentido de fixar a extensão do dever de indenizar a espaços fora de jurisdição estatal — o que poderia indiciar, sobretudo se pensarmos no alto-mar, que outros danos, além dos pessoais e patrimoniais, poderiam estar abrangidos. Porém, para além da questão de saber quem reclamaria a reparação de tal dano, sempre restaria o problema de saber que critérios deveriam ser observados nessa operação e quem controlaria a sua adequação e suficiência.

Sem embargo das dificuldades que envolvem fixar um conceito universal de *dano ecológico*⁶ — tanto por razões técnicas como jurídicas —, o conceito foi merecendo aproximações pontuais. Vejam-se, a título de exemplo:

6 Sublinhando que a definição de “dano ecológico” constitui uma árdua questão, Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles...*, *cit.*, p. 706.



- o artigo 1º, nº 15, da *Convention on the regulation of Antarctic mineral resource activities* (1988), ainda não em vigor, que estabelece dever entender-se por dano ecológico “any impact on the living or non-living components of that environment or those ecosystems, including harm to atmospheric, marine or terrestrial life, beyond that which is negligible or which has been assessed and judged to be acceptable pursuant to (the) Convention”;
- a definição constante do *Nagoya-Kuala Lumpur Supplementary Liability Protocol* (2010), no artigo 2, 2/b): “‘Damage’ means an adverse effect on the conservation and sustainable use of biological diversity, taking also into account risks to human health, that: i) Is measurable or otherwise observable taking into account, wherever available, scientifically-established baselines recognized by a competent authority that takes into account any other human induced variation and natural variation; and ii) Is significant as set out in paragraph 3 below”.

A Resolução nº 687 do Conselho de Segurança das Nações Unidas (1991) constitui um bom exemplo no tocante ao cômputo de danos ecológicos – em território sob jurisdição estatal. A Comissão de Compensação das Nações Unidas (*United Nations Compensation Commission*) que ficou encarregada de atribuir indenizações aos lesados pela invasão iraquiana do Kuwait (onde se incluíram vários Estados da região do Golfo Pérsico), debruçou-se sobre alegações de danos de diversa natureza, desde despesas de avaliação e monitorização de risco futuro para o ambiente, passando por custos de prevenção e mitigação dos efeitos lesivos dos bombardeamentos, até à cobertura de custos de perda de serviços

[Voltar ao índice](#)

ecossistémicos. A atribuição de indenizações com estas bases estava sujeita a uma cláusula de “green conditionality”, ou seja, as verbas ficariam depositadas num Fundo que reembolsaria os Estados obrigados a despesas de recuperação ambiental contra prova da efectiva afectação dos montantes a tais fins⁷.

Como enfatizam BIRNIE, BOYLE e REDGWELL, os resultados do trabalho da Comissão são extraordinariamente relevantes para a consolidação das bases da responsabilidade internacional dos Estados no plano da protecção do ambiente, porque ficaram enunciados vários pontos nevrálgicos daquela; no entanto, isso só foi possível, sublinham, porque o Iraque foi considerado responsável e porque foi criado um esquema de reparação *ad hoc* com entidades específicas competentes para se ocupar da situação⁸. Daí que este caso constitua uma excepção no panorama da reparação de danos ecológicos a título de responsabilidade internacional de um Estado.

É verdade que, por exemplo, no plano do combate à poluição marinha por hidrocarbonetos se têm observado progressos no sentido de fazer responder o dono do navio por danos não exclusivamente relacionados com interesses patrimoniais, nomeadamente pelos custos de prevenção de danos ao ambiente. No tocante à aproximação ao dano ecológico, referimo-nos às Convenções de Bruxelas, de 1969 e 1971 (*International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage; International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage Fund*), na redacção alterada pelo Protocolo de Londres, de 1992 (*Protocol to amend the International Convention on ci-*

7 Cfr., desenvolvidamente, Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), **Principles...**, *cit.*, p. 724-725.

8 Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine REDGWELL, **International Law...**, *cit.*, p. 231-232.



vil liability for oil pollution damage), nomeadamente ao artigo 1º, § 6º, de onde resulta a definição de “dano de poluição”:

“Pollution damage” means:

(a) loss or damage caused outside the ship by contamination resulting from the escape or discharge of oil from the ship, wherever such escape or discharge may occur, provided that compensation for impairment of the environment other than loss of profit from such impairment shall be limited to costs of reasonable measures of reinstatement actually undertaken or to be undertaken;

(b) the costs of preventive measures and further loss or damage caused by preventive measures”.

Como realçam DUPUY e VIÑUALES, soluções, como a indenização de custos com medidas de limpeza e de contenção de danos, já vão sendo habituais em convenções de luta contra a poluição, ainda que sujeitas à condição de razoabilidade⁹. Mas nada comparável com o regime estabelecido na Directiva Europeia nº 35, de 2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril, sobre prevenção e reparação do dano ecológico, na qual se autonomiza a noção de “dano ecológico” e se definem critérios de reparação específicos. Ainda assim, em razão do princípio da territorialidade, tal regime apenas se aplica no espaço da União Europeia, ou seja, em território dos seus Estados-Membros – não em Estados terceiros, ainda que a pretexto de lesão provocada por uma empresa com sede na União Europeia, nem em território não sujeito à jurisdição estatal.

9 Pierre-Marie DUPUY e Jorge VIÑUALES, **International...**, *cit.*, p. 265.

Nas linhas que seguem, percorreremos alguns caminhos trilhados pelo Direito da Responsabilidade Internacional do Estado no âmbito da reparação de danos ao ambiente e testaremos as soluções detectadas em sede de reparação do dano ecológico no plano internacional¹⁰.

1. A PROTECÇÃO DO AMBIENTE COMO “INTERESSE DA COMUNIDADE INTERNACIONAL NO SEU TODO” E O INCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER: DA RESPONSABILIDADE PENAL À HIPÓTESE CIVIL

Muito se escreveu já sobre o “despertar da era ecológica”¹¹ em final da década de 1960. Com a Conferência de Estocolmo, realizada sob a égide da ONU, em 1972, a questão da finitude dos recursos ambientais e do imperativo da sua gestão racional, a bem da sobrevivência no planeta de presente e futuras gerações, entra na agenda política mundial. A Declaração de Estocolmo afirma, no princípio 2, que os recursos naturais da Terra devem ser objecto de gestão criteriosa, a bem das presente e futuras gerações; qualifica a Natureza, as espécies selvagens e seus habitats, como uma herança cuja conservação constitui uma responsabilidade co-

10 Sobre este tema, vejam-se: Alan BOYLE, **Globalising Environmental Liability: The Interplay of National and International Law**, in *Journal of Environmental Law*, 2005/1, p. 3 segs; Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine REDGWELL, **International Law & the Environment**, 3ª ed., Oxford, 2009, p. 214 segs; Louise Angélique DE LA FAYETTE, **International liability for damage to the environment**, in *Research Handbook on International Environmental Law*, coord. de Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong e Panos Merkouris, Cheltenham/Northampton, 2010, p. 320 segs; Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie, **Principles...**, *cit.*, p. 700 segs; Timo KOIVUROVA, **Introduction...**, *cit.*, p. 181 segs.; Pierre-Marie DUPUY e Jorge VIÑUALES, **International Environmental Law**, Cambridge, 2015, p. 252 segs.

11 Alexandre KISS, **Direito Internacional do Ambiente**, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, p. 174 e segs, 174.



mum (princípio 4); caracteriza os recursos não renováveis como especialmente frágeis e investe os Estados no dever de evitarem a sua exaustão, a bem da Humanidade (princípio 5); no princípio 7, exorta os Estados a combaterem todas as formas de poluição, com especial incidência na marinha, que tinha em recentes desastres com petroleiros dado mostras de particular agressividade¹². Nas décadas seguintes, assistiu-se a uma explosão normativa no plano do Direito Internacional do Ambiente, com alguns sucessos – como o combate à redução da camada de ozono pela Convenção de Viena e do Protocolo de Montreal –, e muitos fracassos, sendo o mais paradigmático o da luta contra as alterações climáticas.

Com a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar, em vigor desde 1993, ganha letra de forma, em instrumento vinculativo, o conceito de “património comum da Humanidade”¹³, corporizado nos Fundos Marinhos – a Área, cuja gestão está regulada no Cap. XI da Convenção. A importância da protecção de certos recursos para a Humanidade, embora aqui numa perspectiva antropocêntrica e em zona fora de jurisdição estatal, revela o ambiente como uma grandeza de valor metaestadual e metageracional, quebrando a lógica egoística e bilateral tradicional das normas de Direito Internacional¹⁴.

Não se pode afirmar que fosse uma tendência exclusiva do Direito do Ambiente. No plano dos Direitos Humanos, a consciência da necessida-

12 Recorde-se o naufrágio do petroleiro *Torrey Canyon*, em 1967, que inundou a costa britânica com quase 12.000 toneladas de crude.

13 Radicado no célebre discurso de Arvid Pardo, proferido em 1967 na Assembleia Geral das Nações Unidas, no qual exortou a que tanto os fundos marinhos como a coluna de água em alto mar fossem reservados a usos exclusivamente pacíficos e em benefício da Humanidade.

14 Cfr. Santiago VILLALPANDO, **The legal dimension of the international community: how community interests are protected in International Law**, in *The European Journal of International Law*, 2010/2, p. 387 segs.

de da sua protecção por apelo a valores universais – como a dignidade humana, e malgrado a variabilidade geográfica e cultural do conceito –, gerava um aumento dos mecanismos de tutela, quer no plano universal – com a possibilidade de apresentação de queixas ao Comité dos Direitos do Homem por violação dos direitos consagrados nos dois Pactos da ONU, de 1966 –, quer no plano regional – aqui os exemplos mais ilustrativos são os da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (de 1950), com justiciabilidade obrigatória no Tribunal de Estrasburgo, e o Tribunal Penal Internacional, constituído em 2002 à luz do Estatuto de Roma (de 1998).

Recorde-se que a noção de obrigações *erga omnes* foi introduzida pelo Tribunal Internacional de Justiça, no caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (1970), quando, no § 33, obtemperou

*[...] In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations **erga omnes**.*

No que concerne concretamente aos bens ambientais, o Tribunal Internacional de Justiça nunca se pronunciou com carácter vinculativo sobre a natureza *erga omnes* da obrigação de prevenção da sua integridade. Terá sido no parecer *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (1996), que sobre esse ponto ficou clara a posição do Tribunal, quando no § 29 afirmou que



The Court recognizes that the environment is under daily threat and that the use of nuclear weapons could constitute a catastrophe for the environment. The Court also recognizes that the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment.

No estágio actual, não pode, contudo, afirmar-se ter a obrigação de prevenção de danos ambientais adquirido estatuto *erga omnes*, embora o Tribunal Internacional de Justiça não desconheça o problema. Curiosamente, no entanto, no domínio da protecção do património cultural, a Convenção da Unesco, de 1972, sobre salvaguarda de bens do património cultural (edificado e natural) universal, a percepção da importância desses bens como testemunho de legado civilizacional, tem gerado um aumento das preocupações internacionais sobre a sua protecção – chegando até a um ponto inédito de formulação de uma acusação, no Tribunal Penal Internacional, contra o terrorista Ahmad al-Faqi al-Mahdi por crime de guerra contra a Humanidade materializado na ordem de destruição dos templos de Timbuktu, em 2012 – que aquele confessou.

Conforme assinala VILLALPANDO, a adopção de uma perspectiva mais “sinalagmática” das relações internacionais acompanha a alteração da postura dos Estados, de uma atitude mais abstencionista pós Paz de Vestefália para um esquema mais interactivo. Com efeito, o imperativo de protecção do ambiente traduz um propósito universal que força a

[Voltar ao índice](#)

transição de um modelo de sociedade internacional em que os Estados perseguem sobretudo, interesses egoístas para um modelo de comunidade internacional que pressupõe a cooperação na prossecução de interesses que só de forma global podem ser endereçados¹⁵.

Impõe-se reconhecer, em razão da natureza dos bens em jogo, que a salvaguarda da integridade de bens colectivos só pode ser efectivamente alcançada por meio de uma actuação solidária dos Estados, em que coloquem o interesse comum acima do interesse individual. Ora, isso é por demais evidente no caso da protecção do ambiente, no âmbito da qual se identifica facilmente um valor ético associado ao valor físico, além de se constatar uma continuidade geográfica e biofísica dos problemas de degradação ambiental que reclama uma acção concertada dos Estados.

A compatibilização entre a vocação universalista da protecção ambiental vai, no entanto, enfrentar um implacável adversário na vocação nacionalista da soberania permanente sobre os recursos naturais sitos em território estatal¹⁶. Os Estados são ciosos da prerrogativa de delinear as suas políticas de exploração das riquezas naturais que detêm, e o modelo de democracia representativa — mesmo quando com ele não interferem esquemas de corrupção a favor das elites, em Estados dominados por sistemas ditatoriais — é desadequado aos tempos longos da preservação do ambiente, cedendo facilmente ao tempo curto da gestão desregrada com vista à conservação do poder.

15 Santiago VILLALPANDO, *The legal dimension...*, cit., p. 390-392.

16 Cfr., sobre este ponto, o nosso **Os bens ambientais como bens de interesse comum da Humanidade**: entre o universalismo e a razão de Estado, *in O Direito*, 2009/5, p. 1051 segs.



A alternativa para fazer prevalecer os valores ambientais como valores universais parece ser a da consagração de princípios, como a prevenção de danos ao ambiente (seja onde for) e a gestão racional dos recursos naturais (estejam onde estiverem, mas sobretudo em zonas sob jurisdição nacional) como normas com natureza *erga omnes*, isto é, normas que se impõem independentemente de vinculação convencional por traduzirem *obrigações dos Estados em face da comunidade internacional no seu todo*. Malgrado a evidência esta asserção, certo é que, para além dos princípios: da cooperação de boa fé; da responsabilização por danos sérios e de carácter patrimonial ou pessoal decorrentes de actividades perigosas com reflexos transfronteiriços; e da prevenção (de impactos significativos), por meio do procedimento de avaliação de impacto ambiental – reconhecidos como princípios de Direito Internacional geral pelo Tribunal Internacional de Justiça nos casos *Gabcikovo-Nagymaros* (1997)¹⁷; *Costa Rica vs Nicaragua and Nicaragua vs Costa Rica* (2015)¹⁸; e *Pulp Mills on river Uruguay* (2010)¹⁹, respectivamente –; certo é que, como vimos *supra*, a jurisprudência internacional tem-se furtado a qualificar a natureza *erga omnes* da obrigação substantiva de prevenção de danos à integridade de bens ambientais contra o princípio da soberania dos Estados, pelo menos em pronúncias com eficácia decisória.

A Comissão de Direito Internacional avançou, em 1996, com uma proposta demasiado ambiciosa: a criminalização das violações de nor-

17 Cfr. o § 142 do Acórdão.

18 Cfr. os §§ 141 e 142 do Acórdão.

19 Cfr. o § 204 do Acórdão.

mas internacionais de protecção ambiental²⁰. Aludimos ao artigo 19, nº 3, alínea d) do fracassado Projecto de artigos sobre responsabilidade internacional do Estado²¹, que muito provavelmente deve a essa norma o seu insucesso²². A norma em causa rezava assim:

Article 19 – International crimes and international delicts:

[...]

2. An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole constitutes an international crime.

20 Sobre o movimento doutrinal de criminalização de condutas ofensivas de bens ambientais, cujos quatro crimes principais seriam os crimes de poluição atmosférica, os crimes de desflorestação, os crimes contra animais e os crimes de poluição da água, vejam-se os textos reunidos na obra coordenada por Nigel SOUTH e Avi BRISMAN, **Routledge International Handbook of green criminology**, London & New York, 2013.

21 Noutro Projecto do mesmo ano, a alínea g) do artigo 20 (*War crimes*) do *Draft Code of crimes against the peace and security of mankind*, reduziu o âmbito do tipo, tanto no seu contexto (apenas em cenário de guerra), como no seu objecto (a ofensa ao ambiente releva apenas enquanto atentado à vida e saúde das pessoas).

Desse Projecto, de 1996, o que “sobreviveu” no Estatuto de Roma foi a norma do artigo 8, nº 2/b) iv) — a qual confere relevo autónomo à protecção do ambiente, mas que no fundo justifica a sua destruição em cenário de guerra, salvo se a lesão for manifestamente desproporcionada em relação ao objectivo militar que se pretende alcançar.

22 Bem assim como à solução de responsabilização quase objectiva que decorria do artigo 21 — cfr. Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine REDGWELL, **International Law...**, *cit.*, p. 223.



3. Subject to paragraph 2, and on the basis of the rules of international law in force, an international crime may result, *inter alia*, from:

[...]

(d) a serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas.

Dessa lógica de valorização dos bens ambientais, porventura arriscada em face da falta de tipicidade da norma em questão num contexto em que a precisão dos tipos é crucial, remanesceu, para os *Draft articles on State responsibility*, de 2001 (= *Draft articles 2001*), que a Comissão de Direito Internacional apresentou à Assembleia Geral da ONU, em 2001, e dos quais esta tomou conhecimento, a ideia de que há bens cuja lesão afecta os “interesses da comunidade internacional no seu todo”, cuja ofensa pode ser sindicada, para efeitos de responsabilidade civil, por qualquer Estado, ainda que não directamente lesado (cfr. os artigos 48 e 42 dos *Draft articles 2001*). Esta fórmula tem evidente aplicação à realidade ambiental, mas continua a ser insuficiente para resolver a questão da responsabilidade internacional pela reparação do dano ecológico²³. Vejamos por quê.

23 Além de levantar, em geral, múltiplas dificuldades de operacionalização, como explica Pierre-Marie DUPUY, **The deficiencies of the Law of State responsibility relating to branches of 'obligations owed to the international community as a whole': suggestions for avoiding the obsolescence of aggravated responsibility**, in *Realizing Utopia: the future of International Law*, coord. de Antonio Cassese, Oxford, 2012, p. 210 segs, *passim*.

2. OS DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY DE 2001: UM QUADRO NORMATIVO CURTO PARA A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL (E AINDA MAIS PARA O DANO ECOLÓGICO)

Cumpra desde logo observar que os *Draft articles* de 2001 não têm eficácia vinculativa por consubstanciarem um mero projecto (*draft*)²⁴. Depois, deve-se sublinhar que têm uma vocação aplicativa que se resume a Estados – facto que reduz a utilidade do seu quadro normativo em casos de dano ambiental e ecológico a um âmbito muito reduzido, pois as actividades de maior potencial lesivo são maioritariamente desenvolvidas por privados. Claro que existe a possibilidade de considerar a falta de controlo de instalações perigosas, *ab initio*, durante o seu funcionamento ou mesmo na fase de desmantelamento, como uma quebra dos deveres de prevenção a que o Estado está obrigado, por força de compromissos internacionais convencionais ou pela via dos deveres agregados à avaliação de impacto ambiental – nos termos do artigo 8 dos *Draft articles* 2001. Conforme ressalta KOIVUROVA²⁵, neste caso, o apuramento da responsabilidade do Estado que acolhe a instalação perigosa pressupõe a aferição do cumprimento de deveres de controlo preventivo, por meio de questões como: i) pode ser atribuída a responsabilidade

24 O que não lhes minimiza a importância. Conforme sublinha Maria Luísa DUARTE (**Direito Internacional Público e ordem jurídica global do século XXI**, Coimbra, 2014, p. 157-158), “em domínios mais vulneráveis aos efeitos paralisantes da falta de consenso político entre os Estados (...), a aprovação de resoluções e declarações põe em marcha um processo de divulgação e de reiteração de um projecto normativo”. Ou, nas palavras de Jean-Marie DUPUY, em texto especialmente dedicado à importância do *soft law* no Direito Internacional do Ambiente, “In the context of ‘soft’ instruments, one could say, using the classical working of legal theory in regard to the creation of custom, that the cumulative enunciation of the same guideline by numerous non-binding texts helps to express the *opinio juris* of the world community” — **Soft law and the International Law of the Environment**, in *Michigan Journal of International Law*, 1991/2, p. 420 segs, 432.

25 Timo KOIVUROVA, **Introduction...**, *cit.*, p. 177.



por uma lesão a alguma actividade desenvolvida no território do Estado A?; ii) O Estado A autorizou o projecto?; iii) O Estado A analisou a possibilidade de danos transfronteiriços?; iv) O Estado A notificou o Estado onde os danos se verificaram?

Deve-se ressaltar, no entanto, que tal responsabilidade, a aceitar-se, deverá assumir sempre carácter subsidiário, pois é sobre o operador que lucra com a actividade que deverão recair os custos de reparação de danos eventualmente causados pelo funcionamento das instalações. Admitir a responsabilidade estatal como principal equivaleria a subsidiar as empresas mais poluentes e negar o princípio do poluidor-pagador²⁶.

O facto de os *Draft articles* 2001 disciplinarem um tipo de responsabilidade (civil) muito particular — por se tratar de responsabilidade no plano internacional, o que implica que é accionável perante o simples incumprimento de uma obrigação jurídica e não envolve, portanto e forçosamente, uma conduta que provoque danos no plano dos factos — explica que só se aplique entre Estados, sujeitos de direitos e obrigações internacionais por excelência. Essa circunstância justifica igualmente que só Estados possam invocar a violação de obrigações, devendo caracterizar, em regra, uma lesão de interesses próprios, políticos e/ou sociais (artigo 42 dos *Draft articles* 2001). De resto, para além de organizações internacionais, só Estados têm legitimidade para se apresentar perante a grande maioria dos tribunais internacionais (cfr., paradigmaticamente, o artigo 35 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça), o que significa que só Estados podem reclamar responsabilidade internacional de outros Estados.

26 Nesse sentido, Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine (REDGWELL (*International Law...*, cit., p. 222).

Ora, a abertura proporcionada pelo artigo 48 dos *Draft articles* 2001 só ganharia verdadeiro relevo, em primeiro lugar e desde logo, se outros actores, altruístas, pudessem apresentar acções de responsabilização de Estados que praticam — ou permitem, por omissão, a prática por privados — actuações lesivas do ambiente, dentro do seu território ou em zonas fora de jurisdição. É que, descartada que está a possibilidade de um Estado esgrimir contramedidas contra outro Estado em nome da salvaguarda de interesses da comunidade internacional no seu todo (cfr. os artigos 49 e 54 do *Draft articles* 2001), resta a hipótese de um Estado se apresentar a litigar num Tribunal Internacional contra outro Estado sem que esteja a defender interesse particular — o que, numa perspectiva política realista, é pouco crível, sobretudo se tivermos em mente as diferenças de peso político entre os Estados da comunidade internacional. E ainda que o faça, é duvidoso que a pretensão vá além do pedido de reembolso de custos de limpeza e de reconhecimento do facto ilícito²⁷.

Em segundo lugar, tal derrogação à regra de a legitimidade processual internacional importar necessariamente um interesse directo em agir enfrenta um obstáculo decisivo na posição expressa pelo Tribunal Internacional de Justiça no caso *East Timor* (1995) e reafirmada no caso *Armed activities in the territory of the Congo* (2006), nos quais o Tribunal esclareceu que, apesar de certos valores serem universais (mesmo que *jus cogens*), isso não significa que o Estado contra o qual se brandem as acusações possa ficar despossuído da faculdade de aceitar a jurisdição da instância internacional perante a qual é demandado²⁸.

27 Nesse sentido, Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine (REDGWELL, *International Law...*, *cit.*, p. 235).

28 Cfr. os §§29 do caso *East Timor*, e 64 do caso *Armed activities*.



Ou seja, e transpondo essas considerações para o domínio que nos ocupa quer a ofensa ao bem ambiental se tenha manifestado em território sob jurisdição estatal (do próprio lesante), quer tenha ocorrido fora dela, o Estado lesante terá sempre de manifestar a sua concordância com a submissão do litígio à jurisdição internacional. Por outras palavras, tal redundará em que a atribuição de natureza *erga omnes* à obrigação de prevenção e responsabilização por danos ambientais *onde quer que se manifestem* não resolve a questão, adjectiva, da possibilidade de imputação judicial dessa ofensa a um agente que não reconhece a jurisdição do tribunal.

Finalmente e em terceiro lugar, o artigo 48 não resolve a questão substantiva fundamental, que reside na inexistência de um regime específico de reparação do dano ecológico no plano global, nem em termos da fixação de critérios de reparação nem, sobretudo, no plano da reparação do dano ocorrido em zona fora de jurisdição.

Cumpre assinalar e desenvolver, no ponto seguinte, que os *Draft articles on prevention of transboundary harm from hazardous activities*, que a Comissão de Direito Internacional submeteu à Assembleia Geral da ONU também em 2001 (= *Draft articles on prevention 2001*), deram passos assinaláveis no estabelecimento de uma pauta de cooperação preventiva para a redução de poluição transfronteiriça. E não é menos certo que os *Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities* (= *Draft principles 2006*), elaborados pela mesma Comissão e submetidos à Assembleia Geral da ONU, em 2006, constituem um esforço sério no sentido de esclarecer as regras de imputação dos danos, também ecológicos, aos operadores privados (em regimes a desenhar pelos Estados no plano do seu Direito interno), e bem assim de traçar princípios de minimização e eliminação dos efeitos das actuações lesivas.

Contudo, apesar dos progressos, continua a revelar-se um quadro insuficiente a vários títulos – e isso para além, repita-se, de estarmos a falar de instrumentos de *soft law*.

3. OS DRAFTS DE 2001 E 2006: DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO DE DEVERES DE CONTROLO DE ACTIVIDADES POTENCIALMENTE LESIVAS PARA O AMBIENTE ATÉ À RESPONSABILIDADE (OBJECTIVA) DOS OPERADORES QUE DESENVOLVEM AQUELAS ACTIVIDADES

Como se observou, os *Draft articles 2001* são curtos para enquadrar a maior parte das hipóteses de danos ao ambiente, tanto tomados em sentido amplo como restrito. Isso fundamentalmente porque as actividades (perigosas) económicas (comerciais e industriais) são hoje em dia desenvolvidas esmagadoramente por privados, cabendo ao Estado funções de *command and control* ou de regulação.

Sabe-se que, em Direito Internacional, a imputação de responsabilidade prescinde dos motivos da actuação, nomeadamente se há ou não culpa do agente (por violação dos deveres de diligência – tal pode ser importante para graduar o *quantum* de responsabilidade, mas não a sua verificação). Para haver incumprimento e concomitante responsabilidade, cumpre aferir da actuação segundo uma espécie de diligência objectiva (*due diligence*), que por vezes é assim identificada, outras vezes é subsumida na máxima *pacta sunt servanda*, outra vez ainda é identificada como um dever de cooperação de boa fé.

Para tal, e considerando que as actividades potencialmente lesivas do ambiente – ou que são susceptíveis de gerar impactos ambientais – devem estar sujeitas a controlo prévio, a demonstração da *due diligence*



para efeitos de afastamento da responsabilidade do Estado, de forma directa (em caso de actividades públicas) ou indirecta (em caso de autorização de actividades por privados), em muito fica a ganhar com a descrição dos deveres de prevenção nos *Draft articles on prevention* 2001. Isso porque, por meio deste elenco, é possível caracterizar de forma objectiva o cumprimento de deveres de prevenção cuja violação pode servir de esteio a uma imputação de responsabilidade, autónoma ou subsidiária, ao Estado onde se sedia a actividade que gera a lesão em face do Estado em cujo território o dano se veio a verificar.

Conforme realçam DUPUY e VIÑUALES, a caracterização da *due diligence* no cumprimento dos deveres de prevenção não preclui a ilicitude nem exonera o Estado de responsabilidade; antes configura uma condição de actuação da norma primária de responsabilização. Ou seja, o Estado lesado deve provar: i) o dano; ii) o seu âmbito e a sua natureza; iii) a não adopção da diligência devida; e iv) a relação causal entre a acção negligente e o dano²⁹.

Note-se, assim, que uma coisa é a *responsabilidade pelo “mero” incumprimento do dever de realizar uma avaliação de impacto ambiental* quando o impacto potencial se revele significativo (ou de outro tipo de obrigação de carácter preventivo, como a aprovação de planos de contingência em caso de desastre natural) – aqui se trata de um incumprimento de obrigação internacional puramente jurídica³⁰; outra coisa é a *responsabilidade por danos efectivos ao ambiente provocada por uma actividade não submetida a avaliação de impacto ambiental ou a uma*

29 Pierre-Marie DUPUY e Jorge VIÑUALES, *International...*, cit., p. 255.

30 Cujas reparação se rege pelos artigos 34 a 39 do *Draft 2001*, que plasmam princípios estabelecidos desde 1928, no caso *Chorzów Factory* — cfr., em especial, a página 47.

avaliação deficiente – neste caso, a responsabilidade, sendo também jurídica, tem uma projecção na realidade física³¹. Ora, nesta situação, impor-se-á – salvo caracterização especial em instrumento convencional vinculativo dos Estados em litígio – apelar à jurisprudência *Trail Smelter*, ao dano sério, a pessoas ou património, e à demonstração da causalidade entre a violação do dever e o dano (ou a agravação) do dano efectivamente causado³². Malgrado os equívocos que tal decisão encerra.

Recorde-se que o Tribunal Internacional de Justiça já qualificou o dever de realizar avaliação de impacto ambiental quando se projecta a implementação de actividades que possam causar impacto significativo no ambiente – *maxime*, dano – como obrigação assente num princípio de direito internacional geral, no caso *Pulp Mills on the river Uruguay* (tendo-o reafirmado nos casos apensos *Costa Rica vs Nicaragua and Nicaragua vs Costa Rica*). Esta decisão, na qual se realça a exigência de notificação prévia a Estados potencialmente afectados por actividades

31 Esta “dualidade” ficou bem patente na análise do caso *Chorzów Factory*, quando o Tribunal obtemperou que, no que toca à efectivação da responsabilidade internacional três questões se colocam: “1. *The existence of the obligation to make reparation*; 2. *The existence of the damage which must serve as a basis for the calculation of the amount of the indemnity*; 3. *The extent of this damage*” (pag 23).

32 Criticando a postura do Tribunal Internacional de Justiça no caso *Pulp mills on the river Uruguay*, por o Tribunal se ter bastado com a constatação da responsabilidade internacional do Uruguay decorrente de não ter levado a cabo qualquer procedimento de avaliação de impacto ambiental relativamente às fábricas de pasta de papel, descartando a aferição das consequências do incumprimento de deveres de prevenção de danos, Francesco FRANCONI, **Realism, utopia and the future of International Environmental Law**, in *Realizing Utopia: the future of International Law*, coord. de Antonio Cassese, Oxford, 2012, p 442 segs, 454. Este posicionamento, todavia, deve ser lido não apenas em função do princípio do pedido (a Argentina queria ver satisfeita a sua pretensão de efectivação da responsabilidade internacional do Uruguay através do reconhecimento da quebra de deveres de *due diligence*), como também na perspectiva de que, a querer reparação do dano ambiental, a Argentina teria tido que fazer prova de dano sério, directa e exclusivamente provocado pelas descargas das fábricas no rio Uruguay.



industriais a implementar por parte do Estado licenciador³³, não define, no entanto, o que se deve entender por procedimento de avaliação de impacto ambiental, tendo deixado de algum modo a sensação de que um passo tão importante tinha, afinal, sido dado em vazio. Nos casos apenas *Nicarágua vs Costa Rica e Costa Rica vs Nicarágua*, o Tribunal pouco mais avançou, limitando-se a frisar que a avaliação de impacto ambiental deve ser um procedimento *prévio* ao início dos trabalhos no terreno, e não um diagnóstico de impactos observados três anos após o início dos trabalhos de implementação³⁴.

Teria sido, porventura, uma boa oportunidade para o Tribunal, sem entrar na definição de critérios técnico-científicos de realização da avaliação de impacto ambiental, fazer assentar tal procedimento nos momentos estabelecidos nos *Draft articles on prevention 2001*, ou seja, no percurso: notificação a Estados terceiros – avaliação técnica – consultas, envolvendo audiências públicas internas e externas, caso os Estados terceiros as queiram promover – aprovação de planos de emergência, internos e externos (se a actividade/installação implicar alto risco de acidente) – decisão com publicitação em todos os Estados.

Independentemente da maior ou menor densificação da noção de avaliação de impacto ambiental, certo é que, por um lado, nem a prova da sua realização afasta o dever de ressarcir danos na realidade física, sérios e causalmente comprovados, nem a prova da sua não realização é factor suficiente de responsabilização, por danos ambientais em sentido amplo. Por outro lado, no estrito âmbito do *Draft articles 2001*, esta-

33 Cfr. o §120 do caso *Pulp Mills on the river Uruguay*.

34 Cfr. o § 161 do caso *Costa Rica vs Nicaragua and Nicaragua vs Costa Rica*.

remos sempre a considerar danos não ecológicos, e, sobretudo, danos provocados por actividades estatais (era a situação nos casos apensos *Nicarágua vs Costa Rica e Costa Rica vs Nicarágua*), uma vez que a responsabilidade internacional constitui, primordialmente, um instituto que envolve Estados, só marginalmente (provando-se omissões de fiscalização prévia) possibilitando a responsabilização do Estado quando a conduta lesiva é levada a cabo por entidades privadas.

Essa insuficiência de alcance subjectivo dos *Draft articles on prevention* 2001 justificou a elaboração dos *Draft principles* 2006, nos quais já se aponta para uma responsabilização do agente privado/operador e, o que é assinalável, a título objectivo – conforme decorre do princípio 4/2: “These measures should include the imposition of liability on the operator or, where appropriate, other person or entity. Such liability should not require proof of fault”. Essa solução foi muito debatida, pois sobre ela se dividiram argumentos entre quem preconizava um modelo de responsabilidade objectiva *do Estado*, e os que a recusavam, pois ou a actividade é proibida (ou está a ser exercida de forma ilícita), e o Estado pode ser responsável por não ter tomado as medidas preventivas adequadas; ou a actividade é permitida e é o operador que, a título objectivo, deverá responder³⁵.

Foi esta última que vingou. O Estado surge aqui investido num papel de promotor do regime legal que permita promover a reparação “pronta e adequada” dos lesados (princípio 4/1 dos *Draft principles* 2006), por meio

35 Estas soluções tornam cada vez mais fluida a distinção entre responsabilidade (civil) internacional do Estado e responsabilidade civil decorrente de normas internacionais. A esta miscigenação acrescem as normas que, estabelecendo imputação a título objectivo a operadores privados (cfr. *infra*, nota 38), colocam o Estado numa posição de reparador complementar, caso o dano ultrapasse o tecto fixado no instrumento internacional aplicável — cfr. Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), **Principles...**, *cit.*, p. 700-701.



do património do operador, ficando este adstrito à realização de seguros, à constituição de fundos ou à prestação de outras garantias financeiras, a fim de poder desenvolver a sua actividade especialmente perigosa³⁶.

Note-se que o *Draft principles 2006* pressupõe a manutenção, pelo Estado, dos deveres descritos no *Draft articles on prevention 2001* – leia-se o princípio 5 dos primeiros –, e não é de todo de descartar a ideia, apesar de os principais visados serem entidades privadas, de que o Estado possa vir a responder em segunda linha (o princípio 7/2 do *Draft principles 2006* permite afirmar isto). Por outras palavras e à semelhança do que sucede em regimes como a reparação de danos provocados por acidentes em centrais nucleares ou por poluição marinha por hidrocarbonetos, nos quais se prevê a responsabilidade objectiva do operador³⁷, a responsabilidade internacional do Estado coexiste, embora de forma subsidiária – neste contexto, no entanto, independentemente da verificação da violação de deveres de controlo prévio/vigilância.

Essa subsidiariedade permite salvaguardar na íntegra o princípio da responsabilidade internacional do Estado por danos causados por poluição transfronteiriça, ou seja, deixa intocada a responsabilidade jurídica por

36 Segundo Caroline FOSTER (**The ILC Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities: privatizing risk?**, in *RECIEL*, 2005/3, p. 265 segs, 270), a norma cobre riscos desconhecidos. Já Alan BOYLE (**Globalising...**, *cit.*, p. 17), e Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine REDGWELL (**International Law...**, *cit.*, p. 221), entendem que estes não estão compreendidos.

37 Vejam-se as normas contidas: nos artigos 4º da *Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy* (1960), conforme alterações introduzidas pelos Protocolos adicionais de 1964 e de 1982, e II da *Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage* (1963) — ambas as convenções se encontram interligadas pelo Protocolo conjunto de 1988; no artigo III da *International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage* (1969).

Veja-se também o regime criado pelo *Protocol on Liability and Compensation for Damage Resulting from Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal* (1999) — em especial, o artigo 4; e o Anexo VI do *Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty - Liability Arising From Environmental Emergencies* (2005) — cfr. o 6º, nº 3.

incumprimento de dever de prevenção, que só é actuada se este dever tiver sido preterido; e não envolve responsabilidade primária do Estado pelo ressarcimento de danos físicos causados por actividades privadas perigosas desenvolvidas no seu território a pessoas ou património de Estados terceiros³⁸. BOYLE, no entanto, chama a atenção para que o *Draft principles 2006* deveria incluir uma norma sobre exaustão de meios internos pelos lesados como condição de efectivação da responsabilidade internacional³⁹. Num paralelo próximo, FOSTER entende que o *Draft principles 2006* deveria conter uma norma sobre litígios entre Estados, em caso de insuficiência do regime legal no Estado onde se situa a fonte de risco, quer a título directo, quer a título de representante dos seus nacionais lesados⁴⁰.

Cumprе realçar, na linha do pensamento de FOSTER, que a aplicação conjunta do *Draft articles 2001* e do *Draft principles 2006* é possível. Ou seja, caso a actividade não proibida seja privada, esteja identificada como potencialmente perigosa, seja passível de responsabilização objectiva do operador e cause danos transfronteiriços, a vítima pode desde logo accionar o operador em termos objectivos e, caso esta responsabilização seja insuficiente, poderá então accionar o Estado onde se situa a fonte de risco geradora do dano e imputar-lhe responsabilidade no mesmo plano, independentemente da observância dos deveres de vigilância a que estava obrigado⁴¹.

38 Nas palavras de Ulrich BEYERLIN e Thilo MARAUHN, **International Environmental Law**, Portland, 2011, p. 368, esta subsidiariedade é absolutamente intencional, tendo ficado claro ao longo dos trabalhos da Comissão que a responsabilidade, a ser objectiva, nunca poderia recair primariamente sobre os Estados. O único exemplo de responsabilidade internacional objectiva dos Estados é o da *Space Objects Liability Convention* (1972).

39 Alan BOYLE, **Globalising...**, *cit.*, p. 24-25. O autor entende que a via da responsabilidade inter-estados deve ficar reservada a casos de reparações em massa (como Bhopal) e/ou a casos em que os reclamantes sejam destituídos de meios pecuniários para accionar as vias judiciais.

40 Cfr. Caroline FOSTER, **The ILC Draft...**, *cit.*, p. 279.

41 Caroline FOSTER, **The ILC Draft...**, *cit.*, p. 269.



Uma dúvida que nos fica, uma vez admitida a aplicação conjunta – ou sucessiva – dos dois projectos, é a de saber se esta responsabilidade internacional, ainda que subsidiariamente objectiva, do Estado, cobre danos ambientais apenas no sentido clássico (pessoais e patrimoniais) ou se também abarca danos ecológicos em sentido estrito. A pergunta justifica-se porquanto o *Draft principles 2006* autonomiza o dano (significativo) ecológico dos danos (significativos) pessoais, morais e patrimoniais, e até diferencia entre custos de reparação (*reinstatement*) e custos de mitigação (*response*) relativamente ao primeiro. Veja-se o disposto no artigo 2:

For the purposes of the present draft principles:

(a) “damage” means significant damage caused to persons, property or the environment; and includes:

(i) loss of life or personal injury;

(ii) loss of, or damage to, property, including property which forms part of the cultural heritage;

(iii) loss or damage by impairment of the environment;

(iv) the costs of reasonable measures of reinstatement of the property, or environment, including natural resources;

(v) the costs of reasonable response measures;

(b) “environment” includes: natural resources, both abiotic and biotic, such as air, water, soil, fauna and flora and the interaction between the same factors; and the characteristic aspects of the landscape.

Voltar ao índice

Assumindo a aplicação subsidiária, a continuidade do regime deve ficar assegurada, ou seja, o âmbito de responsabilização do Estado há de ser idêntico ao do privado, sob pena de frustração dos objectivos dos documentos – ainda que, repita-se, seja apenas aplicável em caso de insuficiência do património do privado. Esta continuidade regulatória permite afirmar que se assiste a um tímido emergir da responsabilização internacional do Estado por dano ecológico – mas apenas na sequência da insuficiência do património de uma entidade privada, que responde objectivamente, apenas no âmbito de determinadas actividades.

Acresce que, apesar de o modelo de reparação ser ambicioso – uma vez que envolve custos de reintegração do estado dos bens ambientais (*ao statu quo ante* dano)⁴² e de mitigação do agravamento dos danos –, apela a um conceito indeterminado de *reasonable measures* (compreensível mas potencialmente perverso)⁴³, e não contempla uma restauração da *situação actual hipotética* dos bens⁴⁴. Finalmente, conforme realçam

42 Facto que pressupõe a possibilidade de aferição do *statu quo ante* do bem lesado, a fim de calcular a *medida da obrigação* de reparação, bem assim como a *calculabilidade do valor* do dano, sempre que a reparação tiver, por impossibilidade de restauração primária ou compensatória por equivalente ecossistémico, que se traduzir num montante pecuniário (e aqui acresce a questão: a entregar a quem?). Sobre algumas destas questões, veja-se Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth Mackenzie), **Principles...**, *cit.*, p. 715.

43 Vale à pena assinalar a definição de “medidas razoáveis”, insita no Anexo VI do *Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty - Liability Arising From Environmental Emergencies* (2005):

“(e) “Reasonable”, as applied to preventative measures and response action, means measures or actions which are appropriate, practicable, proportionate and based on the availability of objective criteria and information, including:

- (i) risks to the Antarctic environment, and the rate of its natural recovery;
- (ii) risks to human life and safety; and
- (iii) technological and economic feasibility”.

44 Cfr. Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine REDGWELL, **International Law...**, *cit.*, p. 228. Nem tão pouco menciona a reparação de perdas interinas ou, na impossibilidade de reparação *in natura*, a alternativa da reparação por equivalente ecossistémico.



SANDS e PEEL, deve-se assinalar a ausência de normas sobre prazos de propositura das acções de reparação⁴⁵.

Enfim, independentemente da valia, teórica e prática (mesmo sendo *soft law*) destes documentos, continuamos a enfrentar os problemas assinalados em **2.**, a que acresce um outro: o da impossibilidade de imputação, a Estados ou a entes privados, de danos infligidos a bens ambientais situados em zonas fora de jurisdição estatal.

4. A INEXISTÊNCIA DE UM PRINCÍPIO GERAL DE (PREVENÇÃO E) REPARAÇÃO DO DANO ECOLÓGICO EM ZONAS FORA DE JURISDIÇÃO

Em espaços subtraídos a jurisdição estatal – pensamos, sobretudo, em zonas de alto mar, mas não é de descartar a possibilidade de considerar também hipóteses de danos em espaço extra-atmosférico como, por exemplo, nuvens tóxicas –, a questão da reparação do dano ecológico é especialmente complexa. Isso porque, para além dos problemas, já analisados, relacionados com a inexistência de jurisdição obrigatória, com a não previsão de legitimidade alargada a actores altruístas, com a incerteza sobre o alcance da obrigação de reparação material do dano a componentes ambientais em sentido estrito, com a indefinição do âmbito da expressão “dano ecológico” fora de contextos convencionais específicos, entre outros, temos aqui que enfrentar a ausência de quaisquer normas sobre a obrigação de reparação de danos ecológicos aplicáveis a estas áreas.

Com efeito, realce-se que mesmo considerando o teor das alíneas a) iv), e b), do artigo 2 do *Draft 2006* (*supra* transcrito) – em muito semelhantes, de resto, a normas constantes de convenções sobre poluição

⁴⁵ Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), **Principles...**, *cit.*, p. 706.

marinha⁴⁶, ou da malograda Convenção de Lugano (1993)⁴⁷ –, não resulta daí, nem um regime de reparação do dano ecológico propriamente dito, nem um princípio geral aplicável a zonas fora de jurisdição⁴⁸. Cumpre averiguar, todavia, se esta afirmação vale para uma zona fora de jurisdição estatal que se encontra, ao abrigo da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar, submetida a gestão internacional: a Área.

4.1. Danos ao ambiente ocorridos na Área e o parecer do Tribunal Internacional para o Direito do Mar no caso 17

Com a Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar, nasceu uma zona marinha que, encontrando-se subtraída a qualquer poder de

46 Recorde-se que, ao abrigo das Convenções de Bruxelas, de 1969 e 1971, sobre danos decorrentes de poluição marinha, em pelo menos três casos já se reconheceu a sua cobertura de danos ecológicos no ambiente marinho. Foram os casos dos naufrágios dos petroleiros: *Patmos* (1985), na costa italiana; *Haven* (1991), nas costas italiana e francesa; e *Erika* (1999), na costa francesa da Bretanha. Este último caso é especialmente interessante na medida em que, já após uma primeira ronda de indemnizações atribuídas pelo Fundo de Compensação, um tribunal francês aceitou uma acção penal contra o mestre do *Erika*, o dono do navio e alguns outros sujeitos. Nessa acção constituíram-se assistentes dezenas de entidades, desde municípios costeiros a pescadores, passando por organizações não governamentais de defesa do ambiente e até sujeitos privados, e nessa acção foram considerados procedentes pedidos de reparação relativamente a bens não avaliáveis em termos de mercado, bem assim como danos morais como perda de fruição de qualidades dos bens ambientais marinhos, danos à imagem dos municípios costeiros e danos por lesão de bens culturais naturais (a paisagem da Bretanha) – cfr. Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), **Principles...**, *cit.*, p. 748-755, e José JUSTE RUIZ, **Freedom of navigation and responsibility for damage to the marine environment**, in *30 Anos da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar*, coord. de Marta Chantal Ribeiro, Coimbra, 2012, p. 85 segs, 99 segs.

47 Extensamente sobre o regime da Convenção de Lugano, celebrada no âmbito do Conselho da Europa – que não está em vigor e que é duvidoso que venha a estar –, Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), **Principles...**, *cit.*, p. 766-770.

48 Embora esse princípio surja em vários documentos não vinculativos emanados de instituições tão respeitáveis como o *Institut de Droit International*, a *World Commission for Economic Development* ou o *United Nations Program for the Environment* – cfr. Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), **Principles...**, *cit.*, p. 704.



jurisdição estatal, passou a estar submetida a “jurisdição” internacional, isto é, à gestão de uma Autoridade Internacional para os Fundos Marinhos criada pela Convenção⁴⁹. Descartada aqui a questão de saber se alguns Estados da comunidade internacional (muitos, mas não todos⁵⁰) estão legitimados a investir os fundos marinhos para além das zonas económicas exclusivas nacionais num estatuto de área comum cuja utilização (leia-se: acesso e exploração) carece de autorização de uma Autoridade Internacional, que garante o seu aproveitamento a favor da Humanidade; o que nos interessa, nestas linhas, é averiguar se a constituição desta zona especial envolve algum tipo de deveres de protecção do ambiente – tendo sobretudo em mente a preocupação revelada pela Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar sobre o tema (cfr. o artigo 192).

Nos termos do artigo 153 da Convenção, a Autoridade gere os recursos abióticos presentes nos fundos marinhos – mas não a flora nem muito menos a fauna piscícola cujos habitats aí se situam, no solo e na coluna de água. Não é crível, no entanto, que a Autoridade se encontre desligada dos deveres de prevenção de impactos ambientais que as actividades que autoriza possam causar, tendo em mente a obrigação geral decorrente do artigo 192 da Convenção. Tal interpretação constituiria uma leitura inconsistente do sistema que a Convenção pretendeu criar, no plano da protecção ambiental do meio marinho.

O Regulamento sobre prospecção e exploração de nódulos polimetálicos na Área (*Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area*), adoptado, em 2000, pela Assembleia da Autoridade,

49 Extensamente sobre o regime da Área, veja-se Fernando LOUREIRO BASTOS, **A internacionalização dos recursos naturais marinhos**, Lisboa, 2005, p. 449 segs

50 Os Estados partes da Convenção são actualmente 168 $\frac{3}{4}$ cfr. <https://www.itlos.org/the-tribunal/states-parties>

desenvolve o princípio, estabelecido no artigo 22 do Anexo III à Convenção, que fixa a responsabilidade do operador privado autorizado a explorar os recursos da Área “for the actual amount of any damage arising out of wrongful acts in the conduct of its operations”. O artigo 16, nº 5, deste Regulamento exige que o operador contrate seguros adequados e suficientes que permitam cobrir os prejuízos causados. O dano para o ambiente marinho é objecto de menção no artigo 1º, nº 3/c) e f), alíneas que conjugadamente exigem que este dano constitua uma alteração séria, adversa e significativa para a “produtividade, estado, condição e qualidade do ambiente marinho”⁵¹.

Perante estas normas, remanescem, todavia, dúvidas sobre a responsabilidade por dano ambiental, nomeadamente sobre: i) se a Autoridade tem o dever de prevenir danos a *todos* os bens ambientais presentes nos fundos marinhos sob sua gestão decorrentes de actividades económicas levadas a cabo na Área; ii) se os Estados e empresas que aí desenvolvem actividades respondem, e a que título.

O Tribunal Internacional para o Direito do Mar foi consultado pelo Nauru, em 2010, sobre a eventual responsabilidade dos Estados por actividades desenvolvidas na Área por empresas por si patrocinadas (*sponsored*). A resposta foi dada pela Câmara para a Resolução de Litígios da Área, em parecer datado de 1º de fevereiro de 2011. Cumpre advertir que as questões colocadas ao Tribunal foram três, mais precisamente:

1ª pergunta: Quais são as responsabilidades e obrigações do Estados-Partes da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar quando exploram actividades mineiras na Área?

51 Louise Angélique DE LA FAYETTE, **International liability...**, *cit.*, p. 347, chama a atenção para que o Regulamento não aborda a questão dos critérios de reparação do estado dos componentes ambientais, a qual, apesar de se afigurar complexa, pelo menos poderia ter sido prevista “wherever possible”.



2ª pergunta: Qual é a extensão de responsabilidade do Estado contratante caso a empresa que patrocina viole obrigações de *due diligence*?

3ª pergunta: Quais são as medidas necessárias e apropriadas que incumbem ao Estado a fim de prevenir a eclosão de danos decorrentes da exploração dos recursos abióticos da Área por empresas por si patrocinadas?

À primeira questão, o Tribunal respondeu que o Estado que firma o contrato com a empresa assume uma posição de garante — “obligation to ensure” — da conformidade da actuação da empresa com os termos do contrato. Essa obrigação de garante deve traduzir-se nas cláusulas do contrato, por meio das quais o Estado exige da empresa a adopção das melhores tecnologias de modo a evitar potenciais riscos para o ambiente marinho, bem assim como impõe a constituição de garantias financeiras que permitam fornecer compensação pronta e efectiva em caso de poluição marinha.

Sobre a segunda questão, o Tribunal considerou que recai sobre os Estados uma obrigação *in vigilando*. Por outras palavras, não se trata de responsabilidade objectiva mas antes de uma responsabilidade subsidiária que se acciona no caso de se provar que o Estado não adoptou todas as medidas necessárias e suficientes para evitar o dano — nomeadamente, não conduziu a prévia avaliação ambiental do projecto.

No que toca à terceira questão, o Tribunal entendeu que as medidas a exigir do Estado “comitente” devem ser idênticas às que seriam exigíveis à Autoridade caso esta entidade levasse a cabo, por sua conta, a actividade de exploração.

Dessas respostas resultam algumas conclusões relevantes, como sejam que: i) existem deveres de prevenção de danos ambientais e responsabilidade por incumprimento desses deveres, claramente afirmada

quanto a empresas e Estados “comitentes”, e colateralmente atribuível à Autoridade, uma vez que o Tribunal reconheceu um dever de controlo prévio do Estado sobre as garantias, técnicas e financeiras, de boa execução ambiental do projecto, idêntico ao que recairia sobre a Autoridade caso esta levasse a cabo, directamente, a exploração (além de que estes deveres de controlo prévio estão estabelecidos no Regulamento *supra* referido – cfr. o artigo 21); ii) a não realização de avaliação de impacto ambiental do projecto submetido pela empresa é condição de responsabilização internacional (subsidiária) do Estado por dano ambiental decorrente da actividade de exploração – o Tribunal invocou expressamente a decisão *Pulp Mills on the river Uruguay* prolatada pelo Tribunal Internacional de Justiça no ano anterior.

Ficam-nos, no entanto, dúvidas sobre a posição do Tribunal quanto à responsabilização – subsidiária? solidária? –, da Autoridade, quando não explora directamente os recursos abióticos, por danos decorrentes da execução de um projecto por si aprovado sem que reunisse os requisitos de conformidade dos deveres de prevenção aplicáveis. Note-se que esse dever decorre, em geral, do seu estatuto de gestora da Área e pode-se discutir se tem assento, em especial, do artigo 21, nº 6, do Regulamento *supra* referido, que atribui à Comissão Técnica e Legal da Autoridade a competência de não aprovação de um plano submetido por um Estado sempre que se trate, nos termos da alínea c), de um projecto a desenvolver numa zona “...disapproved for exploitation by the Council in cases where substantial evidence indicates the risk of serious harm to the marine environment”.

Tanto no Regulamento supracitado, como no iter argumentativo deste parecer, reconhece-se a autonomia do dano ecológico – na linha do *Draft principles 2006*. Porém, em nenhum dos dois se esclarece nem sobre o nível de recuperação dos bens ambientais nem sobre os critérios



de reparação⁵². Sobretudo, desde logo porque fora do âmbito da consulta (e fora do âmbito expresso dos poderes/deveres da Autoridade à luz da Convenção), nada se diz quanto à extensão dos deveres de prevenção e reparação de danos ao ambiente marinho a cargo da Autoridade relativamente a actividades outras que não as de exploração dos recursos minerais dos fundos marinhos – nomeadamente, actividades piscatórias, actividades de investigação científica, transporte de resíduos perigosos.

Assim, e por um lado, no tocante a bens ambientais não integrados nos fundos marinhos e, por outro, relativamente a bens ambientais sujeitos à jurisdição da Autoridade, mas lesados por actividades diversas das conexas com a exploração mineira dos fundos marinhos, continuamos a ter uma lacuna normativa quanto a um dever de prevenção e concomitante responsabilização do Estado e de privados por danos ecológicos.

5. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR DANO ECOLÓGICO: QUESTÕES DIFÍCEIS (OU IMPOSSÍVEIS?)

Depois deste breve périplo, confirma-se a primeira impressão que deixámos no início deste texto, parafraseando KOIVUROVA: há ainda um longo caminho a percorrer no tocante à construção de um regime universal de responsabilidade internacional por dano ecológico, quer no plano da responsabilização do Estado, directamente ou por omissão de deveres de diligência preventiva, quer no plano da responsabilização de operadores privados⁵³.

52 No mesmo sentido, Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), **Principles...**, *cit.*, p. 708.

53 Conclusão confirmada por Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), **Principles...**, *cit.*, p. 704: “In the environmental field, no single instrument sets forth the generally applicable international rules governing responsibility and liability”.

O modelo da directiva europeia 35/2004⁵⁴, a que já se aludiu, constitui um exemplo a seguir, mesmo que imperfeito – por só prever responsabilização em caso de actividades económicas (excluindo as de lazer e outras); por assentar numa noção algo restrita de dano ecológico (excluindo danos ao ar, ao solo e subsolo); por deixar demasiado solta a opção da responsabilidade objectiva; por não prever a restauração da situação actual hipotética dos bens lesados; entre outros défices. Porém, como já se observou, este regime só vale para entidades a operar no espaço territorial da União Europeia e para danos verificados em território da União Europeia. Recorde-se que a directiva assenta numa perspectiva pura de dano ecológico e prevê critérios de reparação do dano os quais, embora não apontem para a reposição da situação actual hipotética, contemplam medidas de reparação primária, interina e de compensação por equivalente, que podem ser implementadas cumulativamente face a um mesmo dano.

Um outro modelo, no plano dos contributos institucionais, encontra-se na Resolução do *Institut de Droit International* adoptada, no seio da oitava comissão, na sessão de Estrasburgo, de 1997, cujo relator foi Francisco Orrego Vicuña, intitulada *La responsabilité en droit international en cas de dommages causés à l'environnement*⁵⁵. De entre outros pontos com interesse, realçam-se:

54 Vejam-se, sobre o regime da directiva, Carole HERMON, **La réparation du dommage écologique. Les perspectives ouvertes par la directive du 21 avril 2004**, in *AJDA*, 2004/33, p. 1792 segs; e os textos reunidos na obra colectiva **La responsabilité environnementale. Transposition de la directive 2004/35 et implications en droit interne**, coord. de Delphine Misonne e Benôit Jadot, Louvaine-la-Neuve, 2009.

55 Disponível em http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1997_str_03_en.PDF.
Veja-se também, do mesmo ano, a Resolução sobre **Procedures for the Adoption and Implementation of Rules in the Field of Environment**, cujo relator foi Felipe Paolillo (disponível em http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1997_str_04_en.PDF).



- a sua aplicação quer a espaços sob jurisdição estatal, quer a espaços fora de qualquer jurisdição (cfr. o considerando inicial 4º);
- a exortação à formulação de normas de *due diligence* que se pautem em *standards* objectivos, os quais traduzam uma ideia de actuação do Estado de acordo com as regras da *good governance* (artigo 3);
- a responsabilização primária dos operadores privados, a título objectivo mas sujeita a limites e com causas de exoneração, a qual não prejudica, no entanto, a responsabilidade internacional do Estado caso este não preveja a responsabilidade objectiva por actividades perigosas para o ambiente no seu direito interno (artigos 5, 6, 9);
- a previsão da constituição de Fundos de Reparação especiais a accionar quando o dano tenha causa desconhecida ou quando o valor das medidas a implementar ultrapasse os tectos indenizatórios impostos pela responsabilidade objectiva – podendo, neste último caso, chamar-se os operadores de determinados sectores a contribuir para a constituição de tais fundos (artigo 12);
- a adopção de um conceito amplo de medidas de reparação, que abranja desde a cessação de actividade à reparação *in natura*, à reparação pecuniária e à satisfação (artigo 24);
- a compensação de qualquer dano ecológico, mesmo que irreparável ou inquantificável (do prisma estritamente económico). Vale a pena aqui transcrever o § 2º do artigo 25:

[Voltar ao índice](#)

Lorsque des dommages sont irréparables en raison de conditions physiques, techniques ou économiques déterminées, il convient de recourir à d'autres critères pour les évaluer. La dégradation de l'usage des biens, de la qualité esthétique et d'autres valeurs non liées à l'usage, les lignes directrices nationales ou internationales existantes, l'équité inter-générationnelle et une évaluation équitable dans son ensemble devraient être considérées comme des critères subsidiaires pour la fixation des indemnités.

- O estabelecimento de normas amplas de legitimidade, que permitam a actores altruístas reclamar a reparação dos danos, independentemente da prova de interesse directo (artigo 27);
- A criação de uma entidade internacional, um Alto Comissário para o Ambiente, que tenha por missão monitorizar as operações de reparação de dano ecológico em áreas fora de jurisdição, bem assim como a afectação de eventuais quantias recebidas a título de compensação de danos irreparáveis à recuperação de outras áreas onde tenham eclodido danos ecológicos cujas causas sejam desconhecidas (artigo 28).

Nenhum desses modelos, todavia, adapta-se à resolução do grande desafio ambiental do século XXI: as alterações climáticas. Esta magna questão traz consigo, desde a Conferência do Rio de Janeiro, de 1992, o problema da “cobrança” da “dívida histórica” dos Estados do hemisfério Sul aos Estados do hemisfério Norte. Recorde-se que, em Declaração



anexa à Convenção-Quadro sobre a luta contra as alterações climáticas e ao Protocolo de Quioto, quatro Estados do Sul do Pacífico (Fiji, Kiribati, Nauru e Tuvalu) afirmaram não abdicar do seu direito a exigir responsabilidade pela conduta negligente dos Estados do hemisfério Norte no tocante à emissão desregrada de dióxido de carbono para a atmosfera⁵⁶.

O facto de a industrialização do Norte ter provocado o aquecimento do Planeta, pondo em risco o equilíbrio do sistema climático mundial ao gerar cada vez mais fenómenos extremos e, em certos casos, condenando mesmo ao desaparecimento, a breve trecho, Estados insulares – e afectando, sobretudo, o hemisfério Sul –, já teve repercussões judiciais no sentido da tentativa de responsabilização de Estados como os EUA, tanto por acção – os EUA são os segundos maiores emissores de CO₂ do Planeta, a seguir à China –, como por omissão – recusaram assinar o Protocolo de Quioto e continuam sem ratificar o Acordo de Paris.

É nessa linha que se compreendem acções como a apresentada pela vila de Kivalina, no Círculo Ártico, que está a desaparecer e que processou, em 2012, companhias petrolíferas americanas num tribunal da Califórnia, pedindo o ressarcimento dos danos causados no plano da degradação ambiental e das condições de vida da sua população⁵⁷. Ou como a ameaça do Tuvalu, em 2002, de que iria accionar a Austrália no Tribunal Internacional de Justiça, a fim de garantir asilo para a sua população, ameaçada no seu espaço vital em razão da subida do nível das águas. Ou ainda, num plano para-judicial, a queixa apresentada pelo povo Inuit à

56 “Understanding that signature of the convention shall in no way constitute a renunciation of any rights under international law concerning state responsibility for the adverse effects of climate change and that no provisions in the convention can be interpreted as derogating from the principles of general international law.”

57 O tribunal desatendeu a pretensão alegando constituir esta um “political issue”, arredado do seu âmbito de competência. O caso subiu ao *Supreme Court*, mas sem sucesso.

Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, em 2005-2006, exigindo a tomada de medidas pelos EUA no sentido de travar a degradação irreversível das condições de vida no seu território, nomeadamente, pela ratificação do Protocolo de Kioto⁵⁸.

Nenhuma dessas iniciativas logrou alcançar mais do que repercussão mediática. Isso porque o instituto da responsabilidade civil se mostra inábil para lidar com essas pretensões⁵⁹, em razão do carácter difuso das emissões, da retroactividade da imputação, da dificuldade de estabelecer nexos de causalidade, da variabilidade das projecções dos climatólogos. A essas dificuldades acresce, como aponta VOIGT, a inexistência de consenso sobre uma norma primária vinculativa sobre *due diligence*, no tocante à obrigação de prevenção do aumento do nível da temperatura no Planeta⁶⁰.

58 Segundo Meredith WILENSKY (**Climate change in the courts: an assessment of Non-U.S. climate litigation**, Columbia Law School, 2015, p. i. – disponível em <http://delplf.law.duke.edu/article/climate-change-in-the-courts-wilensky-vol26-iss1/>), os EUA são o Estado do mundo no qual mais litígios se registam sobre alterações climáticas. Só em 2013 foram decididos 420 casos, enquanto em todo o resto do mundo se contam 173. Enquanto nos EUA há acções propostas com vista à efectivação de responsabilidade civil por omissão de medidas de minimização de emissões, no resto do mundo essas acções não foram identificadas (*idem, idem*, p. v).

59 Em sentido contrário, defendendo, em teoria, a adequação do instituto da responsabilidade civil para enquadrar pretensões envolvendo o incumprimento de obrigações relacionadas com a redução de emissões de gases com efeito de estufa, Michael G. FAURÉ e André NOLLKAEMPER, **International Liability as an Instrument to Prevent and to Compensate for Climate Change**, in *the Stanford Environmental Law Journal*, 2007, p. 123 segs. Os Autores reconhecem, no entanto, que “Climate change litigation – and more particularly, liability suits – are not the panacea that will bring about a miraculous solution to the enormous problems that the world faces as a result of global warming. Undoubtedly, regulatory solutions and economic instruments like emissions trading will play a far more important role in reducing GHG emissions than liability suits ever will” (p. 178).

60 Christine Voigt, **State Responsibility for Climate Change Damages**, in *Nordic Journal of International Law*, vol 77, 2008, p. 1 segs, esp. p. 7 e 15 (ainda que entenda ser possível retirar uma proibição de aumento de emissões para além do nível fixado no Protocolo de Kioto, a partir do momento em que ele entrou em vigor e relativamente aos Estados partes, tempera depois esta afirmação com a constatação de que a lógica das responsabilidades comuns, mas diferenciadas entorpece a afirmação de uma obrigação precisa).



Já uma solução como a do *Green Fund for Climate Change*, criado em 2009 (na COP de Copenhaga), parece revelar-se mais adequada. Está em causa a mobilização de 100 biliões de dólares até 2020, para afectar a acções de adaptação a implementar em Estados em desenvolvimento, de forma a torná-los mais resilientes em face das alterações climáticas. Porém, a verba estimada é astronómica e é altamente incerto que consiga ser reunida. Além de que é duvidoso que possa resolver um problema da magnitude que se apresenta, correndo o risco de se revelar apenas um retardador desculpante de medidas mais drásticas no sentido do controlo das emissões de gases com efeito de estufa.

Como certamente observou Rosalyn HIGGINS, presidente do Tribunal Internacional de Justiça, “If what is required for something to fall within the law of State responsibility is an internationally wrongful act, then what is internationally wrongful is allowing ... the harm to occur”⁶¹. Tal asserção deve ser especialmente repudiada num domínio como a protecção do ambiente. Acrescem as incertezas e debilidades do instituto da responsabilidade civil internacional do Estado assinaladas, que fazem com que a doutrina acentue cada vez mais a necessidade de robustecer os instrumentos preventivos — e é essa a via que tem sido adoptada em vários tratados sectoriais. Na antecipação de danos geralmente irreversíveis vale sempre mais prevenir do que remediar — prevenir cooperativamente, pois os problemas são globais⁶²; prevenir com base em *standards* uniformes e fixados com recurso à melhor tecnologia disponível; e pre-

61 Rosalyn HIGGINS, **Problems and process: International Law and how we use it**, Oxford, 1994, reimp. de 2003, p. 165.

62 Sobre a ideia de cooperação preventiva, veja-se o nosso **A gestão do risco de catástrofe natural - Uma introdução na perspectiva do Direito Internacional**, Capítulo I da obra colectiva *Direito(s) das catástrofes naturais*, coord. de Carla Amado Gomes, Coimbra, 2012, p. 15 segs, esp. 29 segs (o texto encontra-se disponível online aqui: http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/catastrofes_naturais.pdf).

venir sistemática e documentadamente, com submissão periódica dos dados a comissões de verificação independentes⁶³.

Recorde-se, aliás, que porventura a vertente mais interessante, do ponto de vista estritamente ambiental, do caso *Trail Smelter*, foi a injunção judicial no sentido da gestão do risco futuro de repetição do dano que passou a recair sobre a fundição *Trail*, por meio da implementação de um sistema de monitorização⁶⁴. Em razão da dimensão económica das actividades poluentes, é pouco crível que os tribunais ordenem o seu encerramento, preferindo, num esquema de balanceamento de interesses, sujeitá-las a, para futuro, exercer um controlo mais eficaz no que tange à salvaguarda da qualidade do ambiente em que se inserem.

Claro que dispensar o instituto da responsabilidade é impensável – quer porque isso significaria degradar a protecção ambiental e regredir no importante percurso já percorrido, quer porque poderia significar premiar os infractores⁶⁵. Porém, reduzir as hipóteses do recurso a ele, antecipando a eclosão de danos por forma a evitá-los, é certamente o melhor caminho⁶⁶. Sobretudo no âmbito dos espaços fora de jurisdição, nos quais a responsabilidade internacional do Estado por dano ecológico continua a ser, e apesar de alguns esforços em contrário, um objectivo a atingir.

63 Cfr. Jorge VIÑUALES, **Managing abundance by standards for the protection of the environment**, in *Realizing Utopia: the future of International Law*, coord. de Antonio Cassese, Oxford, 2012, p. 326 segs, *passim*.

64 Nesse sentido, Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine REDGWELL, **International Law...**, *cit.*, p. 227.

65 Embora se deva admitir que, no âmbito dos espaços submetidos a jurisdição, a responsabilidade internacional do Estado por dano, ambiental ou ecológico, será sempre uma via residual, em razão da subsidiariedade realçada no texto. No mesmo sentido, Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine REDGWELL, **International Law...**, *cit.*, p. 223.

66 Como observam Patricia BIRNIE, Alan BOYLE e Catherine REDGWELL (**International Law...**, *cit.*, p. 237), “Like tort law, [state responsibility] complements, but does not displace, the need for a system of regulatory supervision”.



E SE O RIO DOCE FICASSE NA EUROPA? ANÁLISE DO DESASTRE DE MARIANA À LUZ DO DIREITO EUROPEU DA RESPONSABILIDADE POR DANOS AMBIENTAIS¹

WHAT IF RIO DOCE WERE IN EUROPE? THE MARIANA DISASTER UNDER EU ENVIRONMENTAL LIABILITY LAW

TIAGO ANTUNES

Resumo

Procede-se à análise do desastre de Mariana à luz do Direito Europeu do Ambiente, procurando discernir qual o tratamento jurídico que aquela catástrofe ecológica mereceria caso a mesma tivesse ocorrido na

¹ O presente texto corresponde à versão escrita da palestra que proferimos no VIII Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, que teve lugar nos dias 6 e 7 de junho de 2016, em Palmas, Tocantins, Brasil.

Por esse motivo, o texto encontra-se redigido num tom tendencialmente oralizante, estando praticamente desprovido de referências bibliográficas e notas de rodapé.

Um sentido agradecimento é devido ao desembargador Marco Villas Boas, prestimoso anfitrião do evento, e à professora Bleine Queiróz Caúla, incansável organizadora dos referidos Diálogos.

[Voltar ao índice](#)

Europa. Para o efeito, percorrem-se diversos institutos jus-ambientais do Direito da União Europeia, com especial destaque para os regimes da avaliação de impacte ambiental, da gestão de resíduos da indústria extrativa e da responsabilidade por danos ao ambiente.

Palavras-chave: Rio Doce; Direito Europeu do Ambiente; avaliação de impacte ambiental; gestão de resíduos da indústria extrativa; responsabilidade por danos ambientais.

Abstract

In this paper we approach the Mariana disaster from an EU Environmental Law perspective, with the aim of determining which legal consequences it would have triggered had it happened in Europe. For this purpose, we analyse several environmental regimes of EU Law, with a particular focus on three directives regarding environmental impact assessment, management of waste from extractive industries and environmental liability.

Keyword: Rio Doce; EU Environmental Law; environmental impact assessment; extractive industry waste management; environmental liability

INTRODUÇÃO

A tragédia de Mariana – causada pelo rompimento de uma barragem de contenção de resíduos da atividade mineira, que resultou numa gigantesca enxurrada de lamas contaminadas, poluindo uma extensa área



ao longo do curso do Rio Doce, nos estados de Minas Gerais e Espírito Santo – ficará para a história como uma das maiores catástrofes ambientais ocorridas no Brasil. Tal como outras grandes calamidades ecológicas – que, para além de despertarem consciências, precipitaram reações e, nalguns casos, suscitaram mesmo importantes avanços legislativos no âmbito da regulação de certas atividades perigosas para o ambiente e da prevenção do fenómeno poluente –, também a torrente de metais pesados que bruscamemente invadiu o Rio Doce deixou um rasto de destruição ao qual a comunidade jusambientalista não pode ficar alheia.

Este texto visa, muito modestamente, responder a esse imperativo. Trata-se, pois, de não ficar indiferente ao flagelo de Mariana, antes colocá-lo no centro do debate, tomá-lo como objeto de estudo e analisar as suas diversas implicações legais. Não temos a pretensão, contudo, de resolver todos os difíceis e intrincados problemas jurídicos que a gigantesca descarga de lamas contaminadas no Rio Doce suscitou. Tampouco supomos conhecer ou vir a encontrar um modelo jurídico perfeito para lidar com esse tipo de catástrofe de grandes dimensões.

De resto, como não somos especialistas em Direito Brasileiro, optamos antes por analisar o fenómeno em apreço à luz do Direito Europeu do Ambiente. De facto, não faria sentido tratarmos da poluição do Rio Doce à luz do ordenamento jurídico brasileiro, quando há tantos autores bem mais conhecedores da realidade e mais bem versados que nós para o efeito. Onde o nosso contributo pode trazer alguma mais-valia é no âmbito do Direito Comparado, visando abrir novas perspetivas de análise ou lançar pistas para modelos alternativos de prevenção e responsabilização por danos ambientais, *maxime* de proporções catastróficas. Donde o que se segue é um exercício de *faz-de-conta*, que visa analisar um desastre ecológico como o de Mariana partindo do pressuposto –

[Voltar ao índice](#)

hipotético, naturalmente – de que os factos ocorreram no território da União Europeia. Não obstante o carácter ficcional desse exercício, cremos que este poderá revelar-se útil, ajudando a descobrir novas e diferentes soluções normativas, quiçá transponíveis com vantagem para o universo jurídico brasileiro.

1. FACTUALIDADE

Antes de procedermos ao enquadramento jurídico-normativo de um desastre ecológico como o que sucedeu em Mariana, particularmente no plano da responsabilidade por danos ambientais, importa descrever muito brevemente a factualidade subjacente, desde as origens do incidente e seu desenvolvimento até às respectivas consequências.

Em termos sucintos, o facto que deu origem à tragédia ocorreu no dia 5 de novembro de 2015, nas instalações da mineradora *Samarco* (controlada pela brasileira *Vale* e pela anglo-australiana *BHP Billiton*), que operava no Subdistrito de Bento Rodrigues, no município de Mariana, no estado de Minas Gerais (MG). O facto em si consistiu no rompimento de uma bacia de contenção – a Barragem de Fundão – onde se encontravam depositadas largas toneladas de resíduos da atividade mineira (*rejeitados*) juntamente com um elevado volume de água poluída.

Não se sabe, ao certo, o que motivou o referido rompimento, sendo aventadas diferentes hipóteses explicativas ou potenciais causas (naturais e/ou humanas). O que se sabe, sem sombra de dúvidas, é que esse rompimento provocou uma monumental enxurrada de cerca de 60 milhões de m³ (o equivalente a 25.000 piscinas olímpicas) de lama contaminada com óxido de ferro e outros metais pesados.



Essa torrente de lama galgou campos e construções até atingir o Rio Gualaxo, que desagua no Rio Carmo, que por sua vez desagua no Rio Doce, o qual vem desaguar no Oceano Atlântico já no Estado de Espírito Santo (ES). Foi este, portanto, o trajeto dos resíduos de minério provenientes da *Samarco*, que percorreram 880km até alcançar o mar, deixando atrás de si um rasto de destruição.

Quanto aos danos provocados, estes foram de variada tipologia e ordem de grandeza. Numa breve síntese, importa recensear a morte de dezoito pessoas e o desaparecimento de outras duas, danos às comunidades atingidas (tais como a destruição de casas, a danificação de infraestruturas e equipamentos sociais, a falta de abastecimento de água potável, ou a inviabilização de certos meios de subsistência das populações, como a agricultura ou a pesca) e danos ao ambiente propriamente dito (tais como a morte de peixes e outros organismos aquáticos, o assoreamento e desvio de cursos naturais de água, a poluição das águas interiores, subterrâneas e marítimas, ou a destruição de ecossistemas e *habitats*, particularmente em virtude da impermeabilização, pavimentação e fertilização (por via da alteração do ph) do solo, chegando a afetar algumas áreas de preservação permanente existentes na região).

2. ENQUADRAMENTO JUS-EUROPEU

Procurando subsumir a factualidade descrita no universo jus-ambiental europeu, logo se constata que são diversos os complexos normativos necessariamente implicados ou potencialmente mobilizáveis pela catástrofe em apreço.

Assim, a título prévio, a instalação em causa careceria obrigatoriamente de uma avaliação de impacte ambiental. Para além desta avaliação, o

respetivo operador deveria sujeitar-se ainda a um procedimento de licenciamento ambiental (que, *in casu*, não obedeceria ao regime-regra da “Prevenção e Controlo Integrados da Poluição”², mas a um regime especial quanto à gestão de resíduos da indústria extrativa, que analisaremos *infra*).

Dependendo do tipo de substâncias manipuladas no local, a instalação em causa poderia ainda ficar sujeita a um conjunto de exigências – constantes do chamado regime SEVESO – destinadas a prevenir a ocorrência de acidentes graves. E, havendo descargas poluentes para cursos de água, relevaria a Diretiva-Quadro da Água e respetivas disposições complementares.

Quanto aos danos provocados, seria aplicável o regime da prevenção e reparação de danos ambientais (por remissão expressa, aliás, do regime especial quanto à gestão de resíduos da indústria extrativa, como veremos *infra*). E, a apurar-se algum motivo de censura criminal, haveria que levar em conta a diretiva europeia relativa à proteção do ambiente pelo direito penal.

Em todo o caso, importa frisar que, mais do que em qualquer dos regimes mencionados, o caso *sub judicio* encontraria a sua regulamentação jurídica num diploma jus-europeu específico quanto à gestão dos resíduos da indústria extrativa: a Diretiva 2006/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006. Aí são tratados diversos aspectos atinentes à exploração mineira e, concretamente, à produção, acumulação e eliminação de rejeitados, incluindo a possível ocorrência de acidentes graves. Assim, não obstante a pertinência dos vários regimes mencionados para o enquadramento jus-europeu de uma catástrofe como a de Mariana,

2 Integrado, atualmente, na Diretiva 2010/75/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, relativa às emissões industriais.



havendo um diploma próprio sobre a atividade em questão, é naturalmente este que sobreleva e que constituirá o cerne da nossa análise.

Em seguida, iremos percorrer diferentes vetores da normação jus-ambiental, procurando aplicá-los ao caso concreto, começando pela avaliação de impacto ambiental, prosseguindo com as diversas matérias reguladas na Diretiva 2006/21/CE e culminando na temática da responsabilidade por danos ambientais.

3. AVALIAÇÃO DE IMPACTE AMBIENTAL

No ordenamento jurídico europeu, o instituto da avaliação de impacto ambiental encontra-se regulado, hoje em dia, pela Diretiva 2011/92/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011³. De acordo com o artigo 4º deste diploma, todos os projetos listados no respetivo Anexo I e, dependendo de determinados critérios (aferidos caso a caso ou mediante limiares abstratos), os projetos listados no respetivo Anexo II devem ser objeto de um procedimento de avaliação de impacto ambiental.

Ora, compulsando o Anexo II, lá encontramos, no ponto 11., alíneas b) e d), referência a instalações de eliminação de resíduos e a locais para depósito de lamas. Pelo que, desde que tais infraestruturas sejam suscetíveis de ter efeitos significativos sobre o ambiente, à luz dos critérios definidos no Anexo III, ficam obrigatoriamente sujeitas a uma avaliação administrativa prévia, com base num estudo de impacto ambiental. Seria o caso, indiscutivelmente, da bacia de contenção de

³ Entretanto modificada pela Diretiva 2014/52/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014.

rejeitados da atividade mineira que colapsou em Mariana, originando uma mortífera enxurrada de lamas contaminadas.

4. DIRETIVA 2006/21/CE

Como dissemos *supra*, as implicações ambientais da atividade econômica em causa – a gestão de resíduos da indústria extrativa – constituem objeto de um diploma próprio. O legislador europeu considerou que as especificidades deste setor eram tais ou que a sua perigosidade era de tal ordem que se justificava a aprovação de um regime jurídico autónomo e especial.

Este é, indiscutivelmente, um dado de particular relevância. É que o Direito Europeu do Ambiente caracteriza-se por um tratamento eminentemente horizontal (ou transversal) das questões ambientais, mediante regimes de ordem geral aplicáveis a um largo espectro de instalações (potencialmente) poluentes⁴. Pois aqui temos, ao invés, um regime jurídico vertical, que define, de forma tendencialmente exaustiva, o direito aplicável a um tipo específico de instalações.

É certo que, sobretudo no universo dos resíduos, vigoram múltiplos regimes especiais, com âmbitos de aplicações restritos ou setorialmente delimitados. Mas normalmente concretizam um regime de âmbito geral, focando-se em determinado aspecto, como o licenciamento ou a governação do sistema de recolha e tratamento de certos resíduos. A Direti-

4 De que o expoente máximo é o regime PCIP – Prevenção e Controlo Integrados da Poluição –, que procede, como o próprio nome indica, a uma abordagem *integrada*, e não parcelar ou setorial, das várias manifestações poluentes (para os vários meios: ar, água, solo, resíduos, ruído etc.) da generalidade das instalações industriais.



va 2006/21/CE, porém, abarca um conjunto multifacetado de matérias, estabelecendo, para todas elas, um regime especificamente dirigido às instalações que lidam com resíduos da mineração.

De facto, o diploma em causa regula a atividade de gestão dos resíduos da indústria extrativa ao longo de todo o ciclo, envolvendo os seguintes aspectos:

- a) Planeamento;
- b) Licenciamento;
- c) Monitorização;
- d) Prevenção de acidentes graves;
- e) Garantia financeira;
- f) Encerramento;
- g) Sanções;
- h) Responsabilidade.

Desse modo, estamos perante um tratamento completo, mas ao mesmo tempo customizado, que pretende cobrir todas – ou quase todas – as fases e/ou facetas da atividade de gestão dos resíduos da indústria extrativa, acautelando os inerentes fatores de risco ambiental.

Ora, um diploma com tal incidência temática e com as características descritas reveste-se de extraordinária importância para o nosso estudo. É onde se pode encontrar a disciplina jurídica aplicável a um desastre como o de Mariana.

[Voltar ao índice](#)

Isso é bem visível, desde logo, nalgumas das definições constantes do artigo 3º da Diretiva, como a de barragem, que é uma «estrutura tecnicamente concebida para reter ou confinar água e/ou resíduos numa bacia», a qual, por sua vez, consiste numa «instalação natural ou tecnicamente preparada para a eliminação de resíduos finos, normalmente rejeitados», sendo estes os «resíduos sólidos ou as lamas sobejantes do tratamento de minerais». Os conceitos aqui trabalhados dizem respeito, justamente, às circunstâncias do evento trágico ocorrido na *Samarco*.

Estamos, pois, perante a sede legal, no ordenamento jurídico europeu, da temática *sub judicio*. Por outras palavras, o Direito Europeu do Ambiente dispõe de um diploma próprio para prevenir e, se necessário, responder à eventualidade de uma catástrofe similar à contaminação do Rio Doce. Logo, não espantará que doravante centremos as nossas atenções neste diploma (a Diretiva 2006/21/CE), procurando abordar as várias dimensões em que se decompõe o regime jurídico de gestão dos resíduos da indústria extrativa, aí plasmado, na busca de ensinamentos úteis para o caso em exame.

4.1. Planeamento

Em matéria de planeamento, o artigo 5º da Diretiva 2006/21/CE (doravante referida apenas como Diretiva) dispõe que o operador da instalação deve elaborar um plano de gestão de resíduos para a minimização, tratamento, valorização e eliminação dos resíduos de extração, tendo em conta o princípio do desenvolvimento sustentável. Entre outros objetivos, esse plano visa garantir, ao nível do projeto, a «estabilidade geotécnica a longo prazo de quaisquer barragens ou escombreyras situadas em plano superior ao da superfície do terreno pré-existente».



4.2. Licenciamento

Em matéria de licenciamento, o artigo 7º da Diretiva dispõe que nenhuma instalação de resíduos minerais será autorizada a funcionar sem licença concedida pela autoridade competente. Eis aqui uma exigência decorrente do princípio da prevenção, segundo a qual a entrada em funcionamento de tais instalações fica dependente de um controlo prévio por parte de uma entidade administrativa especializada, que só concederá a licença se verificar que (i) o operador cumpre todos os requisitos constantes da Diretiva e (ii) a gestão de resíduos não é diretamente incompatível, nem interfere de nenhum outro modo, com a implementação do plano ou planos relevantes de gestão de resíduos (artigo 7º, nº 3).

Entre os requisitos constantes da Diretiva encontram-se alguns relativos à construção, gestão e manutenção das instalações de resíduos da indústria extrativa, designadamente: a garantia de que se processem de modo adequado, capaz de garantir a estabilidade física das referidas instalações e de evitar a poluição ou contaminação do solo, da atmosfera, das águas superficiais e das águas subterrâneas, numa perspetiva de curto e de longo prazo, bem como de minimizar tanto quanto possível danos à paisagem rural; ou ainda a preparação e a disponibilidade para que sejam tomadas medidas em caso de resultados indicativos de instabilidade ou contaminação das águas ou do solo (artigo 11º, nº 2, alíneas b) e c)). Assim, no momento do licenciamento (isto é, previamente ao início da laboração), a Administração deve apreciar as condições estruturais da instalação, aferindo da sua estabilidade física, robustez e segurança, devendo ainda antecipar a eventualidade de algum acontecimento anómalo, avaliando a capacidade do operador para responder a tal fenómeno e conter os respetivos danos.

[Voltar ao índice](#)

Trata-se de um controlo típico da polícia administrativa ambiental, de cariz preventivo, que incide sobre instalações poluentes ou potencialmente perigosas para o ambiente e a saúde pública. Nesse caso, porém, como já referimos, não se aplica o regime-regra da “Prevenção e Controlo Integrados da Poluição” (PCIP), constante da legislação sobre emissões industriais, mas antes o regime próprio da Diretiva 2006/21/CE. No entanto, por uma questão de simplificação administrativa, o artigo 7º da mesma Diretiva dispõe que, desde que sejam satisfeitas todas as exigências constantes deste preceito, poderão ser combinadas numa única licença quaisquer outras licenças concedidas em aplicação de outras regulamentações nacionais ou comunitárias, se tal evitar duplicações desnecessárias de informação e repetições de trabalho pelo operador ou pela autoridade competente⁵.

4.3. Monitorização

Em matéria de monitorização, a Diretiva prevê que, com uma frequência a definir pela autoridade competente e, em todo o caso, pelo menos uma vez por ano, o operador comunicará todos os resultados das ações de monitorização às autoridades competentes, sob a forma de dados agregados, de modo a demonstrar a observância das condições de licenciamento e a melhorar o conhecimento do comportamento dos resíduos e da instalação de resíduos. A autoridade competente pode, em função desses resultados, decidir que é necessária a validação por um perito independente (artigo 11º, nº 3).

⁵ É uma preocupação que se encontra em linha com o previsto, no ordenamento jurídico português, pelo regime do Licenciamento Único de Ambiente – conhecido pelo acrónimo LUA – aprovado pelo Decreto-Lei nº 75, de 2015, de 11 de maio.



Para além disso, o operador deverá ainda comunicar à autoridade competente, sem demoras indevidas e, em qualquer caso, no prazo de 48 horas, quaisquer ocorrências suscetíveis de afetar a estabilidade da instalação de resíduos e quaisquer efeitos significativos, prejudiciais ao ambiente, revelados pelos procedimentos de controlo e monitorização da instalação de resíduos. Se for caso disso, o operador acionará o plano de emergência interno e seguirá as instruções da autoridade competente relativamente às medidas corretivas a tomar, cujo custo será suportado pelo próprio operador.

Por fim, importa assinalar que às obrigações de monitorização – que, como vimos, recaem sobre o operador – acresce ainda o dever que a Administração ambiental tem de, com uma periodicidade regular, inspecionar diretamente as instalações de resíduos da indústria extrativa, para garantir que satisfaçam as condições aplicáveis estabelecidas na licença. Uma conclusão positiva não diminuirá, porém, de forma alguma, a responsabilidade do operador, nos termos das condições de licenciamento (artigo 17º).

4.4. Prevenção de acidentes graves

Em matéria de prevenção de acidentes graves, vigora o artigo 6º da Diretiva, que sujeita as instalações mais perigosas – qualificadas de “categoria A” – a uma série de cautelas e deveres agravados. Esse regime se reveste de particular interesse no contexto de um estudo sobre a tragédia ecológica ocorrida em Mariana.

Isso se percebe, desde logo, na determinação das instalações que pertencem à categoria A (isto é, que são passíveis de acidentes graves). Segundo o Anexo III da Diretiva, subsumem-se nesta categoria, para além das instalações que lidem com quantidades significativas de resíduos ou outros produtos considerados perigosos, aquelas em que

«uma avaria ou mau funcionamento, tal como o desmoronamento de uma escombreira ou o rebentamento de uma barragem, puderem provocar um acidente grave com base numa avaliação de riscos que atenda a fatores como a dimensão atual ou futura, a localização e o impacto ambiental da instalação de resíduos».

Relativamente a essas instalações, cada operador deverá elaborar uma política de prevenção de acidentes graves para a gestão de resíduos de extração e pôr em prática um sistema de gestão de segurança destinado a aplicá-la. Tanto a política de prevenção de acidentes graves, como o sistema de gestão de segurança devem ser proporcionais (em relação ao perigo de acidentes graves associado a cada instalação) e obedecer às prescrições do Anexo I da Diretiva. O operador deverá igualmente elaborar um plano de emergência interno, do qual constarão as medidas a serem tomadas *in situ* em caso de acidente. O operador deverá ainda designar um gestor de segurança, que ficará responsável pela aplicação e supervisão periódica da política de prevenção de acidentes graves.

Para além de tudo isso, a autoridade administrativa competente elaborará um plano de emergência externo, do qual constarão as medidas a tomar *ex situ* em caso de acidente.

4.5. Garantia financeira

Em matéria de garantias, o artigo 14^o da Diretiva prevê que, antes do início de qualquer operação que envolva a acumulação ou deposição de resíduos da indústria extrativa, a autoridade competente exigirá a constituição de uma garantia financeira (por exemplo, sob a forma de um depósito ou mediante o recurso a fundos de garantia mútua) que assegure: (i) o respeito de todas as obrigações decorrentes da licença, incluindo as relativas à fase de pós-encerramento; e (ii) a rápida disponibilidade, a



todo o momento, de fundos para a reabilitação dos terrenos afetados, de acordo com o plano de gestão de resíduos em vigor.

4.6. Encerramento

Em matéria de encerramento, o artigo 12º da Diretiva dispõe que uma instalação de resíduos de extração só pode ser considerada definitivamente encerrada depois de a autoridade administrativa competente ter, sem demoras injustificadas, efetuado uma inspeção final ao sítio, avaliado todos os relatórios apresentados pelo operador, certificado a reabilitação dos terrenos afetados pela instalação de resíduos e comunicado a sua aprovação de encerramento ao operador. Essa aprovação não reduz, de forma alguma, as obrigações do operador, nos termos das condições constantes da licença ou da legislação em vigor.

Com efeito, o operador mantém diversas obrigações jurídicas, quer relativas ao período em que a instalação esteve em funcionamento, quer espoletadas pelo respectivo encerramento. Designadamente, o operador fica responsável pela manutenção, monitorização, controlo e medidas corretivas da instalação na fase de pós-encerramento, durante todo o período que a autoridade competente determinar⁶. Nesse âmbito, se tal for considerado necessário, o operador deverá controlar a estabilidade física e química da instalação e minimizar todos os efeitos prejudiciais ao ambiente, em especial no tocante às águas superficiais e às águas subterrâneas, garantindo, para o efeito, que: (i) todas as estruturas da instalação sejam monitorizadas e conservadas, com a aparelhagem de controlo e medição em permanentes condições de utilização; e, se for caso disso, (ii) os canais de transbordamento e os evacuadores de cheias

⁶ Salvo se esta decidir substituir-se nessas tarefas ao operador, mas sempre sem prejuízo da legislação relativa à responsabilidade do detentor dos resíduos.

sejam mantidos limpos e desimpedidos. Por fim, o operador deverá comunicar à autoridade competente, sem demora, quaisquer ocorrências ou desenvolvimentos suscetíveis de afetar a estabilidade da instalação encerrada e quaisquer efeitos significativos, prejudiciais ao ambiente, revelados pelos procedimentos relevantes de controlo e monitorização.

Para além dos procedimentos inerentes ao encerramento e das obrigações do operador que permanecem pós-encerramento, um último aspecto merece ainda consideração. É que, nos termos do artigo 20º da Diretiva, deve existir um inventário, periodicamente atualizado e acessível ao público, das instalações de resíduos encerradas, incluindo as instalações abandonadas, que causem impactos ambientais negativos graves ou sejam suscetíveis de se tornar, a curto ou médio prazo, numa ameaça grave para a saúde humana ou para o ambiente.

4.7. Sanções

Em matéria de sanções, o artigo 19º da Diretiva limita-se a estipular que cabe ao ordenamento jurídico de cada Estado-Membro fixar o quadro sancionatório aplicável em caso de infração ao regime em apreço, bem como adotar as medidas necessárias para assegurar a execução das sanções previstas, as quais devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas.

4.8. Responsabilidade

Em matéria de responsabilidade civil, o artigo 15º da Diretiva manda aditar uma alínea ao Anexo III da Diretiva 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ao ambiente. Pode parecer uma questão meramente formal, mas este aditamento tem um significado de grande alcance: submete a atividade de gestão



de resíduos da indústria extrativa a um regime de responsabilidade civil objetiva, isto é, independente de culpa.

Assim, ainda que sem regular direta e materialmente a temática da responsabilidade por danos ambientais, a Diretiva 2006/21/CE tem sobre este ponto uma intervenção decisiva. Ao proceder àquele singelo aditamento, acaba não só por remeter para o regime da responsabilidade ambiental e atestar a sua aplicabilidade às instalações em apreço, como as qualifica como perigosas para o ambiente e, em consequência, obriga os respectivos operadores a responder pelos danos causados, ainda que sem culpa.

Este aspeto reveste-se de grande importância, pois, ao contrário do que sucede no Brasil – onde o artigo 14º § 1º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981) determina, em sede geral, que os poluidores respondem pelos danos causados ao ambiente independentemente da existência de culpa –, no ordenamento jurídico europeu só determinadas atividades ocupacionais consideradas mais sensíveis do ponto de vista ambiental (justamente as listadas no referido Anexo III, como é o caso da gestão de resíduos de extração) ficam sujeitas a tal regime.

Para além desse aspeto, há ainda vários outros traços da Diretiva 2004/35/CE, relativa à responsabilidade ambiental, que relevam para a análise jurídica de uma catástrofe como a de Mariana. Importa, então, descrever resumidamente este diploma e averiguar quais as suas implicações para o caso *sub judicio*.

5. DIRETIVA 2004/35/CE

Antes de mais, cumpre salientar que o regime de responsabilidade por danos ambientais gizado na Diretiva 2004/35/CE se aparta, sob diversos ângulos, do clássico modelo privatista da responsabilidade civil

[Voltar ao índice](#)

aquiliana. Estamos, pois, perante um instituto jurídico original ou heterodoxo, que em muitos aspectos não segue os cânones tradicionais da responsabilidade civil de matriz românica⁷.

Isso é visível, desde logo, na circunstância de o regime em apreço abranger não apenas a reparação de danos, mas também a respectiva prevenção. Assim, mais do que ressarcir danos já consumados, trata-se de estipular um conjunto de obrigações legais de evitação, de mitigação e, em última análise, de correção ou remédio de lesões ambientais.

De igual modo, deve-se assinalar o relevante papel atribuído à Administração Pública: quer na determinação concreta das medidas de prevenção e/ou reparação a adotar pelo operador; quer na atuação direta para reparação de danos, a título subsidiário, por parte da autoridade competente; quer ainda na fiscalização do cumprimento do regime jurídico em apreço e eventual ação sancionatória. Talvez por tudo isso o diploma de transposição da Diretiva 2004/35/CE para o ordenamento jurídico português se refira – ainda que erroneamente ou, pelo menos, em termos que se prestam a equívocos – a uma modalidade de “responsabilidade administrativa”. Do que se trata, no fundo, é ainda de um regime de responsabilidade civil, mas de Direito Público.

Acresce que esse regime jus-publicista não contempla o pagamento de nenhuma indemnização pelos danos infligidos, mas tão somente a respectiva (prevenção e) reparação, que é necessariamente uma reparação natural. Por outras palavras, não está nunca em causa um ressarcimento por equivalente pecuniário, nem sequer a compensação dos

7 Para uma explicação mais detalhada, cfr. TIAGO ANTUNES, “Da natureza jurídica da responsabilidade ambiental”, in *Cadernos O Direito* nº 6, 2011, sobre «Temas de Direito do Ambiente», p. 137 ss.



particulares afetados (artigo 3º, nº 3), mas única e exclusivamente uma restauração ambiental *in natura* – a qual pode assumir diferentes contornos, detalhados no Anexo II da Diretiva 2004/35/CE.

Esta última característica decorre, por sua vez, do tipo de danos em questão. É que o regime jurídico em apreço abrange exclusivamente os danos à natureza em si mesma, conhecidos na doutrina portuguesa como *danos ecológicos puros*. Neste regime não estão jamais em causa, portanto, danos pessoais ou patrimoniais, mesmo se resultantes de um fenómeno poluente, mas apenas a deterioração dos bens ambientais naturais. E, mais concretamente até, de certos bens ambientais naturais, como a água, a biodiversidade (no que diz respeito às espécies e aos *habitats* naturais protegidos) e o solo (neste caso, apenas quando surja um risco significativo para a saúde humana). São unicamente estes os valores cuja perturbação releva para o mecanismo de responsabilidade civil em apreço. Ao abrigo de uma visão marcadamente ecocêntrica, o legislador europeu cuidou dos danos ecológicos em si mesmos, enquanto fator de deterioração do ambiente *proprio sensu*, e não como instrumento de lesão da propriedade ou de bens de personalidade de quaisquer sujeitos (vd. considerando 14 da Diretiva 2004/35/CE). Daí que, como vimos, não haja lugar ao pagamento de indemnizações ou compensações monetárias, mas sim ao custeio de medidas de reparação da natureza.

Regressando agora à catástrofe ambiental ocorrida em Mariana, impõe-se concluir que aí se verificaram todos os tipos de danos regulados pela Diretiva 2004/35/CE. Efetivamente, a enxurrada de rejeitados da mineração conduziu à poluição de recursos hídricos (nomeadamente o Rio Doce e alguns dos seus afluentes), à destruição de espécies protegidas e de reservas de biodiversidade e ainda à contaminação do solo por metais pesados, com efeitos bastante nefastos para a saúde humana. Para além destes, ocorreram outros tipos de danos, não cobertos pelo

[Voltar ao índice](#)

diploma em apreço – embora eventualmente ressarcíveis nos termos gerais da responsabilidade civil⁸.

Relativamente aos danos abrangidos pela Diretiva 2004/35/CE, e desde que estes resultem de uma atividade ocupacional inerentemente perigosa (como é o caso da gestão de resíduos da indústria extrativa, assim qualificada pelo respetivo Anexo III), aplica-se – como vimos *supra* – um regime de responsabilidade objetiva. O que significa que, independentemente da culpa do operador (da instalação poluente), este deve responder pelos danos causados. A esse respeito, contudo, importa fazer três prevenções.

Primo, não obstante a estipulação legal de uma responsabilidade objetiva, existem situações em que o operador fica desonerado de suportar o custo das medidas de prevenção e/ou reparação dos danos ambientais (ainda que não fique desonerado de adotar tais medidas).

É o que sucede, nos termos do artigo 8º, nº 3, da Diretiva 2004/35/CE, quando os danos tenham sido causados por terceiros ou tenham resultado do cumprimento de uma ordem ou instrução emanadas de uma autoridade pública. Para além disso, nos termos do número seguinte, os Estados-Membros podem permitir que o operador não su-

8 Com efeito, a limitação do escopo da Diretiva 2004/35/CE não prejudica a possibilidade de os Estados-Membros regularem também a responsabilidade civil por danos pessoais ou patrimoniais cometidos por via de lesões ambientais – como sucede, de resto, no ordenamento jurídico português, onde o Decreto-Lei nº 147, de 2008, de 29 de julho, distingue muito claramente a responsabilidade por «dano ambiental» (ou *dano ecológico puro*) e a responsabilidade pela ofensa de «direitos ou interesses alheios por via da lesão de qualquer componente ambiental».

Prevendo o concurso entre estes dois tipos de responsabilidade, o artigo 16º, nº 2 da Diretiva 2004/35/CE vem até admitir a consagração legislativa de medidas destinadas a impedir a «dupla cobrança de custos» (cfr., por exemplo, o artigo 10.º do Decreto-Lei nº 147, de 2008).



porte o custo das ações de reparação se provar que não houve culpa nem negligência da sua parte e que o dano ambiental foi causado por: (i) uma emissão ou um acontecimento expressamente permitidos e que respeitem integralmente uma autorização emitida ou conferida nos termos das disposições legislativas e regulamentares aplicáveis; ou (ii) uma emissão, atividade ou qualquer forma de utilização de um produto no decurso de uma atividade que o operador prove não serem consideradas suscetíveis de causarem danos ambientais de acordo com o estado do conhecimento científico e técnico no momento em que se produziu a emissão ou se realizou a atividade.

Assim, quer no caso de emissões poluentes expressamente autorizadas, quer no caso de atuações cuja lesividade fosse, à data da respectiva ocorrência, técnico-cientificamente desconhecida, o operador poderá se eximir ao pagamento da reparação dos danos ambientais ocorridos. O que acaba por restringir significativamente o alcance da responsabilidade civil objetiva consagrada na Diretiva 2004/35/CE.

É certo que nenhuma destas hipóteses se verificou na tragédia de Mariana. Desde logo, a circunstância de a atividade de mineração e de gestão dos respetivos resíduos se desenrolar ao abrigo de uma permissão administrativa (independentemente da sua forma e regime jurídico) não basta para afastar a obrigação de custear a reparação dos danos causados. Para o efeito, seria necessário que o concreto evento poluente (*in casu*, o derrame das lamas contaminadas) estivesse expressamente autorizado. O que manifestamente não sucedeu. E também não é verdade que as consequências ecológicas da libertação de rejeitados da indústria extrativa fossem cientificamente desconhecidas.

Ainda assim, convém ter presente que, por detrás da fachada da responsabilidade objetiva prevista na Diretiva 2004/35/CE, escondem-se al-

gumas situações em que, havendo uma obrigação de atuar para prevenir e/ou reparar danos ambientais, não há todavia (ou pode não haver) uma obrigação de arcar com os respectivos encargos.

Secundo, a Diretiva 2004/35/CE prevê um conjunto de exclusões, isto é, de danos ambientais que ficam imunes à aplicação do regime de responsabilidade ambiental aí previsto. É o caso, nos termos do artigo 4º, nº 1, dos danos causados por atos de conflito armado, hostilidades, guerra civil ou insurreição, bem como dos danos resultantes de fenómenos naturais de carácter excepcional, inevitável e irresistível. No fundo, do que se trata é de casos de força maior (ou, na terminologia anglo-saxónica, de *acts of God*).

Ora, ainda que as causas exatas do rompimento da barragem de contenção de lamas da mineradora *Samarco*, em Mariana, não sejam inteiramente claras, a verdade é que não há propriamente indícios de que tal rompimento se tenha devido a um fenómeno natural imprevisível, a um acontecimento extremo ou a outra circunstância de força maior. Em todo o caso, justifica-se este apontamento para assinalar uma diferença muito vincada entre o Direito Brasileiro e o Direito Europeu da responsabilidade ambiental.

É que, enquanto no Brasil – muito por força da jurisprudência – tem vindo a ganhar consistência a chamada *teoria do risco integral*, no regime constante da Diretiva 2004/35/CE não é bem assim. Segundo aquela teoria, bastante extremada, o poluidor deve responder de forma plena por todos os danos ambientais a que tenha dado azo, independentemente de culpa e, mais do que isso, sem possibilidade de invocar qualquer causa de exclusão ou modulação da responsabilidade (como a culpa do lesado, o facto de terceiro e o caso fortuito ou situações de força maior). Desse modo, o poluidor é responsável por lesões ambientais que, para



além de não ter gerado culposamente, estão absolutamente fora do seu controlo – o que, a nosso ver, é manifestamente excessivo. Ora, como acabamos de verificar, não é isso que se passa no Direito Europeu do Ambiente, onde certas causas de exclusão vigoram e podem ser invocadas para afastar a responsabilidade do operador.

Tertio, importa averiguar se estamos perante uma responsabilidade ambiental limitada ou ilimitada. A Diretiva 2004/35/CE não prevê quaisquer montantes máximos, nem circunscreve o alcance (geográfico, por exemplo)⁹ ou o valor dos danos que devem ser reparados. Pelo que, logicamente, dever-se-á concluir que o operador responde pela totalidade dos danos ocorridos. No entanto, trata-se de matéria que, a nosso ver, carece de reflexão aturada.

A reflexão justifica-se, desde logo, por estar em causa um regime de responsabilidade objetiva, em que alguém é responsabilizado por danos para os quais não contribuiu de forma culposa. Nesse tipo de casos, o legislador muitas vezes opta por definir limiares máximos de responsabilização. Porque entende que, tratando-se de responsabilidade pelo risco, quem origina esse risco deve responder mesmo na ausência de dolo ou negligência; mas, precisamente por não ter havido culpa na produção dos danos, a responsabilidade deve conter-se dentro de limites razoáveis. A Diretiva 2004/35/CE, contudo, não espelha esse raciocínio.

No entanto, deve-se chamar a atenção para o disposto no artigo 14º, nº 2, que admite a introdução, no futuro, de um limite máximo para as garantias financeiras que os operadores devem subscrever. Ainda que diga respeito apenas ao valor das garantias financeiras, e não

⁹ Apenas em termos temporais existem algumas balizas: segundo o artigo 17º da Diretiva 2004/35/CE, esta não se aplica aos danos ocorridos antes de 30 de abril de 2007, nem aos danos decorrentes de atividades concluídas antes dessa data, nem ainda aos danos com origem em emissões, acontecimentos ou incidentes com mais de 30 anos.

ao âmbito da responsabilidade, esse preceito denota alguma abertura para o confinamento das obrigações dos operadores de instalações (potencialmente) poluentes.

Acresce que, no caso vertente, estamos perante danos de tal magnitude que se torna absolutamente decisivo saber até aonde vai a responsabilidade dos operadores. Poderá parecer irónico, mas é justamente nas hipóteses de incomensurabilidade dos danos que mais sentido faz ponderar a limitação da responsabilidade. Até porque, perante danos hiperbólicos, a previsão de uma responsabilidade ilimitada – conduzindo, no imediato, à falência do operador responsável – poderá revelar-se não só vã, como até contraproducente.

Nestes casos de catástrofes ambientais, avulta a importância das mencionadas garantias financeiras, nomeadamente dos seguros e sobretudo – atendendo à elevada dimensão dos danos – dos resseguros. Podendo ainda, eventualmente, discutir-se a pertinência da criação de um fundo europeu que mutualize o risco de intervenção pública em cenários de calamidade ecológica de grandes proporções.

Para finalizar este excurso sobre a responsabilidade por danos ambientais, importa assinalar um requisito a que ainda não fizemos menção, mas que se reveste da maior importância: o nexo de causalidade. De facto, o desenvolvimento de uma atividade de risco e a verificação de um dano ambiental não bastam, por si sós, para que se apure a responsabilidade. É necessário, ainda, demonstrar que o dano proveio de tal atividade. Pode-se dispensar a culpa do agente, mas não se pode jamais dispensar a conexão entre a atividade por si levada a cabo e os danos gerados. Por outras palavras, os danos podem ter sido produzidos sem culpa, mas têm de ter sido produzidos na/pela instalação do operador que vai ser responsabilizado.



Ora, é justamente aqui que o regime da responsabilidade ambiental, muitas vezes, claudica. Por circunstâncias várias (como a latência de certos danos ambientais, ou o concurso de múltiplas causas potenciais), pode ser difícil estabelecer um elo causal seguro e indiscutível entre a atividade de determinado operador e os danos verificados na natureza. As lesões ambientais revestem-se de especificidades que tornam particularmente complexa a demonstração da causalidade. Foi atendendo a estas especificidades que o legislador português, ao transpor a Diretiva 2004/35/CE, decidiu flexibilizar o requisito do nexo de causalidade, adotando um critério de mera verosimilhança ou de probabilidade, com base na aptidão do facto danoso para produzir a lesão verificada¹⁰. Pretendeu-se, assim, obviar às dificuldades de prova da causalidade ambiental.

Em todo o caso, há de reconhecer que no caso de grandes desastres ambientais, como o de Mariana, o apuramento deste requisito torna-se, apesar de tudo, mais simples.

Em suma, parece que estariam reunidos todos os pressupostos para que a contaminação do Rio Doce por lamas provenientes da atividade de mineração, se tivesse ocorrido no espaço europeu, gerasse uma obrigação jurídica de reparação dos danos ambientais causados, ao abrigo e nos termos da Diretiva 2004/35/CE.

10 Cfr. artigo 5º do Decreto-Lei nº 147, de 2008.

**DIREITO E POLÍTICA INTERNACIONAL
DO MEIO AMBIENTE PARA AS ÁREAS
ÚMIDAS SUL-AMERICANAS E PROTEÇÃO
DOS BIOMAS DO PANTANAL BRASILEIRO
E DO CHACO BOLIVIANO:
DESAFIOS DO DIÁLOGO DAS FONTES E
DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

**LAW AND INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL
POLICY FOR THE SOUTH AMERICAN WETLANDS
AND PROTECTION OF BIOMES OF THE BRAZILIAN
PANTANAL AND BOLIVIAN CHACO:
THE CHALLENGE OF DIALOGUES OF THE SOURCES
AND THE CONVENTIONALITY CONTROL**

VALÉRIO DE OLIVERIRA MAZZUOLI
DIOGO MARCELO DELBEN FERREIRA DE LIMA



Resumo

A questão ambiental preocupa a comunidade internacional e promove alterações significativas nos sistemas jurídicos contemporâneos. A degradação dos espaços naturais e a erosão da biodiversidade forçam a adoção de instrumentos jurídicos e medidas políticas de proteção ambiental. As áreas úmidas sul-americanas, situadas na porção meridional desse continente, nos territórios de Brasil e Bolívia (e outros), são ambientes de interesse ecológico e humanitário internacional. O objetivo desse trabalho é analisar os fundamentos do direito e da política internacional e as regras de direito interno aplicáveis aos ambientes úmidos da América do Sul. A pesquisa adota o método monista internacionalista dialógico, que considera plurais as possibilidades de interpretação e aplicação da lei, na perspectiva de interação das fontes do direito e de dar melhor solução ao desafio posto. Aqueles países têm desenvolvido a tutela constitucional do ambiente e colocado à disposição significativa base legal, visando afirmar os direitos fundamentais ecológicos. Instrumentos internacionais, a exemplo da Convenção de Ramsar e do Tratado da Bacia do Prata, contribuem para a efetividade do “direito internacional das áreas úmidas sul-americanas”.

Palavras-chave: tutela ambiental. áreas úmidas. América do Sul. diálogo das fontes. controle de convencionalidade.

Abstract

The environmental issue concerns the international community and promotes significant changes in contemporary legal systems. The degradation of natural areas and biodiversity erosion force the adoption of legal instruments and policy measures for environmental protection. Located in the northern portion of the continent, in the territories of Brazil and Bo-

[Voltar ao índice](#)

livia (and other), the wetlands of South America are environments of the ecological and humanitarian law. The aim of this work is to analyze the fundamentals of law and international politics and rules of law applicable to humid environments and Pantanal in South America. The research adopts the method monist internationalist dialogical, considering plural the possibilities of interpretation and application of law and the perspective of interaction of the sources of law to give best solution to the challenge post. Those countries develop the constitutional protection of the environment and made available significant legal basis in order to affirm the fundamental ecological rights. International instruments, such as the Ramsar Convention and the Treaty on the River Plate Basin, contribute to the effectiveness of the "international law of wetlands in South America".

Keywords: *environmental protection; wetlands. South America. dialogue of the sources. conventionality control.*

INTRODUÇÃO

No contexto do capitalismo atual e da globalização, a sociedade internacional tem experimentado grandes desafios para a promoção da dignidade humana e do bem-estar social. A atuação dos sujeitos de direito e as novas relações internacionais nos planos político e jurídico, nas diversas escalas, tendem a redefinir os caminhos do desenvolvimento humano e social sustentável no Planeta.

O direito e a política internacional do meio ambiente representam o maior avanço jurídico na seara humanitária pós-Segunda Guerra Mundial, pois compreende a ampliação qualitativa e quantitativa dos direitos humanos e importa reinterpretação dos modelos econômicos e das tradições sociais existentes.



Proveniente da tensão entre internacionalização dos direitos humanos e constitucionalização do direito internacional, a tutela ecológica impõe deveres estatais e privados em prol do equilíbrio ambiental e da sadia qualidade de vida humana e animal. Dessa forma, a proteção das áreas úmidas sul-americanas e dos biomas do Pantanal brasileiro e do Chaco boliviano insere-se na questão ambiental internacional de nossos dias, isto é, na construção e na implementação dos instrumentos jurídicos e políticos adequados à conservação ambiental com respeito às atividades econômicas, sociais e culturais.

Nesse sentido, à luz do Direito Internacional das Áreas Úmidas, este ensaio pretende analisar a ressonância do “Sistema Ramsar” na proteção e sustentabilidade do maior ambiente úmido contínuo do Planeta, situado na porção meridional da América do Sul, na região hidrográfica da Bacia do Prata (v. figura 1, na página seguinte).

O presente estudo propõe uma abordagem jurídica baseada no direito contemporâneo, no diálogo das fontes normativas e na adoção de novos recursos jurídicos, a exemplo do controle da convencionalidade das leis.

As áreas úmidas constituem extensões de terras alagáveis marcadas pela dinâmica das águas e pela hidrografia regional, sendo, aliás, de notável heterogeneidade socioespacial em razão dos valores e práticas sociais e culturais muito diversificadas e enriquecidas pela geografia e história local. Devido à importância das áreas úmidas nos meios de vida e na manutenção dos ambientes pantaneiros e chaquenhos, cumpre, portanto, difundir estudos acadêmico-científicos indispensáveis à efetividade do direito ambiental e à governança, a exemplo do que se pretendeu realizar neste ensaio.

[Voltar ao índice](#)

Figura 1
Áreas úmidas na América do Sul, situadas na Bacia do Prata



Fonte: Comitê Intergovernamental Coordenador dos Países da Bacia do Prata (2012)¹.

1 Comitê Intergovernamental Coordenador dos Países da Bacia do Prata. **Programa para a gestão sustentável dos recursos hídricos da Bacia do Prata**: considerando os efeitos decorrentes da variabilidade e mudança do clima. CIC PLATA, março de 2012. Disponível em: http://www.cicplata.org/documents/08122011/Cuenca_Portugues.pdf. Acesso em : 10 nov. 2013.



1. METODOLOGIA

O positivismo jurídico e a hermenêutica tradicional têm apresentado notável desgaste e manifesta incapacidade de compreender o fenômeno jurídico contemporâneo. Os fatos sociais, por si sós, cada vez mais complexos e polissêmicos, inserem-se numa dinâmica rede político-institucional e normativa, exigindo enfoque teórico-metodológico, crítico-reflexivo apoiado em princípios e valores da cultura jurídica pós-moderna, tais o pluralismo e a sustentabilidade.

Nesse sentido, Erik Jayme faz verdadeira revolução na teoria do direito internacional com o que nominou “diálogo das fontes”, vocacionado a inovar na interpretação jurídica a partir de novas técnicas de análise e resolução de antinomias.² Em outras palavras, o autor questiona a austeridade dos sistemas jurídicos (interno e internacional) e das normas, bem como as formas habituais de solução dos conflitos, notadamente o uso dos critérios hierárquico, da especialidade e cronológico.³

No entender de Claudia Lima Marques, a globalidade de direitos impõe a necessidade de se desenvolver a harmonia no ordenamento jurídico, a coordenação das normas nos sistemas jurídicos e a ampliação (com eficácia) dos direitos humanos e fundamentais.⁴ A propósito, a ruptura de para-

2 JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé post-moderne. **Recueil des Cours**, v. 251, 1995, p. 259.

3 Para detalhes, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

4 MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erick Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (org.). *Diálogo das fontes: dos conflitos à coordenação das normas do direito brasileiro*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 27.

digmas torna possível a justiça socioambiental e promove o equilíbrio nas relações jurídicas e sociais, democratizando o acesso à tutela jurisdicional e às prestações estatais relacionadas ao Estado Democrático de Direito.

Em nossa opinião, o método monista internacionalista dialógico propaga a interatividade sistêmica e normativa, a convergência do direito internacional e interno e dos respectivos arcabouços prescritivos legais em prol da proteção da pessoa humana (princípio *pro homine*), ao mesmo tempo em que preserva a validade formal e material das normas no plano jurídico por meio do controle de convencionalidade⁵.

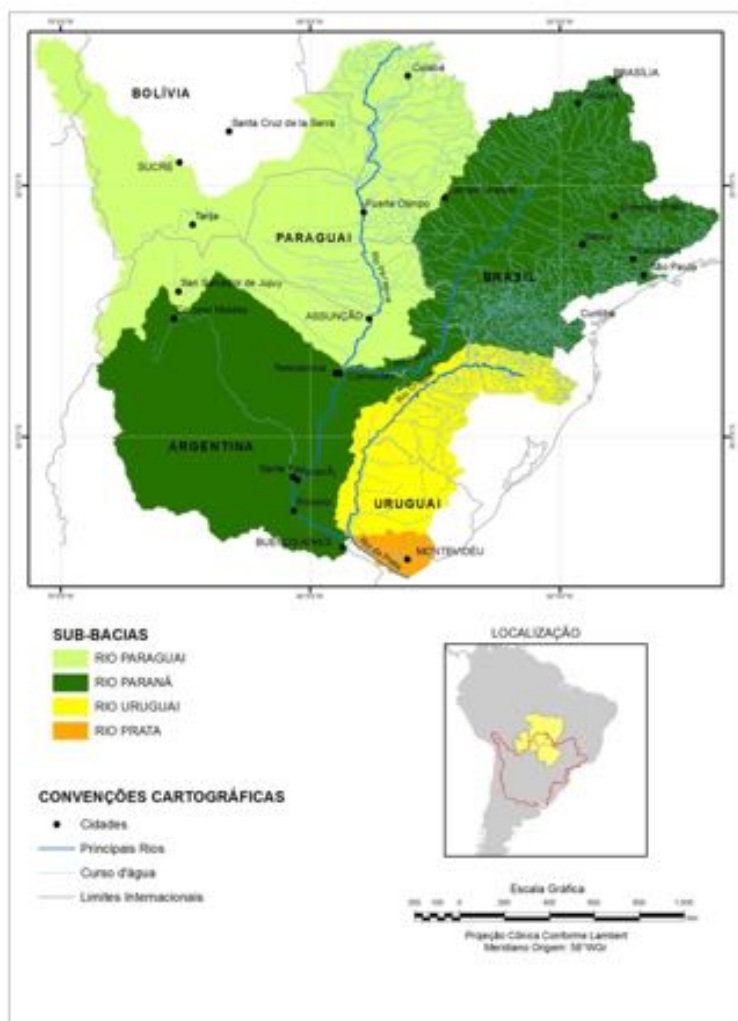
Fato é que o “dialogismo” é recurso da tecnologia social qualificado a verificar se certa norma (ou prestação estatal) está, ou não, ajustada ao campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, incluindo aí todas as relações jurídicas relacionadas ao meio ambiente. Aliás, a proposta em tela busca exatamente a compreensão da totalidade da proteção dos biomas situados nas áreas úmidas sul-americanas, na Bacia do Prata, o Pantanal e o Chaco (ver Figura 2, na página seguinte).

A área de estudo mostra notável complexidade geográfica. Primeiro, devido aos grandes rios internacionais – Paraguai, Paraná e Uruguai – e à conseqüente formação das zonas úmidas; segundo, ante a biodiversidade dos biomas, sobretudo do Pantanal e do Chaco, que os tornam interdependentes, diferenciáveis e únicos em todo o mundo.

5 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 8 ed. rev. atual. Ampl. São Paulo. RT, 2015, p. 102.



Figura 2
Bacia do Prata e sub-bacias, com destaque para a fronteira Brasil e Bolívia



Fonte: Produção técnica de Jonas Ferreira dos Santos

Voltar ao índice

2. O DIREITO E A POLÍTICA INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE APLICADA ÀS ÁREAS ÚMIDAS SUL-AMERICANAS (SISTEMA RAMSAR E BACIA DO PRATA)

Assim como o desenvolvimento da sociedade pressupõe a interdependência dos fatores sociais, econômicos, ambientais e culturais, a evolução do pensamento jurídico não pode prescindir da indissociabilidade das fontes materiais e formais do direito. Não se trata meramente de questão peculiar à filosofia jurídica, mas sim indispensável à prestação jurisdicional favorável à hermenêutica axiológica e sensível aos contextos sociais, que faz prestigiar um sistema jurídico progressista, com arquitetura flexível e compreensível à realidade.

O Direito Internacional do Meio Ambiente – nascido da chamada crise socioambiental (deflagrada, sobretudo, após as duas grandes guerras) e dos desastres ambientais transfronteiriços da segunda metade do Século XX – representa o campo da ciência jurídica em que os fatos sociais (fontes materiais) e os instrumentos jurídicos (fontes formais) mostram-se amplamente interligados, confirmando a emergência de paradigma eco-humanitário pautada na ética comprometida com o desenvolvimento sustentável proveniente da dinâmica das relações internacionais, da responsabilidade compartilhada, da governança e da solidariedade intergeracional.

Os ensinamentos de Guido Soares explicitam a existência de uma “engenharia normativa ambiental” correspondente à intensificação da produção normativa destinada à tutela da natureza, dos processos ecológicos e da vida no plano internacional, com incontestes reflexos nas es-



feras de jurisdição doméstica⁶. Em verdade, a democratização do direito internacional, isto é, a difusão de instrumentos *hard law* e de *soft law*, a exemplo de tratados internacionais e de tratados-quadros e/ou *umbrella treaties*, permitiu maior alcance da norma ambiental. Por sua vez, com as conferências internacionais ambientais o tema incorporou-se à agenda dos Estados em todos os poderes e esferas (judicial, legislativa e política); prova disso é o que neste ensaio denomina-se *Direito Internacional das Áreas Úmidas Sul-Americanas*, o qual tem como escopo a proteção dos biomas do Pantanal brasileiro e do Chaco boliviano.

Destaque-se que a rede normativa voltada à sustentabilidade dos ambientes úmidos do continente é composta pela Convenção das Zonas Úmidas de Importância Internacional (Ramsar, 1971) e dos protocolos adicionais e recomendações provenientes das Conferências das Partes (COP), além da IV Reunião da Iniciativa Regional Ramsar da Bacia do Prata para conservação das áreas úmidas na região hidrográfica.

Em que pesem os registros históricos de tratados afetos à Bacia do Prata e outros para o uso dos cursos d'água internacionais, que forneceriam proteção reflexa aos ambientes úmidos dependentes da hidrografia regional-local e da conservação dos rios, interessa ao estudo a defesa direta e coordenada alcançada pelo Sistema Ramsar. Com efeito, a discussão sobre *wetlands* (áreas úmidas) objetiva o alinhamento entre os países para proteção em escala global das áreas úmidas e de seus recursos. No âmbito das Nações Unidas, um conjunto de documentos internacionais promove a transmissão de princípios e valores jurídicos para a

6 SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri-SP: Manole, 2003

efetividade do direito ambiental, para resolução dos conflitos socioambientais, para redução da degradação ecológica e para maior proteção e conservação das áreas úmidas e de suas populações tradicionais.

A Convenção Ramsar, acordada em 2 de fevereiro de 1971, no Irã, atribuiu à situação jurídica das zonas úmidas a condição de tema fundamental do direito internacional público. Em vigor desde 1975, a Convenção definiu determinadas áreas no mundo, chamadas Sítios Ramsar, como integrantes da Lista Ramsar. Também, a Convenção de Ramsar teve sucesso na construção de arranjo inter e supragovernamental, com instâncias e órgãos de gestão, para a realização dos compromissos em respeito aos diversos ambientes úmidos do mundo. Com 168 Estados-Membros, a Convenção tem recebido novas adesões e ampliado significativamente o seu papel na manutenção das áreas úmidas, não só o número de áreas protegidas, senão também o alcance das normas ambientais e das posturas estatais e privadas relacionadas.

O desenvolvimento do Sistema Ramsar atrela-se aos avanços obtidos nas Conferências das Partes, enquanto instância política que congrega representantes governamentais e não governamentais empenhados na efetividade da tutela ambiental e no cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados contratantes, entre eles a gestão e exploração racional das áreas úmidas, a participação social e governança ambiental, bem assim a produção do conhecimento científico. É incontestável que o tratado, que surgiu para pôr a salvo os espaços e os recursos naturais cogentes à reprodução das aves aquáticas migratórias, foi fortalecido e é considerado referência no direito internacional do meio ambiente.

Em que pese a Convenção de Ramsar ter pretendido tutelar todos os ambientes úmidos, reconhecendo e valorizando os ecossistemas locais



e as funções ecológicas existentes, o certo é que, ao impor que cada Estado deva estabelecer a relação dos espaços nele protegidos (lista de Sítios Ramsar), tornou-se proteção especial a tais áreas. Então, é possível depreender que há proteção jurídica direta para as áreas úmidas eleitas pela sociedade internacional, e que, de certa forma, os biomas e ecossistemas já dispõem atualmente de certa atenção normativa.

A indicação de áreas úmidas na qualidade de Sítios Ramsar é atribuição dos Estados, que têm responsabilidades na seara internacional, sobretudo de promover a execução de planos direcionados à conservação das zonas úmidas incluídas na lista e a exploração racional de outras que se encontrem nos territórios nacionais. Por certo, o número de áreas e a superfície total protegida são importantes indicadores do nível de proteção das zonas úmidas. Aliás, destacam-se na tutela desses ambientes os seguintes países: Reino Unido, México, Suécia, Espanha, Noruega, Austrália, Holanda, Argélia, França, Itália, Canadá, China, Japão, entre outros.

No tocante ao comprometimento de Brasil e Bolívia para com a Convenção de Ramsar, frise-se que tais países possuem Sítios Ramsar em seus territórios e também na região fronteiriça, o que demonstra a megadiversidade dos ambientes na região e a endogeneidade deles, isto é, cada área úmida é exuberante pelos seus próprios recursos naturais e sociais, que são singulares no conjunto da biodiversidade global.

O quadro da página seguinte expõe os dados referentes à adesão dos países citados, à quantidade de Sítios Ramsar no território e à área reconhecida e protegida no âmbito do Sistema Ramsar:

[Voltar ao índice](#)

Tabela 1

Situação jurídica de Brasil e Bolívia no âmbito da Convenção de Ramsar

País	Entrada em vigor	Número de sítios	Superfície protegida
Brasil	24/9/1993	12	7.225.687 hectares
Bolívia	27/10/1990	11	14.842.405 hectares

Fonte: RAMSAR (2013)⁷

De forma geral, no Brasil, os Sítios Ramsar estão dispersos em todas as regiões e biomas do País; há áreas protegidas na Amazônia, Caatinga, Mata Atlântica, Cerrado, Pantanal e Pampas. O mesmo se aplica à Bolívia, uma vez que possui Sítios Ramsar nos biomas (ou ecorregiões) da Amazônia, Cerrado, Savanas Inundáveis, nas Cordilheiras e Altiplanos.

A quantidade de Sítios Ramsar existentes no Brasil e na Bolívia é razoável, não havendo grande diferença numérica entre eles, haja vista o Brasil possuir 12 e a Bolívia ter 11 áreas incluídas na Lista Ramsar. Contudo, a Bolívia tem uma área total protegida muito superior à do Brasil, quase o dobro de hectares e, considerando o tamanho do território nacional boliviano, é de destacar o compromisso estatal com a proteção dos ambientes úmidos, e porque não dizer com as áreas protegidas de um modo de geral.

O quadro da página seguinte detalha as informações referentes aos Sítios Ramsar situados no Brasil e na Bolívia.

7 RAMSAR. **The List of Wetlands of International Importance**. 24 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.ramsar.org/pdf/sitelist.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2013.



Tabela 2

Sítios Ramsar no Brasil e Bolívia, por ano de criação, localização e área

País	Sítio Ramsar	Criação	UF	Área
BRASIL	Parque Nacional Marinho dos Abrolhos	2/2/2010	Bahia	91,300ha
	Baixada Maranhense de Proteção Ambiental	29/2/2000	Maranhão	1,775,036ha
	Parque Nacional do Cabo Orange	2/2/2013	Amapá	657,328ha
	Ilha do Bananal	4/10/1993	Tocantins	562,312ha
	Lago do Peixe	24/5/1993	Rio Grande do Sul	34,400ha
	Mamirauá	4/10/1993	Amazonas	1,124,000ha
	Pantanal Mato-Grossense	24/5/1993	Mato Grosso	135,000ha
	Parque Estadual Marinho do Parcel Manoel Luis	29/2/2000	Maranhão	34,556ha
	Reentrâncias Maranhenses	30/11/1993	Maranhão	2,680,911ha
	Reserva Particular de Patrimônio Natural – Fazenda Rio Negro	22/5/2009	Mato Grosso do Sul	7,000ha
	Reserva Particular de Patrimônio Natural Sesc Pantanal	6/12/2002	Mato Grosso	87,871ha
BOLÍVIA	Parque Estadual do Rio Doce	15/3/2010	Minas Gerais	35,973ha
	Bañados del Izozog y el río Parapetí	17/09/01	Santa Cruz	615,882ha
	Cuenca de Tajzara	13/6/2000	Tarija	5,500ha
	Lago Titicaca (Sector Boliviano)	26/8/98	La Paz	800,000ha
	Lagos Poopó y Uru Uru	11/7/2002	Oruru	967,607ha
	Laguna Concepción	6/5/2002	Santa Cruz	31,124ha
	Los Lípez	27/6/1990	Potosí	1,427,717ha
	Palmar de las Islas y las Salinas de San José	17/9/2001	Santa Cruz	856,754ha
	Pantanal Boliviano	17/9/2001	Santa Cruz	3,189,888ha
	Río Blanco	2/2/2013	Beni	2,404,916ha
	Río Matos	2/2/2013	Beni	1,729,788ha
Sítio Ramsar Río Yata	2/2/2013	Beni	2,813,229ha	

Fonte: RAMSAR (2013)⁸

8 RAMSAR. **The List of Wetlands of International Importance**. 24 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.ramsar.org/pdf/sitelist.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2013.

Na faixa de fronteira entre Brasil e Bolívia, as áreas úmidas demonstram características socioambientais muito próprias, como os ecossistemas do Pantanal (marcados pela dinâmica das águas e armazenagem dos recursos hídricos na Bacia do Prata, formadores das áreas alagáveis prestadoras dos serviços ecológicos) e os do Chaco (menos dependentes do pulso de inundação, por isso mesmo com ambientes subáridos, mas com inundações periódicas e pontuais). Nessa região, merecem destaque as reservas particulares do patrimônio natural Sesc Pantanal e Fazenda Rio Negro, nos estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, no Brasil; e o Sítio Ramsar denominado Pantanal Boliviano, no departamento de Santa Cruz, na Bolívia.

Para melhor compreensão sobre a espacialização das zonas úmidas na área de estudo, segue na página seguinte a ilustração cartográfica.

Embora a continuidade territorial e a conectividade hídrica sejam notas características dos Biomas do Pantanal brasileiro e do Chaco boliviano, por conseguinte, dos próprios ecossistemas e das áreas úmidas na região fronteira, inexistem Sítios Ramsar com esse formato jurídico. Apesar de a Convenção Ramsar prever a cooperação internacional para a gestão compartilhada das áreas úmidas fronteiriças, essa oportunidade não foi devidamente explorada pelos países referidos, ou melhor, até 2013 apenas 16 sítios transnacionais foram reconhecidos no mundo, estando praticamente todos na Europa e apenas um na África.

A IV Reunião de Iniciativa Regional Ramsar, realizada em Tarija, Bolívia, em 2013, tratou da problemática referente à elaboração da estratégia para conservação e para uso sustentável de áreas úmidas na Bacia do Prata e à definição de Plano de Trabalho para a implementação de ações coordenadas entre os Sistemas Ramsar e Bacia do Prata. Certo é que um inventário das áreas úmidas sul-americanas poderia dar objetividade à gestão ambiental colaborativa em nosso continente.

A saber, a 12ª Conferência das Partes da Convenção de Ramsar, que ocorreu em Punta Del Este, Uruguai, permitiu a discussão sobre planos estratégicos, responsabilidades das instâncias de decisão e de gestão da Convenção Ramsar, financiamento, cooperação internacional, projetos e iniciativas regionais, além de programas e ações voltados à educação, comunicação, participação, conscientização e desenvolvimento de capacidades.

A COP 12 procurou destacar as iniciativas regionais baseadas na cooperação fronteiriça, na criação de capacidades comuns, nos intercâmbios de tecnologias e de conhecimentos, bem assim na mobilização de recursos financeiros e humanos para as atividades relativas às zonas úmidas nesses territórios. Entretanto, conforme se extrai dos principais documentos de referência da conferência, com destaque para Plano Estratégico Ramsar para 2016-2024, não houve avanços significativos na definição de áreas úmidas fronteiriças¹⁰.

Contudo, a efetividade do direito e da política internacional do meio ambiente não depende exclusivamente da imperatividade das normas vigentes, senão do conjunto de instituições transnacionais e de produção normativa que disciplinam os temas ecológicos nos planos jurídicos, o que representa a face real do emergente arranjo normativo ambiental.

Por exemplo, a Iniciativa Regional de Conservação e Uso Sustentável de Zonas Úmidas da Bacia do Prata, a partir dos diagnósticos nacionais das áreas úmidas na região, da identificação de programas e de ações sustentáveis em curso e outras a serem executadas pelo Sistema da Bacia do Prata, pode impulsionar sobremaneira a conservação dos ambientes úmidos.

10 RAMSAR. **El Plan Estratégico de Ramsar para 2016-2024**. Disponível em: http://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/cop12_res02_strategic_plan_s.pdf.



Nesse viés, o tratamento destinado à Bacia do Prata e a sua exploração pelos países da região remetem ao regime jurídico dos rios internacionais no direito internacional¹¹. Em que pesem a existência de vários tratados e declarações e do vasto conhecimento na área, sobretudo da doutrina internacionalista, o certo é que, na prática, essa matéria é tomada pelo casuísmo e pela aplicação direta das normas específicas.

Esse é o caso do Tratado da Bacia do Prata¹², assinado por Argentina, Bolívia, Brasil, Uruguai e Paraguai, em 1969, em vigor desde 1970, que representa o alinhamento dos países nas questões do desenvolvimento harmônico e da integração física da Bacia do Prata e das suas áreas de influência, bem assim da exploração racional do sistema hidrológico da região para fins de navegação, utilização de água, proteção do meio ambiente, produção de conhecimento, cooperação internacional, entre outros usos¹³.

As relações internacionais na “fronteira úmida” são pretéritas, mas a referida convenção constitui marco regulatório na utilização compartilhada do espaço sul-americano ante a institucionalização do Sistema da Bacia do Prata. É incontroverso que a regulamentação da matéria pelo direito internacional público, devidamente apropriada pelo direito interno dos países envolvidos, contribui para harmonia e integração regional, bem como para o desenvolvimento e distribuição dos benefícios sociais e econômicos provenientes do uso das águas.

11 MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro; São Paulo: Freitas Bastos, 1967, p. 1299.

12 BRASIL. **Decreto n.º 67.084, de 19 de agosto de 1970**. Promulga o Tratado da Bacia do Prata. Publicado no D.O. 20/8/1970; BRASIL. Decreto-Lei nº 682, de 15 de julho de 1969. Aprovou o tratado da Bacia do Prata, assinado em Brasília, em 23 de abril de 1969. Publicado no D.O. 16/7/69.

13 Além de outros objetivos comuns, como: a implementação de infraestrutura física de transporte e energia, as comunicações, a complementação regional e a promoção de projetos relacionados ao aproveitamento dos recursos naturais.

Dessarte, é o Comitê Intergovernamental Coordenador dos Países da Bacia do Prata (mais conhecido como *CIC Plata*) o órgão permanente competente para promover, coordenar e acompanhar o andamento das ações conjuntas para o desenvolvimento da Bacia do Prata. Nessa instância de gestão e governança participam autoridades políticas e técnicas, todos os países-membros e seus respectivos representantes, que podem assumir deveres e exigir cumprimento dos compromissos assumidos.

Não há dúvidas de que os Sistemas Ramsar e da Bacia do Prata, voltados à conservação das áreas úmidas e à utilização racional dos recursos hídricos da Bacia do Prata, respectivamente, se inserem numa nova sistemática internacional ambientalista; ademais, são a matéria-prima do que vem a ser o *Direito Constitucional Internacional do Meio Ambiente*, a fusão dos sistemas jurídicos em prol do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável.

3. PROTEÇÃO DO PANTANAL BRASILEIRO E DO CHACO BOLI- VIANO NO ÂMBITO DO DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE

O constitucionalismo contemporâneo consagrou e elevou a patamar jamais visto a teoria dos direitos humanos e fundamentais. Dessa forma, as Constituições atuais caracterizam-se pela recepção da proteção dos direitos garantidos por instrumentos internacionais (tratados e declarações, *v.g.*), sobretudo aqueles afetos à dignidade da pessoa humana, bem assim pela defesa do conjunto de direitos e deveres que o cidadão-indivíduo tem em seu próprio Estado. Isso pode ser claramente observado no Brasil, que possui um sistema jurídico bem ajustado ao direito internacional público e que põe em evidência a conformação do Estado Democrático de Direito (Socioambiental).



A constitucionalização da tutela ambiental representou importante inovação no sistema jurídico e político dos países. Uma vez prestigiada na lei fundamental de determinado Estado, a proteção ao meio ambiente irradia princípios, diretrizes, regras, direitos e deveres estatais e privados sensíveis à preservação e à conservação ambiental, à defesa dos bens naturais, à promoção da qualidade de vida e da sustentabilidade em todos os seus aspectos (ecológico, econômico, social e cultural).

A norma-matriz que rege o tema nas Constituições nacionais, do Brasil e da Bolívia, está esculpida no art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁴ e nos arts. 33 e 34 da Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia¹⁵, enfatizando a multidimensionalidade, a indivisibilidade e a indisponibilidade do direito ambiental, além de tantos outros valores e bens jurídicos, como responsabilidade comum, desenvolvimento sustentável, compromisso intergeracional, prevenção e reparação de danos ambientais. Tais comandos constitucionais estabelecem o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio para o desenvolvimento da vida humana e para as futuras gerações, mas também impõem deveres ao poder público e à coletividade de proteger, conservar e restaurar o patrimônio natural, compatibilizando o seu uso com o exercício racional das atividades sociais e econômicas.

Com outras palavras, o direito constitucional do meio ambiente institui verdadeira cláusula de “prevalência do interesse público-ambiental”, que reforça a implementação de posturas pró-ambiente e a observância das normas de direito vigentes.

14 BRASIL. Art. 225. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).**

15 BOLÍVIA. Arts. 33 e 34. **Constitución Política Del Estado de Plurinacional de Bolívia (2009).**

No que se refere à atenção dada pelas cartas constitucionais à biodiversidade e aos biomas, destaca-se o art. 225, em seu § 4º, da Constituição Federal brasileira, que determina que a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal mato-grossense e a Zona Costeira são patrimônios nacionais, devendo sua utilização ser realizada de acordo com a lei e dentro de condições que afirmem a preservação e o uso dos recursos naturais¹⁶.

Ainda que o constituinte tenha citado expressamente biomas e ecossistemas, o rol de espaços notadamente protegidos é meramente exemplificativo, uma vez que o conjunto da biodiversidade nacional dificilmente poderia ser sintetizado na Constituição Federal. Além disso, a intenção da proteção específica diz respeito à necessidade de leis especiais devidamente adequadas às peculiaridades dos espaços naturais (fauna, flora, hidrografia, relevo, solos, e as interações de ordem física, química e biológica¹⁷).

Algumas iniciativas foram tomadas para a efetividade da norma constitucional em tela, a exemplo da Lei nº 11.428, de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma da Mata Atlântica¹⁸, e da Lei do Estado de Mato Grosso nº 8.830, de 2008, que trata da política estadual de gestão e proteção da Bacia do Alto Paraguai¹⁹ e, de certo modo, do Pantanal mato-grossense.

16 BRASIL. Art. 225, § 4º *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*.

17 BRASIL. **Lei nº 6.938, de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Art. 3º, I. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em 04/09/2016.

18 BRASIL. **Lei nº 11.428, de 2006**. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11428.htm. Acesso em 4/9/2016.

19 Cf. MATO GROSSO. **Lei nº 8.830, de 2008**. Dispõe sobre a Política Estadual e Proteção à Bacia do Alto Paraguai no Estado de Mato Grosso e dá outras providências. Disponível em: http://www.al.mt.gov.br/storage/webdisco/leis/lei_4702.pdf.



Enquanto isso, a Bolívia construiu sua política ambiental pautada no valor intrínseco do meio ambiente, no culto à natureza e à diversidade da vida e de sua população. A conhecida *Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien* (Lei nº 301, de 2012²⁰) trouxe um enfoque jurídico-biocêntrico e vinculou de forma indissociável os elementos naturais e humanos, consagrando os assim chamados “direitos da natureza e do viver bem”. Sem embargo, a lei brasileira similar àquela, a Lei nº 6.938, de 1981²¹, que institui a Política Nacional de Meio Ambiente, é mais processualista e instrumental em defesa do ambiente, ao passo que a lei boliviana propõe novos contornos de entendimento que poderão avançar caso sejam prestigiadas as normas de direito internacional público.

O nível de abertura da ordem jurídica de um Estado depende sobremaneira das normas constitucionais relacionadas aos princípios fundamentais, aos direitos e às garantias de seus cidadãos, à organização político-administrativa, à política externa e às relações internacionais. Porém, é notório que há certa complexidade para a recepção dos instrumentos jurídicos e das normas de direito internacional público apresentada nas Constituições. Ainda que nas Constituições do Brasil e da Bolívia exista um rol de dispositivos virtualmente interligados que expressam a abertura de sua ordem jurídica, o certo é que nesses dois países a incorporação do direito internacional ao direito interno ainda é complexa e morosa, especialmente no âmbito parlamentar.

20 BOLÍVIA. **Ley 301. Ley de 15 de octubre de 2012.** Ley Marco de Madre Tierra Y Desarrollo Integral Para Vivir Bien. *Gaceta Oficial de Bolivia*. Disponível em: <http://www.planificacion.gob.bo>. Acesso em: 15 set. 2013.

21 BRASIL. *Lei n.º 6.938/1981. Op cit.*

No caso brasileiro, os dispositivos constitucionais de maior importância no âmbito dessa temática são: art. 4º, e seus incisos e parágrafo único; o art. 5º, §§ 1º, 2º, 3º, 4º; art. 49, I; art. 84, VIII²². Já no caso boliviano, vale destacar: arts. 13 a 20, e arts. 255 a 260²³. De modo geral, as regras de direito constitucional versam sobre o “direito dos tratados” e também dispõem sobre as etapas, os requisitos e as condições para a celebração de tratados e instrumentos internacionais.

Com efeito, o direito constitucional positivo disciplina a forma de incorporação dos instrumentos e das normas internacionais, e não só o procedimento a ser adotado para a vigência e validade das normas internacionais, mas o *status jurídico*, se elas possuem força supraconstitucional, se equivalem às normas constitucionais, ou se enquadram nos níveis infraconstitucional, supralegal ou legal.

A polêmica em torno da tensão existente entre direito internacional e direito interno contribui para discussão sobre a hierarquia das normas internacionais, para uma fadiga teórica que só faz revitalizar conceitos positivistas e formalistas ultrapassados da teoria pura do direito.

Um novo método, portanto, há de ser levado em consideração quando se pensa na incorporação (e posterior interpretação) das normas internacionais de direitos humanos ao direito interno; dois deles são o “diálogo das fontes” e o controle de convencionalidade.

22 BRASIL. Art. 5º §§ 1º, 2º, 3º, 4º; art. 49, I; art. 84, VIII. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**.

23 BOLÍVIA. Arts. 13 ao 20, e arts. 255 ao 260. **Constitución Política Del Estado de Plurinacional de Bolivia (2009)**.



4. DESAFIOS DO DIÁLOGO DAS FONTES E DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA EFETIVIDADE DA TUTELA AMBIENTAL

A atualidade do debate se atribui à importância dada à questão dos direitos humanos na sociedade internacional. Ainda, porém, que se possa justificar a defesa da tese da hierarquia das normas internacionais quando essas forem referentes a temas gerais do direito, o certo é que esse entendimento jamais poderá ser levado a cabo no que tange aos temas relativos à proteção dos direitos humanos. De fato, a prevalência dos direitos humanos pressupõe a aplicação da norma mais favorável à pessoa humana, independentemente da tipologia do instrumento jurídico em que se encontra. Ocorre que o direito constitucional fixa alguns obstáculos à melhor interpretação jurídica.

No Brasil, a reforma constitucional, via Emenda n° 45, de 2004²⁴, atualizou as questões de direito internacional e renovou as polêmicas afetas à abertura da ordem jurídica interna e ao respeito aos direitos humanos. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, de 1988²⁵, mostra-se determinante na interpretação jurídica atual, pois funda a pedra angular da abertura constitucional da ordem jurídica brasileira ao abrigar a chamada “cláusula de não exclusão” de direitos, segundo a qual os direitos e as garantias previstos na Carta não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte.

24 BRASIL. Emenda Constitucional n.º 45/2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 07 set. 2016.

25 BRASIL. Art. 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

Contudo, a interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais provoca dúvidas e questionamentos que são importantes, mas, à luz do direito internacional público, foram superados pela doutrina *jus publicista* qualificada. O art. 5º, § 3º, da Constituição Federal²⁶, define procedimento específico para aprovação de tratados internacionais envolvendo direitos humanos (necessidade de aprovação do Congresso Nacional, nas duas casas, em dois turnos, por maioria qualificada de três quintos).

Numa primeira análise, a norma constitucional deu o mesmo tratamento das emendas constitucionais aos tratados internacionais, já que o procedimento jurídico-legislativo para a aprovação de ambos é o mesmo (arts. 5º, § 3º, e 60, da Constituição Federal, de 1988)²⁷. Todavia, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata – ordem constitucional proveniente do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal²⁸, que relativiza a importância da processualística prevista para aprovação e incorporação de tratados.

Parafraseando Cançado Trindade, o direito constitucional brasileiro não pode negligenciar os avanços jurídicos conquistados nas últimas décadas no âmbito do Direito das Gentes, que consagrou a primazia dos direitos humanos²⁹. É o direito internacional público, por meio do conjunto das fontes formais, sobretudo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que determina regras claras para celebração dos tratados e para a vigência e validade das normas internacionais.

26 BRASIL. Art. 5º, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

27 BRASIL. Art. 60 da Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

28 BRASIL. Art. 5º, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

29 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente:** paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 113-117.



Se bem que a jurisprudência nacional tem encontrado dificuldades para apresentar um entendimento consistente e uníssono no sentido de reconhecer a aplicação imediata das normas de direitos humanos e fundamentais, o que tem se observado é a pluralidade de decisões judiciais comprometidas com a causa, com distintos fundamentos e níveis de compreensão jurídica. Não se trata aqui de subestimar o direito constitucional positivo, mas, sim, de renová-lo com os princípios e os valores da ordem jurídica internacional democrática e progressista.

A Bolívia enfrenta o desafio similar de consolidar uma hermenêutica constitucional que prestigie o diálogo das fontes, a interação dos instrumentos jurídicos internacionais e nacionais em benefício da pessoa humana, da efetividade e da eficácia dos direitos humanos e fundamentais. No caso boliviano, as normas constitucionais são mais diretas e taxativas, estando o texto de sua Constituição repleto de comandos jurídicos que tornam possível a abertura material da ordem jurídica do Estado. De fato, o art. 13, IV, da Constituição boliviana³⁰, sustenta que os tratados e as convenções internacionais, aprovados pela Assembleia Nacional Constituinte, que reconhecem os direitos humanos, prevalecem na ordem interna, e que os direitos e deveres previstos na Constituição devem ser interpretados conforme os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado.

Ainda nesse tema, os arts. 256 e 257 – ambos da Constituição boliviana³¹ – asseguram que quando os tratados e instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos forem mais benéficos, a aplicação

30 BOLÍVIA. Art. 13, IV, Constitución Política Del Estado de Plurinacional de Bolívia (2009).

31 BOLÍVIA. Arts. 256 e 257. Constitución Política Del Estado de Plurinacional de Bolívia (2009).

desses será preferencial e a interpretação dos direitos fundamentais será feita de acordo com aqueles; impõem ainda que os tratados internacionais (gerais) ratificados integram o ordenamento jurídico boliviano com força de lei. Assim, a dogmática constitucional procura preservar a supremacia dos direitos humanos e uma ordem jurídica flexível na aplicação de princípios e normas fundamentais.

Tal como ocorre no sistema jurídico brasileiro³², o procedimento boliviano para a celebração e execução de tratados internacionais envolve uma sequência de atos complexos, tanto políticos quanto jurídicos, os quais, de certa forma, emprestam legitimidade e autoridade normativa para os tratados e outros instrumentos internacionais. Pelo fato, porém, de não se admitir a submissão dos direitos humanos às soberanias nacionais (Estado) nem aos poderes instituídos (Executivo, Legislativo e Executivo), não merecem prosperar normas e entendimentos jurisprudenciais ou doutrinários que reneguem a imperatividade do direito internacional dos direitos humanos. Atualmente, a hermenêutica jurídica não pode prescindir de abordagem teórico-metodológica fundada no diálogo das fontes e no controle de convencionalidade das normas.

É atribuição do operador do direito (e do cidadão) e dever de todas as instituições do Estado (legislativas, executivas e judiciárias) orientar-se pela correta aplicação da lei e da norma e pelo apreço ao ordenamento jurídico uno e indivisível. Cumpre ao intérprete do direito realizar habitualmente a verificação de vigência e validade das normas, e deve assim proceder operacionalizando o controle de convencionalidade das normas, se essas estão, ou não, de acordo com o conjunto normativo mais benéfico existente.

32 Para estudos aprofundados sobre o tema, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos tratados**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.



O controle de convencionalidade proporciona o exame de conformidade das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos, não sendo mais suficiente (doravante) apenas a simples análise de constitucionalidade das leis, isto é, se a norma está apta, ou não, a integrar o bloco de constitucionalidade; agora, para que a norma interna seja válida deve estar de acordo com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Estado.³³ Logo, se apresentar dupla conformidade, a norma será vigente e *válida*; se, contudo, for contrária aos tratados de direitos humanos, será vigente, mas *inválida* (ainda que esteja de acordo com o direito constitucional)³⁴.

Doravante, validade e vigência não se confundem. A capacidade de determinada norma para produzir os efeitos jurídicos e sociais esperados diz respeito ao aspecto de sua validade – adequação ao direito constitucional internacional. Enquanto isso, a vigência refere-se aos trâmites formais de elaboração e aprovação dos atos normativos, à mera existência da norma e sua conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição.³⁵

Com o diálogo das fontes, é então possível desenvolver hermenêutica acertada para resolução das aparentes antinomias e dos conflitos de direitos humanos e fundamentais, uma vez que se busca, invariavelmente, a aplicação da norma mais favorável à proteção da pessoa humana (princípio *pro homine*) na seara humanitária e ao mais alto nível de tutela ambiental (princípio *pro natura*) na seara ecológica. Além do mais, nas duas áreas

33 Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p. 15-34.

34 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011, p. 73-154.

35 Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías...**, p. 20-22.

citadas deverá ser observado o princípio do não retrocesso ou da proibição de regresso, ou seja, de não redução dos direitos humanos e fundamentais garantidos nos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais.

Com o controle de convencionalidade, ainda que determinada norma esteja vigente, isto é, exista formalmente no direito constitucional positivo e até no direito internacional, admite-se a verificação da compatibilidade com os direitos humanos e o reconhecimento de validade (ou invalidade) e de exigibilidade da referida norma. O recurso de tecnologia social em questão é verdadeiro instrumento jurídico de proteção do indivíduo e da sociedade internacional contra a impertinente liberalidade peculiar aos Estados e à imprevisibilidade das posturas e ações das instituições públicas.

Os axiomas apresentados aplicam-se indistintamente a todos os casos que envolvam os direitos humanos (incluindo aí os direitos ambientais). A partir daquelas premissas, não é difícil compreender que os instrumentos jurídicos (internacionais e domésticos) como os tratados internacionais inseridos no Sistema Ramsar e no Sistema da Bacia do Prata (e o direito constitucional ambiental do Brasil e da Bolívia) se complementam na proteção do meio ambiente e das áreas úmidas, aliás, é exatamente isso que o diálogo das fontes visa promover: a coexistência harmônica entre as diversas fontes do direito.

Essa forma de apreensão do fenômeno jurídico repulsa o dogmatismo e o formalismo, responsáveis por prática jurídica descontextualizada e lesiva à integridade dos direitos humanos e fundamentais. Não sendo mais concebíveis essas fórmulas e experimentos na interpretação da realidade social, a transformação do direito pressupõe metodologia jurídica sensível aos princípios basilares de proteção da pessoa humana e técnicas que permitam a vigilância constante das normas, como é controle de convencionalidade, que pretende ser a garantia jurídica em favor da sociedade internacional e das normas convencionais mais benéficas.



Neste estudo a respeito da tutela das áreas úmidas, o controle de convencionalidade é reconhecido como recurso competente para obstar inovações artificiosas que possam vir a reduzir a proteção dos direitos humanos e fundamentais das comunidades políticas viventes na região e a afetar negativamente a conservação dos ambientes úmidos do Pantanal brasileiro e do Chaco boliviano.

Em tempos de crise e de instabilidade política e social, a garantia do não retrocesso põe a salvo o cidadão enquanto pessoa humana, a vida e o meio ambiente para a presente e às futuras gerações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise socioambiental contribuiu para que o direito e a política internacional do meio ambiente se tornassem mais dinâmicos. Reflexo disso é a nova engenharia normativa que defende uma arquitetura flexível de princípios e regras jurídicas para a defesa do meio ambiente e para a sustentabilidade. O conjunto de instrumentos jurídicos (internacionais e nacionais) serve para dar efetividade à tutela ambiental; os tratados internacionais, as Constituições nacionais e todo o arcabouço normativo fazem parte do ordenamento jurídico “cosmopolita”, típico da pós-modernidade pela qual passa o mundo atual.

A Convenção de Ramsar é fundamental para conservação dos ambientes úmidos em todo o mundo, e nos biomas do Pantanal brasileiro e do Chaco boliviano. O desenvolvimento institucional e normativo do Sistema Ramsar tem ampliado significativamente o alcance da proteção das áreas úmidas (e não só aquelas incluídas na Lista Ramsar) e promovido o respeito às comunidades tradicionais viventes nesses ecossistemas. Nessa perspectiva, a Iniciativa Regional de Conservação e Uso Sustentável de

[Voltar ao índice](#)

Zonas Úmidas da Bacia do Prata pretende integrar as ações pró-ambiente e avançar na sustentabilidade regional.

O Direito Constitucional Internacional do Meio Ambiente, como demonstrado à luz das ordens jurídicas brasileira e boliviana, compreende as normas constitucionais de proteção ambiental e de celebração e incorporação de tratados e outros instrumentos internacionais de proteção, indispensáveis à abertura constitucional e à efetividade dos direitos humanos e fundamentais. Apesar disso, tanto o Brasil quanto a Bolívia fornecem tratamento jurídico específico ao meio ambiente, à natureza (Bolívia), aos biomas (Brasil) e às áreas úmidas, ambos possuem Sítios Ramsar na relação de áreas úmidas protegidas no mundo.

A pós-modernidade e a transformação do direito estão a exigir novas posturas político-jurídicas e a ruptura de paradigmas na sociedade internacional. O monismo internacionalista dialógico e o surgimento de nova abordagem teórico-metodológica na ciência jurídica, apoiada no diálogo das fontes e no controle de convencionalidade prometem revolucionar a hermenêutica e a prática jurídica e inovar positivamente na interpretação e aplicação da norma. Cabe, contudo, ao intérprete da lei (em sentido amplo) prestigiar os princípios e valores jurídicos da dignidade da pessoa humana (princípio *pro homine*) e do melhor nível de proteção ambiental (princípio *pro nature*).

Os desafios para a efetividade do direito ambiental e para eficácia dos direitos humanos e fundamentais só podem ser superados no bojo do novo arranjo normativo ambiental e com o desenvolvimento institucional e jurídico em prol da integridade do meio ambiente e da pessoa humana, com os compromissos e responsabilidades do Estado e da sociedade.



REFERÊNCIAS

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris, 2003.

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

COMITÊ INTERGOVERNAMENTAL COORDENADOR DOS PAÍSES DA BACIA DO PRATA. **Programa para a Gestão Sustentável dos Recursos Hídricos da Bacia do Prata, considerando os efeitos decorrentes da variabilidade e mudança do clima**. CIC PLATA, março de 2012. Disponível em: http://www.cicplata.org/documents/08122011/Cuenca_Portugues.pdf. Acesso em: 10 nov. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé post-moderne. **Recueil des Cours**, v. 251, p. 9-267, 1995.

LIMA, Diogo Marcelo Delben Ferreira de Lima. **Tutela internacional das áreas úmidas sul-americanas**: instrumentos de proteção do Pantanal e do Chaco. Dissertação (Mestrado em Direito Agroambiental). 2012. Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erick Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (org.). **Diálogo das fontes**. Dos conflitos à coordenação das normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66.

Voltar ao índice

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. rev. atual. Ampl. São Paulo: RT, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos tratados**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro. São Paulo: Freitas Bastos, 1967.

RAMSAR. **The List of Wetlands of International Importance**. 24 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.ramsar.org/pdf/sitelist.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2013.

RAMSAR. **El Plan Estratégico de Ramsar para 2016-2024**. Disponível em: http://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/cop12_res02_strategic_plan_s.pdf. Acesso em: 10 nov. 2013.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri. Manoli, 2003.



ACREDITAR NA JUSTIÇA. POR UMA CORTE CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

LET'S BELIEVE IN JUSTICE. IN PRAISE OF AN INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL COURT

PAULO FERREIRA DA CUNHA

Resumo

Os projetos jurídicos, entre desencanto e esperança, devem ser pensados nestas facetas opostas. A descrença de muitos na Justiça decorre de muitos casos concretos de injustiça, da mais privada à mais pública. No terreno específico do Direito Internacional, persiste ainda em algumas mentalidades um fundo desfasado de soberanismo algo empírico, mas olvida-se frequentemente que os contributos à Justiça que este ramo de Direito pode trazer precisam de ser verdadeiramente internacionais, superando dogmatismos. Dá-se o exemplo dos trabalhos para a criação de uma Corte Constitucional Internacional, um projeto que está fazendo o seu caminho.

Palavras-chave: Justiça. Corte Constitucional Internacional. Direito Constitucional Global. Declaração de Rabat. Imaginação Jurídica.

[Voltar ao índice](#)

Abstract

Legal projects, between disenchantment and hope, must be thought of in these two opposite facets. The unbelief of many in justice stems from many concrete cases of injustice, from the most private to the most public. In the specific field of International Law, there is still a certain lagged background of somewhat empirical sovereignty-fans in some mentalities, but it is often forgotten that the contributions to justice that this branch of law can bring need to be truly international, overcoming dogmatism. One example is the work for the creation of an International Constitutional Court, a project that is making its way.

Keywords: *Justice. International Constitutional. Court. Global Constitutional Law. Declaration of Rabat. Legal Imagination.*

1. DADOS DO PROBLEMA “ACREDITAR NA JUSTIÇA”

Há uma profunda diferença entre as pessoas, e naturalmente, também, entre os juristas. Desde logo se acreditam ou não acreditam, real, profunda e intimamente na Justiça.

Não se trata de acreditar, ou não, numa concreta Justiça (especificamente organização, atividade e encarnação pessoal do judiciário) de certa ordem jurídica. Pode-se, por exemplo, viver numa ditadura, num totalitarismo, ou num autoritarismo, ou então num Estado falhado, e por isso se ver, *claramente visto* e diante dos olhos, que a Justiça não funciona, é cega e não imparcial, ou pisca o olho a algum litigante. Pode-se, pois, não crer, e ter razões para isso, no estado de coisas de uma justiça em concreto. Mas não é disso que se trata. O que está em causa, nessa



dicotomia, é saber-se se, mesmo com as agruras de se viver num Estado mais ou menos injusto ou ineficaz no domínio vital da Justiça, tem-se ainda esperança na possibilidade, no ideal concretizado de uma Justiça mínima ou razoavelmente implantada, em todas as suas dimensões.

A questão é clássica, e não se traduz simplesmente num problema psicológico, em que se oporiam os otimistas aos pessimistas, eventualmente com os realistas no meio¹. A questão de algum modo confina com algumas das grandes problemáticas da Filosofia do Direito, mesmo ainda quando não existia como disciplina autónoma, desde logo na Grécia Clássica, ou, mais remotamente ainda, entre os hebreus. Recordemos as grandes questões da Justiça e do Destino nas tragédias gregas (em que pode também haver intervenção da desmesura, da *Hybris*, ou quiçá, nas entrelinhas se possa ver ainda a obra do acaso... ou da necessidade). E na tradição do povo de Israel é ainda hoje impressionante a aposta simbólica e metafórica entre Deus e o diabo (*dia – ballein*, o que provoca, lança a confusão, a discórdia, a desordem...) na estória singular (embora com precedentes e inspirações egípcias ao que parece) de Job, coberto de injustiças, como forma de tentação². Afinal, não é em grande parte a história da cultura e mais além de simplesmente ela, uma história da Justiça e da injustiça? Não as justiça e injustiça do simples aparelho judicial, mas

1 Sobre a abordagem psicológica em Direito, desde logo, PHILIPPS, Lothar. *Sobre os Conceitos Jurídicos Nervosos e Fleumáticos*. Porto: Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, vol. 1, s.d., p. 73 ss.. e com uma focalização mais genérica já SANTOS, Delfim. *Psicologia e Direito*, in *Obras Completas*, vol. III. *Do Homem, Da Cultura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977, p. 11 ss.

2 NEMO, Philippe. *Job et l'excès du mal*, posfácio de Emmanule Levinas. Paris: Albin Michel, 1999; TERRIEN, Samul. *Job*. Delachaux & Niestlé: Neuchâtel, 1963; CLINES, David J. A. *The Book of Job*, in *The Oxford Companion to the Bible*, ed. by Bruce M. Metzger / Michael D. Coogan. New York/Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 368 ss..

mais que isso. Já chegamos a dizer que, em vasta medida, a História do Direito poderia ser chamada, desde que vista pontualmente e *in action* e não apenas nos livros, uma História das Injustiças...

Acreditar na Justiça, sabendo tudo o que se sabe, não é também só um ato de fé, de convicção, uma aposta como a de Pascal, um precipitar-se no abismo da simples crença, ingénua. Se quisermos dialogar com as clássicas virtudes teológicas, seria um ato de Esperança e um anúncio de Amor. Não se trata apenas de acreditar que a fé é um dom, e, portanto, talvez não seja excessivo merecimento de quem a possui. Trata-se de uma abertura de espírito e mente para a vinda de algo melhor, uma vontade de que tal se venha a concretizar, e tudo isso é esperança, enlaçada com o amor que, na sua versão mais plana e contida é a *philia*, amizade pelo outro. Querer Justiça, querer ver Justiça, é um pouco o princípio ou o grau mais elementar, o grau zero da amizade civil, daquela que é minimamente necessária para que os cidadãos vivam em sociedade.

Trata-se, assim, de uma perspectiva jurídica humanista. Não no sentido de vasto e multidisciplinar conhecimento, mas numa dimensão prática, como a que lhe dá Todorov num texto como este, que, para mais, tem a vantagem de ao mesmo tempo apartar a ideia do Estado Mundial. É realmente uma calúnia que a integração e globalização constitucionais pretendam ser passos para esse tipo de unificação política. Diz Todorov, pois:

[...] é para lembrar que os humanistas não pretendem jamais instaurar o Paraíso terrestre. Eles não acreditam que o humano possa ser conhecido de forma exaustiva, até o fim, precisamente porque ele dispõe de uma certa liberdade. Essa liberdade faz com que nunca se possa prever com exatidão em que direção vão os homens.



Nunca haverá uma política científica. Todas as políticas são voluntaristas. Por isso, o jardim perfeito jamais existirá. Os humanistas se contentam em cultivar o jardim imperfeito. O desafio humanista é essa possibilidade de tentar melhorar, por meio da ação, a convicção de que o pior não é inevitável³.

Há, assim, na Esperança pela Justiça um componente que se não diria de utopia, porque esta é, na sua mais rigorosa e proflua descrição “científica”, o mito da cidade ideal⁴, mas de utopismo, ou de princípio esperança⁵. No fundo, o almejar a mudança para o bem, a mudança para melhor. E não é afinal essa potencialidade para que cada vez haja mais justiça no mundo a fórmula de Ulpianus, que se encontra inscrita no Digesto, do Imperador Justiniano? Vejamos bem: A Justiça é a “constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o que é seu”. Ao dizer-se que a Justiça é *constante e perpétua vontade*, parece evidente que ela não é considerada como algo completo, perfeito, definitivamente alcançado (provavelmente nem sequer teoricamente acabada na sua simples idealização, mesmo “quimérica”), mas, ao invés, a Justiça precisa, para se

3 TODOROV, Tzevetan. Entrevista in *Entre Aspas*, de Fernando Eichenberg. volume I, Porto Alegre / L&PM Pocket, 2016, p. 340.

4 Cf. especialmente MUCCHIELLI, Roger. *Le Mythe de la cité idéale*. Brionne: Gérard Monfort, 1960. reimp. Paris: P.U.F., 1980. E ainda obras como AL-FARABI, Abu Nasr. *La Ciudad Ideal*, trad. cast. de Manuel Alonso Alonso. Madrid: Tecnos, 1985; PATRIZI DA CHERSO, Francesco. *La Città Felice*. Veneza: G. Grillo, 1553; ROSENAU, Helen. *La Ciudad Ideal*, trad. cast. de Jesús Fernández Zulaica. Madrid: Alianza Editorial, 1986; DAVIS, J. C.. *Utopia and the ideal society. A study of English Utopian Writing 1516-1700*. nova ed.. Cambridge: Cambridge University Press, 1983; DEMANDT, Alexander. *Der Idealstaat. Die politischen Theorien der Antike*. Colônia: Böhlau, 1993; MANUEL, Frank E.. *French utopias; an anthology of ideal societies*. New York: Free Press, 1966; ELIAV-FELDON, Miriam. *Realistic Utopias. The Ideal Imaginary Societies of the Renaissance, 1516-1630*. Oxford: Clarendon Press, 1982.

5 BLOCH, Ernst. *Das Prinzip Hoffnung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1959.

concretizar (e ela própria é esse esforço permanente de concretização), de uma vontade que não desfalece e se prolonga no tempo, sempre.

Acreditar na Justiça acaba por ser, afinal, dar mostras disso. Prová-lo quotidianamente, não se acomodando com situações de injustiça, não compactuar nem tolerar (e muito menos bajular) pessoas que praticam atos injustos, não aceitar de ânimo leve normas injustas (discussão clássica é a da lei injusta – e de como por vezes há que tolerar o mal menor⁶...) etc.. Não se trata, assim, na avaliação da Justiça, de um olhar de longe para a Justiça, avaliando o funcionamento dos seus princípios, normas, órgãos e agentes etc., etc. Não se trata, pois, de uma questão extrínseca a cada um.

Acreditar na Justiça, ou não, é acreditar em si mesmo como agente de Justiça, criador de mais Justiça. E, portanto, do que se trata é de se crer, ou não, que se possa lutar pela Justiça. Saber se essa luta, esforço *constante e perpétuo*, tem alguma *chance* de se sair vitorioso, de ir ganhando batalhas. Uma das teses de doutoramento que significativamente se cruza com a nossa questão afirma, muito eloquentemente:

La démarche cosmopolitique constitue un horizon, sans doute inatteignable. Mais l'intérêt réside sans doute moins dans l'achèvement du projet que dans sa poursuite perpétuelle⁷.

6 Cf., *v.g.*, GOMEZ PEREZ, Rafael. *Deontología Jurídica*. Pamplona: EUNSA, 1982.

7 CALLEJON-SERENI, Lucille. *Constitution internationale et droits de l'homme*. Montpellier: Université Montpellier 1, tese dirigida pelo Prof. Olivier de Frouville, novembro de 2013, p. 608.



2. ACREDITAR NA JUSTIÇA E HISTÓRIA

Esse esforço tem de se ir desenvolvendo, concretizando, ao longo dos séculos, na História⁸. Decerto, não para um dia ganhar uma “luta final” (como diz o texto da “Internacional”), um decisivo Armagedão em que, de uma vez por todas, se confrontassem as forças do bem e do mal. Pelo contrário, trata-se de ir passo a passo, palmo a palmo, ganhando terreno.

É evidente, não se desconhecem as perspectivas que, do alto da sua perspectiva ahistórica ou mesmo antihistórica (e naturalmente há alguma verdade nas críticas a uma absoluta linearidade e ingenuidade das concepções “épicas” e de “happy ending”), criticam a pseudo-linearidade da História numa perspectiva clássica. Evidentemente essa ideia acaba por ser de algum modo solidária ou homóloga das formas de que se reveste a hoje já superadíssima teoria do “fim da História”⁹, que afinal identificava esse momento edénico com a apoteose do capitalismo liberal democrático (e viu-se como tudo acabaria por tomar rumos bem menos nirvânicos e consensuais).

8 Para mais desenvolvimentos e diálogos historiográficos e filosófico-históricos, cf., desde logo, o nosso (em colaboração com Joana Aguiar e Silva e António Lemos Soares). *História do Direito. Do Direito Romano à Constituição Europeia*. Coimbra: Almedina, 2005 (com reimpressão ulterior), especialmente o capítulo I, da nossa autoria, “Da História, da História do Direito e do seu Estudo”, p. 13-62 e abundante bibliografia nele incluída; e ainda o nosso “História, Visão e Verdade”, in *Sociedade e Direito*. Porto: rés, s.d., p. 19-69. E, mais recentemente, as reflexões que desenvolvemos em *Do Ofício de historiador do Direito. Revisitação da metodologia historiográfica a propósito da Constituição do Império e José Bonifácio*, “Convenit Internacional” 19 set-dez 2015 Cemoroc-Feusp / III - Univ. do Porto, p. 25-34; *Retóricas do Iluminismo, Direito e Política*, “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, XLIV (2015), p. 103-129; *Dividir a História: da epistemologia à política?*. História: Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto (série IV, vol. 5, 2015), ed. online: <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/13742.pdf> (consultado em 9 de setembro de 2016).

9 V., desde logo, o “clássico” FUKUYAMA, Francis. *The End of History and the last Man*. trad. port. de Maria Goes. *O Fim da História e o Último Homem*. Lisboa: Gradiva, 1992.

Sim, sabemos muito bem da soteriologia, sabemos muito bem da história da salvação judaico-cristã (para alguns, falar em algo “judaico-cristão” é um labéu de obscurantismo, como se pudéssemos recusar em globo uma das grandes fontes, embora não a única, da nossa Civilização), sabemos mesmo que dela não muito distante, na estrutura, no sentido salvífico, estará mesmo a perspectiva marxista do materialismo histórico (que hoje se encontra tanto ou mais descrédito em alguns círculos quanto o tal “judeo-cristianismo”, ainda que somente cultural ou de estruturas do imaginário¹⁰). Sabemos de tudo isso e de como parece idílico um mundo sem História, ou com uma fantasia qualquer muito intelectualista em vez dos tempos, das épocas, das idades, das cronologias, e das explicações mais ou menos (espera-se que não mecânicas nem fantasistas), de um *post hoc ergo propter hoc*. Sim, mas não sabemos que utilidade tem uma antihistória, embora reconheçamos que a História, *magistra vitae* de Cícero realmente não nos tem ensinado tudo.

Não tem ensinado tudo, mas tem ensinado alguma coisa. E o simples facto de os intelectuais, ou alguns deles, deplorarem a falta de eficácia da pedagogia da História dita “linear”, mas que pode ser apodada de outros mimos menos simpáticos, como “moralista”, já mostram que, ao menos eles, algo aprenderam. Quem não aprende é quem poderia aprender e não quer. Quem teria na sua mão instrumentos para importantes mu-

10 Podemos tentar surpreender o conceito *in v.g.*, DURAND, Gilbert. *Les structures anthropologiques de l'imaginaire. Introduction à l'archétypologie générale*. Paris: Bordas, 1969 (*As estruturas antropológicas do imaginário*, trad. port. de Hélder Godinho. Lisboa: Presença, 1989); Idem. *O Imaginário português e as aspirações do ocidente cavaleiresco*, in *Cavalaria Espiritual e Conquista do Mundo*. Lisboa: Gabinete de Estudos de Simbologia, INIC, 1986; MATOS, Sérgio Campos. *História, Mitologia, Imaginário Nacional. A História no Curso dos Liceus (1895-1939)*. Lisboa: Livros Horizonte, 1990; QUADROS, António. *Estruturas simbólicas do imaginário na literatura portuguesa*. Lisboa: Átrio, 1992; DUBY, Georges. *As Três Ordens ou o Imaginário do Feudalismo*. trad. port.. Lisboa: Estampa, 1982.



danças e importantes conservações ou manutenções, ou defesas, e prefere mudar o que está bem e manter o que está mal. Há, assim, uma linha da História às avessas, quem caminha sempre e quer fazer os demais caminharem, do lado de lá do passeio, ou no passeio errado¹¹.

3. DE IURE CONSTITUENDO, UMA FORMA DE ACREDITAR NA JUSTIÇA

A distinção escolar, mas essencial, entre matérias *de iure constituto* e *de iure constituendo* é daquelas que, por vezes nem sempre revisitadas para questões filosóficas, e mesmo utilizada por vezes rotineiramente, não apercebemos como encerrando muitas lições. Neste caso concreto também.

O que ocorre é que o direito posto, constituído, positivo e vigente, o direito que temos, num qualquer aqui e agora (*hic et nunc*), em qualquer parte do mundo pode não ser exaltante, pode não ser perfeito. Normalmente ninguém o achará totalmente justo.

É, contudo, um sistema aberto. No sentido em que aceita a sua própria regeneração (desde alguns parâmetros, desde logo, os limites de revisão constitucional, ou cláusulas pétreas) e, naturalmente, o seu melhoramento. Mesmo a teorização, segundo a qual o direito seria um sistema fechado, acaba por não fechar a porta a uma regeneração do direito, não por influência externa, mas por mecanismos de autorregeneração, autopoietica. É o que se retira, por exemplo, deste passo de Paulo Hamilton Siqueira Junior:

¹¹ Reveste-se sobre este tema (que não podemos desenvolver, *brevitatis causa*) de muito interesse o amadurecimento ou meditação de alguns escritos de filosofia da História, como, por exemplo, BENJAMIN, Walter. *Theses on the Philosophy of History*, in *Illuminations*, com uma Introdução de Hannah Arendt. Londres: Harper Collins, 1992, p. 245 ss.. (trad. ingl. de *Schriften*. Francoforte-sobre-o-Meno: Suhrkamp, 1955).

O sistema fechado funciona independentemente do ambiente externo. É um sistema suficiente em si. É autopoietico, ou seja, autônomo. O sistema aberto é alopoietico, ou seja, heterônomo.

Assim, o sistema jurídico é aberto, na medida em que sofre influência ou interação com o meio exterior. A vida social estabelece as características do sistema jurídico. Este é um reflexo da sociedade em que está inserido e admite mudanças. Cabe notar que mesmo os autores que concebem o sistema jurídico como autopoietico admitem a interferência da sociedade¹².

Portanto, se *de iure constituto* o Direito pode ser em grande medida injusto (nunca o é totalmente, desde logo do mesmo modo que nenhuma política é sempre e só totalmente má, como assinalava Maurice Duverger¹³), já *de iure constituindo* há a possibilidade de o reformar, de o renovar, de o regenerar.

O que ocorre com o projeto (em grande medida um projeto da sociedade civil, e da comunidade científica dos pesquisadores e professores de Direito, especialmente de Direito Constitucional e de Direito Internacional) da criação de uma Corte / Tribunal Constitucional Internacional é, assim, manifestação que não interessará muito classificar (interessa mais pensar as coisas e vivê-las que encaixá-las em arrumos, gavetões), mas parece que, sem dúvida, partiu da sociedade, especialmente de uma

12 SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Teoria do Direito*. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 105-106.

13 DUVERGER, Maurice. *Introduction à la politique*. Paris: Gallimard, 1963, trad. port. de Mário Delgado, *Introdução à Política*. ed. esp., Lisboa: Estúdios Cor, 1977; Idem. *Janus, les deux faces de l'Occident*. Paris: Gallimard, 1962.



figura política nem sequer jurista (o doutor Moncef Mazurki), e foi conquistando mais e mais adesões no mundo jurídico e nas várias esferas em que se deve repercutir. Espera-se, pois, que seja um exemplo da abertura social do sistema alopoiético do Direito.

Um dos documentos mais significativos, e dos mais recentes (se não mesmo o mais recente¹⁴) deste processo, foi aprovado no último grande colóquio internacional sobre a questão, que se realizou, em 2015, na Faculdade de Direito da Universidade de Rabat, em Marrocos, e de que tivemos a honra de ser um dos redatores (com o professor Hassan Ouazzani Chahdi, e o decano Yadh Ben Achour, vice-presidente da Comissão de Direitos Humanos da ONU). Nele se aponta precisamente para um trabalho coletivo em prol do projeto, naturalmente de forças conjugadas da sociedade civil e de instituições, como que num *imput* para o sistema jurídico internacional, da comunidade internacional. Pela sua pouca divulgação ainda no Brasil, cremos justificar-se a sua transcrição:

« DECLARATION DE RABAT SUR LA COUR
CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE

Réunis à Rabat, les 16 et 17 juin 2015, à l'occasion du colloque international sur "Une Cour Constitutionnelle internationale au service du droit démocratique et du droit constitutionnel", organisé par l'Association pour la recherche sur la transition démocratique, en collaboration avec la Faculté de Sciences Juridiques, Economiques et Sociales de l'Université Mohamed V, le CIRID de

¹⁴ Para documentos mais antigos, mas ainda completamente atuais, cf. Documents of the ICCo *Ad hoc* Comitee. *Project for the Establishment of an International Constitutional Court*. Tunis. 2014.

l'Université Laurentienne, et en partenariat avec la Fondation Konrad Adenauer, des chercheurs, professeurs, académiciens, étudiants, experts de différents continents,

considérant:

1. La nécessité de prendre en considération les droits, les libertés et leurs garanties, au niveau global, aussi bien que les engagements des Etats, pour la cause de la paix et de la dignité humaine ;
2. Le développement des études et recherches ainsi que l'intérêt de l'opinion publique mondiale pour l'idée de création d'une cour constitutionnelle internationale ;
3. L'importance de la coordination des efforts et des volontés autour de ce projet innovant.

Tout en restant ouverts au débat démocratique et avec la plus complète ouverture d'esprit, affirment:

1. Leur conviction que la reconnaissance d'une normativité constitutionnelle internationale, mondiale ou globale et des principes d'une constitution matérielle, qui existent déjà, n'impliquent nullement l'existence d'un Etat planétaire ni une constitution mondiale formelle.
2. Leur croyance qu'une Cour constitutionnelle internationale constituera un pas décisif pour l'universalisation et l'effectivité de l'Etat de droit, de la démocratie et des droits de l'Homme.
3. Leur intention de travailler pour l'élaboration d'un projet d'avenir, réfléchi et réaliste qui



puisse évoluer vers des solutions acceptables et consensuelles

Décidons, en conséquence, de créer un collectif pour la Cour Constitutionnelle Internationale, qui pourrait avoir des sections nationales et / ou régionales, en vue de poursuivre la réflexion et la finalisation du projet

Rabat, le 17 juin 2015”.

4. DEVIENS CE QUE TU ES

A ordem jurídica internacional, e especificamente o complexo normativo constitucional internacional e universal não precisam de inventar muita coisa para aceitarem e porem em ação uma Corte como esta. Devem é ver-se ao espelho, na realidade que já existe, e tirar daí as óbvias consequências. No fundo, a dimensão constitucional mundial tem apenas que tornar-se no que é. Apenas de forma mais organizada, mais ativa, mais consequente, mais institucionalizada. É disso que se trata com esta proposta. Não, de modo algum, de propor algo de eventualmente ou potencialmente totalitário ou autoritário, como um “Estado Mundial”.

Os soberanistas (exagerados e ideológicos defensores, à *outrance*, de um conceito nem mesmo bodiniano de soberania¹⁵, certamente até

15 BODIN, Jean. *Les six livres de la république* (1576), trad. cast. e estudo preliminar de Pedro Bravo Gala, *Los seis libros de la República*. Madrid: Tecnos, 1985. V. ainda o desenvolvimento em Hobbes: LESSAY, Franck. *Souveraineté et légitimité chez Hobbes*. Paris: P.U.F., 1988. Redescubra-se, também, a interpretação de BRIERLY, J. L.. *The Law of Nations*. 6.ª ed., Oxford: Clarendon Press, 1963. trad. port. de M. R. Crucho de Almeida, Prefácio de A. Rodrigues Queiró, 4.ª ed., *Direito Internacional*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

mais radical) agitam frequentemente o espantinho da “Nova Ordem Mundial”¹⁶ mais ou menos conspiratória, do “Estado Mundial” totalitário e do fim da “soberania nacional”¹⁷ como terríveis espectros. Quando, tan-

1979, p. 7 ss.. E ainda deverá revisitar-se o interessante e esclarecedor contributo de TOUCHARD, Jean (org.), *História das Ideias Políticas*, Lisboa, Europa-América, 1970 (vários vols.), vol. 3, p. 63.

16 Sobre o problema, em conexão com a jurisdição internacional, v. ESCARAMEIA, Paula. *Prelúdio de uma Nova Ordem Mundial: o Tribunal Penal Internacional*. Lisboa: “Nação e Defesa”, primavera de 2003, p. 11 ss.. Sobre este tema há muita abundante literatura, muita dela completamente anticientífica. De entre os estudos rigorosos, ainda que tomando posição, ALLOTT, Philip. *Eunomia. A New Order for a New World*. Oxford: Oxford University Press, 1999; SANTOS, António de Almeida. *Que Nova Ordem Mundial?* Lisboa: Campo da Comunicação, 2009.

17 Cf., sobre soberania, por todos, os clássicos SCHMITT, Carl. *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, reed.. Berlin: Duncker und Humblot, 1985; Idem. *Souveraineté de l’Etat et liberté des mers*, in *Quelques aspects du Droit Allemand*. Paris: Fernand Sorlot, 1943, p. 139 ss.; BRITO, António José de. *Nota sobre o Conceito de Soberania*. Braga: s.e., 1959; na tradição veteroliberal, DE JOUVENEL, Bertrand. *De la Souveraineté – à la recherche du bien politique*. Paris: Jénin, Librairie des Médicis, 1955. Mais recentemente, MAIRET, Gérard. *Le Principe de Souveraineté*. Paris: Gallimard, 1997; KRITSCH, Raquel. *Soberania. A Construção de um Conceito*. São Paulo: USP / Imprensa Oficial do Estado, 2002; LAMAS, Félix Adolfo — *Autarquia y Soberania en el Pensamiento Clásico*, in *Quale Costituzione per Quale Europa*, org. de Danilo Castellano, Nápoles, Edizioni Schientifiche Italiane, 2004. E o eloquente título de BERGALI, Roberto / RESTA, Eligio (org.). *Soberania: Un Principio que se Derrumbra. Aspectos Metodológicos y Jurídico-Políticos*, Barcelona: Paidós, 1996. Colocando problemas internacionais, designadamente, VEDEL, Georges. *Souveraineté et supra-constitutionnalité*. Paris: “Pouvoirs”, 1993, n.º 67, p. 79-97; FERRAJOLI, Luigi. *La Sovranità nel mondo moderno*. Roma / Bari: Laterza, 1997, trad. port. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Mais recentemente ainda, e com importante diálogo com a América Latina, HAEBERLE, Peter / KOTZUR, Markus. *De la Soberania al Derecho Constitucional Común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. A propósito de soberanismo, v. COÛTEAUX, Paul-Marie. *La puissance et la honte. Trois lettres françaises*. Paris: Michalon, 1999; JOLY, Marc. *Le souverainisme. Pour comprendre l’impasse européenne*. Paris: François-Xavier De Guibert, 2001; COÛTEAUX, Paul-Marie / ABITBOL, William Abitbol, *Souverainisme j’écris ton nom*. Paris: “Le Monde”, 23 de março de 2000. Sobre nacionalismos, v. por todos, HERMET, Guy. *Histoire des nations et du nationalisme en Europe*, trad. port. de Ana Moura, *História das Nações e do Nacionalismo na Europa*. Lisboa: Estampa, 1996. E mais recentemente cf. GRIMM, Dieter. *The Constitution in the Process of Denationalization. “Constellations”*. 2005, p. 447 ss.; HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional: Ensaio Político*. tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001; MacCORMICK, Neil.



to quanto conseguimos vislumbrar da nossa modesta torre de vigia (as teorias da conspiração utrapassam a nossa capacidade de adivinhação), não se trata de nada disso.

É interessante como a assimilação entre Estado e Constituição ainda funciona tanto agora, e, neste caso, como foi aliás argumento contra a Constituição Europeia no tempo dos referendos ao projeto da Convenção Europeia, dirigida por Valérie Giscard D'Estaing¹⁸. Alguns, sobretudo constitucionalistas mais clássicos ou tradicionais, consideravam que só pode haver Constituição existindo um Estado, e para o funcionamento desse Estado. Portanto, seria preciso um Estado gigantesco europeu para poder haver constituição europeia, assim como, para haver constituição mundial, se careceria de construir um totalitário ou, no mínimo, portentosíssimo Estado mundial.

Ora não parece ser assim. Antes de mais, pela simples aplicação de princípios muito gerais, como o próprio conceito histórico-universal de

Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth, Oxford: Oxford University Press, 1999. E finalmente, v. o nosso livro *Nova Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2013, e *Direito Internacional: Raízes & Asas*, no prelo.

18 Para mais desenvolvimentos, cf. o nosso livro *Novo Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, Almedina, 2005. Mais recentemente, o nosso livro *Political Ethics and European Constitution*. Heidelberg: Springer, 2015, Prefácio de Paulo Archer de Carvalho. Ainda sobre matérias constitucionais europeias, por todos, v. SWEET, Alec Stone. *Constitutional Dialogues in the European Community*. in *European Courts and National Courts: Doctrine & Jurisprudence*. ed. por Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet e Joseph H. H. Weiler. Oxford: Hart, 1998; CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La Constitución Inédita. Estudios ante la Constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004; BAST, Juergen / BOGDANDY, Armin von (eds.). *Principles of European Constitutional Law*, 2.ª ed.. Oxford: Hart, 2010; PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos et al.. *La Constitución europea: tratados constitutivos y jurisprudencia*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2000; HABERMAS, Juergen. *La Constitution de l'Europe*. trad. fr. de Christian Bouchindhomme, Paris: Gallimard, 2012.

[Voltar ao índice](#)

Constituição, compreendido pelo menos desde Ferdinand de Lassalle¹⁹, e o de constituição material²⁰ por contraposição à constituição formal e não confundido com constituição real, de nível social ou sociológico. Ambos os princípios apontam para a existência de Constituições em situações que não são as do clássico Estado nacional moderno.

Num artigo que certamente ficará célebre, e já é, de todo o modo, uma referência, a eminente professora francesa Monique Chemillier-Gendreau desenvolveu uma tese afinal muito simples, elementar, mas muito esquecida, na prática (e também em alguma teoria por assim dizer intermédia, ou *in medias res*):

É preciso que os estados cumpram os seus compromissos internacionais. As suas palavras merecem ser recordadas no original:

[...] on ne compte plus les Etats qui transgressent allègrement les principes juridiques qu'ils ont ratifiés dans des traités. Sans doute le temps est-il venu de faire appliquer ces règles, non pas avec des canonniers, mais en recourant à l'arme du droit²¹.

19 LASSALE, Ferdinand — *O Que é uma Constituição Política?*, trad. port., Porto, Nova Crítica, 1976.

20 MORTATI, Costantino. *La Costituzione in Senso Materiale*. Milão: Giuffrè, 1940, reed. 1998, com um Prólogo de Gustavo Zagrebelsky; BARTOLE, Sergio. *Costituzione Materiale e Ragionamento Giuridico*, in "Dirito e Società", 1982, p. 605 ss.. E o nosso livros: *Constituição & Política. Poder Constituinte, Constituição Material e Cultura Constitucional*. Lisboa: Quid Juris, 2012; *Constitution et Mythe*, com prefácio de François Vallançon. Quebeque: Presses de l'Université Laval, 2014; *La Constitution naturelle*. Paris: Buenos Books International, 2014.

21 CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. *Obliger les Etats à tenir parole*. "Le Monde diplomatique", setembro de 2013.



Pois bem. As coisas essenciais parece que não são inventadas *ex nihilo*, mas redescobertas. Não é o princípio *pacta sunt servanda* um dos mais importantes e prestigiados, com raízes mais profundas? E não foi com ele que o próprio Hans Kelsen de algum modo identificaria a *Grundnorm* da sua Teoria Pura do Direito?²² É essa, afinal, a base do contrato constitucional internacional²³, de que emana, já hoje, uma constituição universal ou global de tipo material, e que é a base para toda a atividade futura da Corte que se propõe. Há uma inevitabilidade na globalização do Direito Constitucional, e ela já está aí²⁴. Progredindo.

Dessa constituição material fazem parte inúmeros textos escritos, pelo que não é necessário sequer, pelo menos a curto prazo, a elaboração de nenhuma Constituição universal. Talvez, isso sim, alguma consolidação e recorte normativo das normas fundamentalmente aplicáveis pela nova Corte, mas cuidamos que sem exclusão de outras fontes, que, no concreto, se venham a revelar pertinentes. Assim, cabem lembrar textos da importância destes:

- Declaração Universal dos Direitos do Homem;
- Pacto Internacional relativo aos Direitos Cívicos e Políticos;
- Carta da Organização dos Estados Americanos;

22 KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, trad. port. de João Baptista Machado. *Teoria Pura do Direito*, 4.ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1976. V. ainda KELSEN, Hans / CAMPAGNOLO, Umberto. (org. LOSANO, Mario G.). *Direito Internacional e Estado Soberano*. trad. port. de Marcela Varejão, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 121 ss..

23 Em geral, cf. o nosso livro *O Contrato Constitucional*, Lisboa, Quid Juris, 2014.

24 TUSHNET, Mark. *The Inevitable Globalisation of Constitutional Law*. in *Highest Courts and Globalisation*, ed. por Sam Muller e Sidney Richards, The Hague: Hague Academic Press, 2010.

- Ata Constitutiva da União Africana,
- Tratados da União Europeia, v.g. o fundamentalíssimo e já em si mesmo constitucional (nesse mesmo sentido material) Tratado de Lisboa;
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Etc...

E, evidentemente, a Carta das Nações Unidas, sobre que já se discutiu se seria uma Constituição²⁵. Cremos que todos esses documentos, mais alguns outros, e alguma jurisprudência, costume e doutrina até (temos uma visão pluralista das fontes do Direito) é que constituem a Constituição global. Isso sim.

A projetada Corte internacional tem tudo a ver com o acreditarmos na Justiça. Porque se nela não crêssemos, seria supérflua, até eventualmente nociva (por consumir tempo, esforços e meios) a criação de mais uma instância judiciária. Mas crendo na capacidade de melhoramento do mundo, de aperfeiçoamento das regras e das formas de controlo do seu cumprimento, tem todo o sentido, depois da criação de uma Corte Constitucional Penal (que *a fortiori* parecia ser uma quimera ainda maior), a institucionalização de uma jurisdição internacional para as questões jurídico-políticas mais importantes, as constitucionais.

Trata-se, pois, de ter Esperança, e trabalhar por ela.

25 FRANCK, Thomas M.. *Is the U.N. Charter a Constitution? Verhandeln für den Frieden - Negotiating for Peace: Liber Amicorum Tono Eitel*, ed. por Jochen Abret Frowein et al.. Berlin: Springer, 2003.



5. MOMENTOS E ARGUMENTOS ANTIDEMOCRÁTICOS

Recuemos um pouco, porém, para ver algumas marcas e traumatismos que podem até fazer a não poucos desesperar da esperança em dias melhores. E de encarar com ceticismo ou, pior que isso, projetos deste teor.

Numa palestra de Hécio Dallari Júnior sobre Democracia, na OAB, em agosto de 2015, cremos que ainda inédita, ficamos impressionados com estatísticas mundiais sobre os regimes democráticos. E a partir daí recordamos uma brincadeira muito séria de anarquistas portugueses que pintaram em paredes do país, a seguir à Revolução dos Cravos, de 25 de abril de 1974, que devolveu aos Portugueses a democracia:

“Pedimos desculpa por esta democracia. A ditadura segue dentro de momentos”.

Era uma intertextualidade humorística, satírica, com um dístico que aparecia nos primeiros tempos da televisão portuguesa, em que os programas com alguma frequência tinham de ser interrompidos. E o cartaz, com letras brancas em fundo negro, dizia, simplesmente:

“Pedimos desculpa por esta interrupção. O Programa segue dentro de momentos”.

Pois bem.

Recordamos ainda um importante artigo do Decano Ben Achour²⁶, em que nos adverte que o sentido atual do velho tópico de Direito Internacional “nações civilizadas” deve ser lido como referindo-se a “nações

26 BEN ACHOUR, Yadh. *Au service du droit démocratique et du droit constitutionnel international. Une Cour constitutionnelle internationale*. “Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger”. Paris: LGDJ, n.º 2, 2014, p. 419-443.

democráticas”. Ora, como avaliar, senão em termos rigorosos e jurisdicionais, a verdadeira qualidade de Estado democrático, com critérios concretos, desde logo o respeito pelas Constituições, o respeito pelos Direitos Humanos, a transparência e lisura dos processos eleitorais, o respeito recíproco entre os poderes democraticamente instituídos, pela sua separação e interdependência etc., etc.?

Embora a função primária da Corte Constitucional Internacional não seja distribuir selos de qualidade para as democracias, ou certificados de bom comportamento, não se pode negar que pode ter um papel pedagógico e dissuasor de “más práticas”, porque se pressupõe que será uma instância acima de toda a suspeita.

A democracia é, como a rosa dentro da redoma no planeta do *Príncipezinho* (*Pequeno Príncipe*) uma flor muito delicada e sujeita a muitas doenças e intempéries. A volta a galope da ditadura, da autocracia, do totalitarismo é um perigo, sempre, tanto mais que as democracias não têm sabido criar o seu maior escudo de defesa que seria uma vasta, sólida, esclarecida e crítica educação das vastas massas populares. Apesar de esforços pontuais, a verdade é que a alfabetização mesma não tem sequer funcionado completamente, com a existência de analfabetos funcionais, e de pessoas cuja alienação²⁷ social e política, independentemente da sua classe social, é a regra.

De tempos a tempos, uma ditadura sacode a placidez democrática (ou o contrário, para alguns, *mutatis mutandis*). Sufoca os direitos, e o medo impera. Porém, mesmo as mais terríveis ditaduras conseguem, quando instaladas e depois de algum tempo, criar o “viver habitualmente” de que

27 Sobre alienação, cf. o nosso livro *Desvendar o Direito. Iniciação ao Saber Jurídico*. Lisboa: Quid Juris, 2014 (com Posfácios de vários autores).



falava (e que tanto almejava para Portugal) Oliveira Salazar, pelo menos por quem não tenha veleidades de intervenção política democrática no seu seio. Assim, as ditaduras para alguns permanecem invisíveis. E, nisso, a deseducação e a despolitização evidentemente que ajudam muito.

Mas sabemos também que chega um momento em que a consciencialização, pelo menos de alguns e em lugares sociais estratégicos, acaba por chegar. E aquilo que para certos parecia normal, começa a pesar demasiado. A advogada e consultora de ONGs sobre questões de género Meriem Ben Lamine tem um texto (ainda inédito, mas no prelo) em que, analisando, *en passant*, a atual situação da Tunísia, considera que há realmente pessoas despolitizadas que prefeririam o regresso de um Ben Ali, por causa da manutenção do seu poder de compra. A dignidade, parece afirmar, seria assim por alguns trocada pela simples segurança e bem-estar.

Tal ocorre por toda a parte. Mas sabemos que quem troca a liberdade pela segurança, como disse o clássico, não merece nem uma nem outra. E, muitas vezes, a prazo, acaba por perdê-las a ambas.

Invisível para certas pessoas, a tirania acaba por se tornar insuportável para alguns. Os cartazes de antes da revolução (2010-2011) sobre a Tunísia mostravam uns um paraíso de veraneio em praias de sonho. Mas começaram a aparecer outros cartazes em que precisamente se sublinhava que as únicas pessoas livres, nesse país, eram os turistas. Sim, livres nessa liberdade alienada de quem está apenas de visita e para fruir das férias.

Viver em Ditadura dá imaginação jurídica e Política. Como afloramos *supra*, foi um exilado político, o doutor Moncef Mazurki quem idealizou a criação desta Corte Internacional²⁸. Precisamente por ver o bloqueio, o

28 Embora o primeiro passo tenha sido um artigo num jornal francês, v. mais tarde MAZOURKI, Moncef. *Le Mal Arabe. Entre dictatures et intégrismes : la démocratie interdite*, Paris: L'Harmattan, 2004.

fechamento, o impasse das vias de recurso jurisdicional (e, antes disso, político) no seu país em ditadura. E uma vez eleito primeiro presidente do seu País em Democracia, imediatamente procurou promover a sua ideia.

Há quem se conforme. Em ditadura, ou em democracia formal, truncada, limitada, de pouco rasgo e escassa respiração. Há quem considere que uma Corte deste tipo seria rejeitada por uns e por outros: os ditadores, porque não a reconheceriam, não desejando poderes extranacionais acima dos que lhe são fiéis; os democratas, afinal pelas mesmas razões, mas com o pretexto de que se trataria de uma supérflua duplicação. E todos invocariam muito a soberania.

Para além das formas revolucionárias de superação (subversão, realmente) das ditaduras, acaba por dificilmente haver meios pacíficos: por vezes efetivamente eficazes. As formas jurisdicionais de ir encontrando oásis de Justiça num deserto de arbitrariedade ou pensada injustiça são possíveis, não se desconhecem, mas são evidentemente arriscadas e não constituem a regra, evidentemente. Contudo, acredita-se, relativamente a este projeto, que uma vez conquistada a opinião pública académica e política, e pelo menos uma parte da opinião pública geral, será difícil a todos recusarem a jurisdição em tese. Há uma pressão grande para, pelo menos, uma afirmação teórica (e mesmo hipócrita) do Estado de Direito, da Democracia e dos Direitos Humanos, que são precisamente as bandeiras da Corte.

Portanto, acredita-se que esta forma jurisdicional não será descartada por muitos, a prazo.



6. FAZER JUSTIÇA HIC ET NUNC. NÃO ADIAR A ESPERANÇA

Até aqui a jurisdição poderia ser, em muitos casos, uma parca esperança. Os filósofos Locke (1632-1704) e Hume (1711-1776) parece terem falado, no limite, quando todas as instâncias das justiças humanas sucessivamente nos denegam Justiça, de *um apelo para o céu*. Mas não será demasiada resignação? Não será um excessivo protelar? Como no conhecido filme, *O Céu pode esperar*. Precisamos é de amparo para as nossas causas justas aqui e agora.

Para que não se espere pelo céu, desenvolvemos o Projeto de uma Corte Constitucional Internacional, mesmo para países democráticos, que não podem escurar-se no álibi da sua democracia formal e superestrutural para denegarem pontualmente Justiça e boa e justa Justiça.

O escopo deste Tribunal será, fundamentalmente, e em princípio:

- apreciar questões de constitucionalidade (e democraticidade) em sede consultiva, profilática;
- verificar e declarar a validade das eleições, em casos controversos;
- esgotados os recursos internos e regionais, apreciar condutas (sobretudo normativas) dos Estados ao nível do Direito Constitucional Internacional.

Este último aspeto é, evidentemente, o maior pomo de discórdia, porque as instâncias nacionais encarregadas da última palavra nestas matérias por vezes não se encontram preparadas para aceitar que hoje a jurisdição é uma realidade antes de mais em rede, e em que o património universal da Humanidade, mesmo o jusconstitucional, talvez até a

fortiori, deve sobrepor-se, em alguns casos, aos particularismos que não tenham relevância e especificidade atendíveis. Por outro lado, e em abono da necessidade de menos exclusivismo soberanista, é já uma verdade o grande diálogo entre cortes nacionais e regionais, apesar de alguns focos de soberanismo judiciário²⁹.

Não deixa de ser de algum modo irónico que boa parte do *corpus* por que o Tribunal Internacional terá de julgar é constituído por direito nacional dos estados concretamente envolvidos em litígios, e, desde logo, o seu Direito Constitucional... Sem embargo, como referimos, a existência, e obviamente da utilização, da Constituição universal material, que de algum modo também poderia aferir-se pelas imensas interseções existentes na maioria esmagadora das constituições do Mundo.

Apesar das incompreensões e das objeções de soberanistas e do argumento cruzado de dissuasão da democracia (sem entusiasmo no projeto) e a ditadura (com rejeição por ele), a História revela precedentes que nos animam neste projeto.

A Corte Constitucional Internacional não é uma quimera. *Não o sabiam impossível e por isso fizeram-no*. Mark Twain, autor desta ideia, compreendeu bem que o maior obstáculo a um projeto ousado, mas que nada antecipadamente prova que seja irrealizável, é a desistência à partida, pela convicção da impossibilidade. Afinal, um preconceito dogmático.

29 Cf., esp. RAMIRES, Maurício. *Diálogo Judicial Internacional: A Influência recíproca das jurisprudências constitucionais como fator de consolidação do Estado de Direito e dos Princípios Democráticos*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (tese de doutoramento defendida a 30 de setembro de 2014, tendo como arguentes o Prof. Doutor Jorge Miranda e nós próprio, em banca presidida pelo Prof. Doutor Marcelo Rebelo de Sousa), máx. p. 192 ss. Cf. a nossa arguição: *Da República Universal dos Juizes*, in “Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto”, Ano XI, 2014, p. 351-365.



Realidades como a Corte Penal Internacional atestam que este tipo de projetos tem hipóteses de vingar.

Entretanto, têm vindo a ter lugar, também no Brasil, várias iniciativas em prol do projeto. Além de muitas conferências por todo o País, é de salientar a participação de brasileiros no colóquio de Rabat, em 2015, e a publicação, sob nossa coordenação, de várias publicações (em papel e *online*)³⁰.

Com Esperança, e acreditando na Justiça, o projeto *faz o seu caminho...*

30 Desde já, cf. <http://hottopos.com/rih38/index.htm>; <http://hottopos.com/isle24/index.htm>; <http://hottopos.com/notand41/index.htm> (consultados a 9 de setembro de 2016).

