



Diálogo
Ambiental
Constitucional
Internacional

VOLUME

15

ESTADO DE DIREITO, AMBIENTE E NATUREZA

Coordenadores

Jorge Miranda
Carla Amado Gomes

Organizadores

Bleine Queiroz Caúla
Marco Villas Boas
Mateus Rodrigues Lins



Diálogo
Ambiental
Constitucional
Internacional

Volume 15

Tema:

Estado de Direito, Ambiente e Natureza

Coordenadores

Jorge Miranda

Carla Amado Gomes

Organizadores

Bleine Queiroz Caúla

Marco Villas Boas

Mateus Rodrigues Lins

Copyright © 2020 by
Bleine Queiroz Caúla
Marco Anthony Steveson Villas Boas
Mateus Rodrigues Lins

Categoria: Direito Ambiental, Constitucional e Internacional

Produção Editorial
Escola Superior da Magistratura Tocantinense

Revisão ABNT: Bleine Queiroz Caúla e Mateus Rodrigues Lins

Revisão Gramatical: Maria Ângela Barbosa Lopes

Crédito foto de capa: Thassiel Melo

Diagramação: Bruno Rocha

A Escola Superior da Magistratura Tocantinense
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Escola Superior da Magistratura Tocantinense

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

DADOS INTERNACIONAIS PARA CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

D53 6 Diálogo ambiental, constitucional e internacional, vol. 15 /
 coordenadores Jorge Miranda, Carla Amado Gomes ;
 organizadores Bleine Queiroz Caula, Marco Anthony Seteveson
 Villas Boas, Mateus Rodrigues Lins. – Palmas: Editora Esmat,
 2020.

XXvIII, 328 p. ; 23cm.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-990310-5-2

1. Direito. 2. Direito ambiental. 3. Direito constitucional. 4-
Direito internacional. 5. Direitos humanos. I. Miranda, Jorge. II. Gomes,
Carla Amado. III. Villas Boas, Marco Anthony Steveson, IV. Caula,
Bleine Queiroz. V. Lins, Mateus Rodrigues.

CDU 349.6

Comissão Científica

Alexandre Sousa Pinheiro – ASP Formação e Consultoria

Ângela Issa Haonat – UFT

Ana Maria D'Ávila Lopes – Universidade de Fortaleza

Ana Paula Araújo de Holanda – Universidade de Fortaleza

Anna Ciammariconi – Università degli Studi di Teramo

André Leite – Universidade de Vilnius

Beatriz Souza Costa – ESDHC

Bleine Queiroz Caúla – Universidade de Fortaleza

Carla Amado Gomes – Universidade de Lisboa

César Barros Leal – UFC

Claudia do Amaral Furquim – IDEM

Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University

Dayse Braga Martins – Universidade de Fortaleza

Délton Winter de Carvalho – UNISINOS

Elvira Domínguez-Redondo – Middlesex University

Fernando González Botija – Universidade Complutense de Madrid

Francisco Lisboa Rodrigues – FATENE

Horácio Wanderlei Rodrigues – UFSC

Jefferson Aparecido Dias – UNIMAR

João Pedro Oliveira de Miranda – Universidade de Lisboa

Jorge Miranda – Universidade de Lisboa

Katherinne de Macedo Maciel Mihaliuc – Universidade de Fortaleza

Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima – Universidade de Fortaleza

Orides Mezzaroba – UFSC

Rômulo Guilherme Leitão – Universidade de Fortaleza

Susana Borràs Pentinat – Universitat Rovira i Virgili

Valério de Oliveira Mazzuoli – UFMT

Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Wagner Menezes – USP

Coordenadores

Jorge Miranda

Licenciado em Direito (1963) e Doutor em Ciências Jurídico-Políticas (1979), é Professor Catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Nas duas Faculdades já exerceu a regência de todas as disciplinas do Grupo de Ciências Jurídico-Políticas, mantendo hoje a seu cargo as de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais. Também na Faculdade de Direito de Lisboa, exerceu funções como Presidente do Conselho Científico (1988-1990 e 2004-2007) e Presidente do Conselho Directivo (1991-2001). Integrou ainda Comissão Científica da Escola de Direito da Universidade do Minho (1973-2005) e coordenou a licenciatura em Direito da Universidade Católica Portuguesa (1983-1989). Eleito nas listas do Partido Popular Democrático, foi deputado à Assembleia Constituinte (1975-1976), tendo tido um papel importante na feitura da Constituição da República Portuguesa, de 1976. A sua colaboração estendeu-se também à elaboração das Constituições de São Tomé e Príncipe (1990), de Moçambique (1990), da Guiné-Bissau (1991) e de Timor-Leste (2001). Foi Membro da Comissão Constitucional (1976-1980), órgão precursor do atual Tribunal Constitucional. É Doutor Honoris Causa em Direito, pela Universidade de Pau (França, 1996), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil, 2000), Universidade Católica de Lovaina (Bélgica, 2003) e pela Universidade do Porto (2005). Presidente Honorário Vitalício do Instituto Luso Brasileiro de Direito Público. Presidente de Honra do Diálogo ACI.

Carla Amado Gomes

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto). Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa (2006-2014). Foi Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (2007-2013). Foi assessora no Tribunal Constitucional (1998/1999). Lecciona cursos de Mestrado e Pós-Graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em acções de formação no Centro de Estudos Judiciários. Coordenadora Académica do Diálogo ACI.

Organizadores

Bleine Queiroz Caúla

Coordenadora Científica do Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. Doutora em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável - Universidade Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha. Professora Assistente da Universidade de Fortaleza. Pedagoga. Advogada agraciada com o V Prêmio Innovare, 2008 (Projeto Cidadania Ativa – gestão 2005-2008). Principais obras publicadas: O Direito Constitucional e a Independência dos Tribunais Brasileiros e Portugueses: aspectos relevantes; Direitos Fundamentais: uma perspectiva de futuro; O direito administrativo na perspectiva luso-brasileira; A Lacuna entre o Direito e a Gestão do Ambiente: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais. E-mail: bleinequeiroz@yahoo.com.br. ORCID Id <http://orcid.org/0000-0002-0033-8242>.

Marco Villas Boas

Mestre em Direito Constitucional, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas, pela mesma universidade. Diretor Geral da Escola Superior da Magistratura Tocantinense. Vice-Presidente do Colégio Permanente de Diretores das Escolas Estaduais da Magistratura (COPEDEM). Membro da Academia Tocantinense de Letras. Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins. Ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, do Colégio de Presidentes dos Tribunais Eleitorais do Brasil (COPTREL) e do Colégio de Corregedores Eleitorais do Brasil (COCEL).

Mateus Rodrigues Lins

Autor de outros volumes do Diálogo ACI. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Escritor. E-mail: mateusrlins@gmail.com.

Autores

Amanda Almeida Lima
Ana Maria D'Ávila Lopes
Antônio Donizetti de Resende
Bleine Queiroz Caúla
Bruna Souza Paula
Bruno Costa Marinho
Cristiane Roque de Almeida
Dayane Nayara da Silva Alves
Dayse Braga Martins
Deilton Ribeiro Brasil
Denise Maria Soares
Eveline Correia de Castro
Gustavo Paschoal Teixeira de Oliveira
Igor de Andrade Barbosa
Igor Labre de Oliveira Barros
José Jackson Nunes Agostinho
José Victor Ibiapina Cunha Morais
Juliana Custódio de Carvalho
Jullyanny Nathyara Santos de Araújo
Kárita Barros Lustosa
Lara Lívia Cardoso Costa Bringel
Letícia Maria da Silva Torquato
Lucas Vieira Barjud Marques
Luciana Oliveira Araújo
Luís Haroldo Pereira dos Santos Júnior
Marina Andrade Cartaxo
Nikaelly Lopes de Freitas
Pablo Ronaldo Gadea de Souza
Paulo Gonzalez Büll
Rafael Costa Marinho
Renata Pimenta de Novaes Castelo Branco
Renata Rodrigues de Castro Rocha
Sidney Soares Filho
Sílvio César Cardoso de Freitas
Sócrates Oliveira Costa
Suyene Monteiro da Rocha
Wellington Magalhães

Sumário

Prefácio – Cláudia do Amaral Furquim

Pág 11

Apresentação – Bleine Queiroz Caúla

Pág 13

AMBIENTAL

Escravidão contemporânea no meio ambiente laboral dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde e a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: vedação do retrocesso pelas Portarias Interministeriais do Ministério do Trabalho

Bleine Queiroz Caúla

Bruna Souza Paula

Pág 14

Nikaelly Lopes de Freitas

A Sociedade de Risco e as dimensões dos Direitos Humanos no Direito Ambiental

Deilton Ribeiro Brasil

Antônio Donizetti de Resende

Pág 43

Denise Maria Soares

Da tutela ambiental na Constituição Federal de 1988 ao marco legal da biodiversidade

Suyene Monteiro da Rocha

Renata Rodrigues de Castro Rocha

Pág 60

Cristiane Roque de Almeida

Gestão de alto nível dos recursos hídricos e a intervenção judicial na Bacia Hidrográfica do Rio Formoso

Wellington Magalhães

Pág 63

Kárita Barros Lustosa

CONSTITUCIONAL

O Princípio Democrático em face do papel do Judiciário e da separação de poderes

Ana Maria D'Ávila Lopes

Luís Haroldo Pereira dos Santos Júnior

Pág 92

Marina Andrade Cartaxo

Direito de Petição versus Direito à Informação: a litigância predatória nas ações dos Juízes do Paraná

Sílvio César Cardoso de Freitas

Bruno Costa Marinho

Rafael Costa Marinho

Pág 119

Análise jurídico-constitucional do *jus postulandi* em face do Princípio da Proteção ao trabalhador hipossuficiente

Deilton Ribeiro Brasil

Antônio Donizetti de Resende

Pág 136

Integralidade do direito à saúde no âmbito do Sistema Único De Saúde – SUS

Letícia Maria da Silva Torquato

Igor de Andrade Barbosa

Pág 151

A ineficácia da ação afirmativa para representatividade das mulheres no contexto político partidário no Brasil

Juliana Custódio de Carvalho

Jullyanny Nathyara Santos de Araújo

Lara Livia Cardoso Costa Bringel

Pág 171

As excludentes de punibilidade da legislação tributária (Lei n 8.137, de 1990, Lei n° 10.684, de 2003, e Lei n° 12.382, de 2011) à luz do garantismo penal de Luigi Ferrajoli

Dayane Nayara da Silva Alves

José Victor Ibiapina Cunha Morais

Sidney Soares Filho

Pág 191

O discurso do estadista Diogo Antônio Feijó de 1830 a 1834 e sua contribuição para o pensamento constitucional brasileiro. O Brasil de antes é o mesmo de hoje

José Jackson Nunes Agostinho

Bruna Souza Paula

Eveline Correia de Castro

Pág 207

A mediação e a conciliação judiciais como instrumentos eficazes de solução de conflitos familiares e sua repercussão na natureza consensual do Processo Civil: uma análise dos projetos dos CEJUSCS no Brasil

Dayse Braga Martins

Luciana Oliveira Araújo

Amanda Almeida Lima

Pág 225

Princípio da Anterioridade Tributária em sede de revogação de isenção incondicionada

Bleine Queiroz Caúla

Renata Pimenta de Novaes Castelo Branco

Pág 242

Sócrates Oliveira Costa

INTERNACIONAL

Proteção indireta do direito ao meio ambiente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Ana Maria D'Ávila Lopes

Lucas Vieira Barjud Marques

Pág 265

Marina Andrade Cartaxo

Crime de ecocídio: uma análise em torno da jurisdição do Tribunal Penal Internacional

Igor Labre de Oliveira Barros

Gustavo Paschoal Teixeira de Oliveira

Pág 292

O *greening* no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos: o caso das Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu (“Caso Belo Monte”)

Pablo Ronaldo Gadea de Souza

Paulo Gonzalez Büll

Pág 313

Prefácio

Antes de mais nada, agradeço cordialmente o convite para prefaciar esta importante obra e expresso minha satisfação por poder manifestar o entusiasmo com que tenho acompanhado o trabalho científico e acadêmico realizado pela professora Bleine Queiroz Caúla e seus esforços para promover o Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional.

A cada edição o evento reafirma-se como um importante canal de produção e de intercâmbio de conhecimento jurídico qualificado, unindo gerações de pesquisadores em prol do aperfeiçoamento da doutrina jurídica. Nesta oportunidade, novamente, contribui para o estreitamento de laços acadêmicos entre instituições de ensino de relevo nacional, representadas neste volume pela Universidade de Tocantins, e estrangeiras, representadas pela *Universidad de San Francisco de Quito*.

Cumprindo esse mister, a presente obra traz importantes reflexões sobre instigantes temas, alguns dos quais desafiam releituras e revisão de conceitos desde muito assentados. Outros temas expõem como setores da sociedade persistem expostos a lamentáveis práticas, convidando-nos a refletir sobre qual o papel do Direito e o que realmente deve ser feito para tornar efetivas os direitos e garantias constitucionalmente consagrados.

É um exemplar que trafega pelos mais variados temas jurídicos, com ênfase nos Direitos Humanos e no Direito Ambiental, mas que também traz reflexões sobre o Direito Público. Isso me anima e me leva a concluir que novamente o Estado desperta o interesse da comunidade acadêmica com vigor, o que é imprescindível para aperfeiçoamento não somente das instituições, mas sobretudo das práticas administrativas e da própria legislação.

Em uma ambiência de dedicado aprofundamento e de muita responsabilidade acadêmica, os temas tratados neste volume confirmam a vocação do Diálogo-ACI para suscitar grandes debates e contribuir para a construção de uma base doutrinária forte, inovadora e crítica. Essa realidade tem potencial vocação para instigar a novos pesquisadores a empreender estudos cada vez mais qualificados, o que, ademais de ser um grande ganho acadêmico, representa uma notável contribuição para a interpretação do Direito em vigor, materializando competentemente o pensamento cunhado por Javier Delgado Barrio segundo o qual a doutrina é a pré-jurisprudência.

Em um momento em que grandes mudanças mundiais começam a cobrar protagonismo, o Direito tem o dever de responder com sofisticação de entendimento e esmero os questionamentos delas derivados. Empreender novas reflexões a partir das que estão contidas neste volume é um excelente começo. Portanto, desejo a todos uma boa leitura.

Claudia do Amaral Furquim

Doutora em Direito – Universidad Complutense de Madrid

Procuradora do Distrito Federal

Membro da Comissão Científica do Diálogo ACI

Apresentação

Bleine Queiroz Caúla
Coordenadora Científica

O Seminário Internacional *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional* promove suas edições no Brasil e no exterior desde o ano de 2012, tendo seu berço na Universidade de Fortaleza. O Volume 15 compila os artigos apresentados nas cidades de Palmas e Quito.

O XII Diálogo ACI – Tema Estado de Direito, Ambiente e Natureza, foi acolhido pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e na Universidad de San Francisco de Quito (Ecuador), em junho de 2018. Rendemos nossos agradecimentos ao Des. Marco Villas Boas e ao professor Hugo Iván Echeverría, pela impecável organização do evento.

O projeto acadêmico Diálogo ACI renova o compromisso científico, a promoção da iniciação à pesquisa e a qualidade dos artigos publicados que passam por um rigor metodológico. Nessa edição contamos com a colaboração de Mateus Rodrigues Lins para realização da revisão da ABNT, feita em duas análises. Pela revisão gramatical agradecemos a Maria Ângela Barbosa Lopes, servidora do TJTO.

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

A publicação dos volumes 15 e 16 é impressa pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. O e-Book internacional, na versão portuguesa, é publicado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Boa leitura!



Diálogo
Ambiental
Constitucional
Internacional

AMBIENTAL

Escravidão contemporânea no meio ambiente laboral dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde e a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: vedação do retrocesso pelas Portarias Interministeriais do Ministério do Trabalho¹

Contemporary slavery in the laboral environment of workers on the Brasil Verde Farm and the condemnation of Brazil by the Inter-American Court of Human Rights: prohibition of backset by Interministerial Ordinance of The Ministry of Labor

Bleine Queiroz Caúla

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

Bruna Souza Paula

Doutoranda e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Graduada em Direito, pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora do Centro Universitário Estácio do Ceará (ESTÁCIO-FIC).
E-mail: brunasouzap@gmail.com.

Nikaelly Lopes de Freitas

Pós-graduanda em Direito Internacional e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Graduanda em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Ceará. Diretora de Relações Interinstitucionais do Grupo de Pesquisa em Direito e Assuntos Internacionais da Universidade Federal do Ceará (GEDAI/UFC). Membro do corpo editorial do periódico intitulado Revista Dizer da Universidade Federal do Ceará.
E-mail: nikaelly_lopes@hotmail.com.

¹ A ordem da autoria obedeceu ao critério alfabético.

RESUMO

A escravidão no Brasil remonta o período colonial. No entanto, ainda não foi extinta em sua completude, diferentemente do que fora estabelecido na Lei Áurea, sancionada pela Princesa Isabel, em 1888. Suas práticas e consequências no meio laboral reverberam até hoje em várias partes do mundo. Dessa forma, a presente pesquisa traz a conceituação do meio ambiente do trabalho, estabelecendo como a sua proteção é imprescindível no processo de combate à prática da escravidão contemporânea e analisa a vedação ao retrocesso dos direitos laborais pelas Portarias Interministeriais do Ministério do Trabalho. Para entender a dimensão do problema, aborda ainda a condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos relativa ao caso da exploração dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde por trabalho forçado. Para tanto, a pesquisa recorreu ao estudo bibliográfico e documental, com base em livros, artigos científicos, legislação nacional e internacional e dados oficiais pertinentes que permitiram considerarmos tardio um pacto e esforço globais dos membros da sociedade internacional para a defesa dos Direitos Humanos, a efetivação do trabalho digno e a proteção do meio ambiente laboral de modo a abolir o trabalho forçado.

Palavras-chave: Escravidão contemporânea. Meio ambiente do trabalho. Fazenda Brasil Verde. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Vedação do Retrocesso.

ABSTRACT

Slavery in Brazil dates back to the colonial period. However, it has not yet been extinguished in its fullness, unlike it was established in the Golden Law, sanctioned by Princess Isabel in 1888. Its practices and consequences in the work environment reverberate today in various parts of the world. The research brings the conceptualization of the work environment, establishes how its protection is essential in the process of combating the practice of contemporary slavery, analyzes the prohibition against the setback of labor rights by the Interministerial Ordinances of the Ministry of Labor. To understand the scale of the problem, it addresses Brazil's condemnation before the Inter-American Court of Human Rights regarding the case of the exploitation of workers at Fazenda Brasil Verde for forced labor. The research used a bibliographic and documentary study, based on books, scientific articles, national and international legislation and relevant official data that allowed us to consider late a global pact and effort by members of the international community for the defense of Human Rights, the effectiveness of the work and the protection of the labor environment in order to abolish forced labor.

Keywords: Contemporary slavery. Work environment. Brasil Verde Farm. Inter-American Court of Human Rights. Backward Sealing.

Introdução

“O trabalho escravo é mais imoral do que uma Pandemia. Nele as pessoas atingidas estão em perpétuo e sombrio isolamento”.

Bleine Queiroz Caúla, 2020.

A busca incessante pela maximização dos lucros e crescimento econômico, corroborado pela avidez presente na cultura de consumismo impulsionada pela Era industrial e tecnológica, aliada à falta de fiscalização, de concretização das normas legais e de punição dos envolvidos, por vezes fazem com que os direitos dos trabalhadores sejam suprimidos e vulnerabilizados, sem que a maioria das pessoas questione a forma como a mão de obra utilizada para a produção é explorada.

Mesmo com as conquistas dos direitos trabalhistas e a sua consagração na Constituição Federal de 1988, ainda hoje, foge aos olhos dos consumidores procurarem saber a realidade do meio ambiente laboral dos produtos industrializados – alimentos, calçados, vestuário, tecnologias – no sentido de atuarem como combatentes da prática ilegal do trabalho forçado de adultos e crianças, das mais diversas partes do globo, submetidos à condições desumanas.

Neste cenário, os Estados que compõem a sociedade internacional têm o dever de criar instrumentos de proteção à integridade e à dignidade dos trabalhadores, que erradiquem o trabalho escravo forçado, no meio ambiente laboral urbano e rural, não só por meio da assunção das normas e comprometimento legal, mas por meio da concretização daquilo que foi assentido e respeitando-se a vedação ao retrocesso.

Desse modo, se faz necessário a existência de mecanismos internacionais e nacionais de proteção aos Direitos Humanos e garantia de um trabalho digno, que deixe a salvo o trabalhador de toda forma de exploração forçada, tendo os Estados papel fundamental para redução das desigualdades sociais que impulsionam tais práticas, assim como o direito, no processo de concretização das normas que o tutelam. Entrementes, os consumidores podem atuar como agentes aliados ao Ministério Público.

Para tanto, a pesquisa recorreu ao estudo bibliográfico e documental, com base em livros, artigos científicos, legislação nacional e internacional e dados oficiais pertinentes com o intuito de demonstrar a importância da proteção do meio ambiente do trabalho para o combate ao trabalho forçado. Assim, apresenta a tutela nacional e internacional e os mecanismos adotados nacionalmente para a abolição da escravatura contemporânea,

questionando a razão pela qual não têm sido suficientes para que o trabalho forçado e degradante deixe de fazer parte da realidade brasileira e, por fim, trata sobre a condenação do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por exploração de práticas degradantes dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde.

1 Meio Ambiente do Trabalho Decente

O desenvolvimento sustentável e a proteção do meio ambiente estão intrinsecamente relacionados à dignidade humana². A proteção do meio ambiente do trabalho tem estreita relação com os direitos humanos, isso porque, a degradação do primeiro, influi diretamente na efetividade do direito da pessoa humana à qualidade de vida, ao bem-estar, à segurança da saúde. Portanto, deve ser compreendido como um direito fundamental protegido por instrumentos internacionais e nacionais. Nele são realizadas as atividades laborais, sem o qual não há como se proporcionar um trabalho decente.

O meio ambiente do trabalho é compreendido como o local “onde se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente”, visto que nele as condições podem ser adequadas e propiciarem uma vida digna ou nociva ao ser humano. Dessa forma, a segurança de sua proteção “significa a proteção do meio ambiente e da saúde das populações externas”³ e internas ao meio, já que um ambiente poluído atinge não somente aqueles que se encontram no local, mas por vezes tem consequências que atingem pessoas indetermináveis.

O conceito de Trabalho Decente foi formalizado, no ano de 1999, pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), a partir da convergência entre respeito aos direitos do trabalho, erradicação do trabalho forçado e trabalho infantil, ampliação da proteção social e do fortalecimento do diálogo social, como o meio pelo qual se promove oportunidades para que as pessoas:

Obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado como condição fundamental para superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável⁴.

Os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), sob a definição da Organização das Nações Unidas (ONU), resultam das negociações de várias partes

² PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 445.

³ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 23-24.

⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Trabalho Decente**. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 30 abr. 2020.

interessadas, integrantes de vários segmentos, incluindo o mundo empresarial, são destinados a combater os problemas sociais, econômicos e ambientais mais proeminentes a nível mundial no processo rumo a 2030⁵. Para o tema tratado no artigo, interessa o ODS 8 **Trabalho Decente e Crescimento Econômico** – tem o escopo de promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos.

Para alcançar os 17 ODS as Nações Unidas lançaram o Plano de Ação – Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável⁶ que visa a promoção do crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, trabalho decente para todos por meio da proteção dos direitos trabalhistas e promoção de ambientes de trabalho seguros e protegidos, assim como assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades e tomar medidas eficazes para erradicação do trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas.

Entretantes, para a realização do ODS 8 se faz necessário um diálogo ético entre empresas e Estado. O Estado não pode atuar como sanguessuga para arrecadar impostos das empresas pelo fato de estas dividirem com ele a empregabilidade das pessoas. Dito de outro modo, as empresas promovem a vitalidade do art. 7º da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, cabe ao Estado o dever de diligenciar a fiscalização de empresas que burlam as leis trabalhistas, promovem o trabalho escravo e forçado, exploram o trabalho infantil.

A Pandemia da COVID 19 tem mostrado o quanto as empresas dependem das pessoas, mas também o quanto elas promovem a empregabilidade – se instala o desafio de conciliação⁷. De portas fechadas por força de Decretos governamentais diante da necessidade do isolamento social, várias empresas se viram reféns da necessidade de um ambiente de trabalho sadio que permita abrigar a vida do trabalhador. Em caso contrário, o meio ambiente de trabalho poderia ser o foco de contaminação dos empregados. As funções essenciais – enfermeiros, fármacos, médicos, atendentes de hospitais – estão vulneráveis diante da não aplicação do princípio da prevenção na gestão do direito à saúde, não exclusivamente no

⁵ WBCSD. **Guia para CEOs sobre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/14773/1553450021Guia_CEO_ODS_digital2.pdf. Acesso em: 30 abr. 2020.

⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 30 abr. 2020.

⁷ “Só vai aprender quem tiver visão de futuro e for de fato um empreendedor diferenciado e um líder de alta capacidade cooperativa e de grande sabedoria e gestão participativa”, segundo MOURA, Simone. Dossiê COVID 10 – o grande desafio das marcas e empresas em tempos de Pandemia – não sofrer do “isolamento cerebral”. Disponível em: <https://www.pingpongestrategia.com.br/blog/10-dossie-covid-19-o-grande-desafio-das-marcas-e-empresas-em-tempos-de-pandemia-nao-sofrer-do-isolamento-cerebral.html>. Acesso em: 30 abr. 2020.

sistema público, mas principalmente nele. É bem verdade que nenhum país estava preparado logisticamente para enfrentar a COVID 19, mas também é verdade que há países que fazem a gestão da saúde com mais responsabilidade e, nesses casos, os profissionais de saúde terão seus direitos laborais mais respeitados.

Em notas conclusivas é possível depreender que o meio ambiente de trabalho somente sob as condições de equilíbrio e salubridade é capaz de respeitar o trabalho decente das pessoas.

2 A Escravidão no Brasil e as formas de tutela jurídica

O trabalho forçado inclui práticas como escravidão, práticas análogas, servidão por dívidas e práticas semelhantes, e é definido como todo serviço exigido de qualquer pessoa sob ameaça de qualquer penalidade, realizado de forma involuntária ou para qual não se ofereceu voluntariamente⁸, incluindo-se os casos em que o indivíduo não consegue deixar o trabalho sem renunciar o seu pagamento ou outros direitos. A escravidão é caracterizada pela sujeição de um homem a outro, como sua propriedade, suprimindo a expressão de suas próprias vontades, podendo o seu trabalho ser obtido até por meio da coerção e força⁹.

Tal prática, era comum na Antiguidade, de forma que em sua obra *A Política*, Aristóteles já discutia a escravidão, afirmando que alguns humanos são destinados a serem escravos, à medida que, por natureza, não pertenciam a si mesmo, mas a outro homem, de forma que entre os seres, desde o nascimento, alguns são destinados a comandar e outros a obedecer, o que segundo o filósofo grego, ocorria também na relação do homem e outros animais suscetíveis de serem domesticados ou a da superioridade do homem para com a mulher.

Ainda, escreve o mesmo autor que o uso dos escravos e dos animais não se dá de forma muito diferente, visto que com seus respectivos corpos, ambos atendem ao serviço da vida. De modo que “a própria natureza desejou dar características distintas ao corpo dos homens livres e ao dos escravos”. Portanto, para o filósofo, “alguns homens são por natureza feitos para serem livres e outros para ser escravos, e que para estes últimos a escravidão é tanto útil quanto justa¹⁰”, caso em que o ser humano escravizado não constitui um fim em si mesmo, sendo mero objeto para obtenção de força de trabalho para outrem.

⁸ ILO. International Labour Office. Forced Labour Convention, 1930 (Nº. 29). Article 2.1. Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029#A29. Acesso em: 2 maio 2020.

⁹ PINSKY, Jaime. **Escravidão no Brasil**. 21. ed. São Paulo: Editora Contexto, 2010. p. 09.
ARISTÓTELESTÓTELES. **Política**. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013. p. 60-62.

No Brasil, inicialmente, os portugueses se utilizaram da mão de obra dos índios, os quais eram deslocados de seu ambiente e submetidos às condições de vida e trabalho degradantes, dos quais as mulheres e crianças não eram poupadas. O mesmo ocorreu às sociedades de países africanos trazidas ao Brasil que foram exploradas, não só para realização das complexas atividades apresentadas nas unidades produtivas sob ameaça e aplicação de castigos físicos e pena de morte, mas também vendidos, e sua força de trabalho era utilizada como moeda de troca no escambo por produtos¹¹.

Com a compreensão mundial acerca da igualdade entre os homens pautado na supremacia da dignidade enquanto característica substancial da própria natureza humana “que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”, acarretando à sua existência de uma série de direitos e deveres fundamentais que o resguarde de qualquer ato degradante e desumano e lhe garanta condições básicas para uma vida saudável¹², compreendeu-se que não há como oferecer uma existência digna à pessoa humana, sem protegê-la da instrumentalização de um ser humano por outro.

Nesse sentido, Kant¹³ fala que o homem, enquanto ser racional, “existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”, sustentando o filósofo, que os seres humanos, diferentemente dos seres irracionais, os quais identifica como coisas, possuem por sua própria natureza racional, um fim em si. Diante do que, essa essência relativa à própria humanidade não pode ser enxergada somente em alguns homens e sim em todos, não havendo como atribuir porções menores ou maiores de dignidade a alguém. No Brasil, após a edição das Lei Eusébio de Queiroz, Lei do Ventre Livre e Lei dos Sexagenários, a escravidão foi formalmente declarada extinta em 13 de maio de 1888, por meio da Lei Imperial nº 3.353¹⁴, mas isso não foi suficiente para que sua prática fosse abolida e suas consequências não reverberasse até os dias atuais.

Dada gravidade que envolve a prática de sujeição de um ser humano a outro, retirando do primeiro os predicados inerentes a própria condição humana, como a dignidade e alteridade, além da submissão a condições degradantes e cruéis de trabalho, buscou-se internacional e nacionalmente a proteção dos seres humanos contra o trabalho escravo e condições semelhantes, tutelando-se sua proibição e fomentando formas de trabalho digno em diversos documentos.

¹¹ PINSKY, Jaime. *Escravidão no Brasil*. 21. ed. São Paulo: Editora Contexto, 2010. p. 13.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 58.

¹³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 68-69.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888*. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm. Acesso em: 02 maio 2020.

O Estatuto de Roma¹⁵ documento constitutivo do Tribunal Penal Internacional, tipificou em seu art. 7º, I, “c” a escravidão como um crime contra a humanidade, de sua competência quando cometido em ataques, generalizados ou sistemáticos, contra qualquer população civil, estabelecendo como escravidão, para efeito daquele Estatuto, o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direito Cívico e Político¹⁶ estabelece que “ninguém poderá ser submetido à tortura, nem à penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes”, assim como “ninguém poderá ser submetido à escravidão”, à servidão ou à execução de trabalhos forçados ou obrigatórios, disposições que também corroboram com o disposto na Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Do mesmo modo, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988¹⁷ estabeleceu em seu art. 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade” e à segurança, assegurando-se a igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres, a proibição da tortura e tratamentos desumanos ou degradantes, assim como o direito de ir, vir e permanecer e à garantia da prestação judicial aos atos discriminatórios que atentem contra os direitos e liberdades individuais. Além disso, determinou, em seu art. 243, que propriedades rurais e urbanas onde forem localizadas a exploração de trabalho escravo, na forma da lei, serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e programas de habitação popular.

A Constituição brasileira também protegeu amplamente os direitos sociais, tido como aqueles relativos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, assim como à assistência aos desamparados e garantiu aos trabalhadores urbanos e rurais, direitos como à

¹⁵ BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 02 maio 2020.

¹⁶ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm Acesso em: 02 maio 2020.

¹⁷ Artigos. 5, 6 e 7º de **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

garantia de um “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo” vendando-se a vinculação para qualquer fim, assim como a proteção do salário, constituindo-se crime sua retenção dolosa. Ainda assegurou a necessidade de um “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho” e a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, além de férias remuneradas e o direito à aposentadoria.

Por seu turno, o Código Penal Brasileiro (CPB) tipificou como crime a redução de alguém à condição análoga à escravidão, seja por meio da submissão a trabalhos forçados, pela sujeição à condições degradantes de trabalho ou pelo cerceamento, por qualquer meio, de sua locomoção, em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, pela restrição do uso de qualquer meio de transporte com o fim de retê-lo no local de trabalho ou ainda pela vigilância ostensiva no local de trabalho ou pelo apossamento de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o mesmo intuito, aumentando-se a pena em um meio nos casos em que o crime for cometido contra criança ou adolescente ou por motivo de preconceito por raça, cor, etnia, religião ou origem¹⁸. Tipificou também o tráfico de pessoas mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de remover-lhe órgão, tecidos ou partes do corpo, adoção ilegal, exploração sexual ou submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo.

Dada a existência de trabalhos sem a garantia de direitos aos trabalhadores, ou o oferecimento de condições mínimas de uma vida digna, além do cerceamento da liberdade de trabalhadores e submissão a circunstâncias degradantes, o Governo Brasileiro reconheceu oficialmente em 1995 a existência de práticas de trabalho em condições análogas à de escravo no território nacional¹⁹. Contemporaneamente, o trabalho escravo e práticas semelhantes são menos aparentes na esfera pública, o que não indica que suas consequências sejam menos ostensivas na vida dos trabalhadores a este submetidos.

Pesquisas realizadas nas últimas décadas demonstram que a concepção de escravidão enraizada no imaginário social, marcada pela restrição da liberdade de locomoção, agressões físicas e sujeição absoluta das vítimas, não corresponde à realidade pois até mesmo nos

¹⁸ Artigos 149 e 150 do **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

¹⁹ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo**. 2011. p. 8. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/cer2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/notas-tecnicas-planos-e-oficinas/combate%20trabalho%20escravo%20WEB%20MTE.pdf/view>. Acesso em: 2 maio 2020.

períodos colonial e imperial, certos tipos de trabalhos demandavam que os escravos se deslocassem para fora das fazendas, longe dos olhares de seus senhores, exigindo desde o princípio que outras diversas ferramentas fossem utilizadas, o que também não anulava a capacidade de agência dos escravizados²⁰.

Nesse sentido, em trabalho realizado no ano de 2018 por Paes²¹, a partir da análise jurisprudencial de 107 (cento e sete) apelações criminais que tratavam do crime de redução a condição análoga à de escravo que tramitaram perante os Tribunais Regionais Federais após novembro de 2006, percebeu-se que as decisões processuais são sensivelmente influenciadas pela concepção histórica de escravidão que os juristas possuíam, vez que diversas sentenças absolutórias se baseavam justamente no fato de que não havia cerceamento de liberdade ou sujeição física, quando outras situações degradantes, características do tipo penal estavam presentes.

A Organização Internacional do Trabalho estimou em 2012²², que no mundo, 20,9 milhões de pessoas são vítimas de trabalho forçado, presas em empregos para os quais foram coagidos e que não têm como deixar, o que representa que 3 pessoas em cada 1.000 estavam submetidas a trabalho contra a sua vontade entre o período compreendido entre os anos de 2002 e 2011, dos quais 90% (18,7 milhões) são explorados na economia privada, por indivíduos ou empresas e 26% são menores de 18 anos. Outras pesquisas apontam²³ que o trabalho forçado gera o equivalente a US\$ 150 bilhões para traficantes de pessoas a cada ano.

Comprometendo-se ao combate dessa prática, o Estado Brasileiro também ratificou as Convenções nº 29²⁴ e 105²⁵ da Organização Internacional do Trabalho (OIT)²⁶, e ficou

²⁰ PAES, Mariana Armond Dias. A história nos tribunais: a noção de escravidão contemporânea em decisões judiciais. In: MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira; HERNANDEZ, Julianna do Nascimento; OILIVEIRA, Rayhanna Fernandes de Sousa (org.). **Trabalho escravo contemporâneo: conceituação, desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 33-34.

²¹ PAES, Mariana Armond Dias. A história nos tribunais: a noção de escravidão contemporânea em decisões judiciais. In: MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira; HERNANDEZ, Julianna do Nascimento; OILIVEIRA, Rayhanna Fernandes de Sousa (org.). **Trabalho escravo contemporâneo: conceituação, desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²² ILO International Labour Office. **Global estimate of forced labour: results and methodology**. International Labour Office. Special Action Programme to Combat Forced Labour (SAP-FL). Geneva: ILO, 2012. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_182004.pdf. Acesso em: 02 maio 2020.

²³ Free The Slaves. **Slavery Is Everywhere**. Disponível em: <https://www.freetheslaves.net>. Acesso em: 10 maio 2020..

²⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Convenção nº 29 Trabalho Forçado ou Obrigatório**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235021/lang-pt/index.htm. Acesso em: 02 maio 2020.

²⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Convenção nº 105 Abolição do Trabalho Forçado**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235195/lang-pt/index.htm. Acesso em: 02 maio 2020.

obrigado a suprimir o emprego do trabalho forçado ou obrigatório sob todas as suas formas no mais curto prazo possível, entendendo-se como trabalho forçado obrigatório, todo trabalho ou serviço exigido sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu por livre e espontânea vontade, comprometendo-se o Brasil a tomar medidas apropriadas para assegurar a sua erradicação, sendo a sua prática punível por sanção penal, garantido que as sanções impostas pela lei são realmente eficazes e estritamente aplicadas.

Pelo mesmo ato, o país comprometeu-se não só a adotar medidas eficazes para abolição imediata e completa do trabalho forçado, mas a jamais utilizá-la como medida coercitiva, método de mobilização e de uso da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico ou medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa. Isso porque, estima-se que 2,2 milhões de pessoas estejam em trabalhos forçados impostos pelo Estado, seja por meio da prisão ou formas de trabalho militares exigidos pelo estado ou por forças rebeldes²⁷.

É certo que o trabalho forçado apresenta diversos desafios no processo de detecção, coleta de dados e aplicação da lei, isso porque nem sempre os meios coercitivos utilizados pelo explorador são evidentes como pela utilização de guardas armadas ou confinamento dos trabalhadores, ocorrendo de modo sutil como pelo confisco de documentos ou ameaça de denúncias às autoridades²⁸, sendo o Direito do Trabalho um “instrumento fundamental para a superação das crise e da desigualdade social vivenciadas atualmente”²⁹.

Ademais, algumas organizações internacionais foram criadas. Além da Labor International Organization (OIT), os movimentos Free the Slaves, WalkFree e o Anti-Slavery International têm atuado na eliminação e combate à exploração de trabalhadores e aliadas à

²⁶ BRASIL. **Decreto nº 58.822, de 14 de julho de 1966.** Promulga a Convenção n. 105 concernente à abolição do Trabalho forçado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1966/D58822.html. Acesso em: 04 maio 2020; BRASIL. **Decreto. nº 10.088, de 05 de novembro de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 04 maio 2020.

²⁷ ILO. International Labour Office. **Global estimate of forced labour: results and methodology.** International Labour Office. Special Action Programme to Combat Forced Labour (SAP-FL). Geneva: ILO, 2012. p. 13. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_182004.pdf. Acesso em: 02 maio 2020. Acesso em: 27 mar. 2018.

²⁸ ILO International Labour Office. **Global estimate of forced labour: results and methodology.** International Labour Office. Special Action Programme to Combat Forced Labour (SAP-FL). Geneva: ILO, 2012. p. 19. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_182004.pdf. Acesso em: 02 maio 2020.

²⁹ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Trabalho Escravo Contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**, 2008. 178 p. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. p. 117. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MiragliaLM_1.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

atuação de organizações como a ONG Repórter Brasil³⁰, a Comissão Pastoral da Terra e a própria Organização Internacional do Trabalho do Brasil e corroborados por mecanismos como o Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo³¹, têm desempenhado papel fundamental no combate a prática de trabalho forçado no Brasil, cuja pasta responsável é da Comissão Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo – CONATRAE, criada pelo Decreto de 31 de julho de 2003, revogado pelo Decreto nº 9.887 de 2019³². Além disso, é fundamental a atividade realizada pelo Ministério Público do Trabalho para a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores brasileiros, de modo que esse órgão judicial é o principal mecanismo de frenagem da disseminação da prática no país³³.

2.1 Portarias Interministeriais do extinto “Ministério do Trabalho e Emprego”

Com o intuito de auxiliar no combate à exploração do trabalho escravo e em atenção às Convenções nº 29 e 105 da Organização Internacional do Trabalho ratificadas, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) instituiu várias Portarias, conforme quadro abaixo:

Quadro 1. Evolução das Portarias Interministeriais

Portarias do MTE	Ano	Ementa
Portaria nº 540	15 de outubro de 2004	Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas às de escravo
Portaria Interministerial nº 02	12 de maio de 2011	Enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo e revoga a <u>Portaria MTE nº 540</u> , de 19 de outubro de 2004.
Portaria Interministerial nº 02	31 de março de 2015	Enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido

³⁰ A Repórter Brasil também é desenvolvedora do aplicativo Moda Livre, que além de fornecer informações acerca das marcas envolvidas em casos de trabalho escravo, mostra as marcas que nunca foram responsabilizadas em fiscalizações governamentais. <http://reporterbrasil.org.br/2017/12/com-animal-e-a-brand-brasil-registra-37-marcas-de-moda-envolvidas-com-trabalho-escravo-nos-ultimos-oito-anos/>

³¹ BRASIL. **Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo**. Disponível em: https://reporterbrasil.org.br/documentos/plano_nacional.pdf. Acesso em: 04 maio 2020.

³² A Comissão Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE) tem o objetivo de coordenar e avaliar a implementação das ações previstas no Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, como a melhoria das estruturas de fiscalização e ações específicas de conscientização e sensibilização, assim como acompanhar os Projetos de Lei em tramite no Congresso Nacional e propor estudos e pesquisas sobre a temática no Brasil. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/conatrae/programas/comissao-nacional-para-a-erradicacao-do-trabalho-escravo>. Acesso em: 02 maio 2020.

³³ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Trabalho Escravo Contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**, 2008. 178 p. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. p. 158. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MiragliaLM_1.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

		trabalhadores a condição análoga à de escravo e revoga a <u>Portaria Interministerial nº 2</u> , de 12 de maio de 2011.
Portaria Interministerial nº 04	11 de maio de 2016	Dispõe sobre as regras relativas ao Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo.
Portaria Interministerial nº 1.129	13 de outubro de 2017	Dispõe sobre os conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas à de escravo para fins de concessão de seguro-desemprego ao trabalhador que vier a ser resgatado em fiscalização do Ministério do Trabalho, nos termos do <u>artigo 2-C</u> da Lei n 7998, de 11 de janeiro de 1990; bem como altera dispositivos da <u>PI MTPS/MMIRDH Nº 4</u> , de 11 de maio de 2016.
Ministério da Economia / Secretaria Especial de Previdência e Trabalho		
Portaria 1.417	19 de dezembro de 2019	Revoga atos infralegais do extinto Ministério do Trabalho. (Processo nº 19964.103375/2019-89).

Fonte: Elaboração das autoras (2020).

Por meio da Portaria nº 540/2004, foi instituído o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas às de escravo, conhecida como “Lista Suja”³⁴. Suas disposições indicavam a inclusão do infrator à lista, se daria com a “decisão administrativa final relativa ao auto de infração lavrado em decorrência de ação fiscal em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo”, a qual deveria ser atualizada semestralmente pelo próprio MTE, dando conhecimento às outros órgãos e monitorando pelo período de dois anos para verificação das condições de trabalho, procedendo a exclusão do Cadastro mediante o pagamento de multas resultantes da ação fiscal, assim como da comprovação da quitação de eventuais débitos trabalhistas e previdenciários, condicionado ainda, à não reincidência dentro desse período.

Posteriormente foi revogada pela Portaria nº 02/2011³⁵, que atribuiu à Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República o acompanhamento, por intermédio do CONATRAE, dos procedimentos para inclusão e exclusão dos nomes do Cadastro. Esta foi

³⁴ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria nº 540, de 15 de outubro de 2004**. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/MTE/Portaria/P540_04.html. Acesso em: 02 maio 2020.

³⁵ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria Interministerial nº 2, de 12 de maio de 2011**. Enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo e revoga a Portaria MTE nº 540, de 19 de outubro de 2004. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/MTE/Portaria/P02_11.html. Acesso em: 02 maio 2020.

revogada pela Portaria nº 02/2015³⁶, a qual enunciou como regras do Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo, que “a relação com o nome dos empregadores é passível de atualização constante, não havendo periodicidade predeterminada para a sua divulgação”, permanecendo o nome do empregador divulgado por um período de 02 anos, tendo seu nome excluído após o término deste prazo, podendo, no entanto, ter seu nome divulgado mais de uma vez caso seja identificado nova ocorrência em outras ações fiscais.

Novamente em 2016, o Cadastro de Empregadores foi pauta da Portaria Interministerial nº 04³⁷, que, revogando a Portaria imediatamente anterior, dispôs, dentre outros objetos, que o nome do empregador permaneceria divulgado pelo período de 02 (dois) anos, contendo o seu respectivo Cadastro de Pessoa Física (CPF) ou Jurídica (CNPJ) e ano da fiscalização em que ocorreu a autuação e verificada no curso deste período a reincidência com prolação de decisão administrativa irrecorrível oriundo de novo auto de infração, o empregador permaneceria por mais dois anos.

Em 2017, publicada a Portaria nº 1.129³⁸ que revogou parte da anterior (2016) e, dessa vez, dispôs dos conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas à de escravo:

I - trabalho forçado: aquele exercido sem o consentimento por parte do trabalhador e que lhe retire a possibilidade de expressar sua vontade;

II - jornada exaustiva: a submissão do trabalhador, contra a sua vontade e com privação do direito de ir e vir, a trabalho fora dos ditames legais aplicáveis a sua categoria;

III - condição degradante: caracterizada por atos comissivos de violação dos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador, consubstanciados no cerceamento da liberdade de ir e vir, seja por meios morais ou físicos, e que impliquem na privação da sua dignidade;

³⁶ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria Interministerial nº 2, de 31 de março de 2015**. Enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo e revoga a Portaria Interministerial nº 2, de 12 de maio de 2011. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/PORT_INT_02_15.html. Acesso em: 02 maio 2020.

³⁷ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria Interministerial nº 4, 11 de maio de 2016**. Dispõe sobre as regras relativas ao Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=320458>. Acesso em: 02 maio 2020.

³⁸ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria Interministerial nº 1.129, 13 de outubro de 2017**. Dispõe sobre os conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas à de escravo para fins de concessão de seguro-desemprego ao trabalhador que vier a ser resgatado em fiscalização do Ministério do Trabalho, nos termos do artigo 2-C da Lei nº 7998, de 11 de janeiro de 1990; bem como altera dispositivos da PI MTPS/MMIRDH Nº 4, de 11 de maio de 2016. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/PI1129_17.html. Acesso em: 02 maio 2020.

IV - condição análoga à de escravo:

a) a submissão do trabalhador a trabalho exigido sob ameaça de punição, com uso de coação, realizado de maneira involuntária;

b) o cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, caracterizando isolamento geográfico;

c) a manutenção de segurança armada com o fim de reter o trabalhador no local de trabalho em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto;

d) a retenção de documentação pessoal do trabalhador, com o fim de reter o trabalhador no local de trabalho.

Estabeleceu ainda que os conceitos apresentados deveriam ser observados em quaisquer fiscalizações realizadas pelo Ministério do Trabalho, inclusive para fins de inclusão do nome de empregados no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores à condição análoga à de escravo. Entrementes, conforme o §1º do art. 3º, deverá constar obrigatoriamente no auto de identificação do trabalho forçado, jornada exaustiva, condição degradante ou de trabalho em condições análogas à de escravo:

I menção expressa a esta Portaria 1.129/2017 à PI MTPS/MMIRDH nº 4, de 11.05.2016;

II - cópias de todos os documentos que demonstrem e comprovem a convicção da ocorrência do trabalho forçado; da jornada exaustiva; da condição degradante ou de trabalho em condições análogas à de escravo;

III - fotos que evidenciem cada situação irregular encontrada, diversa do descumprimento das normas trabalhistas, nos moldes da Portaria MTE 1.153, de 14 de outubro de 2003;

IV - descrição detalhada da situação encontrada, com abordagem obrigatória aos seguintes itens, nos termos da Portaria MTE 1.153, de 14 de outubro de 2003:

a) existência de segurança armada diversa da proteção ao imóvel;

b) impedimento de deslocamento do trabalhador;

c) servidão por dívida;

d) existência de trabalho forçado e involuntário pelo trabalhador.

As disposições da Portaria nº 1.129/2017 têm sido bastante criticadas pela Organização das Nações Unidas, o escritório da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e outras organizações que atuam no combate ao trabalho escravo, por enfraquecer e restringir os conceitos que dizem respeito a este tipo de exploração, deixando de fora a maior parte dos

casos contemporâneos de escravidão e ao alterar substancialmente o modo de inclusão dos nome à “Lista Suja” e se alinha ao que fora expresso no Projeto de Lei do Senado nº 432/2013³⁹ que não qualifica como trabalho escravo, o trabalho em condições degradantes e com submissão do trabalhador a jornadas exaustivas. Deixando de lado “o tema mais polêmico em torno do conceito de trabalho escravo na atualidade. Isso porque a grande maioria dos casos de trabalho em condições análogas às de escravo na contemporaneidade diz respeito a condições degradantes de trabalho”⁴⁰.

Sobre o assunto, o Acórdão da Ministra Rosa Weber no Inquérito nº 3.412 elucida:

Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima “a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva” ou “a condições degradantes de trabalho”, condutas alternativas previstas no tipo penal. A “escravidão moderna” é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”. Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal, pois os trabalhadores estão recebendo o tratamento análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de sua dignidade⁴¹.

Com a publicação da Portaria nº 1.129/2017, o escritório da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no Brasil lançou nota declarando que “vinte anos de trajetória no combate à escravidão tornaram o Brasil uma referência mundial no tema” e aliado aos instrumentos e mecanismos criados em resposta à gravidade e complexidade do problema, como as Comissões Nacionais e Estaduais, a “Lista Suja”, Grupos de Fiscalização, Pacto Nacional,

³⁹ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 432, de 2013**. Dispõe sobre a expropriação das propriedades rurais e urbanas onde se localizem a exploração de trabalho escravo e dá outras providências. **Situação arquivado**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114895>. Acesso em: 02 maio 2020.

⁴⁰ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira; FINELLI, Lília Carvalho. Trabalho em condições análogas ao escravo: a polêmica questão da jornada extenuante. In: BRAGA, Ana Gabriela Mendes *et al* (org.). **Formas Contemporâneas de Trabalho Escravo**. São Paulo: PPGD, 2015. p. 50. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/colecao-ppgd-ufmg-2018/Trabalho%20Escravo%20Contempor%C3%A2neo-L%C3%ADvia%20Miraglia-EB.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 3.412** Alagoas. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: João José Pereira de Lyra e outro. Publicado no DJE em 12/11/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3076256>. Acesso em: 2 maio 2020.

indenizações pelos danos morais e coletivos, além de uma “definição conceitual de trabalho escravo moderna e alinhada às Convenções da OIT nº 29 e 105, foram reiteradamente reconhecidas pela comunidade internacional e pela Organização das Nações Unidas (ONU) como exemplos de boas práticas”, servido de exemplo para outros Estados⁴².

A nota ainda ressaltou com pesar a edição da Portaria, “o Brasil corre o risco de interromper essa trajetória de sucesso que o tornou modelo de liderança no combate ao trabalho escravo para a região e para o mundo”, indicando que a gravidade da questão se relaciona com o possível enfraquecimento e limitação da efetiva atuação da fiscalização do trabalho e “aumento da vulnerabilidade de uma parcela da população já muito fragilizada”, frustrando os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU para os quais a transparência e proatividade são de importância fundamental, assim como aos compromissos assentidos com as Convenções Internacionais firmadas tendentes a promover o necessário para combater o trabalho escravo.

Ressaltando-se ainda que, a modificação ou limitação do conceito de trabalho análogo ao escravo sem um amplo debate, pode acarretar um conceito que não corresponde à realidade de escravidão contemporânea, o que diminuiria a efetividade das fiscalizações e contribuiria para o aumento da pobreza e da desproteção das pessoas⁴³.

Dessa forma, a Portaria em questão foi suspensa pela em Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 489⁴⁴, tendo em vista que a caracterização da condição degradante e jornada exaustiva estarem atreladas ao cerceamento da liberdade, de forma que “a conceituação restritiva presente no ato normativo impugnado divorciar-se da compreensão contemporânea, amparada da legislação penal vigente no país, em instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário” e ainda da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em 2019, com a extinção do Ministério do Trabalho, a Portaria nº 1.129/2017 foi revogada pela Portaria da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, nº 1.417, junto de

⁴² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Nota do Escritório da OIT no Brasil sobre as mudanças no combate ao trabalho análogo ao de escravo**. Publicação em 19 de outubro de 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_584323/lang--pt/index.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

⁴³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Nota do Escritório da OIT no Brasil sobre as mudanças no combate ao trabalho análogo ao de escravo**. Publicação em 19 de outubro de 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_584323/lang--pt/index.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 489**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/rosa-weber-suspende-portaria-alterou.pdf>. Acesso em: 2 maio 2020.

outros diversos atos infralegais antigo Ministério. De modo que, atualmente se encontra vigente a Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH nº 04/2016 com suas atualizações⁴⁵.

O Manual de Combate ao Trabalho Escravo⁴⁶, estabelece que cada modo de execução: sujeição da vítima a trabalhos forçados, jornada exaustiva, condições degradantes de trabalho e restrição da locomoção da vítima, por qualquer meio, em razão de dívida contraída, pode ser verificado, singularmente ou combinados em uma relação de trabalho.

Diferentemente do que a maioria das pessoas imagina sobre o trabalho escravo, atualmente, muitas vezes, esse tipo de exploração não envolve pessoas acorrentadas, morando em senzalas e não se resume ao trabalho forçado e “endividamento ilegal, mas também pelas más condições de trabalho impostas ao trabalhador”⁴⁷.

O trabalho forçado, por meio da sujeição do trabalhador à condições degradantes, ainda é explorado na contemporaneidade. É caracterizados por situações em que há constrangimento físico ou moral, a deturpação das formas de contratação e consentimento de celebração do vínculo empregatício ou na extinção deste, péssimas condições de trabalho, habitação, higiene ou situações onde não são respeitados à garantia da tutela da saúde e integridade física dos trabalhadores no local onde exercem suas atividades laborais, no meio ambiente do trabalho, ou ainda aquelas em que o trabalhador é submetidos à jornadas exaustivas, recebimento de remunerações irregulares ou promoção do endividamento pela venda de mercadorias aos trabalhadores (truck system)⁴⁸.

Dessa forma, restringir o conceito de trabalho análogo à escravidão é retroceder no combate à exploração e submissão de pessoas a jornadas extenuantes e condições desumanas

⁴⁵ LUPI, André Lipp Pinto Basto; BONSERE, Silvana Fátima Mezaroba. As contratações empresariais: uma visão acerca dos mecanismos impulsionadores à efetivação da dignidade humana e promoção da responsabilidade social. **Relações Internacionais no Mundo atual**, Curitiba, v. 4, n. 25, 2019. p. 388. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3952/371372281>. Acesso em: 10 maio 2020.

⁴⁶ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo**. Brasília, 2011. p. 12-15. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/cr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/notas-tecnicas-planos-e-oficinas/combate%20trabalho%20escravo%20WEB%20MTE.pdf/view>. Acesso em: 2 maio 2020.

⁴⁷ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/cr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/notas-tecnicas-planos-e-oficinas/combate%20trabalho%20escravo%20WEB%20MTE.pdf/view>. Acesso em: 2 maio 2020.

⁴⁸ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/cr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/notas-tecnicas-planos-e-oficinas/combate%20trabalho%20escravo%20WEB%20MTE.pdf/view>. Acesso em: 2 maio 2020.

de trabalho, pondo fim a um dos principais meios de caracterização do trabalho escravo na atualidade.

3 Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde versus Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A pesquisa tem por escólio abordar o Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, localizada no Sul do Estado do Pará, local de onde foram resgatados pelo Ministério Público do Trabalho, entre os anos de 1989 e 2002, mais de 300 trabalhadores, em sua maioria do sexo masculino, com idade entre 15 a 40 anos, que haviam sido submetidos a prática de trabalho escravo e degradante.

Inobstante às flagrantes violações aos direitos humanos por meio da submissão à escravidão laboral contemporânea e desaparecimento de pessoas que tentavam fugir, incluindo-se aí, dois adolescentes, ninguém foi punido em razão destes fatos no âmbito interno⁴⁹.

Diante disso, a Comissão Pastoral da Terra (CPT) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) apresentaram perante à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, denúncia em desfavor da República Federativa do Brasil, por omissão e negligência em investigar a prática de trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde, assim como pelas violações do direito à vida, à liberdade, à segurança, à integridade pessoal, à igualdade perante a lei, à proteção à maternidade e à infância, ao direito de residência e trânsito, à preservação da saúde e ao bem-estar, ao trabalho e à uma justa retribuição em razão deste, e ao acesso à justiça⁵⁰.

A Corte Interamericana de Direito Humanos (CIDH) é o órgão judiciário, ao qual o Brasil se submeteu à sua jurisdição, da Organização dos Estados Americanos (OEA), organismo regional do qual o Brasil é membro e que defende, dentre outros objetos, a garantia da democracia e a proteção dos direitos humanos, amplamente protegidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil e demais instrumentos internacionais de tutela destes, sendo a Corte, o órgão competente para julgar as suas violações, tendo em vista que muito embora se soubesse das práticas realizadas na Fazenda em questão, desde

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório n° 169/11 Caso 12.066 Admissibilidade e Mérito Fazenda Brasil Verde Brasil**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/12066FondoPt.pdf>. Acesso em: 2 maio 2020.

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabalhadores da Fazenda Verde vs. Brasil. **Sentença de 20 de outubro de 2016**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/direitos-humanos-e-temas-sociais/sentenca-corte-interamericana-de-direitos-humanos-no-caso-trabalhadores-da-fazenda-brasil-verde>. Acesso em: 2 maio 2020.

visitas realizadas em 1989 não foi garantido às vítimas a devida prestação judicial para proteção de seus direitos⁵¹.

Embora não tenha sido o primeiro caso desta natureza que levou o estado brasileiro ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos⁵², a decisão é inédita, pois tornou o Brasil o primeiro País, no âmbito da OEA, responsabilizado nesta matéria. A decisão incluiu a chamada reparação adequada prevista no artigo 63.1 da Convenção Americana que inclui não a previsão de indenização para as 128 vítimas, mas prazo do cumprimento da reparação. A CIDH entendeu que houve cumplicidade do Estado Brasileiro na prática de trabalho escravos na Fazenda Brasil Verde.

A decisão reflete o retrato contemporâneo da busca da consolidação de responsabilidade internacional dos Países e da solidificação da Corte, nesse sentido Cançado Trindade⁵³ afirmou se tratar do

fenómeno contemporâneo de la expansión de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales, acompañada de la expansión de la responsabilidad internacional, e igualmente de la jurisdicción internacional contemporánea.

De certo que a Corte Interamericana tem jurisprudência farta em matéria de reparações com base no artigo 63 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵⁴:

Art. 63. 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao **prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados**. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada (grifo nosso).

Destaque para a previsão da restituição integral⁵⁵ ao prejudicado, visto que a violação de um Estado aos compromissos internacionais sofridos em matéria de direitos humanos, como a

⁵¹ A Corte Interamericana de Direito Humanos, integra o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos (OEA), junto com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

⁵² Caso José Pereira e trabalhadores rurais da Fazenda Espírito Santo, cidade de Sapucaia, sul do Pará, 1989. Caso nº 11. 289.

⁵³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Reminiscencias de la Corte Interamericana de derechos humanos em cuanto a sua jurisprudência em matéria de reparaciones. *In*: LEAL, Cesar Barros; SANCHEZ, Julieta Morales. **Serie Estudios em Ciencias Penales y Derechos Humanos**. Tomo II. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2013. p. 52-53.

⁵⁴ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

⁵⁵ “436. A reparação do dano causado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que seja possível, a plena restituição (restitutio in integrum), que consiste no restabelecimento da situação anterior. Caso não seja possível, como ocorre na maioria dos casos de violações de direitos humanos, o Tribunal determinará medidas para garantir os direitos violados e reparar as consequências produzidas pelas infrações”.

Convenção Americana de Direitos Humanos, faz nascer a obrigação de reparar. E da mesma forma que uma violação de um contrato entre particulares ou mesmo a prática de um crime, o dever de reparar é uma forma de realização de justiça.

Todavia as decisões não se limitam as reparações pecuniárias, mas possuem outras formas de reparações não pecuniárias para “*rehabilitación de las víctimas, garantía de no-repetición de los hechos lesivos*”⁵⁶. Isso ocorre devido aos danos imateriais decorrentes das violações direitos humanos, que caminham junto com humilhações, angústia e dor, a vítima das vítimas e familiares envolvidos, que são de difícil reparação.

As formas de reparação que garantem uma satisfação às vítimas e aos familiares que não foi realizada pelo Estado e a este é devida, são determinadas de forma a atender as necessidades e reivindicações das vítimas. Campos⁵⁷ lembra que “o desafio é determinar como se pode restituir às vítimas o gozo de seus direitos afetados, como o Direito pode restabelecer a situação, não apenas do ponto de vista patrimonial, mas também de maneira integral, considerando a pessoa como um todo”.

Entretanto, no âmbito de direitos humanos a restituição integral nem sempre será possível⁵⁸, pois a natureza do bem afetado muitas vezes não permite, o Caso Fazenda Brasil Verde, como reparar a morte dos dois adolescentes? Como restituir o emprego, no caso de trabalho escravo? Assim, a CIDH busca, através de uma justa indenização pecuniária de natureza compensatória e de obrigações de fazer ao Estado demandado, a compensação das violações sofridas pelas vítimas.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabalhadores da Fazenda Verde vs. Brasil. **Sentença de 20 de outubro de 2016**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/direitos-humanos-e-temas-sociais/sentenca-corte-interamericana-de-direitos-humanos-no-caso-trabalhadores-da-fazenda-brasil-verde>. Acesso em: 2 maio 2020.

⁵⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Reminiscencias de la Corte Interamericana de derechos humanos em cuanto a sua jurisprudência em matéria de reparaciones. In: LEAL, Cesar Barros; SANCHÉZ, Julieta Morales. **Serie Estudios em Ciencias Penales y Derechos Humanos**. Tomo II. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2013, p. 54-55. O autor inclusive destaca o sucesso da Corte nas reparações não pecuniárias, que frequentemente tem se constituído em obrigações de fazer, como no caso *Aloeboetoe versus Suriname*, que reconheceu a obrigação de reparar o dano ordenando entre outros, a criação de uma fundação e a reparação de uma escola ou no caso *Baena Ricardo y Otros versus Panamá* que estipulava a reintegração dos cargos dos 270 trabalhadores envolvidos na ação.

⁵⁷ CAMPOS, Barbara Pincowska Cardoso. Acesso à Justiça e reparações: a resposta da corte interamericana de direitos humanos. In: LEAL, Cesar Barros; MUÑOZ, Soledad García. **Acesso à Justiça e Segurança Cidadã**. Tomo I. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2013, p. 31.

⁵⁸ Explica que deverá servir como parâmetro, como um ideal a ser perseguido, CAMPOS, Barbara Pincowska Cardoso. Acesso à Justiça e reparações: a resposta da corte interamericana de direitos humanos. In: LEAL, Cesar Barros; MUÑOZ, Soledad García. **Acesso à Justiça e Segurança Cidadã**. Tomo I. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2013, p. 32.

Enfatiza-se que a possibilidade de reparação surgida através da demanda internacional decorre de um direito acesso à justiça que não compreende apenas acionar os mecanismos internos, mas oportunizar vias de proteção internacionais na falha das vias domésticas.

As reparações que deverão ser realizadas pelo Estado Brasileiro no caso Fazenda Verde inclui deveres diretos para dar uma sensação de realização de justiça, de natureza mais gerais⁵⁹ como a garantia de abstenção de realizar anistia em relação à escravidão, outros mais específicos como a instalação de uma placa comemorativa sobre os fatos e a realização de uma cerimônia pública⁶⁰.

De natureza individual, a CIDH requereu ao Brasil as providências de investigação sobre os fatos do desaparecimento de Iron Canuto da Silva e Luís Ferreira da Cruz. Para as demais vítimas, o pagamento de todos os direitos trabalhistas com a restituição de todos os salários e reparação de danos morais.

Os danos imateriais nas palavras da corte: “pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causadas pela violação, como o menosprezo de valores muito significativos para as pessoas, e qualquer alteração, de caráter não pecuniário, nas condições de existência das vítimas”⁶¹. De sorte que os danos imateriais, como relatado, dizem a respeito de danos de difícil reparação. No caso Loayza Tamayo⁶² versus Peru ou no famoso caso Ximenes Lopes versus Brasil, a Corte determinou a reparações para restabelecer a dignidade da vítima e no

⁵⁹ “445. (...) Em particular, o Estado deverá: a) assegurar o pleno acesso e capacidade de atuar das vítimas e de seus familiares em todas as etapas destas investigações, de acordo com a lei interna e as normas da Convenção Americana; b) como a escravidão é um delito de Direito Internacional e em consideração às particularidades e ao contexto em que ocorreram os fatos, o Estado deve se abster de recorrer a figuras como a anistia, bem como qualquer obstáculo processual para escusar-se desta obrigação; c) garantir que as investigações e processos relacionados aos fatos do presente caso se mantenham, em todo momento, sob o conhecimento da justiça federal e d) divulgar publicamente os resultados dos processos para que a sociedade brasileira conheça a determinação judicial quanto aos fatos objeto do presente caso. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabalhadores da Fazenda Verde vs. Brasil. **Sentença de 20 de outubro de 2016**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/direitos-humanos-e-temas-sociais/sentenca-corte-interamericana-de-direitos-humanos-no-caso-trabalhadores-da-fazenda-brasil-verde>. Acesso em: 2 maio 2020.

⁶⁰ Item 475. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabalhadores da Fazenda Verde vs. Brasil. **Sentença de 20 de outubro de 2016**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/direitos-humanos-e-temas-sociais/sentenca-corte-interamericana-de-direitos-humanos-no-caso-trabalhadores-da-fazenda-brasil-verde>. Acesso em: 2 maio 2020.

⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabalhadores da Fazenda Verde vs. Brasil. **Sentença de 20 de outubro de 2016**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/direitos-humanos-e-temas-sociais/sentenca-corte-interamericana-de-direitos-humanos-no-caso-trabalhadores-da-fazenda-brasil-verde>. Acesso em: 2 maio 2020.

⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. **Sentencia de 17 de septiembre de 1997**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf. Acesso em: 2 maio 2020.

caso contra o Peru introduziu o dano ao projeto de vida⁶³, baseado no direito de desenvolvimento a personalidade que dizem a respeito a perda que a vítima sofreu às oportunidades de desenvolvimento pessoal.

Com base nesse direito, a pessoa pode se autodeterminar, realizar livremente os planos da sua vida. Todas as projeções da professora Maria Elena foram frustradas pelas humilhações e tratamentos desumanos que sofreu pela Polícia Nacional do Peru.

Ocorre que o presente caso, como demonstrado, não é uma realidade isolada ocorrendo no meio rural e urbano.

Segundo o Observatório de Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas⁶⁴, no período compreendido entre 2003 e 2017, 43.696 trabalhadores foram resgatados no País, que tem maior taxa de incidência em estados como Pará, Mato Grosso, Goiás, Minas Gerais e Bahia.

Considerações finais

Muito embora a escravidão tenha sido formalmente abolida em diversos Países, ainda hoje milhares de pessoas são submetidas a trabalhos forçados, condições degradantes, jornadas de trabalho extenuantes e têm sua liberdade cerceada em trabalhos dos quais não conseguem sair, ou seja, não pode ser considerada uma relação laboral e sim escravização.

Essa realidade, permeada por violações aos direitos fundamentais dos seres humanos, é fomentada, principalmente, pela desigualdade social, falta de acesso à informação e conscientização, além da dificuldade de aplicação legal e identificação fática em razão da “sutileza” que envolve o trabalho escravo contemporâneo, e conseqüentemente, a impunidade.

Dessa forma, se faz necessário a atuação permanente e vigilante não só de cada Estado, mas também de toda a sociedade internacional, no sentido de combate e erradicação das práticas de exploração e violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Entrementes, o tema escravidão contemporânea chama a sociedade para a responsabilidade de como se comportar como consumidor, cujo papel atuante não se limita a poder e acesso ao crédito, mas a consciência de expurgar do mercado os produtos fabricados

⁶³ CAMPOS, Barbara Pincowska Cardoso. Acesso à Justiça e reparações: a resposta da corte interamericana de direitos humanos. *In*: LEAL, Cesar Barros; MUÑOZ, Soledad García. **Acesso à Justiça e Segurança Cidadã**. Tomo I. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2013. p. 37.

⁶⁴ BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Smartlab. Promoção do Trabalho Decente Guiada por Dados. **Observatório de Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas**. Disponível em: <https://observatorioescravo.mpt.mp.br>. Acesso em: 02 maio 2020.

por empresas que têm praticado a escravização de pessoas cuja as condições não podem ser consideradas atividade laboral. A questão é a de saber: quem deixaria de comprar um produto de uma grande marca se soubesse que a fabricação advém do “trabalho” escravo?

Nesse processo, é indispensável a proteção do meio ambiente do trabalho como um direito fundamental do trabalhador, o qual não sua qualidade de vida afetada negativamente pelo ambiente onde exerce suas atividades laborais, seja pela não garantia de condições mínimas para manutenção de sua saúde, seja pela submissão à condições degradantes, tendo em vista que o trabalho é um direito essencial do homem do qual decorre do princípio basilar de um Estado Democrático de Direito.

Ademais, imprescindível é a vedação ao retrocesso social no combate ao trabalho escravo e práticas semelhantes a este, visto que a exploração contemporânea, muito embora mude sua forma, não é menos aviltante à dignidade humana, cabendo ao Estado promover mecanismos eficazes de combate e conscientização das populações mais afetadas e diminuição da desigualdade social e ao direito garantir a prestação judiciária, buscando acompanhar a evolução dessas práticas para dar concretização a justiça social e abolir a perpetuação do exercício da exploração do homem, como ocorreu na Fazenda Brasil Verde.

No tocante às Portarias Ministeriais do extinto Ministério do Trabalho e Emprego, importa destacar ser positiva a revogação da Portaria nº 1.129/2017, pois restringia equivocadamente a definição de trabalho análogo ao escravo à noção de cercamento da liberdade de ir e vir do empregador, o que não corresponde à realidade. Com a sua revogação volta a valer a inclusão do empregador na lista suja, nos moldes do art. 2º da Portaria Interministerial nº 04, determinado que o Cadastro de Empregadores seja publicizado com a relação de pessoas físicas ou jurídicas atuadas em ação fiscal que tenha identificado trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo, responsabilizando financeiramente empregadores que exploravam a mão de obra de seus empregados. Essa ferramenta é considerada pedagógica tanto para as empresas como para os consumidores, pois esses precisam adotar critérios éticos e morais do que consumir.

Os direitos fundamentais, dentre eles o direito do trabalho digno, estão protegidos à vedação do retrocesso. Sua efetividade, como a maioria dos direitos, reclama que Estados e sociedade fiscalizem as empresas. A proposta legislativa para tornar crime hediondo reduzir alguém à condição de trabalho análogo à de escravo (Projeto de Lei nº 4371, de 2019), pode ser mais um instrumento legal pedagógico inibitório de combate, no entanto, é necessário um duplo processo de conscientização, expressão cunhada pelo jurista cearense Arnaldo Vasconcelos, ao afirmar “que, em caso contrário, nenhum país possuirá Direito nem justiça

confiáveis, por mais belas que sejam suas leis. Transformar leis em Direito é tarefa solidária do Poder Judiciário e da sociedade”⁶⁵.

Referências

ARISTÓTELIS. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

BRASIL. **Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888**. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Sentenças da Corte Interamericana dos Direitos Humanos. **Sentença no caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/direitos-humanos-e-temas-sociais/sentenca-corte-interamericana-de-direitos-humanos-no-caso-trabalhadores-da-fazenda-brasil-verde>. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957**. Promulga as Convenções Internacionais do Trabalho de nº11,12,13,14,19,26,29,81,88,89,95,99,100 e 101, firmadas pelo Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41721.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 58.822, de 14 de julho de 1966**. Promulga a Convenção nº 105 concernente à abolição do Trabalho forçado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1966/D58822.html. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Smartlab. Promoção do Trabalho Decente Guiada por Dados. **Observatório de Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas**. Disponível em: <https://observatorioescravo.mpt.mp.br>. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/notas-tecnicas-planos-e->

⁶⁵ Prefácio da obra de MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

[oficinas/combate%20trabalho%20escravo%20WEB%20MTE.pdf/view](#). Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria nº 540, de 15 de outubro de 2004**. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/MTE/Portaria/P540_04.html. Acesso em: 02 maio 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria Interministerial nº 2, de 12 de maio de 2011**. Enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo e revoga a Portaria MTE nº 540, de 19 de outubro de 2004. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/MTE/Portaria/P02_11.html. Acesso em: 02 maio 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria Interministerial nº 2, de 31 de março de 2015**. Enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo e revoga a Portaria Interministerial nº 2, de 12 de maio de 2011. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/MTE/Portaria/PORT_INT_02_15.html. Acesso em: 02 maio 2020.

BRASIL. **Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo**. Disponível em: https://reporterbrasil.org.br/documentos/plano_nacional.pdf. Acesso em: 04 maio 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria Interministerial nº 4, 11 de maio de 2016**. Dispõe sobre as regras relativas ao Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=320458>. Acesso em: 02 maio 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria Interministerial nº 1.129, 13 de outubro de 2017**. Dispõe sobre os conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas à de escravo para fins de concessão de seguro-desemprego ao trabalhador que vier a ser resgatado em fiscalização do Ministério do Trabalho, nos termos do artigo 2-C da Lei n 7998, de 11 de janeiro de 1990; bem como altera dispositivos da PI MTPS/MMIRDH Nº 4, de 11 de maio de 2016. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/MTE/Portaria/P1129_17.html. Acesso em: 02 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. **Portaria nº 1.417, de 19 de dezembro de 2019**. Revoga atos infralegais do extinto Ministério do Trabalho. (Processo nº 19964.103375/2019-89). Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.417-de-19-de-dezembro-de-2019-234644241>. Acesso em: 11 maio 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 432, de 2013**. Dispõe sobre a expropriação das propriedades rurais e urbanas onde se localizam a exploração de trabalho escravo e dá outras

providências. **Situação arquivado.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114895>. Acesso em: 02 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 3.412** Alagoas. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: João José Pereira de Lyra e outro. Publicado no DJE em 12/11/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3076256>. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 489.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/rosa-weber-suspende-portaria-alterou.pdf>. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Comissão Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE).** Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/conatrae/programas/comissao-nacional-para-a-erradicacao-do-trabalho-escravo>. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.887, de 27 de junho de 2019.** Dispõe sobre a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2019/Decreto/D9887.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. **Decreto de 31 de julho de 2003.** Cria a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – CONATRAE. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DNN/2003/Dnn9943.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4371, de 2019.** Altera a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 para tornar crime hediondo reduzir alguém à condição de trabalho análogo à de escravo. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138001>. Acesso em: 10 maio 2020.

CAMPOS, Barbara Pincowska Cardoso. Acesso à Justiça e reparações: a resposta da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: LEAL, Cesar Barros; MUÑOZ, Soledad García. **Acesso à Justiça e Segurança Cidadã.** Tomo I. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2013. p. 25-48.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Reminiscencias de la Corte Interamericana de derechos humanos em cuanto a sua jurisprudência em matéria de reparaciones. *In*: LEAL, Cesar Barros; SANCHÉZ, Julieta Morales. **Serie Estudios em Ciencias Penales y Derechos Humanos.** Tomo II. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2013. p. 51-77.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabalhadores da Fazenda Verde vs. Brasil. **Sentença de 20 de outubro de 2016.** Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/direitos-humanos-e-temas-sociais/sentenca-corte-interamericana-de-direitos-humanos-no-caso-trabalhadores-da-fazenda-brasil-verde>. Acesso em: 2 maio 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS CORTE I.D.H. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú.** Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf. Acesso em: 2 maio 2020

Free The Slaves. **Slavery Is Everywhere**. Disponível em: <https://www.freetheslaves.net>. Acesso em: 10 maio 2020.

ILO International Labour Office. **Global estimate of forced labour**: results and methodology. International Labour Office. Special Action Programme to Combat Forced Labour (SAP-FL). Geneva: ILO, 2012. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_182004.pdf. Acesso em: 2 maio 2020.

ILO. International Labour Office. **Forced Labour Convention, 1930 (Nº. 29)**. Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029#A29. Acesso em: 2 maio 2020.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

LUPI, André Lipp Pinto Basto; BONSERE, Silvana Fátima Mezaroba. As contratações empresariais: uma visão acerca dos mecanismos impulsionadores à efetivação da dignidade humana e promoção da responsabilidade social. **Relações Internacionais no Mundo atual**, Curitiba, v. 4, n. 25, p. 376-397, 2019.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira; FINELLI, Lília Carvalho. Trabalho em condições análogas ao escravo: a polêmica questão da jornada extenuante. *In*: BRAGA, Ana Gabriela Mendes *et al* (org.). **Formas Contemporâneas de Trabalho Escravo**. São Paulo: PPGD, 2015. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/colecao-ppgd-ufmg-2018/Trabalho%20Escravo%20Contempor%C3%A2neo-L%C3%ADvia%20Miraglia-EB.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Trabalho Escravo Contemporâneo**: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, 2008. 178 p. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MiragliaLM_1.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

MOURA, Simone. **Dossiê COVID 10** – o grande desafio das marcas e empresas em tempos de Pandemia – não sofrer do “isolamento cerebral”. Disponível em: <https://www.pingpongestrategia.com.br/blog/10-dossie-covid-19-o-grande-desafio-das-marcas-e-empresas-em-tempos-de-pandemia-nao-sofrer-do-isolamento-cerebral.html>. Acesso em: 30 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo**: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 30 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 08 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Convenção nº 29 Trabalho Forçado ou Obrigatório**. Disponível em:
https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235021/lang--pt/index.htm. Acesso em: 02 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Convenção nº 105 Abolição do Trabalho Forçado**. Disponível em:
https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235195/lang--pt/index.htm. Acesso em: 02 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Trabalho Decente**. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 30 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Nota do Escritório da OIT no Brasil sobre as mudanças no combate ao trabalho análogo ao de escravo**. Publicação em 19 de outubro de 2017. Disponível em:
https://www.ilo.org/brasil/noticias/WCMS_584323/lang--pt/index.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório nº 169/11 Caso 12.066 Admissibilidade e Mérito Fazenda Brasil Verde Brasil**. Disponível em:
<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/12066FondoPt.pdf>. Acesso em: 2 maio 2020.

PAES, Mariana Armond Dias. A história nos tribunais: a noção de escravidão contemporânea em decisões judiciais. *In*: MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira; HERNANDEZ, Julianna do Nascimento; OILIVEIRA, Rayhanna Fernandes de Sousa (org.). **Trabalho escravo contemporâneo: conceituação, desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PINSKY, Jaime. **Escravidão no Brasil**. 21. ed. São Paulo: Editora Contexto, 2010.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. Salvador: JusPodivm, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

WBCSD. **Guia para CEOs sobre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**.

Disponível em:

https://d3351uupugsy2.cloudfront.net/cms/files/14773/1553450021Guia_CEO_ODS_digital2.pdf. Acesso em: 30 abr. 2020.

A Sociedade de Risco e as dimensões dos Direitos Humanos no Direito Ambiental

The Society of Risk and the dimensions of Human Rights and
Environmental Law

Antonio Donizetti de Resende

Mestrando do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna –
MG. E-mail: resende36@yahoo.com.br.

Deilton Ribeiro Brasil

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

Denise Maria Soares

Mestranda do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna –
MG. Tabela de Notas no Estado de Minas Gerais. E-mail: denise.soares123@gmail.com.

RESUMO

O artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e às futuras gerações. Assim, o direito intergeracional, preceituado na Declaração de Estocolmo, passou a integrar o direito interno brasileiro com status de direito fundamental. Até então o ordenamento se fundamentava unicamente na teoria antropocêntrica clássica que é inadequada para a tutela dos direitos ambientais. Como implementar um direito para as futuras gerações nessa conjuntura sociojurídica? Assim, compilando-se os dados e utilizando o método teórico bibliográfico-dedutivo para se verificar a efetividade da tutela dos direitos intergeracionais, a presente pesquisa objetivou avaliar e elucidar a problemática apresentada.

Palavras-chave: Sociedade de Risco. Direitos Humanos. Proteção do Meio Ambiente. Justiça Intergeracional. Globalização.

ABSTRACT

Article 225 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 establishes that everyone is entitled to the ecologically balanced environment by imposing on the Public Power and the collective the duty to defend it and preserve it for present and future generations. Thus, intergenerational law, which was precepted into the Stockholm Declaration, became part of Brazilian domestic law with fundamental right status. Until then the ordering was based solely on classical anthropocentric theory that is inadequate for the protection of environmental rights. How to implement a right for future generations in this socio-juridical situation? Thus, by compiling the data and using the bibliographic-deductive theoretical method to verify the effectiveness of the protection of intergenerational rights, the present research aimed to evaluate and elucidate the problem presented.

Keywords: Risk Society. Human Rights. Protection of the Environment. Intergenerational Justice. Globalization.

Introdução

Os Direitos Humanos têm a sua gênese no direito consuetudinário, mas são direitos positivados nos tratados internacionais e, ao serem absorvidos pelas Constituições dos Estados, como ocorre no Brasil (artigo 5º, caput, seus incisos e §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, de 1988), passam também a integrar a relação dos direitos fundamentais desses países.

Segundo a doutrina, a evolução clássica dos Direitos Humanos se efetivou em três etapas; no entanto, nenhuma destas exclui a anterior, são inclusivas. Por esse motivo, alguns

estudiosos preferem denominar as mencionadas etapas utilizando o termo: dimensão, e não geração, que é excludente.

Assim, durante a vigência do Estado Liberal vigoraram os Direitos Humanos denominados pela doutrina como de primeira dimensão. Prestigiavam os direitos civis e políticos, priorizavam a proteção à vida, à liberdade e à propriedade. Direitos de caráter negativo, pois asseguravam a abstenção do Estado. Na transição do Estado Liberal para o Social surgiram os direitos humanos de segunda dimensão, tutelando os direitos econômicos, sociais e culturais (trabalho, saúde e educação), obrigação de fazer do Estado (direitos positivos). Somente após o reconhecimento dos direitos humanos considerados de terceira dimensão advieram os direitos metaindividuais difusos, *v. g.* os direitos ambientais, os direitos dos consumidores, os direitos difusos dos trabalhadores etc.

No Brasil, os direitos ambientais foram positivados pela primeira vez pelos artigos 554 a 558 do vetusto Código Civil, de 1916, que estabeleciam sobre o direito de vizinhança, mas com requisitos ecológicos. Posteriormente, surgiram: o Decreto nº 16.300/23 (Regulamentos de saúde pública); Decreto-Lei nº 24.114/34 (Defesa sanitária vegetal); Decreto-Lei nº 24.643/34 (Código das Águas); Decreto-Lei nº 794/38 (Código da Pesca); Decreto-Lei nº 1.985/40 (Código de Minas); Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal); e o Decreto-Lei nº 5.452/43 (Consolidação das Leis do Trabalho) que tutelou os direitos ao meio ambiente do trabalho (artigos 154 e seguintes da *Consolidação das Leis do Trabalho*).

Na década de sessenta do século XX, as normas de direitos ambientais adquiriram um viés mais efetivo na defesa ambiental, como, por exemplo, Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra); Lei nº 4.717/65 (Ação Popular) que tem como objetivo resguardar a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural; Lei nº 4.771/65, (Código Florestal); Decreto-Lei nº 221/67 (Código de Mineração); Lei nº 5.318/67 (Política Nacional de Saneamento).

Porém, na primeira Conferência das Nações Unidas, realizada sobre o meio ambiente na cidade de Estocolmo, em 1972, instituiu-se a Declaração Universal do Meio Ambiente, também denominada como Declaração de Estocolmo. Nesta Declaração, foi estabelecido que os recursos naturais (solo, água, flora e fauna) devem ser adequadamente mantidos e conservados em benefício desta e das futuras gerações; e, ainda, cada país deveria positivar esses estabelecimentos no seu ordenamento jurídico.

Tais fatos elevaram o padrão protetivo das normas ambientais dos Países-membros. Isso ocorreu com as normas ambientais no ordenamento jurídico brasileiro a partir da década de oitenta do século XX. Em 31 de agosto de 1981, foi editada a Lei nº 6.938, que estabeleceu sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Posteriormente, editou-se a Lei nº 7.347/85, regulamentando a Ação Civil Pública, que tem como objeto: garantir a moralidade administrativa, (proteger o patrimônio histórico, turístico, artístico e paisagístico); e também assegurar os direitos do consumidor, do meio ambiente, os educacionais, os direitos trabalhistas, os minerários etc.

Ainda no plano infraconstitucional duas outras importantes normas foram editadas, a Lei nº 8.078, de 1990, – Código de Defesa do Consumidor –, que definiu os direitos transindividuais difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, e a Lei nº 13.105, de 2015, – Código de Processo Civil –, aplicado subsidiariamente à Consolidação das Leis do Trabalho, ao CDC, à Ação Popular e à ACP.

Com a promulgação da Constituição Federal, de 1988, a proteção dos direitos e interesses metaindividuais, até mesmo os difusos, foram assegurados amplamente na esfera constitucional. Tais direitos estão positivados na Constituição Federal, de 1988, no Título II (Dos direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direito e Deveres Individuais e Coletivos), tutelando, assim, os direitos individuais e os direitos coletivos, entre eles os direitos humanos e ambientais. Constituindo-se, dessa forma, a nova *summa divisio* constitucionalizada.

Nos termos do artigo 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal, de 1988, os direitos e garantias expressos no *caput* e incisos e parágrafos do citado artigo 5º da Carta Política, de 1988, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como os referentes aos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fizer parte, que também estão assegurados constitucionalmente.

O legislador constituinte, objetivando a proteção ambiental, dedicou um capítulo inteiro – Capítulo VI – ao meio ambiente, devidamente positivado no artigo 225 da Constituição Federal, de 1988. Este artigo estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por se tratar de um bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida saudável. Assim, impõe-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo tanto para a atual quanto para as futuras gerações.

Em conformidade com os estabelecimentos da Declaração Universal do Meio Ambiente, o Estado brasileiro, por meio do artigo 225 da Constituição Federal, de 1988, positivou a teoria da equidade intergeracional. Dessa forma, pergunta-se: A matriz epistemológica utilizada no direito contemporâneo, calcada no antropocentrismo, é adequada, ou não, para a aplicação da teoria da equidade intergeracional prevista no artigo 225 da Constituição Federal, de 1988, e na Declaração Universal do Meio Ambiente?

Utilizando o método teórico-bibliográfico dedutivo, partindo de um posicionamento macroanalítico para outro microanalítico, foi possível analisar os dados compilados na pesquisa e cotejá-los com as hipóteses previstas. Dessa forma, foi possível responder ao tema problematizado. Assim, analisaram-se os direitos humanos e ambientais na sociedade de risco; a interface da globalização com os riscos enfrentados pela sociedade contemporânea; a temática da equidade intergeracional na sociedade de risco; e, nas considerações finais, após sucintas observações, foi externada uma conclusão sobre o tema problematizado nesta pesquisa.

1 Os direitos humanos e ambientais na sociedade de risco

Os Direitos Humanos são direitos positivados democraticamente tanto no ordenamento jurídico internacional quanto no arcabouço jurídico interno dos Estados (direitos fundamentais). Assim, os referidos direitos adquirem caráter cogente, mas consensual, haja vista tais direitos serem embasados pelos costumes e tradições; no entanto, são positivados nos princípios democráticos preconizados pela sociedade contemporânea.

Vale dizer que os tratados internacionais substituem o direito consuetudinário. Ou seja, toda vez que se vislumbra possibilidade de acordo sobre normas costumeiras, no plano internacional, procede-se à codificação destas normas, através da elaboração de tratados entre os Estados. Não se pode desconsiderar que os tratados, nesta perspectiva, são regidos pelos princípios consuetudinários do livre consentimento, da boa-fé dos contraentes e pela norma do *pacta sunt servanda*. [...]. Vale dizer que a ratificação de tratados internacionais ao agregar as vontades do Poder Executivo (negociações e assinatura; ratificação; promulgação e publicação) e do Poder Legislativo (referendo parlamentar), consagra um caráter mais democrático ao processo de celebração de tratados⁶⁶.

⁶⁶ ROSA, Patrícia Rodrigues. O caráter democrático do processo de ratificação de tratados internacionais. *In: Processo constitucional, legitimidade democrática e direitos fundamentais*. Pará de Minas: Virtual Books, 2015. p. 168-170.

Assim sendo, os tratados internacionais instituem os direitos humanos; já as normas constitucionais positivam tais direitos (humanos), consolidando-os em direitos fundamentais. Ambos os ordenamentos – interacional e nacional – se fundam nos princípios democráticos.

Robert Alexy considera os Direitos Humanos como morais, universais, fundamentais e abstratos. Afirma que tais direitos têm prioridade sobre todas as outras normas.

A democracia é o elemento mais importante no lado procedimental institucionalizado da razão. A democracia pode ser concebida, ao mesmo tempo, como um procedimento de decisão e como um procedimento de argumentação. [...]. Direitos fundamentais são direitos que foram gravados em uma constituição com a intenção de transformar direitos humanos em direito positivo – em outras palavras, com a intenção de positivizar os direitos humanos. Direitos humanos são direitos, em primeiro lugar morais, em segundo lugar universais, em terceiro lugar fundamentais e em quarto lugar abstratos que, em quinto lugar, têm prioridade sobre todas as outras normas. Direitos existem e são válidos. A validade dos direitos humanos enquanto direitos morais dependem somente de sua fundamentalidade. Portanto, os direitos humanos existem se forem fundamentais⁶⁷.

Robert Alexy, nessa concepção, defende a prioridade dos Direitos Humanos sobre as demais normas e se funda no antropocentrismo. Esse posicionamento, em regra, é incompatível com a teoria intergeracional positivada na Declaração Universal de Meio Ambiente e no artigo 225 da Constituição Federal, de 1988.

Não se pode olvidar que as normas sobre os direitos humanos positivadas nas constituições – princípios fundamentais – somente poderão ter prioridade sobre outras normas também fundamentais, v.g. o direito ambiental – que também é direito fundamental constitucional –, se analisado concretamente (caso específico), nunca abstratamente ou de forma isolada, poderá afastar outras normas que tutelam direitos humanos.

Em geral, os princípios não se estruturam segundo uma hierarquia de valores. Se assim fosse, se produziria uma incompatibilidade com a sociedade e seu caráter pluralista, algo inconcebível nas condições constitucionais da atualidade. [...]. Em verdade, o conceito de ductilidade constitucional e toda estruturação teórica que faz Zagrebelsky a respeito da interpretação e aplicação do direito em muito se assemelha com a doutrina neoconstitucionalista adotada no Brasil (especialmente quanto à ponderação, a distinção entre regras e princípios e a aceitação da atividade jurisdicional como um ato de escolha).[...]. A prática jurisdicional brasileira, no entanto, não parece tão apegada às peculiaridades do caso concreto como exigem as teorias argumentativas e em especial a teoria de Zagrebelsky, autor este que, como visto, ressalta que a relativização de princípios jurídicos deve sempre acompanhar as demandas e peculiaridades pertinentes ao caso concreto⁶⁸.

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. p. 317.

⁶⁸ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; NEVES, Isadora Ferreira. **Constitucionalismo garantista x constitucionalismo principialista**: aproximações entre Ferrajoli e Zagrebelsky, Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fdbd31f2027f2037>. Acesso em: 27 dez. 2019.

Na teoria dos direitos fundamentais, defendida pelo próprio Robert Alexy⁶⁹, as normas se dividem em regras e princípios; somente as regras são passíveis de conflitos, e, dependendo dos comandos normativos, uma delas poderá ser excepcionada. Os princípios não se conflitam, colidem-se, portanto, um não exclui o outro. Mas, na ocorrência das referidas colisões, os princípios devem ser balanceados ou sopesados, analisando-se no caso concreto qual terá precedência sobre o outro.

Robert Alexy⁷⁰ afirma que “isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico”. Conforme exposto, essa teoria preconiza que nos casos de colisões entre princípios deve-se realizar o sopesamento destes pela máxima da proporcionalidade. Para isso, devem-se analisar as três máximas parciais: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu*.

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito) decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é dedutível dessa natureza⁷¹.

Entretanto, como descrito no excerto infra, os direitos fundamentais, incluindo os direitos humanos positivados nas constituições dos Estados, poderão estar normatizados com caráter dúplice. Ou seja, nos casos em que ambos os níveis de distinção forem nelas atribuídos (normas compostas com o caráter de regra (incompleta) e de princípio).

As disposições de direitos fundamentais podem – e com isso adentra o segundo nível – ser consideradas não somente como uma positivação e uma decisão a favor de princípios, mas também como a expressão de uma tentativa de estabelecer determinações em face das exigências de princípios contrapostos. De um lado, princípios são positivados por meio delas; mas, de outro lado, elas contêm determinações em face das exigências de princípios contrapostos, na medida em que apresentam suportes fáticos e cláusulas de restrição diferenciados. Essas determinações têm, contudo, um caráter incompleto, já que por meio delas não são possíveis decisões independentes de sopesamento em todo e qualquer caso. [...]. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do

⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 94-96.

⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 96.

⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 116-117.

legislador constituinte. É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios. [...]. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos. Uma tal vinculação de ambos os níveis surge quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamento⁷².

Dessa forma, os direitos fundamentais poderão ter simultaneamente a estrutura de um princípio e de uma regra (incompleta). Assim, caso ocorra o conflito com outro princípio também fundamental, deverá ocorrer o sopesamento. Com isso, após o sopesamento, a parte formada como regra (incompleta) servirá para condicionar a referida decisão, pois, como visto, as determinações estabelecidas no nível de regras (desde que fundamentais) têm primazia sobre aquelas baseadas em princípios que possuem uma eficácia *prima face*, mas que deve ser ratificada no caso concreto.

Na eventualidade da ocorrência de colisão entre direitos fundamentais, independentemente do caráter simples de princípio ou dúplice de princípio e regras, deve-se sempre fazer a ponderação e definir qual dos direitos fundamentais deverá ser adotado, para o caso concreto, e não definir abstratamente como exposto supra.

Essa situação se adapta à conjuntura positivada no texto do artigo 225 da Constituição Federal. Ou seja, esta norma fundamental – ambiental constitucional, independentemente da vertente teórica – antropocêntrica ou biocêntrica –, jamais poderá ser abstratamente preterida por qualquer outra norma sem uma análise e balanceamento prévio da sua aplicação ao caso concreto. Nessa hipótese, o sopesamento sempre deverá ocorrer, mesmo que se trate de uma colisão com outro direito fundamental constitucional sobre direitos humanos.

Partimos do pressuposto de que os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda parte e em igual medida) reconhecidos; e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento⁷³.

Os direitos humanos constitucionalizados se agregam aos direitos fundamentais, que, por sua vez, se embasam na dignidade humana e nos princípios de liberdade, igualdade e solidariedade, este último engloba os direitos ambientais difusos, estabelecidos no artigo 225 da Constituição Federal, de

⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 139-141.

⁷³ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Ariani Bueno Sudattie e Fernando Pavan Batista. 6.ed. São Paulo: EDIPRO, 2016. p. 15.

1988 (igualdade intergeracional). Com isso, alargaram-se os princípios norteadores do antropocentrismo, até então centrados no ser humano e no direito *post factum*.

A tensão existente entre as facetas do antropocentrismo e ecocentrismo tem produzido na doutrina ambientalista um alargamento da concepção antropocentrista, gerado pela assimilação do meio ambiente como um valor autônomo aos de outros bens jurídicos como a saúde, a propriedade, o desenvolvimento etc. Há ainda uma dimensão intertemporal ou transtemporal que inclui os interesses das gerações futuras nas atuais tomadas de decisão⁷⁴.

O artigo 225 da Constituição Federal, de 1988, ao tutelar um meio ambiente saudável, sustentável e equilibrado para a atual e às próximas gerações assegura a equidade intergeracional. Com isso, o legislador originário alargou ou ampliou os conceitos do antropocentrismo.

Devemos agora analisar a questão da justiça entre gerações. [...]. O problema surge no contexto presente porque ainda permanece aberta a questão de saber se o sistema social como um todo, a economia competitiva cercada pela família adequada de instituições básicas, pode satisfazer os princípios da justiça. A resposta dependerá obrigatoriamente, pelo menos em certa medida, do nível a ser fixado para o mínimo social. Mas isso, por sua vez, se liga ao problema de até que ponto a geração presente é obrigada a respeitar os direitos de suas sucessoras. Até agora nada foi dito a respeito de quão generoso deve ser o mínimo social. O bom senso pode contentar-se em dizer que o nível correto depende da riqueza média do país e que, outros fatores permanecendo constantes, o mínimo deve ser mais alto quando essa média aumenta. Ou também se poderia dizer que o nível adequado é determinado por expectativas costumeiras⁷⁵.

Nesse contexto, alguns questionamentos sobre o direito intergeracional são apresentados na “doutrina”. Mais precisamente sobre a valoração quantitativa dos direitos intergeracionais. Há vista de que não cabe à atual geração quantificar direitos das gerações futuras, tendo como paradigma os seus próprios direitos e interesses. Seria melhor adotar uma postura proativa, reservando e preservando, o máximo possível, os direitos ambientais protegidos pelo artigo 225 da Constituição Federal, de 1988, para as futuras gerações.

2 A equidade intergeracional na sociedade de risco

O direito ao meio ambiente equilibrado, hoje consagrado como direito fundamental do homem (artigo 225 da Constituição Federal, de 1988), foi assim reconhecido pela Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente Humano, em 1972⁷⁶. Desde então, o legislador ordinário cuidou de desenvolver os meios jurídicos adequados para a proteção do meio ambiente. Como

⁷⁴ CARVALHO, DéltonWinter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 62.

RÄWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 354-355. i. 354-355.

⁷⁶ NATIONS, United. **Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment**. Disponível em: <http://sustainabledevelopment.un.org/milestones/humanenvironment>. Acesso em: 27 dez. 2019.

forma de reparar e reequilibrar o dano causado ao meio ambiente, a Lei nº 6.938, de 1981⁷⁷, determinou ao poluidor a obrigação de indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade, independentemente de aferição de culpa. Da mesma forma, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 1985)⁷⁸ determina ser a responsabilidade civil objetiva, sendo suficiente a demonstração do nexó de causalidade entre a atuação do agente e o dano ao meio ambiente⁷⁹.

O direito intergeracional (artigo 225 da Constituição Federal, de 1988) rege o direito ambiental em âmbito constitucional. Assim, necessita-se, primeiramente, conceituar o meio ambiente e o direito ambiental.

Rodolfo de Medeiros Araujo⁸⁰, ao definir o meio ambiente técnica e juridicamente afirma que, “na linguagem técnica, meio ambiente é a combinação de todas as coisas e fatores externos ao indivíduo ou população de indivíduos em questão, suas relações e interações. No conceito jurídico, o meio ambiente é a expressão do patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos, em visão estrita”. O ser humano é gregário por natureza, mas como observa Hannah Arendt⁸¹ *et seq.*, as ações e interações humanas ocorrem sempre dentro da sociedade, ou seja, no meio ambiente.

Nenhuma vida humana, nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros seres humanos. Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos, mas a ação é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens.

Para Gabriela Maciel Lamounier⁸², o direito ambiental é conceituado como “o conjunto de normas e princípios que devem ser obedecidos para que se tenha um meio

⁷⁷ BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União de 02/09/1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 27 dez. 2019.

⁷⁸ BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial da União de 25/07/1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm. Acesso em: 27 dez. 2019.

⁷⁹ BRASIL, Deilton Ribeiro; OLIVEIRA, Renato Zica de; LEMOS, Stéphanie Nathanael. A responsabilidade civil do Estado de Minas Gerais na tragédia de Mariana. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; PENTINAT, Susana Borrás (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; SILVA, Matheus Passos (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, v. 11, 2018. p. 91.

⁸⁰ ARAUJO, Rodolfo de Medeiros. **Manual de direito ambiental**. Leme: CL EDIJUR, 2012, p. 41.

⁸¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. Revisor e apresentador: Adriano Correia. 12. ed. rev. Rio de janeiro: Forense, 2016. p. 27.

⁸² LAMOUNIER, Gabriela Maciel. Análise da possibilidade de existência de dano moral coletivo no direito ambiental. In: CHAVES, Charley Teixeira; ALMEIDA, Gregório Assagra de. (org.). **Democracia e subjetividade: abordagens interdisciplinares**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013. p. 124.

ambiente saudável e ecologicamente equilibrado diante das atividades realizadas pelo homem no uso dos recursos naturais”. Dessa forma, encontra-se positivado no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 225 da Constituição Federal, de 1988, e, nas legislações ambientais infraconstitucionais, o regramento do direito ambiental no Brasil.

Nesse sentido, Délton Winter de Carvalho⁸³ explica que as principais características do direito ambiental para a dogmática jurídica consistem em superar o direito tradicional. Ou seja, objetiva atingir o comprometimento do direito ambiental como futuro, o direito ao meio ambiente como direito fundamental de terceira geração (direitos difusos) e a transdisciplinaridade que marca o direito ambiental, bem como o alargamento do antropocentrismo.

Alguns obstáculos jurídicos dificultam alcançar esses pressupostos. Édís Milaré questiona a quantidade e falta de sistematização da legislação esparsa e alerta sobre a necessidade da criação de um Código Ambiental.

Se no plano mais amplo a legislação ambiental brasileira é festejada, espanta verificar, então, que, no terreno da realidade, isto é, das atividades degradadoras, as normas ambientais não tenham sido capazes de alcançar os objetivos que justificam sua existência, o principal deles sendo compatibilizar o crescimento econômico com a proteção ambiental. [...]. Podemos, contudo, dizer que, ao lado de outras causas mais amplas – como a ausência de vontade política, a fragilidade da consciência ambiental e a inexistência de um aparelho implementador adequado – algumas de caráter estritamente legislativo são facilmente identificáveis. Primeiramente nesta visão crítica, o traço mais marcante da nossa legislação ambiental é o seu perfil assistemático, gravíssimo pecado para um regime normativo que, pela sua abrangência e caráter transdisciplinar (interno e externo), não se mantém de pé sem um mínimo de organicidade e sistematicidade. No emaranhado de normas existentes, difícil mesmo é encontrar matérias nas quais não existam conflitos normativos, em que os dispositivos, nos vários níveis legislativos, falem a mesma língua. Nada mais proveitoso para o degradador ambiental do que a existência de normas que antagonizam, com isso deixando o terreno livre para o exercício de atividades altamente lesivas ao meio ambiente. Além disso, o Direito Ambiental, em nosso país, é formado por normas de idades e espírito diversos. [...]. Finalmente, porque estruturada em velhos retalhos, a legislação ambiental brasileira tem vastíssimas clareiras normativas, verdadeiros “buracos negros ambientais”, onde inexistem normas de regramento das condutas dos envolvidos. [...]. Movemo-nos a custo em meio a um verdadeiro cipal de leis, decretos-leis, medidas provisórias, decretos, resoluções e portarias a reger a matéria – já, apropriadamente, chamada de inflação legal ou “poluição regulamentar”. [...]. Neste cenário de certa perplexidade, é preciso pensar, decididamente, em uma codificação ambiental⁸⁴.

Essa postura proativa incorporada pelo legislador ordinário ao ordenamento jurídico brasileiro, positivada no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, de 2002, e artigo 14, §

⁸³ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 52.

⁸⁴ MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 241-242.

1º da Lei nº 6.938, de 1981, estabelecem que a responsabilidade por danos ambientais seja objetiva (independente da culpa). A ação legislativa, além de visar à redução das atividades de riscos, possui um viés pedagógico, pois essa nova postura consolidada no ordenamento jurídico expõe uma mudança dos conceitos da sociedade contemporânea sobre a proteção ambiental. Para caracterizar a responsabilidade sobre danos ambientais, dependerá apenas de constatar o dano, o nexo causal e o autor do citado dano.

Muitos riscos ainda são desconhecidos, mas nem por isso podem ser considerados inexistentes. O direito contemporâneo não pode ignorá-los, deve tutelá-los. Entretanto, para que isso ocorra, precisa rever os conceitos e estruturar-se metodologicamente para atender às demandas da sociedade de risco.

De início, há que se afirmar que a ruptura ao pensamento tradicional, e à própria ciência, encontra-se na percepção de que inexistem certezas. Busca-se desconstruir o construído em busca de algo novo, em busca de teorias que reflitam o meio ambiente não como um objeto dado e apartado do ser humano, mas sim, como um entorno essencial à vida humana, que propicia o desenvolvimento do homem e ao mesmo tempo o acolhe. Afirmar certezas, portanto, constitui-se em um posicionamento errôneo. Mas por qual motivo errôneo? Na contemporaneidade, o momento é paradigmático. Preponderam as incertezas científicas, o medo, os riscos desconhecidos, os danos irrefreáveis e transnacionais, a complexidade social, a crise do Estado Nação, e, no sistema jurídico, a crise do paradigma positivista. [...]. Os operadores do Direito, principalmente do Direito Ambiental, devem analisar a sociedade que é justamente a base, a razão de ser das normas jurídicas. Neste contexto, o Direito Ambiental nasce, se desenvolve, toma corpo e se fortalece em um momento em que há um questionamento da própria alteração de paradigmas na racionalidade do Direito. Tomando-se como base teórica social a obra do sociólogo alemão Ulrich Beck - “A sociedade de Risco” – faz-se necessário elucidar, inicialmente, esta publicação visa uma análise da sociedade atual em uma conjuntura de riscos globais, tais como aqueles ocorridos no período após a segunda guerra mundial: Auschwitz, o acidente de Bhopal ou Chernobyl. No Brasil, pode-se mencionar a poluição ambiental da cidade de Cubatão, nos anos oitenta⁸⁵.

Nessa conjuntura, alguns princípios do direito ambiental se apresentam como imprescindíveis. Os mecanismos de precaução são instrumentos fundamentais à tutela ambiental. Assim, não é exagero afirmar que o princípio da “precaução” é considerado sustentáculo-chave do Direito Ambiental e da implementação de um Estado Constitucional Ambiental⁸⁶. Os princípios gerais do direito são importantíssimos para o Direito Ambiental, mas, como exposto anteriormente, para consolidar o direito intergeracional (alargamento do

⁸⁵ CENCI, Daniel Rubens; KÄSSMAYER, Karin. **O direito ambiental na sociedade de risco e o conceito de Justiça Ambiental**. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro4/cd/ARQUIVOS/GT11-1015-886-20080510203835.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2019.

⁸⁶ CENCI, Daniel Rubens; KÄSSMAYER, Karin. **O direito ambiental na sociedade de risco e o conceito de Justiça Ambiental**. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro4/cd/ARQUIVOS/GT11-1015-886-20080510203835.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2019.

antropocentrismo), os princípios da precaução e da prevenção são essenciais e imprescindíveis ao direito intergeracional.

Como observa Gabriela Maciel Lamounier⁸⁷, ambos os princípios visam evitar a ocorrência de danos ambientais e proteger o meio ambiente. O que os diferencia é a condição da previsibilidade do dano; contudo, ambos se complementam. No Princípio da Prevenção, o risco de causar a lesão é certo e previsível, o perigo também é certo e iminente. Com isso, devem ser eliminados preventivamente. Já o princípio da precaução se vincula à cautela, pois o risco de ocorrer a degradação ambiental é incerto, é indeterminado, ainda não é conhecido cientificamente. Todavia, na dúvida, deve-se posicionar a favor da natureza – *in dubio pro natura*. Entende-se que a precaução precede a prevenção, devendo ser aplicada a quaisquer riscos potenciais.

Nesse sentido, Délton Winter de Carvalho⁸⁸ observa que nos processos de tomada de decisão, produção e programação jurídica, duas pré-compreensões surgem como construtiva e performática do entendimento jurídico sobre o direito ambiental. Ou seja, este tem se estruturado a partir da dinâmica de duas tensões, derivadas do antropocentrismo e do ecocentrismo. Essa tensão tem produzido na doutrina ambientalista alargamento da concepção antropocentrista. Essa nova postura funda-se no entendimento que concebe o direito ambiental e o meio ambiente como um valor autônomo aos de outros bens jurídicos como a saúde, a propriedade, o desenvolvimento etc. Como preconiza o artigo 225 da Constituição Federal, existe uma dimensão intertemporal ou transtemporal que inclui os interesses das gerações futuras nas atuais tomadas de decisão.

O alargamento do antropocentrismo consiste em uma concepção intermediária do antropocentrismo clássico (ser humano como centro das decisões) com o biocentrismo (o meio ambiente – flora, fauna, os animais e, o próprio ser humano –, como centro das decisões).

No antropocentrismo *alargado* (intermediária entre o antropocentrismo clássico e ecocentrismo), a tutela jus-ambiental não se limita à valoração dos bens ambientais apenas em sua capacidade de aproveitamento humano (utilidade direta do bem ambiental), abrangendo a tutela da capacidade funcional ecológica do patrimônio natural independentemente da sua utilidade direta. [...]. O alargamento do antropocentrismo se dá a partir de três vias possíveis de expansão frente ao antropocentrismo clássico (econômico cêntrico), sendo elas (i) a equidade

⁸⁷ LAMOUNIER, Gabriela Maciel. Análise da possibilidade de existência de dano moral coletivo no direito ambiental. In: CHAVES, Charley Teixeira; ALMEIDA, Gregório Assagra de. (org.). **Democracia e subjetividade**: abordagens interdisciplinares. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013. p. 132-133.

⁸⁸ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 61-62.

intergeracional, (ii) o direito dos animais e (iii) a constatação evidente de que o homem é elemento integrante de uma comunidade biótica (*extendedstewardshipideology*)⁸⁹.

Assim, o antropocentrismo alargado ocorre em três vetores: equidade intergeracional, direito dos animais e a consolidação da concepção que enquadra o ser humano como elemento integrante da comunidade biótica. A teoria da equidade intergeracional é constituída por três princípios basilares: a conservação das opções, conservação da qualidade e conservação do acesso. O princípio da conservação das opções visa não restringir as opções disponíveis às gerações futuras, pois é atribuída a cada geração a necessidade de conservar a diversidade dos recursos naturais e culturais. O princípio de conservação da qualidade prevê que cada geração transmita às demais a qualidade ambiental planetária em condições equivalentes às recebidas. Já o princípio da conservação do acesso visa resguardar o direito da acessibilidade aos recursos naturais e culturais para a atual (intra-geracional) e para as futuras gerações (intergeracional)⁹⁰.

A teoria da equidade intergeracional induz ao alargamento dos conceitos antropocentristas, pois, ao cumprir os comandos do artigo 225 da Constituição Federal, de 1988, utilizando-se dos dispositivos jurídicos atuais para a tomada de decisões, tem-se a atenção voltada não só para a atual, mas também para as futuras gerações, mesmo que ausente a reciprocidade. Haja vista que nesse contexto ocorre a equidade intergeracional pela imposição de deveres fundamentais de proteção e conservação ambiental, vinculando a postura e atividades da atual geração em benefício da presente e das futuras⁹¹.

A concepção antropocentrista clássica da forma que se apresentava não dispunha de elementos para fazer cumprir os comandos do artigo 225 da Constituição Federal, de 1988. No entanto, com o alargamento dos conceitos antropocêntricos, o cumprimento do direito – constitucional – fundamental foi efetivamente viabilizado no ordenamento jurídico pátrio.

Considerações finais

⁸⁹ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 64.

⁹⁰ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 66-67.

⁹¹ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 71.

Todos os seres humanos da atual e das futuras gerações têm o direito de usufruir de um meio ambiente equilibrado, saudável e sustentável. Por isso, é importante preservar toda a conjuntura biótica do planeta terra, não somente para a presente geração, mas também para às futuras gerações. Assim, o poder público deve estruturar o ordenamento jurídico para viabilizar tais direitos.

Com isso, o legislador constituinte ou reformador, ao elaborar as normas, deve observar os reais interesses da população, e não de um grupo sectário que defende interesses próprios, pois os integrantes da população de forma coletivizada (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, de 1988) são os reais detentores do poder (direito de terceira dimensão – difuso). Se os referidos direitos ambientais, previstos anteriormente na Declaração de Estocolmo, foram positivados como direitos fundamentais no artigo 225 da Constituição Federal, de 1988, não resta alternativa ao indivíduo ou à coletividade senão o cumprimento dos comandos do referido texto constitucional.

Importante ressaltar que essas determinações constitucionais foram incorporadas à teoria da equidade intergeracional. Tal teoria é incompatível com antropocentrismo clássico, pois a matriz epistemológica utilizada, até então, para fundamentar a referida teoria antropocêntrica prescindia dos princípios da solidariedade e da amplitude holística presente na teoria da equidade intergeracional (positivada na Constituição, de 1988).

Com isso, foi necessário ampliar os conceitos do antropocentrismo, alargando-os em direção aos princípios norteadores do biocentrismo, ou seja, embasado na teoria do risco e nos princípios da prevenção (risco conhecido) e da precaução (risco desconhecido); instituindo-se a tutela objetiva do direito ambiental foi possível assegurar o adimplemento dos direitos intergeracionais.

Assim, apesar de alguns questionamentos doutrinários e das complexidades e incertezas presentes na sociedade de risco, a utilização das ferramentas jurídicas existentes possibilita e viabiliza uma efetiva tutela dos direitos previstos no artigo 225 da Constituição Federal, de 1988, e na Declaração Universal do Meio Ambiente na sociedade contemporânea brasileira.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ARAUJO, Rodolfo de Medeiros. **Manual de direito ambiental**. Leme: CL EDIJUR, 2012.

ARENDR, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. Revisor e apresentador: Adriano Correia. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Ariani Bueno Sudattie e Fernando Pavan Batista. 6. ed. São Paulo: EDIPRO, 2016.

BRASIL, Deilton Ribeiro; OLIVEIRA, Renato Zica de; LEMOS, Stéphanie Nathanael. A responsabilidade civil do Estado de Minas Gerais na tragédia de Mariana. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; PENTINAT, Susana Borràs (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; SILVA, Matheus Passos (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, v. 11, 2018. p. 85-110.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União de 02/09/1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 27 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial da União de 25/07/1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm. Acesso em: 27 dez. 2019.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; NEVES, Isadora Ferreira. **Constitucionalismo garantista x constitucionalismo principalista: aproximações entre Ferrajoli e Zagrebelsky**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fdbd31f2027f2037>. Acesso em: 27 dez. 2019.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CENCI, Daniel Rubens; KÄSSMAYER, Karin. **O direito ambiental na sociedade de risco e o conceito de Justiça Ambiental**. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro4/cd/ARQUIVOS/GT11-1015-886-20080510203835.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2019.

LAMOUNIER, Gabriela Maciel. Análise da possibilidade de existência de dano moral coletivo no direito ambiental. *In*: CHAVES, Charley Teixeira; ALMEIDA, Gregório Assagra de. (org.). **Democracia e subjetividade: abordagens interdisciplinares**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013. p. 123-148.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NATIONS, United. **Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment**. Disponível em: <http://sustainabledevelopment.un.org/milestones/humanenvironment>. Acesso em: 27 dez. 2019.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Revisora Jussara Simões. Tradutor: Álvaro de Vita. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

ROSA, Patrícia Rodrigues. O caráter democrático do processo de ratificação de tratados internacionais. *In*: LAGES, Cintia Garabini. (org.). **Processo constitucional, legitimidade democrática e direitos fundamentais**. Pará de Minas: Virtual Books, 2015. p. 163-196.

Da tutela ambiental na Constituição Federal de 1988 ao marco legal da biodiversidade

Environmental protection in the Federal Constitution of 1988 to the biodiversity legal framework

Suyene Monteiro da Rocha

Doutora em Biodiversidade e Biotecnologia – BIONORTE/UFAM. Mestre em Ciências do Ambiente – UFT. Professora adjunta no curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins. Professora do Programa de Doutorado em Biodiversidade e Biotecnologia na Amazônia Legal – BIONORTE. Coordenadora do grupo de pesquisa CNPq: Políticas Públicas Ambientais e Sustentabilidade. E-mail: suyenerocha@uft.edu.br.

Renata Rodrigues de Castro Rocha

Doutora e Mestre em Ciência Florestal, pela Universidade Federal de Viçosa (UFV), Minas Gerais. Professora adjunta do curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins (UFT). E-mail: renatarocha@uft.edu.br.

Cristiane Roque de Almeida

Doutoranda em Biodiversidade e Biotecnologia – BIONORTE/UFT. Mestre em Sociologia. Professora assistente no Curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins (UFT). E-mail: crisroque@mail.uft.edu.br.

RESUMO

No presente trabalho apresenta-se, por meio de revisão bibliográfica e documental sob uma perspectiva analítico-descritiva, a proteção normativa à biodiversidade, pós-assinatura da Convenção de Diversidade Biológica, tendo como base a Constituição da República Brasileira, de 1988. Buscou-se traçar a percepção ambiental do ente (cacofonia) governamental a partir da formação de políticas públicas – programas, projetos, ações referentes à temática. Entre os múltiplos (des)caminhos, debates e embates, verificou-se que a construção do acesso aos recursos genéticos brasileiros foi e ainda se apresenta de forma conturbada. Essa percepção se alicerça a partir da problemática Medida Provisória nº 2186-16, que regulou a matéria por 14 anos, perpassando pela edição da Lei nº 13.123, de 2015, o Marco Legal da Biodiversidade. Os estudos evidenciam a importância da valorização e regulamentação do acesso ao patrimônio biológico brasileiro como instrumento de conservação, utilização dos recursos naturais, para que se possa consolidar a pretensão legal constitucional.

Palavras-chave: Constituição Federal Brasileira. Biodiversidade. Tutela Ambiental. Marco legal Biodiversidade. Política Pública.

ABSTRACT

This paper presents, through a bibliographical and documentary review, an analytical-descriptive perspective, the normative protection of biodiversity after the signing of the Convention on Biological Diversity, based on the Constitution of the Brazilian Republic of 1988. It was sought to trace the environmental perception of the government entity from the formation of public policies - programs, projects, actions related to the theme. Among the multiple (dis) paths, debates and conflicts, it was verified that the construction of access to Brazilian genetic resources was and still presents in a troubled way, this perception is based on the problematic Provisional Measure 2186-16 that regulated the matter for 14 years, passing through the edition of law n. 13.123 / 2015, the Biodiversity Legal Framework. The studies show the importance of valorization and regulation of access to the Brazilian biological heritage as an instrument of conservation, use of natural resources, so that the constitutional legal claim can be consolidated.

Keywords: Brazilian Federal Constitution. Biodiversity. Environmental Protection. Legal Framework Biodiversity. Public Policy.

Introdução

Neste trabalho, a partir de revisão bibliográfica e documental, aborda-se, com uma perspectiva analítico-descritiva, o caminho percorrido pelo governo brasileiro até a edição do Marco Legal da Biodiversidade. Em linhas gerais, deseja-se demonstrar que a Constituição Federal, de 1988, criou uma nova perspectiva ambiental para o ordenamento jurídico brasileiro, e o Marco Legal da Biodiversidade é um resultado do amadurecimento da política pública ambiental, ou seja, é fruto de uma construção histórica, jurídica e filosófica.

O Brasil ocupa a posição de país com a maior biodiversidade do Planeta, sendo responsável por 20% do total de suas espécies. Como signatário da Convenção sobre

Diversidade Biológica, foi um dos primeiros países a estabelecer regulamentação sobre o uso da biodiversidade e sobre a repartição de benefícios advindos do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, de forma justa e equitativa. Em 2000, foi instituída a Medida Provisória (MP) 2.052, de 2000, que sofreu diversas edições até que se consagrou na MP 2.186-16, de 2001, posteriormente revogada pela Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015.

O novo Marco Legal da Biodiversidade, instituído pela Lei nº 13.123, de 2015, e regulamentado pelo Decreto nº 8.772, de 2016, surge com a promessa de descomplicar o ambiente de atuação dos interessados em explorar de forma sustentável o patrimônio genético brasileiro e o conhecimento tradicional associado.

1 Tutela Ambiental na Constituição Federal, de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, foi a primeira da história brasileira a dedicar um capítulo específico à questão ambiental, além de apresentar outras referências ao tema em outros dispositivos. Historicamente, os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte coincidiram com a intensificação mundial dos debates sobre meio ambiente.

Em vários países, nas três últimas décadas do século XX, vislumbraram-se alterações relevantes nas ações governamentais direcionadas à proteção ambiental, como a estruturação de organizações especializadas. No Brasil, criou-se, em 1973, no âmbito do Ministério do Interior, a Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA), semente de órgãos, como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e o Ministério do Meio Ambiente (MMA). À época, leis importantes atinentes à questão ambiental estavam em vigor, como o Código de Águas, o Código Florestal e a Lei de Proteção à Fauna.

Em 1983, em decorrência da reunião de avaliação dos dez anos da Conferência de Estocolmo, foi criada a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Esse órgão colegiado lançou, em 1987, o documento *Nosso Futuro Comum*, conhecido como Relatório Brundtland. O documento firmou o conceito do desenvolvimento sustentável, definido como aquele que atende às necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade de as futuras gerações terem suas próprias necessidades atendidas. O nome vem

de sua coordenadora, a primeira-ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland. No Brasil, na Assembleia Nacional Constituinte⁹², constam referências ao Relatório Brundtland.

Considerando a ordem dos dispositivos da Constituição Federal, de 1988, o tema “meio ambiente” surge primeiramente no título relativo à organização do Estado, que inclui a distribuição de atribuições entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A Constituição, de 1967-1969 delegava exclusivamente à União a prerrogativa de legislar, entre outros temas, sobre águas, florestas, caça e pesca. Grande parte de nossa política ambiental era concentrada na esfera central de governo, especialmente no que se refere à proteção da flora e da fauna. Essa concentração fica clara nos textos do Código Florestal, de 1965, e da Lei de Proteção à Fauna, de 1967.

Com os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, caminhou-se na linha da descentralização, consoante já se apontava como diretriz na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938, de 1981), refletida na criação do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA). Na Carta, de 1988, foi explicitada a competência executiva comum entre os entes federados (art. 23, incisos III, VI e VII, da Constituição Federal) no campo da política ambiental, além da competência legislativa concorrente (art. 24, incisos VI, VII e VIII, da Constituição Federal). Essa mudança em relação ao quadro jurídico anterior acompanha o próprio processo de reconstrução democrática do País.

Os dispositivos da Constituição que tratam da competência comum em política ambiental devem ser lidos juntamente com a Lei Complementar nº 140, de 2011, que fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativa à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora. Essa lei complementar procura enfrentar algumas distorções existentes no SISNAMA, como a centralização injustificada de determinadas atribuições no MMA e no IBAMA, a

⁹² TEIXEIRA, Luciana; DEUD, Cláudia; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. VII.b - Subcomissão de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente. *In*: BACKES, Ana Luíza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de (org.). **Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte**: a Sociedade na Tribuna. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. p. 459-504. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1882#>. Acesso em: 3 abr. 2019.

sobreposição nos esforços dos órgãos ambientais federais e estaduais e a subvalorização do papel dos órgãos ambientais municipais⁹³.

Diante do disposto na Lei Complementar nº 140, de 2011, torna-se especialmente relevante o fortalecimento dos órgãos ambientais estaduais e municipais. No que se refere aos dispositivos da Constituição relativos à organização do Estado, deve ser mencionado ainda que compete à União “planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações”, “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso” e “explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza” (art. 21, incisos XVIII, XIX e XXIII, da Constituição Federal).

O capítulo da Carta Política dedicado diretamente à questão ambiental (art. 225 da Constituição Federal) inicia-se pela explicitação do meio ambiente ecologicamente equilibrado como um bem de uso comum do povo. Note-se que não se está dispondo sobre o domínio dos recursos ambientais numa perspectiva patrimonial. O que se intenta garantir é o direito de todos ao equilíbrio ambiental, um direito de terceira geração.

O dever de proteção ambiental é delegado expressamente pela Constituição ao poder público e à coletividade. São detalhadas as incumbências do poder público, como preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País, criar espaços territoriais especialmente protegidos, exigir estudo prévio de impacto ambiental de empreendimentos potencialmente causadores de significativa degradação ambiental e promover a educação ambiental (art. 225, § 1º, da Constituição Federal). Cabe colocar em relevo a previsão de lei em senso estrito para a alteração e supressão de unidades de conservação (art. 225, § 1º, inciso III, da Constituição Federal). Fica disposto que o poder público definirá as áreas protegidas, sem especificação do ato por meio do qual essa definição deve ser concretizada, sendo estabelecido que a alteração ou a supressão somente podem ocorrer mediante lei.

Nos Anais da Assembleia Nacional Constituinte, há trechos que externam preocupação com a situação precária das unidades de conservação no País, o que explica o rigor nesse

⁹³ VIANA, Mauricio Boratto; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. Conservação da biodiversidade e repartição de competências governamentais. In: Roseli In: na Ganem (org.). **Conservação da biodiversidade: legislação e políticas públicas**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. p. 139-176. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/259292692_Conservacao_da_Biodiversidade_e_Reparticao_de_Competicencias_Governamentais. Acesso em: 08 abr. 2019.

sentido. Hoje, em regra, as unidades de conservação são criadas por decreto do presidente da República, governador de estado ou prefeito municipal.

No que concerne à aplicação de penalidades, a quem infringir as normas de proteção ambiental, as esferas penal, administrativa e civil devem ser, em princípio, trabalhadas de forma individual. Os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, estarão sujeitos a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (art. 225, § 3º, da Constituição Federal).

A Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são biomas qualificados como patrimônio nacional por nossa Carta Magna (art. 225, § 4º, da Constituição Federal). Isso significa que a utilização de seus recursos deve ocorrer com atenção especial em relação à proteção ambiental. Deve-se compreender que a legislação ambiental não será necessariamente mais flexível nos demais biomas que não receberam essa qualificação. A escolha do legislador constituinte refletiu a preocupação com aqueles biomas que, à época, eram considerados mais degradados ou com maiores riscos. Há propostas de emenda à Constituição em trâmite no Legislativo qualificando outros biomas como patrimônio nacional, como a PEC nº 115, de 1995, que está pensada à PEC nº 504, de 2010⁹⁴.

Em um País tão diverso, considera-se que os cuidados com a proteção ambiental devem ser direcionados a todos os biomas. É importante compreender que o conceito de patrimônio natural não implica engessamento das atividades econômicas, mas sim a assunção de que as diferentes espécies e os ecossistemas necessitam estar conservados para que possam ser utilizados.

No texto atual, prevê-se não apenas a defesa do meio ambiente, mas também o tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, o que concretiza a fundamentação para iniciativas importantes quanto a instrumentos econômicos de política ambiental. A preocupação com a proteção do meio ambiente surge também nas disposições sobre a política agrícola e fundiária. A utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente integram os requisitos do cumprimento da função social da propriedade rural (art. 186, inciso II, da Constituição Federal). Por decorrência, a observância da legislação

⁹⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda constitucional 504/2010**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/MEIO-AMBIENTE/150021-PEC-TRANSFORMA-CERRADO-E-CAATINGA-EM-PATRIMONIO-NACIONAL.html>. Acesso em: 8 abr. 2019.

ambiental passou a ser elemento constitutivo do próprio direito de propriedade em nosso sistema jurídico.

Assim, a “configuração constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado traz como consequência uma obrigação positiva dos poderes públicos, no sentido da adoção de políticas que garantam sua concretização, denotando o exercício de uma função ambiental da administração pública”⁹⁵. De forma geral, pode-se afirmar que o conteúdo da Constituição, de 1988, relacionado à questão ambiental consolida uma base consistente para a legislação infraconstitucional e para as ações do poder público e da coletividade nesse campo, plenamente consentânea com as demandas associadas ao paradigma do desenvolvimento sustentável.

2 Convenção de Diversidade Biológica, marco da proteção aos recursos naturais e o Programa Nacional de Diversidade Biológica (PRONABIO)

Ante os compromissos assumidos pelo governo Brasileiro ao assinar durante a Eco-92, a Convenção de Diversidade Biológica (CDB), o ente governamental federal, em 1994, cria o Programa Nacional de Diversidade Biológica (PRONABIO) por meio do Decreto nº 1.354, cujas estruturas foram alteradas pelo Decreto nº 4.703, de 2003, e sua Comissão Coordenadora passou a ser denominada Comissão Nacional da Biodiversidade (CONABIO)⁹⁶.

A alteração que sofrera o PRONABIO pelo Decreto nº 4.703, de 21 de maio de 2003, promoveu a adequação dele “aos princípios e diretrizes para implementação da Política Nacional da Biodiversidade. Além disso, revogou o Decreto nº 1.354, de 1994, e estabeleceu a Comissão Nacional da Biodiversidade (CONABIO)”⁹⁷. A Coordenação e avaliação das ações empreendidas para a formação das diretrizes do PRONABIO ficaram a cargo da Comissão Nacional de Biodiversidade, que

⁹⁵ ASSUNÇÃO, Linara Oeiras; SILVA, Jéssica Ramos da. Contribuições para o diálogo entre as políticas públicas e o meio ambiente. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado. (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. vol. 5 / Jorge Miranda, Carla Amado Gomes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 19. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.5.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2019.

⁹⁶ Art. 1º O Programa Nacional da Diversidade Biológica - PRONABIO e a Comissão Coordenadora do PRONABIO, doravante denominada Comissão Nacional de Biodiversidade, instituídos pelo Decreto no 1.354, de 29 de dezembro de 1994, passam a reger-se pelas disposições deste Decreto.

⁹⁷ BRASIL. **Decreto n. 4.703 de 21 de maio de 2003**. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/conabio/_arquivos/dec4703.pdf. Acesso em: 2 abr. 2019.

[...] foi criada para desempenhar um papel fundamental na implementação da CDB no Brasil, atuando como coordenadora do desenvolvimento e da implementação da Política Nacional de Biodiversidade, de forma a cumprir os compromissos assumidos pelo Brasil com a CDB. Ela é composta por representantes governamentais e da sociedade civil e contribui ativamente para o desenvolvimento de políticas públicas relativas à biodiversidade, através da formulação de Deliberações e Resoluções. Entre suas muitas atribuições relativas à conservação e ao conhecimento da biodiversidade, a CONABIO é também responsável por aprovar os relatórios nacionais para a CDB⁹⁸.

À CONABIO compete a promoção dos compromissos assumidos pelo Brasil na CDB, para tal tem a função de “identificar e propor áreas e ações prioritárias para pesquisa, conservação e uso sustentável dos componentes da biodiversidade”⁹⁹. O papel de empreender a discussão e implementação das políticas sobre a biodiversidade está a cargo dos representantes de órgãos governamentais e organizações da sociedade civil que compõem a CONABIO.

Os objetivos do PRONABIO estão expostos em 11 incisos no art. 2º do Decreto. Dentre eles, cita-se o papel de orientação e elaboração à implementação da Política Nacional de Biodiversidade (PNB) e formular, implementar programas e projetos para sua execução (I e IV); promover a integração de políticas setoriais para aumentar a sinergia na implementação das ações direcionadas à gestão sustentável da biodiversidade (VII); promover ações, projetos, pesquisas e estudos com o objetivo de produzir e disseminar informações e conhecimentos sobre a biodiversidade (VIII); estimular a capacitação de recursos humanos, o fortalecimento institucional (IX); orientar e acompanhar a execução de ações previstas para a implementação dos princípios e diretrizes da Política Nacional de Biodiversidade, definindo indicadores adequados (X e XI).

A implementação e supervisão do PRONABIO fica a cargo do Ministério do Meio Ambiente. O financiamento de suas ações efetiva-se por meio de recursos advindos do Tesouro Nacional e daqueles captados no País e exterior, seja de órgãos governamentais, privados ou multilaterais, de acordo com os arts. 4º e 5º do Decreto nº 4.703, de 2003.

É importante salientar as que atribuições da CONABIO estão previstas no art. 6º do Decreto, em um rol com 17 incisos, as quais serão analisadas em grupos de pertinência

⁹⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Quarto relatório nacional para a convenção sobre diversidade biológica**: Brasil /Ministério do Meio Ambiente. Brasília: MMA, 2011, p. 119. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf2008_dcbio/_arquivos/quarto_relatorio_147.pdf Acesso em: 7 abr. 2019.

⁹⁹ BRASIL. **Comissão Nacional de Biodiversidade**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/comissao-nacional-de-biodiversidade>. Acesso em: 6 abr. 2019.

temática. Os três incisos iniciais demonstram a importância da CONABIO na formação de ações diretas para a implementação da Política Nacional de Biodiversidade:

Art. 6º A Comissão Nacional de Biodiversidade tem como finalidade coordenar, acompanhar e avaliar as ações do PRONABIO, competindo-lhe, especialmente:

- I - coordenar a elaboração da Política Nacional da Biodiversidade, com base nos princípios e diretrizes previstos no Decreto nº 4.339, de 2002;
- II - promover a implementação dos compromissos assumidos pelo Brasil junto à Convenção sobre Diversidade Biológica;
- III - aprovar a metodologia para elaboração e o texto final dos relatórios nacionais para a Convenção sobre Diversidade Biológica; [...]

A relação de relevância deste eixo se evidencia nas diretrizes de coordenação, elaboração, promoção e implementação da Política Nacional de Biodiversidade, bem como na realização dos estudos técnicos para consolidação dos resultados das ações empreendidas, formalizadas na publicação dos Relatórios Nacionais da CDB¹⁰⁰. Foram publicados quatro relatórios cujo compromisso de produção fora previsto no artigo 26¹⁰¹ da CDB aos países signatários.

O primeiro relatório nacional teve sua data de publicação em 1998¹⁰²; o segundo, em 2002¹⁰³; o terceiro, em 2006¹⁰⁴; e o quarto, em 2010¹⁰⁵, trazendo esta última edição especial para a 10ª Conferência das Partes (COP-10), realizada na cidade de Nagoya, Japão.

¹⁰⁰ Por determinação da CDB, os Países signatários devem se reunir bianualmente para debater e deliberar ações globais com vistas a otimização de suas disposições. Até o presente momento aconteceram 12 Conferências das Partes - COPs, a 12ª COP de Diversidade Biológica ocorrerá na cidade de Pyeongchang, na Coreia do Sul, em outubro de 2014.

¹⁰¹ Artigo 26 – Relatórios -Cada Parte Contratante deve, com a periodicidade a ser estabelecida pela Conferência das Partes, apresentar-lhe relatórios sobre medidas que tenha adotado para a implementação dos dispositivos desta Convenção e sobre sua eficácia para alcançar os seus objetivos.

¹⁰² Foi elaborado em 1998 e disponibilizado na versão em português e inglês no ano de 1999. O relatório atende às exigências do artigo 6º da CDB e mostra um amplo conjunto de informações sobre o estado de conhecimento da diversidade biológica brasileira, a capacidade institucional do país, uma caracterização da legislação, programas e políticas nacionais voltadas para biodiversidade, a participação do Brasil nos programas da CDB e a apresentação de perspectivas brasileiras em relação a mesma. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/convencao-da-diversidade-biologica/relatorios-brasileiros/item/7926>. Acesso em: 07 abr. 2019.

¹⁰³ Realizado em 2002 e publicado no ano de 2004. Reflete o grau de implementação da CDB até dezembro de 2002. Possui 3 seções: 1) Questões e respostas do Guia para Relatórios Nacionais; 2) Descreve o processo de elaboração da estratégia nacional de biodiversidade que culminou com a publicação do Dec. 4.339/2002 - PNB; 3) Síntese de avaliação de cinco biomas realizado no período de 1998-2000. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/chm/_arquivos/2relat_iniciais.pdf. Acesso em: 07 abr. 2019.

¹⁰⁴ Apresenta o grau de implementação da CDB no país até 2005. Seguiu o Guia para Relatórios Nacionais estabelecidos pelas partes da Convenção, que previa 2 partes: 1) indicação das iniciativas que contribuem para a implementação da CDB; 2) redução de metas para perdas da biodiversidade até 2010. Entretanto, na edição do relatório o Brasil ainda não havia definido suas metas para o segundo item. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/chm/_arquivos/Terceiro_Relatorio_port.pdf. Acesso em: 7 abr. 2019.

Os incisos IV, V, VI, VII, VII possuem relação direta com a gestão da PNB, ao verificar as proposições normativas dos incisos citados; percebem-se como elementos centrais a prestação de assistência técnica aos agentes públicos, promoção de articulação entre programas e projetos, proposição de diretrizes gerais, proposição de criação ou modificação de instrumentos necessários à plena execução dos princípios, como também um direcionamento para a criação de estruturas capazes de efetivar, dinamizar a gestão da biodiversidade.

Os elementos estão conectados à execução das diretrizes e princípios formadores da PNB, que, não sendo bem compreendidos em suas bases, não poderão os gestores públicos em quaisquer esferas de poder desenvolver ou formular suas pastas de atuações de forma coerente e coesa, gerando, assim, a desarticulação de programas e projetos e consequente desestruturação da PNB.

O inciso IX tem sua premissa de existência baseada na formação de uma rede de cooperação interna e externa, a relação de cooperação prevista no referido inciso não se restringe ao âmbito nacional, mas direciona também à formação de redes internacionais que sejam capazes de fomentar a promoção das premissas existentes na Convenção de Diversidade Biológica.

No inciso X há um rol de temas prioritários para o desenvolvimento das ações da CONABIO:

Art. 6º [...]

X identificar e propor áreas e ações prioritárias:

- a) de pesquisa sobre a diversidade biológica;
- b) de conservação da diversidade biológica;
- c) de utilização sustentável de componentes da biodiversidade;
- d) de monitoramento, avaliação, prevenção e mitigação de impactos; e
- e) de repartição de benefícios derivados da utilização da biodiversidade; [...]

Os incisos XI e XII apresentam as bases à formação de recursos humanos para a promoção do fortalecimento institucional. As ações relativas à construção de conhecimento, alicerçadas em crescente corpo técnico qualificado na temática biodiversidade, se sobressaem

¹⁰⁵ Foi publicado em 2011, e traça os avanços do país no cumprimento dessa meta global e a situação atual de seus ecossistemas e da biodiversidade brasileira. O quarto relatório está intimamente ligado ao tema central da COP-10 (Nagoya, Japão, outubro de 2010) - a avaliação da implementação da Convenção nos níveis global, regional e nacional; o alcance das 'metas de 2010' estabelecidas no primeiro Plano Estratégico da CDB adotado na COP-6; e a adoção de um novo Plano Estratégico. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/convencao-da-diversidade-biologica/relatorios-brasileiros/item/8240>. Acesso em: 7 abr. 2019.

em todo o contexto das atribuições, cuja relação está conectada com o desenvolvimento do saber técnico, formação de pesquisadores e estímulo à formação de projetos de pesquisa; promover, também, não somente o conhecimento sobre a biodiversidade, como o amadurecimento do Brasil em âmbito científico e tecnológico.

A gestão participativa é o que fundamenta a atribuição prevista no inciso XII, sob a acepção da construção de ações a partir de debates e consultas que envolvam a sociedade, uma vez que a conservação, preservação e utilização dos recursos genéticos deveriam, *a priori*, ser de interesse de todos, visto que o patrimônio é coletivo.

O que norteia a gestão participativa é a tomada de decisão do gestor público a partir do envolvimento e compromisso da sociedade, o que gera, como consequência direta, uma melhor resposta social aos comandos normativos. Isso se dá porque essas passam a ser estruturadas, não pelo olhar unilateral da administração, mas a partir do amadurecimento, diálogo, pontos e contrapontos dos envolvidos com as questões suscitadas.

No que concerne ao inciso XIV, este se refere a diretrizes à formação de subcomissões internas na CONABIO, com objetivo de agregar o conhecimento produzido por estudiosos em relação a diversos temas, dando suporte técnico às decisões do órgão.

Os critérios de avaliação e execução da Política Nacional de Biodiversidade foram estabelecidos no PAN-Bio, Diretrizes e Prioridades do Plano de Ação para a implementação da Política Nacional de Biodiversidade editado pelo Governo Federal, em 2006, conforme determina a atribuição prevista nos incisos XV e XVI.

O inciso XVII apresenta as competências em âmbito administrativo, sendo assim atribuição da CONABIO a formulação do regimento interno, que deve ser apreciada pelo órgão federal na pessoa do Ministro de Estado de Meio Ambiente.

A estrutura da CONABIO está disposta no art. 7^o¹⁰⁶ do Decreto n^o 4.703, de 2003, que ampliou o rol de seus representantes. Estrutura essa que sofreu alterações, primeiro com veto na redação original, depois duas alterações, em 2004¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Art. 7^o A Comissão Nacional de Biodiversidade será presidida pelo Secretário de Biodiversidade e Florestas do Ministério do Meio Ambiente e, nos seus afastamentos e impedimentos legais ou regulamentares, pelo Diretor de Conservação da Biodiversidade, e terá em sua composição, além de seu Presidente, um representante dos seguintes órgãos e organizações da sociedade civil: I - Ministério do Meio Ambiente; II - Ministério da Ciência e Tecnologia; III - Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; IV - Ministério da Saúde; V - Ministério das Relações Exteriores; VI - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; VII - Ministério do Desenvolvimento Agrário; VIII - Ministério da Integração Nacional; IX - Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República; X - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos

A primeira alteração, que ocorrera em 2004, incluiu o representante do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e da Confederação Nacional de Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), Decreto nº 4.987, de 2004 e a segunda, em dezembro, incluiu representação da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República (SEAP) e do Movimento Nacional dos Pescadores (MONAPE), Decreto nº 5.312, de 2004.

Fora criado pelo Governo Brasileiro o Fundo Brasileiro para Biodiversidade (FUNBIO)¹⁰⁸, para financiar e gerar informações relevantes para a implementação dos três objetivos da CDB¹⁰⁹.

3 Da Medida Provisória nº 2186-16, de 2001, ao Marco Legal da Biodiversidade

Necessário ressaltar que a Política Nacional de Biodiversidade foi publicada em 2002, sendo que a regulamentação do acesso e a utilização da biodiversidade brasileira, principalmente no que concerne ao conhecimento tradicional, foram regulamentadas pela Medida Provisória nº 2.186-16, de 2001, tendo esta matéria caminhos conturbados, que, por não serem objeto do presente trabalho, não serão discutidos.

Em uma síntese do processo de tutela do conhecimento tradicional associado à biodiversidade, em 2000 tramitavam quatro projetos de lei¹¹⁰ no Congresso Nacional; com o

Naturais Renováveis - IBAMA; XI - Associação Brasileira das Entidades Estaduais de Meio Ambiente - ABEMA; XII - Confederação Nacional de Trabalhadores na Agricultura - CONTAG; XIII - Movimento Nacional dos Pescadores - MONAPE; XIV - comunidade acadêmica, indicado pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - SBPC; XV - comunidade acadêmica, indicado pela Academia Brasileira de Ciências - ABC; XVI - organizações não-governamentais ambientalistas, indicado pelo Fórum de ONGs e Movimentos Sociais para o Meio Ambiente e para o Desenvolvimento; XVII - movimentos sociais, indicado pelo Fórum de ONGs e Movimentos Sociais para o Meio Ambiente e para o Desenvolvimento; XVIII - povos indígenas, indicado pela Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia - COIAB; XIX - setores empresariais vinculados à agricultura, indicado pela Confederação Nacional da Agricultura - CNA; e XX - setores empresariais vinculados à indústria, indicado pela Confederação Nacional da Indústria - CNI

¹⁰⁷ Decreto nº 4.987, de 12 de fevereiro de 2004 que foi revogado pelo Decreto nº 5.312, de 15 de dezembro de 2004.

¹⁰⁸ O FUNBIO está estruturado em quatro áreas programáticas: Gestão de Programas e Projetos; Desenho e Gestão de Mecanismos Financeiros; Programas de Mudanças Climáticas e Energia Limpa; Projetos em Redes Internacionais. A Gestão de Programas e Projetos operacionaliza o aporte de recursos às iniciativas no campo. Por meio desta equipe, o FUNBIO transforma os recursos financeiros em bens e serviços essenciais para a implementação de projetos e para a consolidação de Unidades de Conservação (UCs) em todos os biomas brasileiros. Atividades: Operação de programas e fundos; Financiamento de projetos por meio de chamadas; Gestão financeira de projetos; compras e logística; Sistemas para planejamento e gestão de projetos; Gestão dos ativos de fundos com finalidade socioambiental. Disponível em: <http://www.funbio.org.br/o-que-fazemos/areas-de-atuacao>. Acesso em: 7 abr. 2019.

¹⁰⁹ SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 631.

¹¹⁰ Tramitava o Projeto de Lei nº 305/95 da então Senadora Marina da Silva, que já havia sido aprovado pelo Senado Federal na forma de substitutivo apresentado pelo relator deste na Comissão de Assuntos Sociais,

intuito de normatizar a matéria sem o devido aprofundamento e debate legislativo, o Governo Federal valeu-se da edição da Medida Provisória nº 2.052, de 30 de junho de 2000, para regulamentar o acesso à biodiversidade brasileira associada ao conhecimento tradicional.

A postura adotada pelo governo com a edição da Medida Provisória (MP) fundamentada na urgência e relevância, elementos obrigatórios para uma MP, em disciplinar o acesso ao conhecimento tradicional relacionado à biodiversidade, atropelou a discussão política, econômica e social. Uma ação de inconstitucionalidade foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), com assessoria dos advogados do Instituto Socioambiental, que tinha como objeto de discussão os artigos 10 e 14¹¹¹ da MP, não obteve êxito quanto à análise do mérito, pois a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI), interposta no Supremo Tribunal Federal, perdeu seu objeto, tendo em vista que as edições posteriores da MP tiveram o teor dos artigos 10 e 14 alterados¹¹².

Importante considerar que, em virtude da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, a MP nº 2186-16 passou a ser o instrumento normativo a disciplinar o acesso à biodiversidade brasileira. Por quase uma década e meia as críticas à MP nº 2186-16 foram contundentes, seja pela forma como foi constituída, seja pelo que trazia em suas disposições. Com a publicação da Lei nº 12.132, de 2015¹¹³, – o Marco Legal da Biodiversidade que, entre outras medidas, revogou a MP nº 2186-16, vieram novos contornos

Senador Osmar Dias. O segundo Projeto de Lei sobre o tema foi apresentado pelo Deputado Jacques Wagner em 1998. O Poder Executivo enviou um projeto de lei ao Congresso, que dispunha sobre o “acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios derivados de sua utilização” fruto de discussões interministeriais. Uma proposta de ementa constitucional encaminhada pelo Poder Executivo que pretendia incluir os recursos genéticos entre os bens da União arrolados no art. 29 da Constituição.

¹¹¹ O Art. 10 estabelecia que “a pessoa de boa-fé que até 30 de junho de 2000, utilizava ou explorava economicamente qualquer conhecimento tradicional no País será assegurado o direito de continuar a utilização ou exploração, sem ônus, na forma e nas condições anteriores”, e o Art. 14, “Casos de relevante interesse público, que seria caracterizado pela autoridade competente, o ingresso em terras indígenas, área pública ou privada para acesso a recursos genéticos dispensaria prévia autorização das comunidades indígenas e locais e de proprietários”.

¹¹² DINIZ, Suyene Monteiro da Rocha. **Conhecimento tradicional indígena e biodiversidade Brasileira: os Krahô**. (Dissertação) Programa de pós-graduação em Ciências Ambientais – CIAMB. Palmas: Universidade Federal do Tocantins. 2006. Disponível em: http://ww1.uft.edu.br/index.php/ciamb/links1/arquivos?option=com_jalafresco&view=jalafresco&Itemid=989&id=890b7535-9fa0-45b9-8956-d20ec534b97a&folder_name=Disserta%C3%A7%C3%B5es%202006. Acesso em: 7 abr. 2019.

¹¹³ Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea *j* do Artigo 8, a alínea *c* do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências.

à temática do acesso ao patrimônio genético, com o anseio de o governo federal minimizar e, quiçá, desfazer o ambiente controverso e conflituoso do tema.

O Marco da Biodiversidade reforça as regras criadas pela Medida Provisória nº 2.186-16, de 2001, que incorpora os compromissos assumidos pelo governo perante a Convenção da Diversidade Biológica (CDB), tratado internacional das Nações Unidas que regula o tema. Apresentado pelo Executivo, em 2014, o projeto de lei foi aprovado pela primeira vez na Câmara, em fevereiro do mesmo ano, e encaminhado ao Senado, recebeu 23 emendas que alteraram o texto e, por isso, teve de voltar a ser analisado pelos deputados.

O documento foi aprovado em 27 de abril de 2015 e encaminhado para sanção da presidente Dilma Rousseff. O objetivo era reduzir a burocracia e estimular a pesquisa e inovação com espécies nativas. A Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, entidade que representa 120 associações científicas, em fevereiro de 2015, divulgou

[...] uma carta em que sugere modificações no projeto de lei sobre biodiversidade e recursos genéticos, aprovado na Câmara dos Deputados no dia 10 de fevereiro [...]. No documento, a entidade critica a prerrogativa do Estado de ignorar direitos de comunidades indígenas e tradicionais na repartição de benefícios resultantes do acesso ao conhecimento associado ao patrimônio genético¹¹⁴.

Em que pese às diversas críticas entre os principais pontos aprovados, está a retirada de penalidades impostas a empresas que descumpriram regras ligadas à exploração de materiais provenientes de plantas ou animais; a criação de normas de pagamento pelo uso de recursos genéticos naturais por empresas, tanto para o governo quanto para povos tradicionais, como os indígenas. Houve a modificação no processo de autorização para exploração da biodiversidade. Antes, as empresas tinham de submeter documentação ao Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGen) e aguardar a aprovação para iniciar os trabalhos. Agora, organizações nacionais podem fazer um cadastro simplificado no SisGen. O sistema nacional de gestão do patrimônio genético e do conhecimento tradicional foi implantado e disponibilizado somente em 6 de novembro de 2017, mais de dois anos após a edição do Marco Legal da Biodiversidade. Importante ressaltar que os pesquisadores têm o prazo de um ano, a contar de novembro de 2017, para adequar-se ou regularizar-se, conforme o caso, nos termos da Lei nº 13.123, de 2015.

¹¹⁴ PIERRO, Bruno. **SBPC critica projeto sobre biodiversidade**. Disponível em: <http://www.revistahcsm.coc.fiocruz.br/sbpc-critica-projeto-sobre-biodiversidade/>. Acesso em: 05 abr. 2019.

Relatório do SisGen¹¹⁵, do período de 6 de novembro de 2017 a 8 de março de 2018, informa que o sistema conta com 1.733 usuários, 99 instituições validadas, 662 cadastros de acesso, 36 pedidos de remessa e 16 notificações de produto.

No que se refere a um produto criado a partir de material existente na biodiversidade brasileira, a empresa terá de repassar de 0,1% a 1% da receita líquida anual obtida com a exploração econômica. O dinheiro será destinado ao Fundo Nacional de Repartição de Benefícios.

As disposições do Marco Legal no que tange ao acesso do patrimônio genético e o conhecimento tradicional (indígenas e povos tradicionais, como quilombolas e ribeirinhos) ganharam outro *status*, pois estes passaram a ser sujeitos de direitos ativos na tomada de decisões sobre assuntos relativos ao acesso da biodiversidade relacionado ao seu conhecimento tradicional. Além disso, a exploração econômica de seus conhecimentos deverá ser feita com consentimento prévio, podendo ser feita por meio de assinatura por escrito, registro audiovisual, parecer de órgão oficial competente ou adesão na forma prevista em protocolo comunitário.

Os benefícios obtidos da exploração do conhecimento tradicional podem ser pagos em dinheiro ou em ações “não monetárias”, como investimentos em projetos de conservação, transferência de tecnologias, capacitação de recursos humanos ou uso sustentável da biodiversidade.

Microempresas, empresas de pequeno porte, microempreendedores individuais e cooperativas agrícolas estão isentos do pagamento pela exploração econômica do patrimônio genético de espécies encontradas no Brasil.

Considerações finais

A perspectiva constitucional, a partir da qual as políticas ambientais se engendraram desde 1988, merece a análise científica e robusta à medida que modifica um paradigma e sustenta um olhar ufanista para o recurso ambiental brasileiro. Hodiernamente se tem a questão ambiental como perpassante a todos os temas, mas isso decorre de nossa experiência de três décadas sob a égide da Constituição verde. Vanguardista, ao trazer para o ordenamento jurídico brasileiro, em status constitucional, a defesa genuína do meio ambiente, legislando para o futuro, adequada às linhas contemporâneas internacionais de raciocínio ambiental, a constituição abre caminhos para a defesa multifacetada do patrimônio ambiental brasileiro.

¹¹⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **SisGen**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/patrimonio-genetico/conselho-de-gestao-do-patrimonio-genetico/sis-gen> Acesso em: 8 abr. 2019.

A regulamentação do acesso aos recursos genéticos é lei de interesse de diversos setores da sociedade brasileira. Múltiplos são os atores ao se voltar o olhar para o acesso à biodiversidade: povos indígenas, povos e comunidades tradicionais e agricultores familiares, setor empresarial, academia. Importante considerar o papel das universidades, visto que muitas das pesquisas científicas que têm como base, o patrimônio genético brasileiro, são desenvolvidas nesse ambiente, seja ela associada, ou não, ao conhecimento tradicional.

A indústria e o agronegócio são usuários diretos do patrimônio genético, bem como do conhecimento tradicional, principalmente para o desenvolvimento de produtos comerciais como medicamentos, cosméticos, alimentos etc.

O envolvimento do Estado Brasileiro se apresenta de forma pulsante por ser o responsável pelo processo de proteção, conservação e acesso dos recursos genéticos, devendo, assim, construir caminhos normativos que possibilitem a manutenção da biodiversidade, estimulando o processo de pesquisa, inovação e produção, sendo esse um desafio expressivo de qualquer ente governamental, pois a constituição de um espaço de convergência em que atores diversos apresentam interesses, anseios e olhares na maioria das vezes divergentes, faz com que a temática acesso à biodiversidade e sua normatização esteja longe de um “final feliz”.

Referências

ASSUNÇÃO, Linara Oeiras; SILVA, Jéssica Ramos da. Contribuições para o diálogo entre as políticas públicas e o meio ambiente. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado. (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. vol. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 17-32. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.5.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 4.987, de 12 de fevereiro de 2004**. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D4987.htm. Acesso em: 8, abr. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 5.312, de 15 de dezembro de 2004**. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5312.htm. Acesso em: 8, abr. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 8.772, de 11 de maio de 2016**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8772.htm. Acesso em: 8, abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 8, abr. 2019.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001**. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2186-16.htm. Acesso em: 8, abr. 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **SisGen**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/patrimonio-genetico/conselho-de-gestao-do-patrimonio-genetico/sis-gen>. Acesso em: 8 abr. 2019.

BRASIL. **Quarto relatório nacional para a convenção sobre diversidade biológica**: Brasil /Ministério do Meio Ambiente. Brasília: MMA, 2011. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf2008_dcbio/_arquivos/quarto_relatorio_147.pdf. Acesso em: 7 abr. 2019.

BRASIL. **Comissão Nacional de Biodiversidade**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/comissao-nacional-de-biodiversidade> Acesso em: 6 abr. 2019.

BRASIL. **Convenção de Diversidade Biológica**. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 4.703 de 21 de maio de 2003**. Dispõe sobre o Programa Nacional da Diversidade Biológica - PRONABIO e a Comissão Nacional da Biodiversidade, e dá outras providências. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/conabio/_arquivos/dec4703.pdf. Acesso em: 2 abr. 2019.

BRASIL. **Diretrizes e prioridades de Plano de Ação para a Implementação da Política Nacional da Biodiversidade**. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/chm/_arquivos/panbio%20final.pdf. Acesso em: 2 fev. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda constitucional 504/2010**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/MEIO-AMBIENTE/150021-PEC-TRANSFORMA-CERRADO-E-CAATINGA-EM-PATRIMONIO-NACIONAL.html>. Acesso em: 8 abr.2019.

DINIZ, Suyene Monteiro da Rocha. **Conhecimento tradicional indígena e biodiversidade Brasileira**: os Krahô. (Dissertação) Programa de pós-graduação em Ciências Ambientais – CIAMB. Palmas: Universidade Federal do Tocantins. Disponível em: http://ww1.uft.edu.br/index.php/ciamb/links1/arquivos?option=com_jalfresco&view=jalfresc

o&Itemid=989&id=890b7535-9fa0-45b9-8956-d20ec534b97a&folder_name=Disserta%C3%A7%C3%B5es%202006. Acesso em: 7 abr. 2019.

PIERRO, Bruno. **SBPC critica projeto sobre biodiversidade**. Disponível em: <http://www.revistahcsm.coc.fiocruz.br/sbpc-critica-projeto-sobre-biodiversidade/>. Acesso em: 05 abr. 2019.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEIXEIRA, Luciana; DEUD, Cláudia; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. VII.b - Subcomissão de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente. *In*: BACKES, Ana Luíza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de (org.). **Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a Sociedade na Tribuna**. Coleções Especiais. Obras Contemporâneas. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. p. 459-504. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1882#>. Acesso em: 3 abr. 2019.

VIANA, Mauricio Boratto; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. Conservação da biodiversidade e repartição de competências governamentais. *In*: Roseli Senna Ganem (org.). **Conservação da biodiversidade: legislação e políticas públicas**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. p. 139-176. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/259292692_Conservacao_da_Biodiversidade_e_Reparticao_de_Competencias_Governamentais. Acesso em: 08 abr. 2019.

Gestão de alto nível dos recursos hídricos e a intervenção judicial na Bacia Hidrográfica do Rio Formoso

High-level management of water resources and judicial intervention in
the Rio Formoso Hydrographic Bowl

Wellington Magalhães

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Tocantins. Mestre em Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional e Doutorando em Desenvolvimento Regional, pela Universidade Federal do Tocantins.

Kárita Barros Lustosa

Advogada e Mestre em Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional, pela Universidade Federal do Tocantins.

RESUMO

Os mecanismos alternativos de solução de litígios ganharam considerável espaço na ordem jurídica brasileira, notadamente com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. Aos poucos a cultura da sentença vem cedendo lugar à conciliação e à mediação dos conflitos, e nesse ponto o judiciário não tem medido esforços na construção de soluções que efetivamente resolvam as demandas judiciais, que cresce vertiginosamente a cada ano. No caso abordado neste artigo, a mediação tem se revelado importante instrumento de construção de consensos, até mesmo por ter alto potencial de minimizar crises de grande repercussão. O presente trabalho é uma breve reflexão sobre a gestão de alto nível dos recursos hídricos da bacia hidrográfica do Rio Formoso, no Estado do Tocantins, fruto de um grande consenso entre Ministério Público, órgãos de fiscalização e produtores rurais, trabalho que tem sido mediado pela Comarca de Cristalândia.

Palavras-chave: Mecanismos Alternativos. Solução de Conflitos. Mediação Judicial.

ABSTRACT

Alternative litigation mechanisms have gained considerable space in the Brazilian legal system, especially with the New Code of Civil Procedure. Gradually the culture of the sentence has given way to conciliation and mediation of conflicts. And the judiciary has not measured efforts in the construction of solutions that solve the lawsuits, which grows each year. In the case of this article, mediation has proved to be an important tool for building consensus, especially as it has a high potential to minimize major repercussions. The present work is a brief reflection on the high level management of the water resources of the Rio Formoso river basin, in the State of Tocantins, due to a great consensus among Public Prosecutions, fiscalization agencies and rural producers, work that has been mediated by the Comarca de Cristalândia.

Keywords: Alternative Mechanisms. Conflict Resolution. Judicial Mediation.

Introdução

O instituto da mediação vem se revelando um mecanismo com grande potencial para solução de controvérsias, primeiro, por ser mais célere do que processos judiciais; segundo, por ter as vantagens de ser de custo baixo e manter as garantias de acessibilidade à justiça como direito social. Com efeito, é crescente o interesse por alternativas de resolução de conflitos, citando-se a arbitragem, a mediação e a conciliação, sendo tal interesse decorrente da ideia que vem se sedimentando de pacificação em vez de resolução de problemas somente com decisão judicial, o que se mostra relevante, por exemplo, em se tratando de demandas de grande repercussão, como situações relativas à saúde e ao meio ambiente, até porque há interesses de cunho privado e público, e consequências com repercussão na sociedade em geral.

Ponto crucial é que problemas envolvendo direitos fundamentais deram ensejo ao fenômeno do ativismo judicial, que pode se definir como a determinação judicial direcionada a gestores públicos criando obrigações sem previsão legal diretamente relacionada ou

expressa. É uma clara preocupação do Poder Judiciário com problemas sensíveis e delicados diante do elo a questões relativas a obstáculos à concretização de direitos fundamentais sociais. Entretanto, o alargamento das possibilidades de atuação do Judiciário, até mesmo em função de serem assegurados direitos fundamentais, não é incompatível com mecanismos alternativos em busca de saídas a problemas, por maior que seja o grau de complexidade da situação.

É até positiva a utilização de instrumentos aptos a se abreviar o tempo necessário ao alcance de uma solução, e, certamente, se é assim em relação a demandas de pequeno porte, de maior necessidade o será no que concerne a conjunturas de maior complexidade, como em temáticas ambientais. Nesse ponto, é de se anotar que problemas envolvendo meio ambiente estão ganhando crescente espaço nas metas nacionais e na comunidade internacional, até em consequência das agressões ao meio ambiente, trazidas com as revoluções tecnológicas e com o sistema capitalista das últimas décadas, o que remete a certa emergência ambiental por colocar em evidência disputas por superioridade entre diferentes concepções sobre maneiras de incorporação da natureza em prol de satisfação de necessidades humanas¹¹⁶.

Em tal contexto, enxerga-se na mediação uma ferramenta útil à solução de problemas. Embora o instituto da mediação tenha obtido reconhecimento do Poder Judiciário em momento relativamente recente, os resultados e benefícios contabilizados pela mediação no âmbito extrajudicial conquistaram a consciência e credibilidade do próprio Judiciário, ante a potencialidade de minimizar crises devido ao volume de processos, e de incrementar bases de estruturação, tendo como foco a pacificação, a concretização de direitos fundamentais e a satisfação dos cidadãos que recorrem à tutela jurisdicional¹¹⁷.

Em resumo inicial, o presente artigo procura refletir acerca do instituto da mediação, tendo como caso de estudo a crise hídrica da bacia do rio Formoso, no estado do Tocantins, onde o Judiciário, ao se deparar com uma ação cautelar proposta pelo Ministério Público, procurou solucionar a demanda sob duas perspectivas. Ou seja, primeiro chamando ao processo atores com notável saber técnico e científico sobre a matéria; e num segundo momento construindo uma solução dialogada entre os envolvidos, ocasião na qual a mediação se mostrou importante ferramenta na pacificação do problema.

¹¹⁶ ACSELRAD, Henri. **Conflitos ambientais no Brasil**. Relume Dumará. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Boll, 2004, p. 2.

¹¹⁷ FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. **Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do marco legal, 2016.** Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4099/2812>. Acesso em: 31 jul. 2018.

1 Crise hídrica e projetos de lavoura irrigada na bacia do Rio Formoso, no estado do Tocantins

O alcance de soluções satisfatórias em problemáticas ambientais mostra-se bastante válido, em especial diante da vantagem da abreviação do tempo para que possam ser iniciadas providências reparatórias. Nesse sentido, destaca-se a iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o qual criou, em 2015, o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania para Demandas Ambientais de Grande Repercussão Social – Cejus Ambiental. É exatamente uma política do Judiciário estadual mineiro na busca por formas alternativas de solução de conflitos¹¹⁸.

Um caso a se mencionar em tal contexto ocorreu no estado do Tocantins, em 2016, com o ajuizamento de uma ação cautelar ambiental pelo Ministério Público estadual, diante do fato de que dois rios (Formoso e Urubu, situados em Lagoa da Confusão/TO e Cristalândia/TO) apresentaram severa redução do volume de água, interrompendo o seu curso em julho de 2016. O escopo da ação era a suspensão de licenças e autorizações concedidas por parte do Naturatins/TO, órgão de controle ambiental, para retirada de água, represamento e construção de canais nos respectivos rios.

Sabe-se que uma das principais formas pelas quais o homem faz uso de rios é a captação de água e o seu represamento para o agronegócio e a atividade empresarial rural em grande escala, sendo que, no caso ora mencionado, a conclusão a que a Promotoria chegou foi a de ausência de políticas públicas para realizar uma fiscalização eficaz do cumprimento de termos e ajustes entre os agronegócios e o próprio Estado, implicando degradação e fazendo trechos dos rios desaparecerem. Havia notícias de descumprimento de acordo para desligamento das bombas pelos produtores, com conseqüente seca nos rios.

É de se ponderar que a preocupação do órgão ministerial tem razão de ser, até mesmo diante da intrínseca relação que deve haver entre a função social da propriedade e o meio ambiente. A Constituição Federal, em seu artigo 170, VI, destaca que um dos princípios da atividade econômica nacional é a defesa do meio ambiente, com tratamento diferente, de acordo com o impacto ambiental causado pelos produtos e serviços prestados, bem como, em seu inciso III, assinala que a função social da propriedade é um dos pilares. Ademais, a relação entre a função social de propriedade também está destacada no artigo 186, II, da

¹¹⁸ Segundo o presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a ideia de criar um Cejus direcionado a causas relacionadas a danos ambientais está sendo criado com o objetivo de solucionar essas demandas de forma mais efetiva (Portal Institucional).

Constituição Federal, de 1988, afinal de contas deve-se ater ao fato do uso adequado e racional dos recursos naturais.

Tais aspectos estão amparados na nova ideologia constitucional, em que o meio ambiente deve ser assegurado às futuras gerações, visando ao bem-estar social e à justiça social, em harmonia com os artigos 193 e 225 da Constituição Federal. Também é pertinente pontuar o atual cenário, no qual se sobressai a importância do ativismo judicial, desde que atue dentro das balizas da razoabilidade e proporcionalidade, como recurso às omissões ou excessos dos Poderes Legislativo e Executivo. Paralelamente à relevância de situações que deram ensejo ao surgimento do chamado ativismo judicial está a incumbência do Ministério Público para defender o patrimônio público, a ordem jurídica e os interesses sociais, conforme o ordenamento em vigor, em harmonia com o disposto na Lei que rege a Ação Civil Pública nº 7.347, de 1985 (artigo 4º, caput), o que se alinha ao texto constitucional, assinalando-se que o legislador constituinte (artigo 129, III) atribuiu ao Ministério Público a função institucional de proteção do meio ambiente.

Com efeito, diante das mudanças climáticas e da escassez de chuvas em 2016, a crise hídrica na bacia do rio Formoso, da qual também faz parte o rio Urubu, o que se viu pelo olhar do Ministério Público foi uma completa descontinuidade dos rios que são explorados pelo agronegócio por meio das lavouras de arroz, soja e melancia. A região dos municípios de Lagoa da Confusão, Formoso do Araguaia e Cristalândia concentram os maiores projetos de lavoura irrigada do Brasil. Ao todo são mais de cem mil hectares de áreas cultivadas mediante processo de irrigação. E a água que tem sido captada para tais projetos, dado o descontrole e a ausência de uma fiscalização eficiente, segundo o Ministério Público, mostrou-se extremamente prejudicial ao ecossistema da bacia hidrográfica. Foi sob essa perspectiva que a Promotoria fundamentou seu pedido de suspensão liminar de todas as outorgas de captação, sem, contudo, cuidar das consequências sociais e econômicas que tal medida provocaria em toda a região.

2 *Amicus curiae*: contribuição da academia na construção de soluções possíveis

Como demonstrado anteriormente, o pedido de suspensão imediata das outorgas de captação, no bojo da ação cautelar ambiental, para além de ter como foco a proteção do meio ambiente, deixou de considerar as consequências sociais e econômicas da medida. Isso porque, tendo em vista tratar-se da principal atividade econômica da região, a lavoura irrigada na bacia do rio Formoso responde, sozinha, a investimentos na ordem de cem milhões de

reais/ano, o que gera não só empregos nas cidades circunvizinhas, como também renda e riqueza para aqueles que vivem da atividade agrícola.

Pensando holisticamente, o Judiciário, antes de qualquer medida judicial, procurou avaliar os impactos da decisão, momento no qual pontuou pela necessidade de se conhecer em profundidade o problema instalado. Foi então que, antes mesmo de decidir sobre o pedido liminar, entendeu por bem nomear a Universidade Federal do Tocantins como *amicus curiae*, que pode ser definido como sujeito que, por determinação do magistrado ou por sua própria iniciativa – acolhida pelo julgador – colabora com o processo, aportando informações e auxiliando o juiz na análise de assuntos relevantes para resolver a lide¹¹⁹. Apesar do nome “amigo da corte”, frisa-se que ele não possui interesse no processo, visa apenas contribuir na qualidade da decisão por meio da sua visão a respeito do assunto discutido, quando envolver matéria relevante, especificidade do tema objeto da demanda ou repercussão social da controvérsia.

De origem romana e maior desenvolvimento no direito norte-americano, inicialmente apresentando-se com base na intervenção de terceiro sem interesse no processo, e tendo o simples objetivo de contribuir na formação do convencimento do magistrado, o *amicus curiae*, por meio de seus conhecimentos específicos sobre determinadas matérias contribui para a melhoria da prestação da tutela jurisdicional e o resultado prático equivalente da decisão judicial¹²⁰.

Ao mesmo tempo, revela interesse do institucional, no momento em que o Estado busca a melhor solução possível, em razão do seu amplo conhecimento na matéria discutida, o que refletirá nos efeitos práticos da decisão. A natureza jurídica do *amicus curiae*, conforme entendimento exteriorizado na Jurisprudência, é a de que não se trata de um terceiro interveniente atípico, mas sim de mero auxiliar eventual do Juízo (STF, Tribunal Pleno, ADI-ED 3.615/PB, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 24/4/2008).

No novo Código de Processo Civil, a atuação do *amicus curiae* está positivada (artigo 138) em dispositivo no qual são elencadas as hipóteses de cabimento e iniciativa de sua participação, o prazo para intimação, bem como os reflexos práticos no que toca à competência do Juízo, a amplitude de seus poderes e da possibilidade de recursos.

¹¹⁹ CRISCUOLI, Giovanni. *Amicus Curiae*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Ano XXVII, n. 1, março de 1973, p. 189.

¹²⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**, artigo por artigo. Salvador: Jus Podivum, 2006.

A presença do *amicus curiae* no âmbito processual tem a finalidade de trazer à sociedade um debate plural, com base na democracia, por meio de argumentos e visões diferenciados sobre o tema e até mesmo informações fáticas e técnicas, que visam enriquecer a discussão processual. Conforme o relator Celso de Mello, no julgamento da ADI 2321, em 25/10/2000, “a intervenção do *amicus curiae*, para legitimar-se, deve se apoiar em razões que tornem desejável e útil a sua atual processual na causa, em ordem a proporcionar meio que viabilizem uma adequada solução do litígio”.

A participação de grupos diferentes nos processos judiciais que possuem grande significado à sociedade como um todo cumpre o propósito em integração altamente relevante para o Estado de Direito. O panorama neoconstitucional revela que a participação da sociedade na interpretação das normas é crescente, e com isso há a necessidade de que os instrumentos disponíveis aos magistrados sejam aumentados, até no que diz respeito a audiências públicas e intervenção de eventuais interessados, buscando assegurar novas formas de participação dos grandes atores públicos pluralistas como intérpretes da norma como um todo¹²¹. A propósito, como bem adverte Villas Boas, “a construção do sistema de proteção do ambiente como direito humano, integrante da terceira dimensão ou geração de direitos, repousa na responsabilidade solidária”¹²².

Nesse sentido, o juiz, ao ter acesso a essa gama de pontos de vista em diálogo permanente, poderá usufruir das implicações benéficas de tal participação processual, como os subsídios técnicos, as implicações políticas e econômicas. Tal inovação legitima a tarefa do magistrado como guardião da lei e contribui na qualidade da prestação jurisdicional. A presença do *amicus curiae* tem como objetivo tornar rico o debate jurídico em questão, contribuindo com novos argumentos, novos pontos de vista, outras possibilidades de interpretação e informações fáticas e técnicas, fato que reflete diretamente no atual momento social, encampado pelo neoconstitucionalismo, dando ênfase ao papel da sociedade nas decisões judiciais e fortalecendo as bases democráticas do Estado Brasileiro. Tanto é que, em diversas hipóteses, o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a relevância do *amicus*

¹²¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição, 1997. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>. Acesso em: 9 mar. 2020.

¹²² VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson. Os direitos humanos e do ambiente na encruzilhada do neoconstitucionalismo com o novo constitucionalismo latino-americano. In: MIRANDA, Jorge Miranda; GOMES, Carla Amado Gomes; PETINAT, Susana Borràs Pentinat (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; LEITÃO, Rômulo Guilherme (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 10. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 41-54.

curiae para ajudar a Corte a chegar ao melhor resultado prático resultante da demanda (STF, ADI 2321 MC, Tribunal Pleno, relator ministro Celso de Mello, julgado em 25/10/2000; STF, ADI 2316, relator ministro Cezar Peluso, decisão monocrática proferida pelo ministro Gilmar Mendes, em 13/1/2010; STF, ADI 2.321 MC, Tribunal Pleno, relator ministro Celso de Mello, julgada em 25/10/2000; STF, RE 590415, relator ministro Joaquim Barbosa, decisão monocrática proferida em 29/9/2011; STF; Petições do 67.336, de 16/8/2001 e 89.052, de 23/11/2011).

Nesse mesmo tópico, abre-se o questionamento se o Poder Judiciário possui capacidade de, racionalmente, atuar no controle de políticas públicas, econômicas e de ordem políticas, tendo em vista que, para tanto, se requer *expertise*. Afinal, decisões equivocadas podem, ainda que bem intencionadas, comprometer o resultado prático da decisão, determinar medidas irreversíveis, até mesmo sem o olhar mediador, em que se buscam analisar os interesses de todos os envolvidos na lide, e não apenas o jurídico. Frisa-se que garantir os direitos sociais não se reveste apenas numa função jurídica, pois envolve uma gama de ações do Estado, que envolve políticas públicas, criação de novos procedimentos e dispêndio de recursos.

Especificamente no caso de questões ecológicas, existe a pertinência de conhecimento transversal paralelo ao conhecimento técnico, direcionado, de forma que a figura do *amicus curiae* se mostra válida exatamente nesse sentido. E foi pensando assim que o Judiciário local protagonizou sua atuação inicial na busca de uma solução para o problema da crise hídrica na bacia do rio Formoso. A nomeação prematura da Universidade Federal do Tocantins proporcionou a abertura de um novo olhar para o problema, nomeadamente quando apresentou, já nas primeiras fases do procedimento judicial, Parecer prévio sobre as causas e efeitos da captação desregrada dos recursos hídricos nos rios Formoso e Urubu. E foi além, pois considerando sua vasta produção científica às questões ambientais no estado do Tocantins, a Universidade também apresentou logo de início um diagnóstico preciso do problema, o qual mais à frente subsidiou a construção de uma solução ecologicamente sustentável, que, a propósito, na fase seguinte do processo foi encampada pelos principais interessados: os produtores agrícolas.

3 Audiência pública: relevância na construção de soluções com o diálogo público

Se num primeiro momento a figura da Universidade Federal do Tocantins como *amicus curiae* serviu para diagnosticar o problema e apresentar uma proposta inicial de solução; num segundo momento competiu ao Judiciário, novamente na condição de mediador de conflitos, lançar mão de um novo instrumento de solução de controvérsias e convocar uma audiência

pública, que, realizada no dia 5 de dezembro de 2016, finalizou com um importante acordo entre os envolvidos.

Com efeito, a audiência pública é um mecanismo para pluralizar o debate, fomentar a participação – democracia participativa – já que, quando se está diante de uma ação coletiva, há vários interesses conflitantes envolvidos. Ao mesmo tempo, pode ser vista como forma de repartir a responsabilidade da decisão com toda a sociedade. É um meio democrático em que, por dissenso entre os envolvidos, são colhidas opiniões, críticas, sugestões e informações sobre assunto de interesses relevantes, sem dizer que é um meio prescindível para compreender a realidade da sociedade envolvida, que pode ser usada como supedâneo para a formulação de estratégias para enfrentar as questões em debate¹²³.

A princípio, as audiências públicas no âmbito judicial foram dispostas nas leis nº 9.868 e nº 9.882, ambas de 1999, que trazem as regras sobre processo e julgamento em sede de ação direta de inconstitucionalidade, declaratórias de inconstitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental. No Supremo Tribunal Federal, foram regulamentadas pela Emenda Regimental nº 29, de 2009. O novo Código de Processo Civil traz a possibilidade de audiência pública em seu artigo 983, § 1º, quando fala a respeito da faculdade que o relator do processo possui para sanar eventuais dúvidas, ouvindo pessoas com experiência e conhecimento na matéria, no capítulo referente ao incidente de resolução de demandas repetitivas. Dessa forma, o relator poderá requisitar informações ao órgão onde tramita o processo, o qual deverá prestá-las no prazo de quinze dias. Além disso, também está disposta no artigo 1.038, II, quando relata a faculdade de fixar data para audiência pública, com a finalidade de ouvir depoimento de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, no intuito de instruir o procedimento, no que toca ao julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos.

No caso específico da crise hídrica da bacia do rio Formoso, os institutos do *amicus curiae* e da audiência pública, ambos contemplados no novo Código de Processo Civil brasileiro, foram fundamentais na construção de uma solução dialógica e atenta aos diversos saberes sobre o problema posto. Enquanto o *amicus curiae* serviu à abertura de um olhar atento ao saber científico, a audiência pública se mostrou relevante na construção e consolidação de uma proposta apresentada pela Universidade Federal do Tocantins. Ou seja, foi na audiência pública que o diálogo tomou corpo e força. E o principal, onde a solução

¹²³ NEVES, Marcelo. **Do dissenso ao consenso**: o Estado democrático de Direito a partir e além de Habermas. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

ecologicamente sustentável se legitimou com a adesão de todos os envolvidos: Estado, sociedade civil organizada e produtores rurais. Tudo isso só foi possível a partir de um agir comprometido com a solução pacífica dos conflitos, isto é, com a ação de um Judiciário preocupado com as consequências da decisão judicial que, antes do poder de império, procurou prestigiar o diálogo e a conscientização dos envolvidos na busca de alternativa viável e possível. Em linhas gerais, a proposta apresentada pela Universidade Federal do Tocantins e acolhida pelos produtores contemplou investimentos da ordem de mais de um milhão de reais na modernização do sistema de monitoramento e controle das captações. O processo foi suspenso pelo prazo de seis meses, e a cada três meses o magistrado exigirá demonstração efetiva do que se tem investido na resolução da crise hídrica. Enquanto isso, todas as outorgas deverão passar por processo de revisão, e os próprios produtores passaram a fiscalizar uns aos outros na busca de maximizar a utilização de águas nos projetos de lavoura irrigada¹²⁴.

4 O juiz como mediador e condução na busca de soluções pela via do diálogo público

O atual Código de Processo Civil exterioriza a visão em que se deixa de lado um modelo “litigioso” e prioriza o “consensual”, conforme se constata pela norma fundamental do artigo 3º, § 2º, do mencionado diploma legal, constando expressamente que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. O § 3º desse mesmo dispositivo estabelece que advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público deverão fomentar a conciliação, a mediação e outros procedimentos de solução consensual de conflitos, até mesmo no curso do processo judicial. Portanto, o inciso V do artigo 139 do Código de Processo Civil é evidente desdobramento dos dispositivos antes transcritos. A autocomposição do litígio deve ser incentivada a todo tempo, em qualquer processo ou procedimento, e pode ser alcançada espontaneamente pelas partes ou com o auxílio de terceiros, “preferencialmente” por conciliadores ou mediadores judiciais.

Pertinente assinalar que a ordem jurídica atual revela a necessidade cada vez maior de o Poder Judiciário adequar-se às necessidades sociais, o que se alinha à ideia de que um dos pilares da democracia é a participação social nas decisões importantes do Estado. Trata-se de uma mudança de paradigma em que sai de cena o Estado altamente tecnicista-burocrático-ritualístico, sob a égide normativa puramente legalista, e vem à tona o direito integrado pelo

¹²⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTIS. Justiça viabiliza acordo entre produtores rurais para resolver crise hídrica na bacia do Rio Formoso, 2016. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/4505-justica-viabiliza-acordo-entre-produtores-rurais-para-resolver-crise-hidrica-na-bacia-do-rio-formoso>. Acesso em: 9 mar. 2020.

diálogo das fontes, formado por princípios e normas, em que se discutem os primados éticos, morais, políticos, econômicos e sociais, formando-se assim uma justiça moderna, conforme a função social do direito e da Justiça¹²⁵.

Logo, ante o comprometimento em se construir uma sociedade livre, justa e igualitária, o direito deve-se ater não apenas a questões jurídicas, mas também fixar seu olhar no futuro e nas consequências sociais de suas ações, deixando de lado o primado formal institucional e trocando-o pela ética da responsabilidade social, a fim de conferir efetividade ao direito em questão e concretizar a real solução. O Judiciário deve se abrir para a participação da sociedade nas questões judiciais, como se fosse um intercâmbio entre o externo (sociedade) e o interno (Judiciário), mutuamente crescente entre o sistema social e de justiça. Tudo isso está atrelado ao conceito de democratização da justiça, para reconstruir o sentido de justiça, abrindo-se à participação social.

Em resumo, uma nova cultura jurídica prioriza o diálogo em face da coerção. Isto é, o Judiciário nunca tem na repressão seu primeiro e principal instrumento de poder. O Judiciário deve se esforçar em buscar alternativas mais refletidas e dialogadas democraticamente. Essa é a essência da autonomia decisória do magistrado. Numa época em que se assiste à derrocada do Estado que foi dirigente, providente, social etc., a deliberação coletiva surge como alternativa à mística de que somente nos códigos e nas leis será possível encontrar a solução do litígio¹²⁶.

Considerações finais

O tema conflito ambiental revela grande sensibilidade, além de haver vários atores sociais e diversidade de ideias a respeito do uso dos recursos da natureza. A mediação, por sua vez, entra em cena como técnica de negociação adequada à dinâmica política, econômica e social em que se encontra, a fim de possibilitar o melhor resultado, não apenas do ponto de vista jurídico em si, mas para o fruto de a prestação jurisdicional ser consequência de diversos olhares e o mais sensato possível. Portanto, busca-se um equilíbrio balizado pela participação social democrática e o amadurecimento político dos grupos envolvidos, propiciando

¹²⁵ VASCONCELOS, Antônio Gomes de; SOARES, Mirelle Fernandes. Audiência pública da jurisdição no Estado Constitucional Democrático. Natal: **ESMARN**, v. 17, n. 3, p. 29-48, set./dez, 2015. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79141191.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2020.

¹²⁶ GARAPON, Antonie; RICOEUR, Paul. **O guardador de promessas**. Justiça e democracia. Lisboa: Piaget, 1996.

alternativas à solução de conflitos, como transações e limitações diante do impasse oriundo dos diversos interesses envolvidos.

Ademais, a própria Constituição Federal traça preceitos atinentes ao Estado Democrático Socioambiental de Direito, dever permeado de dificuldades, pois cada prática na seara ambiental deve possuir a sua respectiva justificativa, embasado por um aparato de normas específicas, a fim de que sejam garantidas a regularidade, a segurança e a fiscalização. Tal decisão tem o escopo de estudar o procedimento, destacando as suas verdadeiras necessidades e características peculiares da possibilidade do uso dos recursos naturais, retratando a limitação que o Estado busca, sem deixar de considerar o fator social envolvido por tratar-se de assunto de interesse a toda a população. A decisão de limitação ambiental é um misto de razão humana (do agente público responsável pela sua concessão) e da vontade máxima da Constituição, pautada pela razoabilidade, pois considera o conteúdo democrático ínsito à discussão e conhecimentos técnicos e científicos capazes de garantir o respeito e o bom uso dos recursos ambientais.

A mediação pressupõe estratégias de cunho educacional e informativo, ampliando o olhar dos diversos atores envolvidos, promovendo uma visão compartilhada com o todo, para ampliar a compreensão das leis, da tecnologia e dos conhecimentos técnicos e científicos envolvidos, bem como fomentar a participação social, tudo isso para minimizar os conflitos e tomar a melhor decisão possível.

O novo Código de Processo Civil visa, por meio da mediação, manter um vínculo duradouro entre as partes evitando renascimento de problemas, o que é possibilitado com soluções consensuais. Tal conduta reflete na racionalização da prestação jurisdicional, sendo as partes, diante do caso concreto, levadas a uma etapa conciliatória, e, em harmonia com isso, a nova processualística civil brasileira confere ao magistrado uma série de poderes, tudo isso para conduzir o processo da melhor forma possível, fazendo com que o juiz faça uso da adequação e da flexibilidade, com vista a chegar à efetividade. Nesse novo contexto jurídico, a preocupação do juiz não é simplesmente em proferir uma decisão judicial em resposta à provocação, mas sim com a efetiva pacificação da lide e também com o resultado prático da decisão, que irá refletir durante anos naquele contexto social.

De se anotar que um dos pilares em que está apoiado o atual Código de Processo Civil é o princípio da cooperação (artigo 6º), o qual deve permear a atuação de todos os sujeitos processuais envolvidos numa demanda, em prol de uma prestação jurisdicional, aliás,

prestação jurisdicional com efetividade. E, com plena certeza, a mediação é um dos instrumentos que viabiliza a cooperação para resultados satisfatórios.

Não há dúvidas de que diante de temas envolvendo grande repercussão social, e de questões ambientais e econômicas, com vista à melhor prestação jurisdicional possível, o juiz, como mediador, usando todas as ferramentas disponíveis, agirá visando atingir a máxima da impessoalidade, dando vez ao conhecimento técnico necessário para a solução da demanda, bem como à opinião pública da sociedade envolvida. Assim, será observado o primado democrático da participação social e da evolução jurídica atual, em que se persegue o consenso e a participação de todos, sempre em prol de uma decisão judicial que permeie os melhores resultados práticos para todos os envolvidos.

Referências

ACSELRAD, Henri. **Conflitos ambientais no Brasil**. Relume Dumará. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Boll, 2004.

CRISCUOLI, Giovanni. Amicus Curiae. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Ano XXVII, n. 1, março de 1973, p. 187-196.

FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. **Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do marco legal**, 2016. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4099/2812>. Acesso em: 31 jul. 2019.

GARAPON, Antonie; RICOEUR, Paul. **O guardador de promessas. Justiça e democracia**. Lisboa: Piaget, 1996.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**, 1997. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>. Acesso em: 9 mar. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado: artigo por artigo**. Salvador: Jus Podivum, 2006.

NEVES, Marcelo. **Do dissenso ao consenso: o Estado democrático de Direito a partir e além de Habermas**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTIS. **Justiça viabiliza acordo entre produtores rurais para resolver crise hídrica na bacia do Rio Formoso**, 2016. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/4505-justica-viabiliza-acordo-entre-produtores-rurais-para-resolver-crise-hidrica-na-bacia-do-rio-formoso>. Acesso em: 9 mar. 2020.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; SOARES, Mirelle Fernandes. Audiência pública da jurisdição no Estado Constitucional Democrático. Natal: **ESMARN**, v. 17, n. 3, p. 29-48,

set./dez, 2015. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79141191.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2020.

VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson. Os direitos humanos e do ambiente na encruzilhada do neoconstitucionalismo com o novo constitucionalismo latino-americano. *In*: MIRANDA, Jorge Miranda; GOMES, Carla Amado Gomes; PETINAT, Susana Borràs Pentinat (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; LEITÃO, Rômulo Guilherme (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**, vol. 10. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 41-54.



Diálogo
Ambiental
Constitucional
Internacional

CONSTITUCIONAL

O Princípio Democrático em face do papel do Judiciário e da separação de poderes*

The Democratic Principle in the face of the role of the Judiciary and the separation of powers

Ana Maria D'Ávila Lopes

Doutora em Direito Constitucional, pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq – PQ2.

Luís Haroldo Pereira dos Santos Júnior

Graduando em Direito, pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista de iniciação científica PIBIC/CNPq.

Marina Andrade Cartaxo

Mestre e Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito, pela Universidade de Fortaleza. Professora do Curso de Direito, pela Universidade de Fortaleza

* Pesquisa financiada pelo Edital do Programa de Apoio a Grupos de Pesquisa da Universidade de Fortaleza – Edital R. nº 30/2017.

RESUMO

Nas últimas décadas, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, a expansão temática e o fortalecimento da normatividade das constituições trouxeram preocupação quanto ao papel do Judiciário na sua aplicação, haja vista algumas decisões afrontarem normas elaboradas pelo Legislativo, considerado o representante direto da vontade popular. Essa tensão é discutida no presente texto, no intuito de contribuir a elucidar a controvérsia que perpassa pelo redimensionamento da compreensão da tradicional teoria da separação de poderes e o princípio democrático. Nesse sentido, com base em pesquisa bibliográfica na literatura jurídica nacional e comparada, verificou-se se tratar de debate já empreendido nos tempos da formação do Estado de Direito de finais do século XVIII, acentuando-se quando da criação do controle de constitucionalidade, chegando-se a afirmar o caráter meramente procedimental da democracia. Trata-se de discussão inacabada, que exige um diálogo acadêmico pormenorizado e orientado a buscar a melhor forma de manter o real sentido da representação popular democrática.

Palavras-chave: Princípio Democrático. Divisão de Poderes. Controle de Constitucionalidade. Representação Popular. Democracia.

ABSTRACT

In the last decades, mainly after World War II, the thematic expansion and the strengthening of the normativity of the constitutions have raised concern about the role of the Judiciary in its application, since some decisions face norms elaborated by the Legislative, considered the direct representative of the popular will. This tension is discussed in the present text, in order to contribute to elucidating the controversy that passes through the resizing of the understanding of the traditional theory of separation of powers and the democratic principle. In this sense, based on a bibliographical research in the national and comparative legal literature, it was verified that it was a debate already undertaken at the time of the formation of the State of Law of the late eighteenth century, accentuating itself when creating constitutionality control, arriving to affirm the merely procedural character of democracy. This is an unfinished discussion, which requires a detailed academic dialogue aimed at finding the best way to maintain the true meaning of democratic popular representation

Keywords: Democratic Principle. Division of Powers. Constitutional Control. Popular Representation. Democracy.

Introdução

Muitos debates acerca da relação entre democracia e direitos humanos, cuja ocorrência deu-se principalmente a partir do início do século XX, e com mais intensidade após a Segunda Guerra Mundial, buscaram explicitar os seus laços ou a impossibilidade mútua de coexistência. Nessa tentativa, os fundamentos democráticos comumente são perscrutados, a fim de levar à compreensão de como suas instituições podem compactuar com as normas referentes aos direitos humanos, destacando-se teorias mais ou menos radicais desse regime político.

Em diversas facetas esta suposta tensão emerge. Na visão de determinados autores¹²⁷, a lógica dos direitos humanos pauta-se em proteger os indivíduos contra os arbítrios estatais, vindo a conferir supostos limites ao exercício governamental. Contudo, para os democratas mais radicais, estas normas devem se submeter à vontade popular, entendendo que, sendo de interesse do povo a realização de algum ato ou a instituição de alguma norma, esta liberdade inerente à soberania não deveria sofrer limitações de nenhuma ordem. Assim, problemas como eventuais limites à vontade majoritária e, correlatamente, os direitos das minorias, ou problemas como o afastamento de determinadas normas que possam vir a ferir os direitos presentes no texto constitucional pelo Poder Judiciário, são manifestações dessa tensão. Neste último aspecto, o grande questionamento refere-se à suposta ilegitimidade deste órgão em suprimir atos que expressam a vontade popular. Sobre este conflito, em específico, recairá a ênfase desse trabalho, particularmente em sua conexão com o controle de constitucionalidade, sem antes deixar de fazer menção a outras relações entre os âmbitos político e jurídico.

Desse modo, o presente texto, com base em uma pesquisa bibliográfica na doutrina nacional e comparada, inicia fazendo um percurso histórico-conceitual sobre o papel das constituições como documentos da representação popular para, seguidamente, expor a compreensão da supremacia do legislativo na experiência franco-inglesa de formação do Estado de Direito. A continuação, a tensão entre os três poderes derivada do controle de constitucionalidade é analisada. Finalmente, o caráter procedimentalista da democracia é discutido, em busca do delineamento das conclusões de nossa proposta.

1 As Constituições como documentos da representação popular

Desde seu surgimento na Grécia antiga, a democracia possui uma presença quase ininterrupta no pensamento e na prática política ocidental. Contudo, seu desenrolar na Modernidade esteve atrelado à expansão das teorias contratualista e jusnaturalista, que buscaram situar no povo a condução dos rumos estatais. O amálgama de todos esses elementos veio a resultar nas constituições de finais do século XVIII, fundando o Estado de Direito, em substituição do Estado absolutista.

Expressando a vontade popular manifestada pelo poder constituinte originário, as constituições foram instituídas tendo como objetivo principal a limitação do poder absoluto, por meio da atribuição de competências precisas de sua atuação e assegurando a proteção de direitos fundamentais como limites da sua atuação. Por ser obra de um órgão de natureza

¹²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

política, representando a dita soberania popular, as escolhas e as valorações do poder constituinte foram depositadas nesses documentos, a fim de que a sociedade política, então criada, pudesse conferir-lhes materialidade. Como leciona Gilberto Bercovici¹²⁸, a constituição propõe um determinado tipo de Estado, em virtude de a própria norma apresentar-se como um dever-ser, sendo tal entidade um Estado de Direito. As instituições nele previstas destinam-se a conferir materialidade à ideia prévia que o instituiu. Para Burdeau, “[...] a ideia é a representação da ordem desejável; o organismo é o aparelho do poder público organizado de tal modo que a ideia condicione-lhe a estrutura, o pessoal e os meios. [...]”¹²⁹.

Desde então, muitos teóricos buscaram estudar este documento sob diversas perspectivas, destacando-se as de cunho político e jurídico. De fato, ambas as abordagens refletem a essência desse texto, assim como sua razão de ser. Este trabalho, particularmente, pauta-se pela conexão intrínseca entre essas duas visões, de implicação mútua. Se o povo, em face do poder absolutista, utilizou-se da constituição como uma forma de veicular sua pretensão de superar tal antigo paradigma de governo, tornou-se clara a necessidade de estabelecer as normas às quais o Estado instituído deveria conformar-se, a fim de conter eventuais desmandos. Eis a razão pela qual Konrad Hesse¹³⁰ afirma que as questões constitucionais são originariamente de índole política.

O elemento jurídico resultante, então, não deixa de ser fruto de objetivos de índole política que requerem, todavia, revestimento normativo para que possam ser assegurados, sob o risco de gerar um caos sem fim. Há, então, um círculo de autolegitimação e autoconção – ou autodisciplina a partir de uma ideia de sociedade fundante¹³¹. O povo, ao traduzir sua vontade no texto político-jurídico resultante, assegura que a produção normativa posterior assentará sobre o poder constituinte derivado, também alocado, em grande parte das constituições, em órgãos políticos e democráticos. Essa atuação, porém, limita-se ao disposto normativamente no documento instituinte, com vista a limitar o exercício do poder estatal. Essa limitação, para Marcelo Neves¹³², ocorre em razão da autonomia do Direito em face da

¹²⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

¹²⁹ BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução por Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.

11.

¹³⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

¹³¹ BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução por Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.

11.

¹³² NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

política, assegurada principalmente pela constituição, responsável pelo fechamento estrutural do Direito e que estabelece o código por meio do qual as temáticas políticas, caso incorporadas no sistema jurídico, adquiram tal revestimento normativo, mantendo conformidade com o texto constitucional.

No entanto, a partir desse momento, uma das tensões entre democracia e direitos humanos emerge, dado que o aspecto central nessa problemática seria a eventual contenção da vontade majoritária a fim de respeitar certas normas fundamentais, sendo estas consideradas enquanto contramajoritárias¹³³. Algumas constituições, ao mesmo tempo em que elencam esses direitos, subtraem-nos das deliberações parlamentares, limitando o âmbito de discussões democráticas a tal núcleo irredutível. Deveria o regime democrático limitar-se por normas referentes a determinados direitos, forçando o legislador, depositário da vontade popular, a conter tais anseios em nome desses bens jurídicos?

Embora profundamente intrincadas, essas dimensões não devem confundir-se. A despeito de a democracia referir-se às instituições que se conjugam em um regime político específico, no caso, o democrático, indicando a participação do povo no poder assim como o exercício deste em seu nome e proveito, o Estado é organizado pela constituição, fornecendo-lhe seu aparato jurídico, assim como “[...] Receptáculo de todas as promessas que o corpo social pode fazer a si próprio [...]”¹³⁴. O governo democrático não deixa, pois, de ser um modo de exercício político, e, como é notório, a própria política necessita de meios e controles a fim de não extrapolar o poder que lhe é inerente, conjugando-se esses elementos no “Direito político”¹³⁵.

Instituindo as condições para a expressão popular na formulação da vontade estatal, a constituição deve assegurar tal inserção a fim de atingir a legitimidade democrática pretendida, reforçando seu exercício por meio do povo e em seu benefício, com vista às transformações político-sociais em tal sentido. “[...] A legitimidade da constituição é interna, não apenas externa, pois na democracia constitucional é impossível separar a validade da legitimidade, ou seja, a criação e o conteúdo. [...]”¹³⁶.

Não sem razão, críticas foram lançadas contra uma democracia ilimitada, substituindo a tirania de um por muitos. Daí porque os contornos desse regime necessitam ser traçados com precisão, sob o risco de assentar sobre conceitos tão abstratos e imprecisos que justificam

¹³³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

¹³⁴ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução por Elcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005, p. 252.

¹³⁵ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução por Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 2.

¹³⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 18.

os mais diversos fins que lhes são atribuídos¹³⁷. Após as revoluções burguesas do século XVIII, já estando bastante difusa a noção de que o poder adquiriria sua legitimidade apenas se advindo do próprio povo e exercido por ele, a preocupação voltou-se para os procedimentos adequados a fim de manterem-se em evidência esses objetivos presentes no texto constitucional, servindo até mesmo como parâmetro para aferir o grau de democracia de determinado governo.

O estabelecimento preciso de fronteiras entre o espaço público e o privado tornou-se de significativa importância na teorização desse período. Destituído o monarca ilegítimo, aquele que passará a exercer o poder em conformidade com a constituição deve atentar para essa diferenciação, respeitando a liberdade-autonomia dos indivíduos, consistindo na esfera em que os particulares podem conduzir suas vidas sem a interferência arbitrária do Estado. Para o pensamento contratualista então vigente, particularmente na obra de John Locke¹³⁸, esse Direito é prévio à própria elaboração constitucional, vindo esta a estabelecer os meios de protegê-lo.

Para Marcelo Neves¹³⁹, a constituição apresenta-se como o elemento de acoplação estrutural entre o Direito e a política, embutindo em seu texto ambas as categorias. Todavia, ainda segundo o autor, essa convergência traz em seu bojo o risco latente de conflitos entre estes dois códigos distintos ao se analisar a realidade. A confusão entre eles dá-se quando a apreciação de elementos próprios de um são conduzidos conforme códigos de análise do outro, ou seja, quando o código binário “lícito/ilícito” do Direito corrompe-se pela análise do código “poder/não poder” da política.

Um dos problemas enfrentados pela Revolução Francesa, de fato, foi a exaltação da noção de soberania popular ou nacional e seu exacerbado exercício pelos seus representantes. Vista então como um manifesto de declarações políticas, voltadas principalmente contra a antiga ordem em supressão, o documento constitucional oscilou concomitantemente com o movimento revolucionário, trazendo insegurança e rompendo expectativas. Entre 1791 e 1804, foram adotadas seis constituições, o que evidencia tal fato¹⁴⁰. Como agravante, questiona-se em que grau houve a consulta ao povo referente a tais alterações, porque, senão

¹³⁷ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** A questão fundamental da democracia. Tradução por Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹³⁸ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo.** Tradução por Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2011.

¹³⁹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

¹⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos:** da Idade Média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

em todas as situações, essas mudanças foram frutos da vontade dos detentores do poder, no caso, os “representantes” da nação francesa.

Os domínios que abrangem uma constituição – o jurídico e o político – apresentaram-se, nesse contexto, como inconciliáveis, tendo em vista que a instituição de uma constituição, para preservar certa ordem e assegurar determinadas conquistas, conflitou com a pretensão revolucionária de um movimento constante¹⁴¹, adquirindo os revolucionários franceses o status de um constituinte permanente, alterando disposições normativo-constitucionais conforme os objetivos a lume. Na síntese de Bercovici:

O povo jacobino não é a nação de Sieyès, mas um indivíduo coletivo, o sujeito histórico da Revolução que deve preservar sua unidade contra todas as ameaças, internas ou externas. Com os jacobinos, a soberania monárquica absoluta de Bodin foi transferida para o povo, consagrando a presença ativa de um soberano dentro do Estado que detém o poder juridicamente ilimitado, negando o Estado constitucional¹⁴².

Aliado a esses fatores, tem-se a fraca ou mesmo completa ausência de normatividade tanto da constituição como um todo quanto especificamente desses direitos fundamentais, vistos muito mais como declarações políticas, dependentes da conveniência dos detentores do poder em respeitá-los¹⁴³. Embora criado para limitar o poder dos governantes, a carência de obrigatoriedade muitas vezes corrompeu o próprio texto constitucional, alterável conforme os interesses predominantes.

Como consequência, o caráter ilimitado dessa soberania implicou a diminuição ou supressão de determinados direitos individuais, mesmo sendo estes entendidos como fundamentos do Estado, devendo este adequar-se e protegê-los¹⁴⁴.

Infelizmente a ideia liberal de democracia é expressa, historicamente, como democracia restritiva, excludente, elitista e minoritária. Isto não guarda coerência, quando se pensa em termos que o princípio democrático é algo que vislumbra a ampliação e não a restrição de direitos, buscando cada mais a socialização do poder¹⁴⁵.

¹⁴¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁴² BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 146.

¹⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁴⁴ BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução por Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

¹⁴⁵ COUTINHO, Júlia Maia Meneses; LOPES, Karin Becker; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Analfabetos e mulheres: os vulneráveis democráticos sob a égide evolutiva da CF/88 – Marginalizados históricos? In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 314.

A fronteira entre o público e o privado ficou mitigada devido à expansão da vontade soberana da nação, que, para executar a autodeterminação coletiva, levou ao prejuízo da vontade individual, sendo esta entendida, caso dissonante com os interesses gerais, como deturpada¹⁴⁶. Na prática, então, verificou-se que a expressão da vontade do povo, muitas vezes, não correspondia com as vontades individuais, sendo instrumentalizada como justificativa para o exercício (i)legítimo do governo¹⁴⁷. Nesse aspecto, o titular da soberania, ou, antes, aquele que afirma agir em seu nome, pode empreender práticas que, por estarem de antemão, revestidas da áurea popular, acabam por violar esferas de autonomia privada, desnaturalizando o sentido de constituição e questionando o papel dos denominados “representantes do povo”.

2 A supremacia do legislativo à formação do Estado de Direito

A pretensão iluminista de que o homem é um ser essencialmente racional, guiando-se por meio desse instrumento intelectual, obscureceu o fato de que esse mecanismo não é o único a guiar as ações humanas, partilhando com as emoções tal espaço. Segundo Baruch de Spinoza¹⁴⁸, os filósofos buscam compreender os homens “[...] não como são, mas como gostariam que eles fossem. [...]”. De fato, embora crentes na capacidade humana em utilizar os meios necessários para atingir os fins pretendidos, o legislador, mesmo em tese, agindo em nome da nação, não deixa de ter presente, em sua identidade enquanto particular, determinadas condicionantes que podem privar-lhe de atingir tal bem comum. Não se excluem seus eventuais interesses em utilizar o público para fins privados, algo recorrente ainda nos dias atuais. Logo, ao contrário da perfectibilidade de estas figuras representarem devidamente a nação, inúmeros desvios podem ocorrer nesse percurso.

Conforme salienta Burdeau¹⁴⁹, nada impede que o Estado seja “colonizado” pelos grupos que adentraram seus domínios, até mesmo mediante eleições, utilizando suas estruturas e seus procedimentos para fazer avançar interesses escusos e alheios à existência estatal, embora imputando suas vontades particulares à vontade do Estado, principalmente

¹⁴⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução por Antônio Machado. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

¹⁴⁸ SPINOZA, Baruch. **Tratado político**. Tradução por Diogo Pires. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 5.

¹⁴⁹ BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução por Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

quando se verifica o que Konrad Hesse¹⁵⁰ denominou de vontade de poder em detrimento da vontade de constituição.

De toda forma, antes mesmo da elaboração dos textos constitucionais, os teóricos que lhes forneceram o aparato intelectual já haviam previsto meios de conter a eventual usurpação de poder daqueles que o detinham. Nesse ínterim, afigura-se de relevância ímpar a teoria acerca da separação dos poderes, particularmente em função da proteção dos direitos fundamentais pelo Estado¹⁵¹. Embora se possam perscrutar nos gregos, em particular na obra de Aristóteles, esboços dessa noção, é no período moderno, mais precisamente no período iluminista, pela obra de Montesquieu¹⁵², que tal teoria avança sensivelmente em compasso com o constitucionalismo – retirando desse contexto sua fundamentação essencialmente política, servindo-se do Direito para delimitar as competências normativas de cada órgão nessa partição.

O Estado absolutista, como se sabe, moldou-se pela concentração dos poderes na figura do monarca, sendo este autorizado a realizar as funções estatais conforme seu interesse e seu capricho¹⁵³. Devido à identificação entre o corpo estatal e o rei, no qual este representava aquele em sua totalidade, atribuir a outrem determinadas funções ínsitas ao Estado seria compreendido como, no máximo, uma delegação atribuível pelo monarca, passível, portanto, de desfazimento do ato¹⁵⁴. Se o constitucionalismo, pois, enfrentou o absolutismo condenando as violações por este regime cometidas, tornou-se de suma importância evitar a concentração desse poder em torno de uma única figura. Logo, uma vez instituída determinada forma de Estado – o Estado de Direito – pela constituição, teve-se a preocupação de distribuir as competências jurídicas e políticas dessa entidade em distintos órgãos governamentais. Sendo assim, a multiplicidade de funções atribuídas a distintos poderes ensejou o equilíbrio entre si, nenhum dos quais enfaixando uma esfera de atuação além da necessária para manter tal estabilidade, condição mesmo da concretização desse tipo de Estado.

¹⁵⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

¹⁵¹ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra, 1989.

¹⁵² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução por Antônio Machado. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁵³ MONTESQUIEU, Charles de. **Do espírito das leis**. Tradução por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

¹⁵⁴ TORRES, João Carlos Brum. **Figuras do Estado moderno**: Elementos para um Estudo Histórico-Conceitual das Formas Fundamentais de Representação Política no Ocidente. São Paulo: Brasiliense, 1989.

No cerne dessas discussões estava a proteção do órgão legislativo contra as ingerências do monarca nos Estados em que tal figura foi preservada, sendo aquele, na época, o elo mais fraco da relação. A divisão dos poderes teve seu início marcado pela supremacia parlamentar, reduzindo significativamente a esfera de atuação do órgão executivo. Este assim como o judiciário deveriam se conformar com as leis adotadas pelo legislativo, posicionando este instrumento normativo na centralidade dessa teorização¹⁵⁵.

Isso se explica pelo próprio desenrolar do constitucionalismo e mesmo da democracia, dado que ambos convergiram no sentido de depositar no texto constitucional a vontade popular, fazendo do povo o sujeito e o destinatário do poder, justificando em torno deste o agir estatal. Instituído o Estado de Direito, este só pode agir em conformidade com os parâmetros legais, tornando-se ilegítima a sua desconsideração. Logo, em torno da proteção legal seria disposta a distribuição de funções, estando tal divisão, conforme Nuno Piçarra¹⁵⁶, a serviço da soberania da lei.

No âmbito do constitucionalismo inglês, esse processo de supremacia do parlamento e seu papel na criação das normas acompanham a história política inglesa na sua luta contra o arbítrio real. Após a Revolução Gloriosa, em 1688, na qual o parlamento adquire uma sólida e proeminente posição no arranjo estrutural político, foi adotado o *Bill of Rights*, em 1689, que, entre outras medidas, expressou a supremacia parlamentar no governo, instituindo, ademais, que a taxação sem a aprovação desse órgão seria ilegal, assim como a inviabilidade de o rei suspender atos legislativos. Dado que as camadas sociais foram paulatinamente sendo alçadas às instituições representativas na tomada de decisões, este momento solidifica sua presença, assim como tais órgãos deveriam expressar o Direito oriundo do povo e comum a todos, o dito *common law*.

Paralelamente a essas circunstâncias históricas, a adoção escrita e formal dos *acts* expressou uma tentativa de garantir, na maior medida possível, a segurança das conquistas democráticas pelo povo, trazendo publicidade, previsibilidade e estabilidade a tais disposições¹⁵⁷. Para Nelson Saldanha¹⁵⁸, a existência de um Legislativo independente por óbvio explicita a separação de funções no âmbito estatal, porque somente por meio dessa garantia a certeza da lei poderia ser materializada. As discussões em torno da separação dos

¹⁵⁵ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.

¹⁵⁶ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra, 1989.

¹⁵⁷ TORRES, João Carlos Brum. **Figuras do Estado moderno**: Elementos para um Estudo Histórico-Conceitual das Formas Fundamentais de Representação Política no Ocidente. São Paulo: Brasiliense, 1989.

¹⁵⁸ SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

poderes visaram, essencialmente, proteger o Parlamento, conferindo-lhe um destaque em face dos demais, depositário mesmo da possibilidade de controlar os atos executivos. Tal posição assemelha-se à posição de Nuno Piçarra¹⁵⁹, que, embora analisando o modelo francês, aponta que a entidade resultante trata-se de um Estado de Direito de legalidade, cuja manifestação precípua da soberania é a lei, devendo a proteção ser em torno dela.

Segundo outros autores, como Dalmo Dallari¹⁶⁰, a particularidade inglesa manifesta a supremacia do Parlamento, não sua equiparação aos outros órgãos, haja vista que até mesmo a escolha do chefe do executivo, no caso o primeiro-ministro, é feita entre os pares legislativos, sendo o delegado deste órgão. A função judiciária, por sua vez, esteve atrelada por muito tempo à Câmara dos Lordes, vindo este a perder tal competência apenas em 2009, com a instituição de uma Suprema Corte independente.

De outra banda, embora não diferindo substancialmente nesse aspecto, no constitucionalismo francês a afirmação da vontade soberana do Parlamento, por veicular a vontade popular, expressa a ideia criada e desenvolvida no Iluminismo de que a lei é a manifestação por excelência da razão humana, além de retirar sua legitimidade de uma função atribuída pelo próprio povo como condição do exercício do poder. Também neste país este órgão foi responsável pela inserção política de grupos até então marginalizados, adquirindo de forma crescente uma influência nas decisões estatais. Governando em nome da nação, buscou assentar sua legitimidade nesse fato, visando indicar a tal entidade que se tratava de uma espécie de autogoverno, no qual a própria camada popular consentia com as leis então adotadas.

[...] o Parlamento de Paris estava a negar que a vontade pessoal do rei [...] fosse suficiente para constituir a vontade pública. Com isto quebrava-se, obviamente, o princípio da representação monárquica [...] e exigia-se para o Parlamento um papel constitutivo na formação do *público*, papel autônomo e inderivado da delegação régia. [...]¹⁶¹. (grifos no original).

Por fim, o constitucionalismo norte-americano apresentou a distinção mais sistemática entre os poderes, atribuindo a cada órgão funções precisas de atuação. A despeito de sua luta contra o então considerado governo arbitrário da metrópole inglesa, o Poder Executivo conservou relevantes funções, cabendo ao presidente a condução da política externa da nação, embora em muitas questões necessitasse da anuência do legislativo. O Poder Judiciário, a seu

¹⁵⁹ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra, 1989.

¹⁶⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁶¹ TORRES, João Carlos Brum. **Figuras do Estado moderno**: Elementos para um Estudo Histórico-Conceitual das Formas Fundamentais de Representação Política no Ocidente. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 350.

turno, e diferentemente do verificado na França e na Inglaterra, teve a si atribuídas relevantes funções na solução dos conflitos, até mesmo entre os próprios entes federativos¹⁶².

A despeito dessa dita separação, há de se ter em mente que tal necessidade, a fim de evitar arbítrios, não significa a completa incomunicabilidade entre si, mas sim uma precisa delimitação de funções para que se possa estabelecer uma coexistência pacífica. Ademais, qualquer avanço de um desses poderes para além de suas competências enseja o controle de outro órgão para que tal situação não descambe para o desrespeito ao Estado de Direito. Nesse particular, outra problemática de pronto apresenta-se: haja vista a multiplicidade de órgãos no âmbito estatal, a quem estaria confiado o exercício de controle da própria constituição? Se esta funda uma nova ordem jurídica, pressupõe-se a necessidade de conferir-lhe adequada proteção, sob risco de tornar-se letra morta, destituída de eficácia social. Verifica-se, portanto, a crucialidade da jurisdição constitucional na disputa entre os poderes.

3 A Jurisdição Constitucional no cerne do conflito entre os Poderes

O controle de constitucionalidade é tradicionalmente definido como a aplicação de mecanismos destinados a analisar a conformidade de atos estatais que possam vir a ferir o texto constitucional. Conforme Hans Kelsen¹⁶³, a criação de uma constituição, a despeito de sua significativa importância em si mesma, afigurar-se-ia desprovida de maior eficácia na ausência de um órgão responsável pela sua manutenção, afastando atos que lhes sejam contrários. De antemão, embora dotado de suma importância no momento atual do constitucionalismo, a resposta a essa temática impede uma visão de todo homogênea e generalizada devido às variadas particularidades de cada Estado e, logo, de cada constituição. Os conceitos de jurisdição constitucional e constituição, portanto, possuem uma relação extremamente íntima, alterando o sentido de uma conforme se altere o de outra¹⁶⁴.

Falar em controle de constitucionalidade implica, segundo grande parte da doutrina¹⁶⁵, ter-se como condição a supremacia da constituição, sem a qual não faria sentido justificar a criação de um órgão específico para controlar eventuais atos que lhes sejam atentatórios. Tal noção parte-se da ideia de que a constituição é o critério de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico e, dessa forma, posiciona-se no ápice deste, a fim de

¹⁶² PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra, 1989.

¹⁶³ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁶⁴ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹⁶⁵ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

preservar a própria ordem normativa em vigor, assim como sua autonomia em face do sistema político¹⁶⁶.

Para o constitucionalismo inglês, em sua particularidade, esse problema teve uma resposta de pronto óbvia, atribuindo ao órgão legislativo a função de controlar seus próprios atos. Se a Inglaterra caracteriza-se, segundo alguns autores¹⁶⁷, como dispendo de um poder constituinte permanente, não se admite a interferência de outros poderes no texto resultante da vontade popular. Os textos constitucionais ingleses não se situam em um patamar de superioridade inquestionável em face das demais leis, estando ausentes até mesmo procedimentos mais dificultosos para sua alteração. Essa característica, aliás, é apontada por Oscar Vilhena Vieira¹⁶⁸ como a manifestação da preferência de os ingleses conferirem primazia ao caráter democrático em detrimento do especificamente constitucional, não estando este autorizado a limitar sobremaneira os representantes do povo.

Todavia, mesmo com o surgimento das constituições escritas e codificadas em finais do século XVIII, sua elevação à condição de norma-ápice do ordenamento jurídico ocorreu de forma descontínua, variando conforme as particularidades de cada Estado. Na França, como visto anteriormente, embora criado por órgãos políticos e fundantes de uma nova sociedade, por muito tempo a constituição foi considerada destituída de efeitos, apresentando-se como manifesto de intenções governamentais. Sua incidência no âmbito privado era mínima ou mesmo nula, vigorando neste as legislações cíveis, a exemplo do Código Napoleônico, adotado em 1804¹⁶⁹.

Estando a nação representada no Parlamento, a ingerência do executivo ou do judiciário em sua atuação, e no produto desta seria considerada ilegal, violando o princípio da soberania popular. Destaque-se que, neste país, há certa particularidade que torna tal posição ainda mais radical, porque o Poder Judiciário, tradicionalmente, foi encarado como o órgão controlado pela nobreza, permanecendo nos governos vindouros como uma espécie de “aristocracia de toga”, podendo vir a atacar não só a expressão popular e a supremacia do Parlamento, mas também a própria revolução, pondo-a em risco permanente¹⁷⁰. Assim, suas

¹⁶⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁶⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010. SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

¹⁶⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁶⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁷⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

competências sofreram um grande esvaziamento, conferindo-lhe a função de resolver essencialmente conflitos entre particulares com base estritamente na lei adotada pelo Parlamento.

Já o constitucionalismo dos Estados Unidos da América apresentou uma nova abordagem do problema que veio a influenciar as demais constituições mundo afora. Diferentemente do modelo francês, este documento, que criou o próprio Estado e materializou a independência em face dos ingleses, foi adotado desde o início com o caráter de supremacia, condicionando a atuação de todos os órgãos por ela criados¹⁷¹. O paradigma do controle de constitucionalidade norte-americano originou-se de uma contenda resolvida pela Corte Suprema, no famoso caso *Marbury vs. Madison*, na qual este órgão arrogou-se a competência para analisar a conformidade de determinadas normas com o texto constitucional, afirmando que este é quem deveria ser tomado como parâmetro de análise de leis infraconstitucionais, e não o contrário, haja vista que, na argumentação do *chief de justice* Marshall, o *Judiciary Act*, de 1789, ampliava, de forma inconstitucional, as competências deste órgão previstas na própria Constituição¹⁷².

Segundo alguns autores¹⁷³, a origem do modelo difuso de controle de constitucionalidade foi fruto de uma autoatribuição de competência pela Corte Suprema, porque a Constituição dos Estados Unidos da América não previa tal função. De toda forma, este modelo influenciou vários países, a partir do qual órgãos judiciários passaram a empreender referido controle. Ademais, no início do século XX, por obra de Hans Kelsen, surgiu outro modelo de controle de constitucionalidade, considerado concentrado, haja vista que, diferentemente do sistema difuso americano, no qual qualquer juiz estava autorizado a tanto, tal competência seria atribuível a apenas um órgão, no caso um tribunal constitucional, cuja decisão passaria a vincular todos os demais juízes¹⁷⁴. Conforme o autor, a necessidade de empreender tal tipo de controle justifica-se, em parte, pela insegurança que pode advir do modelo difuso, uma vez que este possibilita decisões contraditórias entre juízes diferentes, afastando a previsibilidade que deve orientar a feitura das normas e sua aplicação.

Todavia, nesses dois modelos de controle de constitucionalidade, uma tensão, talvez a mais intensa, entre democracia e direitos humanos emerge. Isso decorre do fato de que, quando o órgão judiciário, ou o tribunal constitucional no modelo Kelsiano, afasta uma norma

¹⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

¹⁷² VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁷³ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁷⁴ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

em razão de sua afetação a um direito fundamental, questiona-se em que medida tal ato estaria dotado de legitimidade¹⁷⁵, haja vista a gravidade em destituir de efeito uma norma que foi produto da deliberação parlamentar e, em tese, expressou a soberania popular, indicando, implícita ou explicitamente, que o povo não pode governar-se da forma como bem entender. Embora tal afastamento pode se realizar para afastar normas incompatíveis também com outras disposições constitucionais, a ênfase recairá sobre aquelas que violam, especificamente, tais bens jurídicos essenciais, visto que estes expressam, de forma mais precisa, os ideais vislumbrados pelo constituinte originário e que limita, materialmente, a atividade legiferante posterior.

Carl Schmitt¹⁷⁶ é um dos principais críticos dessa atuação enquanto guardião da Constituição. Segundo o autor, o Poder Judiciário, em seu conjunto, não goza de legitimidade democrática devido ao fato de não ter sido eleito e, portanto, não ter responsabilidade nem meios de controle perante o povo, afetando sobremaneira sua possibilidade de decidir questões, muitas vezes, de índole essencialmente política. Além disso, Schmitt¹⁷⁷ entende a lei não apenas em seu sentido jurídico, mas também político, sendo neste último um ato de soberania. Sua atuação, portanto, ao afastar as decisões parlamentares, violaria a ideia central da democracia, o governo pelo próprio povo e em seu proveito.

Todavia, tampouco atribui essa competência ao Poder Legislativo, já que este é entendido como profundamente plural e marcado pelo jogo de interesses de determinados grupos que buscam agir em proveito próprio. Carl Schmitt¹⁷⁸ já chamava a atenção para o deslocamento do órgão entendido como eventualmente violador ao texto constitucional. Nos primórdios da teoria constitucional, tal órgão consistia no Poder Executivo, entendido como a preservação da influência, ainda que mínima, do monarca. Contudo, uma vez declarada a “vitória” do Poder Legislativo, o Parlamento passou a ser entendido como um órgão que potencialmente poderia violar a constituição. Ancorado na representatividade da vontade popular, entendia-se que as leis resultantes deveriam ser aceitas como válidas, mesmo que pudessem vir a ferir a lei máxima. A partir dessa constatação, entendeu o autor que este órgão não deveria ser visto como o guardião da Constituição, faltando-lhe a imparcialidade para tanto.

¹⁷⁵ VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁷⁶ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹⁷⁷ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.

¹⁷⁸ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Nesse contexto, o povo enquanto unidade política estaria privado de uma adequada representação, visto que a miríade de posições parlamentares não se coadunaria com a necessidade de representá-lo em sua unidade. Apenas o Poder Executivo, portanto, teria tal possibilidade de atuação, já que ele tanto disporia da legitimidade advinda pela sua eleição quanto seria capaz de expressar a suposta unidade do povo de que fala, pairando de forma independente e neutra sobre as escaramuças parlamentares. Esse distanciamento, supostamente, daria as condições para que o presidente pudesse governar plenamente em nome do povo enquanto totalidade política, logo, enquanto guardião da Constituição, assentando sobre o que ele mesmo denomina de “princípio democrático”¹⁷⁹.

Contudo, em que pese à legitimidade do poder constituinte originário no ato de instituição da ordem jurídica em um momento específico, um problema de ordem temporal ganha relevo: sob qual fundamento suas decisões vinculam gerações vindouras que não participaram das deliberações constituintes? Na pretensão parlamentar em modificar aspectos normativos em virtude da dinâmica social, emerge uma questão de ordem temporal assim sintetizada por François Ost: “[...] como inovar sem perder o fio do tempo, como romper e durar simultaneamente? [...]”¹⁸⁰.

Essa dificuldade pesa não apenas no constitucionalismo francês e inglês, mas também no americano, não sendo raros os questionamentos sobre essa vinculação intertemporal, conduzida principalmente sob um viés hermenêutico e procedimental¹⁸¹. A favor do “povo atual”¹⁸², defende-se a tese de que seus anseios coadunam-se mais precisamente com as novas realidades emergentes, muitas vezes não previstas pelos constituintes. Por conseguinte, postula-se que, radicando a soberania no povo, exercida mediante seus representantes que têm por função precípua a criação das leis que supostamente expressem essa vontade popular, suas decisões revestem-se de legitimidade para serem observadas, ganhando força o sentido procedimentalista da democracia.

4 O sentido procedimentalista da Democracia

¹⁷⁹ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹⁸⁰ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução por Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005. p. 193.

¹⁸¹ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. Tradução por Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

¹⁸² OST, François. **O tempo do direito**. Tradução por Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005. p. 193.

A democracia em seu sentido procedimentalista, ou seja, que atribui legitimidade a uma decisão caso esta tenha mantido conformidade com os procedimentos de participação e deliberação previamente constituídos, subordina, conforme alguns autores, o conteúdo dos direitos fundamentais a esta deliberação. John Hart Ely¹⁸³ e Bruce Ackerman¹⁸⁴ são dois dos principais defensores dessa tese, sustentando que o liame entre democracia e direitos fundamentais deve ser fruto de um compromisso do próprio povo em torno desses bens, opondo-se aos autores denominados por Ackerman¹⁸⁵ de fundamentalistas de direitos, para os quais a missão democrática esbarra em limites jurídicos imanentes à própria ideia de Constituição, como John Rawls¹⁸⁶. Ackerman, nesse sentido, está essencialmente preocupado com a dinâmica social e com o desenrolar da história, em cujo âmbito traz consigo temáticas e problemas novos, requerendo ao povo uma adequação e adaptação em face dessas transformações.

Para John Hart Ely¹⁸⁷, a busca pelos valores constitucionais não deve ser empreendido por um tribunal composto de juízes não eleitos e, pois, sem nenhuma responsabilidade política em face dos indivíduos, devendo recair nos representantes eleitos do povo. No entanto, para o autor, isso não impede a atuação do referido tribunal, não enquanto órgão que extrairá o sentido dessas normas, mas sim visando fiscalizar a observância dos procedimentos parlamentares para tanto, assegurando a própria representatividade do povo, em particular das minorias. Como consequência de seu pensamento, a Corte Suprema, associada restritivamente com os aspectos processuais, deve apenas possibilitar que todos tenham suas vozes ouvidas nas instâncias procedimentais, sem maiores inserções valorativas. Como Ely¹⁸⁸ assevera, este órgão atua como uma espécie de “regulador”: “[...] em vez de ditar resultados substantivos, ela intervém apenas quando o ‘mercado’, neste caso o mercado político, está funcionando mal de modo sistêmico. [...]”.

Todavia, como chama a atenção François Ost¹⁸⁹, uma dificuldade enfrentada por todo revolucionário ou indivíduos que buscam a aceleração do tempo para terem atendidas suas

¹⁸³ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. Tradução por Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

¹⁸⁴ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Tradução por Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁸⁵ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Tradução por Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁸⁶ RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução por Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁸⁷ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. Tradução por Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

¹⁸⁸ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. Tradução por Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 136.

¹⁸⁹ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução por Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005. p. 193.

demandas, consiste em supor que a expressão dessa vontade esteja situada em uma temporalidade de plena ruptura, figurando enquanto pura manifestação de um desejo progressivo sem ancoragem no passado. Ao contrário, qualquer pretensão reformista não deixa de ter uma determinada base cultural sob a qual assenta, sendo esta necessária até para que os indivíduos extraíam o sentido de seu agir e pensar, utilizando-se de ferramentas linguísticas e conceituais próprias de seu tempo. Sem isso, verificar-se-ia uma forma de pensamento estéril, sem significação social profunda, porque alheio aos processos culturais de formação de um povo; logo, desprovido de possibilidade dialógica. A chave, então, reside na tentativa de buscar um equilíbrio entre o contínuo e o descontínuo, entre a permanência e a ruptura, ou, na linguagem do autor, em um tempo dialético e metamórfico.

De fato, o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo apresenta significativas dificuldades. Para além dos argumentos de Carl Schmitt¹⁹⁰, é de se questionar a imparcialidade de este órgão analisar suas próprias normas, atuando como parte e juiz ao mesmo tempo. Na defesa da possibilidade de este órgão exercer tal controle, muitos argumentos giram em torno da supremacia parlamentar, local por excelência onde o povo encontra-se representado, sob a alegação de que possui a plena liberdade de criação do Direito. Contudo, conforme Dworkin¹⁹¹, qual a razão para se pensar que a decisão legislativa seja mais exata que a de ordem judicial?

Fundamental em um ordenamento jurídico é a noção de estabilidade. Se o Direito visa estabelecer as condições de possibilidade a uma convivência harmônica e tolerante entre os indivíduos¹⁹², mesmo reconhecida – aliás, pressupondo-a – a diversidade inerente a uma sociedade, é preciso conferir segurança às relações sociais. Nesse sentido, a compreensão das normas que regem tais relações é de suma importância, uma vez que, assegurado esse entendimento, as pessoas sentem-se confiantes em agir conforme as expectativas depositadas na adequação normativa. Arnaldo Vasconcelos¹⁹³ já indicava ser uma característica da norma jurídica a pretensão de permanência, sem a qual estaria inviabilizada qualquer relação social duradoura. Para João Maurício Adeodato¹⁹⁴: “Prometer é a maneira peculiar de ordenar o futuro, de torná-lo confiável na medida do humanamente possível; ordená-lo, mas não

¹⁹⁰ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁹² ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁹³ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 7. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016.

¹⁹⁴ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 147.

constituí-lo, pois a imprevisibilidade do futuro faz com que as promessas jamais sejam absolutas, pois é sempre possível quebrá-las. [...]”.

No âmbito constitucional, tais considerações possuem uma mais profunda significação, dado que a Lei Fundamental funda uma ordem jurídica, sendo esta impactada por meio de qualquer alteração naquela. Seja mediante a criação de uma nova Constituição ou por excessivas reformas constitucionais, essas modificações constantes ensejam uma paulatina descrença na sua normatividade. Essa estabilidade, entretanto, não é o mesmo que imutabilidade, haja vista que admite as alterações – aliás, necessárias para a devida adequação à dinâmica social –, mas conduzindo estas por meio de parâmetros que preservem quaisquer modificações bruscas, haja vista que tais conceitos constitucionais são marcados pela imprecisão e ambiguidade. Todavia, a constituição estabelece os procedimentos necessários a tais transformações e à própria atuação política, exigindo um consenso significativo para a alteração textual da lei máxima¹⁹⁵.

Veiculando uma ideia que a coletividade faz de si mesma, é necessário que esta seja continuamente assegurada, a fim de atingir os objetivos colimados no seu ato instituinte: “[...] não existe sociedade sem um objetivo que sele, por uma fidelidade espiritual, a coexistência dos indivíduos por ela reunidos. Sem uma consciência com maior ou menor clareza desse objetivo, há multidão ou ajuntamento, mas não sociedade. [...]”¹⁹⁶. O “povo atual”, atuando em um contexto específico, contém suas demandas e busca satisfazê-las, tendo como parâmetro, todavia, a constituição, texto esse posto pelo “povo perpétuo”, responsável por estabelecer as promessas e expectativas de uma dada sociedade¹⁹⁷.

Nessa relação, o papel desempenhado pelos tribunais constitucionais representa significativa importância, porque evitam o atropelo da Constituição por maiorias circunstanciais, auxiliando na preservação da vontade originária. Este órgão pode ser entendido como o guardião das promessas¹⁹⁸ feitas pelos constituintes, uma vez que a promessa feita a si mesmo, sem tal órgão de controle, pode resultar em algo vazio, descumprida a depender de determinadas situações que se apresentem. A adoção de um texto constitucional não implica sua efetividade automática no âmbito social, requerendo a atuação

¹⁹⁵ GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁹⁶ BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução por Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 40-41.

¹⁹⁷ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução por Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005. p. 193.

¹⁹⁸ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução por Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

constante dos órgãos estatais na sua pretensão de eficácia¹⁹⁹, assim como o próprio tribunal constitucional, visando manter esta vontade popular: “[...] exercer a justiça em nome do povo implica que os juízes sejam considerados agentes do povo nos quais este deposita a confiança de preservação dos princípios de justiça radicados na consciência jurídica geral e consagrados na lei constitucional superior. [...]”²⁰⁰.

Imparcial e alheio às contendas políticas, sua análise pode fiar-se especificamente por meio de critérios jurídicos, trazendo segurança normativa e preservando o Estado de Direito²⁰¹. Ademais, se a Constituição também veicula normas principiológicas que incorporam valores, adquirindo uma feição substancialista²⁰², também é de competência do seu guardião a análise da conformidade de determinadas leis com esse conjunto, afastando, portanto, a posição de John Hart Ely²⁰³ que restringe a atuação deste órgão apenas em caráter procedimental. A confiança embutida no ato originário de que o Estado cumprirá os acordos estabelecidos representa, dessa forma, o critério de aderência ao texto constitucional, sem o qual a relação de domínio perde sua legitimidade. Seu papel, então, será assegurar o que François Ost chama de “ideia de direito” de uma dada sociedade:

“A ideia de direito” é a força instituinte do direito positivo instituído, é a representação da ordem social desejável que uma comunidade se faz num dado momento de sua história, é a imagem do porvir que ela projeta no futuro. A República, os direitos humanos, o federalismo, a igualdade, constituíram e constituem ainda hoje as alavancas históricas desse gênero. [...]”²⁰⁴.

Não considerar os limites estabelecidos pelo ato originário conduziria a uma eterna crise dos fundamentos constitucionais, assumindo os poderes instituídos o papel de instituidores. Descaracterizar-se-ia, como consequência, a supremacia constitucional, reduzido seu texto ao mesmo patamar da atividade legiferante ordinária. Seria duvidosa até mesmo sua pretensão de normatividade, vindo precarizar esta noção a constante mutabilidade de suas disposições. Um Direito sem peias consistiria em uma plena desconsideração da própria juridicidade, retomando a velha concepção de que o documento constitucional nada mais era do que uma mera declaração de princípios sem vinculação normativa.

¹⁹⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

²⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 25-26.

²⁰¹ GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

²⁰³ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. Tradução por Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 136.

²⁰⁴ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução por Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005. p. 219.

Não se pode mais postular, em tal sentido, a propalada supremacia do Parlamento e ter assegurada uma vontade majoritária completamente livre, autorizada a adotar o instrumento normativo que seja de seu exclusivo interesse. Diferentemente dessa visão, este órgão, em certa medida, também se caracteriza como aplicador do Direito, quando se conforma – e é este seu dever – ao texto constitucional. Deve-se manter em vista a possibilidade de controle de um órgão pelo outro, evitando violações à Constituição de forma incontestada, sendo um dos grandes avanços do século XX, em sede de teoria político-jurídica, o controle judicial dos atos parlamentares²⁰⁵. Portanto, qualquer dos poderes deve respeitar os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, função que legitima até mesmo a flexibilização da separação dos poderes ao admitir a intervenção do judiciário do legislativo²⁰⁶.

Dessarte, embora devendo submeter-se à Constituição e concretizar os direitos fundamentais, o Parlamento não deve ser entendido como órgão em cujo âmbito se materializa uma suposta perfectibilidade no que tange à representação. Como visto no tópico antecedente, mesmo uma democracia entendida em seu sentido procedimentalista pode implicar certas dificuldades, como a possibilidade de o resultado das deliberações, mesmo obedecendo às formalidades, atingir o texto constitucional quanto à sua substância. Ronald Dworkin²⁰⁷ coloca a questão em termos de eventuais ganhos – e, claro, possíveis perdas – de indivíduos que veem no Poder Legislativo um órgão no qual não vislumbram meios de proteger seus direitos, haja vista determinadas deficiências democráticas, como a não igualdade no plano material, apesar de esta ser assegurada formalmente.

[...] é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégio. [...] Devemos levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão de direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. [...] os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação [...]²⁰⁸.

O controle de constitucionalidade, nesse sentido, visa fazer cumprir-se o texto constitucional e assegurar sua supremacia no ordenamento jurídico, mesmo contra atos emanados do Parlamento. Este, a despeito de historicamente ter-se posto como dotado de

²⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

²⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 31.

supremacia, não mais lhe subsiste fundamento para ser considerado enquanto tal, porque a supremacia em dado ordenamento jurídico é exclusivamente da Constituição, fruto da vontade soberana do povo – na visão de Luigi Ferrajoli²⁰⁹ –, aliás, a própria soberania está limitada, senão mesmo negada, pela divisão dos poderes, pelo princípio da legalidade e pelos direitos fundamentais. Esta deve ser observada a fim de manter sua própria unidade, tal como entendida por Schmitt²¹⁰ e Burdeau²¹¹, e evitar sua dispersão devido a interesses faccionais que atentem contra a Constituição, em particular contra os direitos fundamentais. O Estado exerce, portanto, uma função reguladora dos conflitos e de busca pelo equilíbrio entre os distintos grupos que existem em seu interior, porque, caso assim não o fosse, tais conflitos poderiam levar à sua própria dissolução²¹².

Considerações finais

A atuação do legislativo visa concretizar, quando necessário, a vontade dos representados, e não substituí-la pela sua própria. Nesse sentido, a presença de direitos fundamentais no texto constitucional representa um dos principais limites à atuação legiferante, protegendo essencialmente a vontade do “povo perpétuo” contra eventuais ataques que pudessem vir a sofrer. A Constituição, uma vez posta, diferencia-se funcionalmente da política, dispondo de critérios próprios para a aplicação e mesmo a criação jurídica.

A atuação do judiciário, de outro modo, deve buscar preservar e mesmo concretizar a vontade popular expressa no ato constituinte originário, especialmente os direitos fundamentais. Este poder visa garantir o próprio Estado Democrático de Direito ao fiar-se à legalidade, extraindo o sentido de determinadas normas a fim de fazer respeitar a Constituição. Sua garantia de imparcialidade, não se sujeitando aos ditames político-partidários, confere autoridade técnica na proteção constitucional, sendo sua simples presença um fator preventivo no sentido de indicar uma instância na qual a elaboração normativa será analisada em caso de questionamento quanto à sua constitucionalidade. A atividade político-legislativa, ansiando por modificar a realidade, encontra, entretanto, limitações no Direito, visando contrapor-se ao movimento constante de tais mudanças, pretendendo estabilidade.

²⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional.** Tradução por Carlos Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²¹⁰ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución.** Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.

²¹¹ BURDEAU, Georges. **O Estado.** Tradução por Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²¹² BURDEAU, Georges. **O Estado.** Tradução por Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Nesse sentido, a Constituição apresenta-se como parâmetro para a decisão judicial, devendo esta manter conformidade para com ela própria. Sua aplicação, todavia, passa pela atribuição de sentido a determinado objeto de análise, destacando-se, nesse ponto, o papel relativamente criativo do órgão judiciário que, já superada a escola exegética em sua pretensão de reconhecer na lei a sabedoria em solucionar todos os casos, necessita desta margem para concretizar tais normas.

Contudo, se a própria Constituição é entendida como o acoplamento entre Direito e política, o judiciário terá, inevitavelmente, que enfrentar, em algum momento, considerações de ordem política, chegando a apreciar assuntos que lhe deveriam ser alheios, assumindo o papel de uma verdadeira câmara legislativa.

Isso, especialmente, diante da estrutura principiológica, com ampla indeterminação, da maioria dos enunciados de direitos fundamentais presentes no texto constitucional, o que levanta questionamentos sobre em que medida a suposta vontade originária do povo pode realmente ser alcançada pelos órgãos aplicadores. Seja considerando a ideia de direito ou a representação feita de si mesmo, a vontade popular é caracterizada pela ambiguidade, restando em difícil tarefa determinar seu sentido.

É necessário, portanto, identificar a matéria que dará ensejo ao exercício controlador. Caso contrário, com a criação dessa justiça sem tal conceito previamente delimitado, significaria uma atribuição dessa competência pelo próprio tribunal.

Uma vez definida tal competência em cada ordenamento, é essencial a um Estado Democrático de Direito que as decisões sejam tomadas tomando por parâmetro a constituição enquanto documento normativo, pautando-se no sentido de proteger sua juridicidade, uma vez que, como já amplamente discutido neste trabalho, a atuação política, a despeito de gozar em determinadas temáticas de ampla liberdade de atuação, não pode pretender sobrepor-se à própria Constituição.

Aproximando ainda mais a noção de constituição com a democracia, pode-se dizer que a atuação desse tribunal, preservando a ordem constitucional, preserva o próprio regime democrático. Em face da ascensão de movimentos totalitários anteriores à Segunda Guerra Mundial e também da usurpação de poder em vários governos posteriores a este evento, a manutenção do texto constitucional em sua íntegra pode resultar no fortalecimento democrático. Se a Constituição é uma arena que reconhece e pressupõe o dissenso social, as tentativas de suprimir os procedimentos consensuais em seu âmbito devem ser restringidas ou mesmo afastadas, uma vez que tal mister conduziria à própria dissolução constitucional e,

logo, democrática, violando seus fundamentos plurais. A fragilidade desse regime necessita, portanto, de instituições – além da consciência democrática – para sua realização.

Por fim, perguntar-se-ia, a título sugestivo, se não seria o caso de procurar na própria sociedade, assim como no regime democrático, as causas para a expansão judiciária na vida comum, e, claro, governamental. Os tribunais, por óbvio, não podem furtar-se à resolução das demandas que lhes são dirigidas – como órgão do Estado que detém o monopólio do uso do poder, e, logo, do poder de decisão –, mas não se pode pretender um governo pelos próprios juízes, até mesmo praticando o ativismo judicial, “remédio” que pode solapar por completo o governo democrático²¹³.

Depreende-se, dessa forma, que um Estado Democrático de Direito só se realiza porque dispõe de um Poder Judiciário, ou Tribunal Constitucional, independente, capaz de manter a observância da constituição contra ataques que lhes sejam dirigidos. Por meio dessa atuação, há o fortalecimento dos direitos fundamentais e, logo, da democracia, cuja implicação mútua deve conduzir à consciência jurídica²¹⁴, necessária à materialização da força normativa da Constituição mediante a “vontade de constituição”. Há de se centrar a consideração, portanto, no próprio indivíduo, protegendo seus direitos presentes no texto constitucional.

Referências

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução por Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri. 1997.

ARISTÓARISTÓTELESa. Tradução por Pedro Constantin Tolens. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução por Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução por Maria Ermantina. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

²¹³ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução por Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 74

²¹⁴ RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução por Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

COUTINHO, Júlia Maia Meneses; LOPES, Karin Becker; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Analfabetos e mulheres: os vulneráveis democráticos sob a égide evolutiva da CF/88 – Marginalizados históricos? In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 305-328. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.-6.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. Tradução por Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. Tradução por Carlos Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução por Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. Tradução por Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HELD, David. **Models of Democracy**. 3. ed. Cambridge: Polity Press, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Tradução por Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de. **Do espírito das leis**. Tradução por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: A questão fundamental da democracia**. Tradução por Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução por Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Lisboa: Coimbra, 1989.

- RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução por Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução por Antônio Machado. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução por Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.
- SPINOZA, Baruch. **Tratado político**. Tradução por Diogo Pires. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TORRES, João Carlos Brum. **Figuras do Estado moderno: Elementos para um Estudo Histórico-Conceitual das Formas Fundamentais de Representação Política no Ocidente**. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- UN – UNITED NATIONS. **Universal Declaration of Human Rights**. 1948. Disponível em: http://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf. Acesso em: 17 nov. 2019.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 7. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Direito de Petição *versus* Direito à Informação: a litigância predatória nas ações dos Juízes do Paraná

Petition right versus right to information: the predatory litigation in the actions of the judges of Paraná

Silvio César Cardoso de Freitas

Mestre em Direito e Políticas Públicas. Mestre em Ciências Militares. Bacharel em Direito e em Ciências Militares. E-mail: silviofreitas_33@yahoo.com.br.

Bruno Costa Marinho

Doutorando em Propriedade Intelectual e Inovação. Mestre em Direito Ambiental. Bacharel em Direito e em Ciências Militares. E-mail: bcmarinho@gmail.com.

Rafael Costa Marinho

Doutorando em Ciências Militares. Mestre em Ciências Militares. Bacharel em Direito e em Ciências Militares. E-mail: caprcostamarinho@hotmail.com.

RESUMO

O direito fundamental de petição deve relacionar-se com o livre acesso à informação de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal, de 1988. A proposta do texto é apresentar conceitos de direito de petição, de políticas públicas e acesso à informação, com a finalidade de tornar mais compreensivas as relações derivadas desses três institutos. O trabalho identifica a utilização do direito fundamental de petição nas diversas esferas de poder; os instrumentos disponibilizados pela Lei de Acesso à Informação, com vista a identificar a remuneração paga aos agentes públicos; e o conflito entre os direitos fundamentais de petição e de livre acesso à informação. Por fim, conclui sobre o dever de o Estado dirimir as questões que lhe forem demandadas.

Palavras-chave: Petição. Informação. Liberdade. Ação Predatória. Agentes Públicos.

ABSTRACT

The fundamental right of petition must be related to the free access to information according to the parameters established by the Federal Constitution, of 1988. The proposal of the text is to present concepts of right of petition, public policies and access to information for the purpose of make the relations derived from these three institutes more understandable. The work identifies the use of the fundamental right of petition in the various spheres of power: the instruments provided by the Law on Access to Information in order to identify the remuneration paid to public agents; and the conflict between the fundamental rights of petition and free access to information. Finally, it concludes on the duty of the State to settle the questions that are demanded of it.

Keywords: Petition. Information. Freedom. Predatory Action. Public Officials.

Introdução

O direito fundamental de petição deve relacionar-se com o livre acesso à informação de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal, de 1988.

O principal objeto de estudo deste trabalho é identificar a interação entre o direito fundamental de petição e o livre acesso à informação, preceitos constitucionais que são extremamente importantes para o regular funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Afirma-se que o acesso à informação é a política pública escolhida pelo Estado, para tornar acessível a todos os cidadãos, ressalvadas as hipóteses de sigilo legalmente estabelecidas, os dados produzidos e custodiados pelo Poder Público. Assim, o presente trabalho identificará como o direito de petição pode ser usado para acessar informações.

Com a utilização correta de ferramentas disponibilizadas pela Lei de Acesso à Informação, o pesquisador poderá acessar dados, como os valores de subsídios pagos aos agentes públicos, estando disponíveis em bases informatizadas, ou não.

A problemática vai mostrar quando se publicam as informações colhidas, por meio das ferramentas da Lei de Acesso à Informação, em jornal de grande circulação nacional. Nesse contexto, haverá o confronto de preceitos constitucionais da mesma hierarquia normativa, com argumentos completamente dissonantes.

O uso das ferramentas da Lei de Acesso à Informação permitiu desenvolver a pesquisa e trazer à discussão, que será apresentada neste trabalho, sobre a litigância predatória nas ações judiciais em que foram autores vários os juízes de direito do estado do Paraná, os quais tinham por objetivo atacar o jornal e seus jornalistas que publicaram informações relativas aos subsídios dos referidos magistrados.

A relevância do tema ocorre não apenas pelos atores envolvidos nas demandas em trâmite no estado do Paraná, mas também pelo fato de tratar de temas sensíveis que ensejam nos limites, se é que existem, do direito fundamental de ação, da liberdade de manifestação do pensamento e do direito de acesso à informação.

Assim, no presente trabalho será analisado se as ações peticionadas, com a finalidade de impedir a divulgação de valores referentes à remuneração mensal de membros do Judiciário do estado do Paraná, podem ser comparadas ao instituto do *sham litigation*, existente no direito concorrencial.

Para isso, será realizada uma pesquisa exploratória, a fim de proporcionar mais informações sobre o tema investigado e descobrir um novo tipo de enfoque para o assunto²¹⁵. Inicialmente é realizada uma pesquisa a respeito dos dispositivos legais que amparam o direito de petição e o direito à informação. Em seguida, é apresentado um estudo de caso versando sobre o peticionamento de juízes de direito do estado do Paraná que utilizaram o direito de ação com a finalidade de impedir um jornal daquele mesmo Estado de fornecer informações sobre os vencimentos dos aludidos magistrados.

Por fim, concluir-se-á sobre a ponderação de preceitos no conflito entre os direitos fundamentais de petição e de livre acesso à informação.

1 O direito fundamental de petição utilizado nas diversas esferas de poder estatal

Inicialmente, é imprescindível identificar os direitos fundamentais para podermos trabalhar com uma de suas espécies. Nesse caso, a escolha recairá sobre o direito de petição.

²¹⁵ PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. p. 51-52. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

Como se sabe, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, sendo que esta assertiva, insculpida no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, de 1988 (CF/88), diz muito sobre a finalidade do direito fundamental de petição.

Assim, o direito de petição, instituto erigido à categoria de direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, está garantido, fundamentalmente, na alínea “a” do inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição Federal, de 1988, dispondo que “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

O direito fundamental de petição foi previsto em todas as Constituições Federais brasileiras, especificamente em dois artigos, os quais são repetidos desde a Constituição Imperial até a atual Constituição Federal, de 1988.

Nesse sentido, o inciso XXX do artigo 179 da Constituição Imperial, de 1824, estabelecia que qualquer cidadão poderia “apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores²¹⁶”.

Ao fazer uma rápida leitura do dispositivo supracitado, é possível verificar, no período da regência, a preocupação com a possibilidade de os súditos apresentarem suas reclamações aos poderes do Império, ainda que tais pedidos fossem dirigidos somente aos Poderes Legislativo e Executivo.

Com isso, chega-se à conclusão de que a petição, desde o Império até o atual momento, continua sendo matéria de relevante importância constitucional. Contudo, para tornar efetivo o direito fundamental de petição perante os órgãos públicos, nos termos definidos pela Constituição, é necessário haver uma regulamentação levada a efeito por legislação infraconstitucional.

No Brasil, as legislações infraconstitucionais que tratam sobre o acesso dos cidadãos às informações e aos seus direitos, individuais ou coletivos, buscam garantir a efetiva resposta ao pedido (petição) em prazo razoável e em sua plenitude. Os artigos 1º e 2º da Lei nº 9.051, de 1995, dispõem sobre a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, servindo como exemplo da preocupação de o Estado tutelar o cumprimento do mandamento constitucional relativo ao atendimento do direito fundamental de petição.

²¹⁶ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 fev. 2019.

Observa-se que o termo petição tem vários sinônimos, como: requerimento, reclamação, pedido, solicitação, recurso etc. Ao buscar o sentido técnico-jurídico de petição, devem-se identificar seus elementos essenciais, os quais, ao serem detectados na peça vestibular, poderão dar seguimento ao processamento do mérito da requisição do interessado.

Assim, o artigo 17 do Código de Processo Civil, de 2015 (CPC/2015), estabelece as condições necessárias para que o cidadão possa exigir direito subjetivo perante o juiz natural. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade. Ainda, o artigo 70 do Código de Processo Civil, de 2015, condiciona a capacidade de postular à pessoa no pleno exercício de seus direitos, ou seja, somente poderão ter o processamento de seu pleito no judiciário aqueles que estiverem em pleno gozo de seus direitos.

Para o pleno exercício do direito de petição, em seu sentido técnico-jurídico, algumas condições devem ser preenchidas, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Civil, de 2015, para serem conhecidas no âmbito do Poder Judiciário. Adverte-se que o juiz indeferirá a petição inicial se as condições estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Civil, de 2015, não forem observadas, ou seja, o pedido será prejudicado por falta de elementos essenciais na peça inicial.

O ordenamento jurídico pátrio permite que as pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, tenham pleno acesso aos Poderes Públicos para realizarem seus pleitos.

O acesso gratuito à justiça, sem dúvida, é um fator preponderante para garantir o exercício do direito fundamental de petição, configurando-se em uma política pública importante no sentido de dar efetividade a esse mandamento. Entretanto, é importante destacar que a gratuidade de justiça vai aumentar a quantidade de petições ajuizadas.

Dar atenção aos hipossuficientes é fator relevante à consecução de objetivos relacionados ao bem-estar social; contudo, o ajuizamento desenfreado de ações pode ensejar na demora de composição das lides. A razão dessa demora será o reflexo do aumento no quantitativo de processos judiciais, obrigando o Poder Judiciário a desenvolver ferramentas que possam ser usadas para solucionar, no tempo e na forma adequados, esses litígios.

O artigo 98 do Código de Processo Civil, de 2015, estabelece o direito à gratuidade da justiça das pessoas físicas ou jurídicas com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios. O fato é que esse benefício não pode servir de subterfúgio para ajuizar demandas indiscriminadamente.

Será que o uso indiscriminado do direito fundamental de petição vem, ao longo da

última década, mitigando a sua finalidade? Existem limites ao uso do direito fundamental de petição? O pedido para acessar informações, arquivadas em base de dados públicos, com fundamento na Lei de Acesso à Informação, pode limitar o uso do direito fundamental de petição? As respostas a essas perguntas não são simples, de modo que a solução requer uma pesquisa mais ampla, tanto no Poder Judiciário como em outros órgãos públicos.

Desse modo, ao verificar os dados contidos no anuário Justiça em Números 2015, periódico elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, é possível constatar o aumento da litigiosidade no País. O Relatório registra que, “em 2014, o Poder Judiciário iniciou o ano com um estoque de 70,8 milhões de processos, que tende a aumentar (...). Estima-se, portanto, que ao final de 2014 o estoque cresça em meio ponto percentual, ultrapassando, assim, 71,2 milhões de processos pendentes²¹⁷”. É fato que o Poder Judiciário precisa encontrar ferramentas para solucionar esse grande número de processos, os quais se iniciaram por meio de uma simples petição, na maioria dos casos. Pode-se chegar a uma conclusão, no sentido de que a maior parte desses processos supostamente seria resolvida com acordos conduzidos pelo instituto da mediação ou da conciliação, pondo-se fim ao litígio.

Sobre o direito fundamental de petição, não se encontram, no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional, limites à sua utilização. Ademais, o mandamento constitucional contido na alínea “a” do inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição Federal, de 1988, é enfático ao dizer que “a todos são assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de Petição aos Poderes Públicos”.

O acesso à informação também possui status constitucional (inciso XIV do artigo 5º da Constituição Federal, de 1988) da mesma forma que o direito fundamental de petição (alínea “a” do inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição Federal, de 1988), a livre manifestação do pensamento (inciso IV do artigo 5º da Constituição Federal, de 1988), o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, de 1988), dentre outros. Assim, seria possível haver choque entre esses dispositivos constitucionais, de forma a que um limitaria a aplicação do outro? Claro que sim! Mas quais seriam os limites?

Ressalta-se que o acesso à informação é fundamental para que seja viabilizado o direito à participação nos assuntos políticos da Nação, conforme previsto no artigo 23 do Pacto de

²¹⁷ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2015**: ano-base 2014/ - Brasília: CNJ, 2015, p. 34. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

San José, da Costa Rica²¹⁸.

O choque ocorrerá quando o direito fundamental de petição passa a ser usado com a finalidade – não apontada diretamente, porém extraída da análise fática do caso concreto – de aplicar sanção pedagógica ao profissional que publicou matéria jornalística de interesse público.

Nesse ponto, quando as petições *per si* são utilizadas para sancionar os “adversários”, sem que seja necessário atingir os pedidos contidos nas próprias petições, podemos estar diante do instituto, importado do direito norte-americano, conhecido como *sham litigation*, ou em termos nacionais, a litigância predatória.

O instituto da *sham litigation* se configura no uso abusivo de direito de ação, envolvendo o “uso indevido de procedimentos e regulamentações públicas, incluindo procedimentos administrativos e judiciais, com o intuito de prejudicar concorrentes, causando danos ao mercado”²¹⁹.

Contudo, por mais que o instituto seja comumente utilizado no direito comercial, principalmente no ramo concorrencial, a utilização do direito de petição, como solução para sanar seus anseios, independentemente do julgamento do poder judiciário, apresenta, sem sombra de dúvidas, as características indelévels do instituto da *sham litigation*.

Esse instituto, como dito, advindo da doutrina e da jurisprudência americana (*Common Law*) que significa o abuso do direito de ação ou petição, com efeito anticoncorrencial, está ganhando espaço em nosso sistema jurídico (*Civil Law*). Entretanto, muitas dificuldades estão sendo enfrentadas, pois não há critérios normativos ou jurisprudenciais para a sua identificação nos casos em que a *sham litigation* é utilizada.

As normas constitucionais devem se harmonizar entre si, de forma que as suas possíveis colisões jamais anulariam o uso de uma em detrimento de outra, senão apenas o seu afastamento diante da ponderação de bens em determinado caso concreto. Essa é a regra mãe quando se trata da incidência de normas constitucionais.

²¹⁸ Sobre direito à participação, ler SOUZA, José Pércles Pereira de; DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira. Contexto e perspectivas de um direito humano à participação. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado. (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; CARMO, Valter Moura do. (Organizadores). Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. v. 2. Fortaleza: Premius, 2014. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.2.pdf>.

²¹⁹ SILVA, Lucia Helena Salgado e; ZUCOLOTO, Graziela Ferrero; BARBOSA, Denis Borges de. Litigância Predatória no Brasil. **Radar IPEA**, n. 22, p. 25-35, novembro 2012. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6796/1/Radar_n22_Litig%C3%A2ncia.pdf. Acesso em: 20 fev. 2019.

É nesse sentido que se denota a importância de analisar as situações específicas, as quais envolvem o uso do direito fundamental de petição para ajuizar demandas pontuais e idênticas em seu conteúdo, mas com objetivos diversos, muito além dos interesses subjetivos das partes envolvidas.

2 A legislação infraconstitucional e a obtenção de dados a respeito dos subsídios de agentes públicos

Note-se que a Lei nº 12.527, de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), entrou em vigor em 16.5.2012, a qual veio atender a comandos constitucionais (inciso XXXIII do artigo 5º; inciso II do § 3º do artigo 37; e § 2º do artigo 216, todos da Constituição Federal, de 1988), consagrando a participação popular na administração pública, trazendo dispositivos para dar transparência e publicidade sobre as informações de caráter público, buscando deixar a sociedade sempre esclarecida sobre qualquer assunto.

Assim, como a Constituição Federal preceitua que "todo poder emana do povo", faz sentido que os cidadãos tenham, pela Lei de Acesso à Informação, as ferramentas necessárias para fiscalizar os atos governamentais, algo essencial dentro de uma sociedade democrática.

Portanto, quase todos os órgãos públicos passaram a disponibilizar, em seus diretórios na rede mundial de computadores (internet), informações de natureza política e administrativa envolvendo o respectivo órgão, como: licitações, contratos, aquisições diretas, obras, folhas de pagamentos de servidores etc.

Sobre o administrador recaem as funções de organizar a "alocação dos meios públicos, dirigir e executar a Administração Pública e, mais importante, coordenar e planejar a ação coletiva em diversos níveis e abrangência"²²⁰. Porém, não é apenas o poder público que implementa as políticas públicas sobre determinados ramos. Isso ocorre principalmente nas questões concernentes às atividades político-administrativas, mas o setor privado também possui interesse na participação direta dessas atividades.

O interesse do setor privado não está adstrito apenas aos negócios que poderão ocorrer diante de sua parceria com o poder público, indo muito além dessa relação, pois todos os cidadãos estão sujeitos ao pagamento de tributos, os quais incidem indistintamente sobre toda a sociedade.

²²⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 16.

O Estado tem papel fundamental na implementação de políticas públicas, cabendo-lhe identificar os principais problemas, apontando soluções que atendam aos anseios da sociedade. Entretanto, como dito, a sociedade também tem papel importante na formulação de políticas públicas, pois ela é a principal cliente, devendo participar em todas as fases de sua elaboração. É nesse sentido que Ohlweiler destaca:

No processo de construção de políticas públicas haverá de ser problematizado o papel a ser desenvolvido pelo Estado, e, em especial, pela Administração Pública, pois hodiernamente exige-se a adoção de novos princípios especiais na relação com os cidadãos, como solidariedade e tolerância. De qualquer sorte parte-se do pressuposto de que não se pode abrir mão de uma atuação dirigente do Poder Público, mas não no sentido de uma postura arbitrária e sim de diálogo e participação comunitária, de mudança do *status quo*²²¹.

A LAI permite que o cidadão obtenha informações sobre a implementação de políticas públicas, com o objetivo de fiscalizar o gasto de recursos públicos empregados nesses programas. Neto esclarece como o arbítrio pode influenciar, de maneira clara, o estabelecimento de políticas públicas:

A luta contra o arbítrio, que faticamente acompanha o poder, se está desdobrando em um novo aspecto, não mais apenas adstrito à gestão administrativa da execução de políticas públicas, mas abrangendo a sua própria formulação, planejamento, orçamentação, programação e, por certo a sua execução, para alcançar, o que é ainda mais inovador, o controle de seus resultados. São, portanto, cinco fases ou etapas de qualquer política pública, que integram um complexo de processos, com assento constitucional e de expressão legal, uma vez que a exigência da observância do devido processo legal, tanto em seus aspectos materiais como formais, passou a se entender como um direito fundamental da cidadania²²².

A ausência de políticas públicas no tocante ao pagamento de “salário” de agentes públicos não é novidade. A Constituição Federal separa os servidores públicos, os quais recebem remuneração, dos membros de Poder (gênero que engloba inúmeros agentes públicos) que recebem subsídio, limitando o seu valor ao teto remuneratório aos subsídios recebidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal.

A negativa de fornecimento das informações sobre esse tema pode ensejar penalidades ao administrador público que as omite dolosamente. Entretanto, o interessado pode buscar obter esses dados por meio do Poder Judiciário, pois a todos são asseguradas garantias de acesso à justiça.

²²¹ OHLWEILER, Leonel. A construção e implementação de políticas públicas: desafios do Direito administrativo moderno. In: *Verba Juris*. Ano 6, n. 6, p. 269-300, janeiro-dezembro 2007. p. 269.

²²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: *V Congresso do Instituto Mineiro de Direito Administrativo*. 2007. p. 1. Disponível em www.tjrj.jus.br/estatico/docs/revista-juridica/03/artigos/artigo1.doc. Acesso em: 20 dez. 2019.

Sem aprofundar nas questões de mérito, no caso em estudo, aproximadamente trinta magistrados do Paraná (Agravamento Regimental na Reclamação nº 23.899/PR, em trâmite no STF) ajuizaram petições iniciais em diferentes comarcas daquele Estado. Todos os processos possuem os mesmos fundamentos jurídicos e as mesmas partes no polo passivo.

Não se pode afirmar que houve acordo entre os autores das demandas judiciais. A razão dessa questão está no fato de todos se sentirem ofendidos diante de matéria jornalística publicada, em 16.2.2016, no periódico *Gazeta do Povo S.A.*, em primeira página, também difundida em mídia digital pelas redes sociais com o seguinte *slogan*: “Em dezembro de 2015, salário médio de magistrados foi de R\$ 103,6 mil”. Em síntese, o periódico noticiou que o rendimento médio bruto dos magistrados estaduais do Paraná, em dezembro de 2015, foi de R\$ 103.600,00 e que o Tribunal de Justiça teria gasto R\$ 94.400.000,00 somente com vencimentos de juízes e desembargadores no mesmo período²²³.

A reportagem acrescenta um gráfico com o nome de todos os magistrados acompanhado dos valores de seus respectivos subsídios. Foi notória a insatisfação dos membros do Poder Judiciário paranaense com a publicação dessas informações.

Para combater a citada notícia, os magistrados ingressaram com as demandas cíveis, perante o Poder Judiciário, para tentar reverter os efeitos da informação, sustentando que houve ato ilícito, previsto no artigo 186 do Código Civil (CC), abuso de direito, previsto no artigo 187 do Código Civil, os quais ensejam a responsabilidade civil e, portanto, o dever de indenizar por parte dos responsáveis pela matéria jornalística e da respectiva empresa, na forma do artigo 927 do Código Civil. Alegam a violação ao direito da personalidade, dentre eles a honra, previsto no artigo 12 do Código Civil, ensejando a reparação do dano, por meio de indenização pecuniária, pelo uso abusivo do direito de liberdade de imprensa.

Em suas contestações, ajuizadas nos processos instaurados em todo o estado do Paraná, as partes demandadas tentavam esclarecer que a reportagem não questionava a legalidade do recebimento de auxílio-moradia e de verbas indenizatórias, mas sim buscava incentivar o debate, se o recebimento dessas verbas, em sua globalidade, merecia, ou não, ultrapassar o teto de vencimentos do funcionalismo público estabelecido pela Constituição Federal, de 1988.

Diante disso, o fato concreto é que a LAI identificou que não há política pública

²²³ MARÉS, Chico. *Jornal Gazeta do Povo. Vida Pública*. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/em-dezembro-de-2015-salario-medio-de-magistrados-foi-de-r-1036-mil>. Acesso em: 10 nov. 2019.

relacionada ao pagamento de subsídios aos agentes públicos. A questão vai ser definida pelo Poder Judiciário, quando for instado a definir os destinos dessa causa.

3 Conflito de preceitos constitucionais: o direito fundamental de petição dos magistrados versus o direito do cidadão de acessar informações referentes aos subsídios pagos pelo estado

A grande discussão sobre a distinção entre as espécies normativas ganhou força com as obras de Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*, 1977) e Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte*, 1984). Esses dois autores são representantes da tese de separação qualitativa entre regras e princípios, sendo a distinção entre ambas de caráter lógico.

Uma alternativa a essa tese, segundo Silva, é a de que a distinção entre elas é de grau, seja de generalidade, abstração ou fundamentalidade, sendo esta a mais difundida no Brasil. Por fim, há os que rejeitam a possibilidade ou a utilidade da distinção entre regras e princípios, com isso o referido autor assevera que

O ponto de partida da teoria de Dworkin é a crítica ao positivismo jurídico, o qual entende o direito como um sistema composto exclusivamente de regras, não consegue fundamentar as decisões de casos complexos a não ser por meio do recurso da discricionariedade judicial. O juiz, nesses casos, cria direito novo. (...) Alexy parte de pressuposto semelhante, de que a distinção entre princípios e regras é qualitativa e não de grau. Sua principal contribuição foi precisar algumas premissas básicas dessa idéia e, principalmente, desenvolver a idéia de princípios como mandamentos de otimização. Segundo Alexy, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização. Importante nesse ponto é a ideia de que a realização completa de determinado princípio pode ser - e frequentemente é - obstada pela realização de outro princípio. Essa ideia é traduzida pela metáfora da *colisão* entre princípios, que deve ser traduzida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo²²⁴.

Numa possível colisão de preceitos constitucionais, o ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, doutor Ayres Brito, ressaltou que “é no desfrute da total liberdade de manifestação do pensamento e de expressão *lato sensu* que se pode fazer de qualquer dogma um problema²²⁵”.

²²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, 2003, p. 610-611 Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf. Acesso em: 19 jan. 2019.

²²⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 130/ DF**. Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento em 30 abr. 2009. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/280324357/adpf-130>. Acesso em: 13 dez. 2019.

Esse é um assunto de grande relevância, não apenas pelos atores envolvidos nas demandas em trâmite no estado do Paraná, mas também pelo fato de tratar de temas sensíveis que ensejam nos limites, se é que existem, do direito fundamental de ação, da liberdade de manifestação do pensamento e do direito de acesso à informação.

Destaca-se que, para o exercício do direito fundamental de petição, infere-se o cumprimento de algumas regras destacadas pelo artigo 319 do Código de Processo Civil, de 2015. Nesse dispositivo, o qual o inciso I determina ao demandante indicar o “juízo” para apreciar o feito e, caso julgue presente os requisitos mínimos, estabelecer a relação processual.

Bem, uma dessas demandas foi distribuída ao juiz de direito, doutor Nei Roberto de Barros Guimarães, do 8º Juizado Especial Cível de Curitiba, Processo nº 0010474-89.2016.8.16.0182, o qual, em 25.5.2016, proferiu Sentença com o seguinte dispositivo:

(...) Seguindo esse raciocínio, importante destacar que todos possuem o direito constitucional à liberdade de expressão, assim como o direito à informação e à publicidade do serviço público que é superior, inclusive, ao direito à intimidade. Ocorre que também há de se observar o respeito ao direito de outrem, dentre os quais está a honra (...). Na hipótese em comento há um conflito de direitos fundamentais, todos garantidos constitucionalmente, eis que de um lado há o direito à livre manifestação do pensamento do jornalista e o direito à informação e publicidade do leitor, enquanto que de outro lado há o direito à proteção da honra e à imagem da pessoa. Dessa forma, é necessário um equilíbrio para que ambos possam existir em harmonia. Ocorre que os réus agiram de maneira descuidada ao manifestar seu pensamento e opinião acerca do requerente, publicando informações inverídicas, de forma pejorativa, inclusive com um desenho ofensivo, o que gerou diversos comentários humilhantes dos leitores. (...) Consoante os contracheques juntados na seq. 1.6, verifica-se que em nenhum mês houve o pagamento acima do teto constitucional. Vale dizer que os reclamados basearam-se no mês dezembro, quando houve o pagamento de férias ao reclamante, portanto, obviamente a quantia final recebida foi maior do que a recebida mensal e habitualmente. Assim, está claro o dano moral suportado pelo requerente, pelo que a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais é medida que se impõe. (...) Sopesadas as particularidades havidas entre as partes, e mais, tendo em vista a gravidade da ação da ré, hei por bem em arbitrar em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), em decorrência do abalo moral que a sua ação acarretou, em conformidade com o disposto no artigo 186 do Código Civil, certo que tal montante não se presta a enriquecer injustificadamente o autor, tampouco causar severos danos aos réus. Nessas condições, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido deduzido na inicial para o fim de condenar os reclamados, solidariamente, ao pagamento de indenização pelos danos morais no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), importância a ser devidamente atualizada pelo índice do INPC.

Como se vê, o dispositivo condenou os réus nessa única demanda, se multiplicarmos o valor da condenação por trinta vezes, teremos o montante de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), sem acrescentarmos a correção monetária determinada.

O direito fundamental de petição foi utilizado, sendo provido o pedido do autor. Na ponderação de preceitos constitucionais, a livre manifestação do pensamento e o direito à

informação e à publicidade foram alocados para segundo plano, ante a proteção da honra e a imagem da pessoa.

Os réus, inconformados com a Sentença proferida, interpuseram Reclamação (RCL) perante o Supremo Tribunal Federal, buscando anular a citada Decisão. Assim, em suas razões recursais, consignaram, em síntese, que fosse reconhecida a incompetência da Justiça Estadual do Paraná para o processamento dessas demandas, tendo em vista o interesse direto ou indireto de todos os magistrados do Tribunal de Justiça do Paraná na causa, com fundamento na alínea “n” do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal, de 1988.

Por sua vez, a relatora da RCL e do Agravo Regimental (AgR) nº 23899/PR no Supremo Tribunal Federal, ministra doutora Rosa Weber, em 30.6.2016, decidiu monocraticamente, em síntese, nos seguintes termos:

6. Alegam que o ajuizamento de demandas em massa tem como objetivo gerar despesas e transtornos para puni-los e evitar a publicação de novas matérias desfavoráveis à magistratura, o que revelaria um exercício abusivo do direito de ação (...). Apontam a existência de um áudio a evidenciar o alegado abuso (...), do qual destacam as seguintes passagens: “’01:46 Walter Ligeiri Junior’ 03:32 ‘E depois dessa, muitas outras seguirão. São 700 juizes preparando ação’ (...). 12. Considerado o número de demandas já ajuizadas, que ultrapassa quarenta, espalhadas por dezenove cidades do Paraná, e tendo em vista o teor do áudio acima mencionado, não se pode afastar o risco de dano, decorrente do comprometimento, cada vez maior, do pleno exercício do direito de defesa nas ações em trâmite, que se diz efetuado com grave prejuízo financeiro e pessoal dos reclamantes, compelidos a se deslocar por todo o Estado para comparecimento em audiências. 13. Ante o exposto, no exercício de juízo de retratação, reconsidero (...) presentes o *periculum in mora* e a plausibilidade jurídica – *fumus boni juris* – da tese, forte no art. 989, II, do CPC/2015 e no art. 158 do RISTF, concedo a medida acauteladora para o fim suspender os efeitos da decisão reclamada, bem como o trâmite das ações de indenizações propostas em decorrência da matéria jornalística e coluna opinativa apontadas pelos reclamantes, até o julgamento do mérito desta reclamação²²⁶. (grifo nosso)

O mérito da questão ainda não foi apreciado pela Suprema Corte, porém a citada Decisão no AgR evidenciou, de forma precisa, a situação fática dessa demanda, na qual a fragilidade dos reclamantes ficou demonstrada.

Na sociedade contemporânea sempre haverá conflitos de interesses, nos quais as pessoas envolvidas, por questão de sobrevivência, disputam espaço entre si, a fim de obter sucesso em suas atividades. Porém, infere-se que nos processos judiciais existem princípios imanentes que, se não forem observados, ferem o regular andamento processual, neste caso, temos o princípio da paridade de armas.

²²⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental (AgR) nº 23899/PR**. Ministra Dra. Rosa Weber. Decisão monocratica em 30.6.2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>. Acesso em: 13 jan. 2019.

Como dito, o direito fundamental processual deve ser observado por todos os envolvidos, seja pelas partes, seja pelos detentores do poder estatal (juízes, promotores, servidores etc.). Dentro de um contexto de disputas na sociedade, as ações do ser humano devem estar pautadas em normas, sejam legais ou morais, dentro do contexto em que vive.

Na transcrição do áudio em que o magistrado afirmava que mais de 700 juízes preparariam as ações para ingressar em juízo, fica evidente a intenção daquela classe profissional em punir o jornal já com a proposição das ações, estando em consonância com as características da *sham litigation*, ainda que, em sua concepção original o objetivo seja a concorrência desleal pela litigância de má-fé, neste caso, a litigância predatória teria como finalidade calar a imprensa, impossibilitando a população de ter ciência dos valores pagos aos membros do judiciário do estado do Paraná.

Conclui-se que, diante do conflito entre os direitos fundamentais de petição e de livre acesso à informação, o positivismo jurídico não alcança solucionar o caso concreto, devendo-se pautar o julgamento da lide e o estabelecimento dos limites de um e de outro direito nos valores inerentes à busca do ideal de justiça, basilar do jusnaturalismo.

Considerações finais

Na atual crise política, econômica e moral vivida pelo Brasil, a situação que vier a público, ultrapassando os limites do senso comum da sociedade, vai trazer à luz questões fáticas envolvendo o Estado-Administração e seus agentes.

Nesse ponto, podemos dizer que não é plausível negar informações de interesse dos cidadãos, especialmente sobre a aplicação de recursos públicos. Toda nação, que se diz democrática, tem o dever de manter seu povo informado de qualquer fato.

A informação sobre os salários/subsídios/remunerações pagas aos membros de poder tem relevância para o cidadão que também paga impostos e, dado o caráter público dos recursos envolvidos, a publicidade é fator de caráter relevante e de interesse nacional.

Assim, independentemente das argumentações das partes nas aludidas demandas, notou-se que o direito fundamental de petição – consubstanciado no espectro de ação – foi usado também para causar dano (*sham litigation* no direito civil brasileiro). O dano ficou demonstrado diante do comprometimento, que seria aumentado exponencialmente, do pleno exercício do direito de defesa dos réus, os quais tinham de contestar diversas ações em trâmite

simultâneo em todas as comarcas do estado do Paraná.

Se a conduta dos aludidos magistrados for aceita como regular, oficializaremos um novo modo de censura, perpetrado por intermédio do direito de ação. Nesse contexto, a imprensa e seus membros poderiam ser tolhidos ao divulgar informações de classes de profissionais, sob pena de terem de arcar com os custos de suas defesas em juízo, diante de ações idênticas em diversas comarcas.

Não se questiona levar a lide ao judiciário, visto que é uma garantia constitucional, mas sim a forma como as ações foram iniciadas, demonstrando claramente que o interesse não é a decisão judicial, mas pressionar a imprensa a se calar, ao ter de suportar os custos de diversas ações simultâneas, versando sobre os mesmos temas e com os mesmos réus.

Por fim, configurou-se que, seja com o grave prejuízo financeiro e pessoal suportado pelos réus, seja com o objetivo de cercear o exercício regular de suas funções, o Estado tem o dever de informar a sociedade sobre todos os assuntos que lhe são demandados, sob pena de ferir outros preceitos de mesma estatura constitucional.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2015**: ano-base 2014/ - Brasília: CNJ, 2015, p. 34. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.051, de 18 maio de 1995**. Dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9051.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016**. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o

fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental (AgR) nº 23899/PR**. Ministra Dra. Rosa Weber. Decisão monocrática em 30.6.2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>. Acesso em: 13 jan. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 130/ DF**. Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento em: 30 abr. 2009. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/280324357/adpf-130>. Acesso em: 13 dez. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAVALCANTI, Paula Arcoverde. **Sistematizando e comparando os enfoques de avaliação e de análise de políticas públicas**: uma contribuição para a área educacional. Campinas (SP): UNICAMP, 2007. Tese de Doutorado em Educação, Universidade Estadual de Campinas, 2007.

MARÉS, Chico. *Jornal Gazeta do Povo*. **Vida Pública**. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/em-dezembro-de-2015-salario-medio-de-magistrados-foi-de-r-1036-mil>. Acesso em: 10 nov. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. *In: V Congresso do Instituto Mineiro de Direito Administrativo*. 2007. Disponível em www.tjrj.jus.br/estatico/docs/revista-juridica/03/artigos/artigo1.doc. Acesso em: 20 dez. 2019.

OHLWEILER, Leonel. A construção e implementação de políticas públicas: desafios do Direito administrativo moderno. *In: Verba Juris*. Ano 6, n. 6, p. 269-300, janeiro-dezembro 2007.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARANÁ. Procedimento do Juizado Especial Cível: Ação 0010474-89.2016.8.16.0182. Julgador: Juiz Nei Roberto de Barros Guimaraes. DJ: 25/05/2016. **Conjur**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/gazeta-povo-condenacao.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2019.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. 2003, p. 607-630. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf. Acesso em: 19 jan. 2019.

SILVA, Lucia Helena Salgado e; ZUCOLOTO, Graziela Ferrero; BARBOSA, Denis Borges de. Litigância Predatória no Brasil. **Radar IPEA**, n. 22, p. 25-35, novembro 2012. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6796/1/Radar_n22_Litig%C3%A2ncia.pdf. Acesso em: 20 fev. 2019.

SOUZA, José Péricles Pereira de; DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira. Contexto e perspectivas de um direito humano à participação. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado. (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; MENDONÇA, Maria Lirídia Calou de Araújo e; CARMO, Valter Moura do. (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 2. Fortaleza: Premium, 2014. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional>. Acesso em: 19 jan. 2019.

**Análise jurídico-constitucional do *jus postulandi* em face do
Princípio da Proteção ao trabalhador hipossuficiente**

Legal and constitutional analysis of the *jus postulandi* in the face of
the principle of protecting the underprivileged worker

Antonio Donizetti de Resende

Mestrando do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-
MG. E-mail: resende36@yahoo.com.br.

Deilton Ribeiro Brasil

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

RESUMO

O artigo 791, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho possibilita que empregados e empregadores litiguem prescindindo-se de advogado na Justiça Laboral. Porém, este instituto ficou bastante comprometido após as limitações da Súmula nº 425 do Tribunal Superior do Trabalho e as advindas do Processo Judicial Eletrônico da Justiça Laboral. Algumas outras implicações relativas aos honorários de sucumbência, emanadas da Lei nº 13.467, de 2017, também afetaram o *ius postulandi* na Justiça do Trabalho. Dessa forma, foi realizada pesquisa para constatar se o referido instituto, efetivamente, resguarda a defesa dos direitos e garantias fundamentais constitucionais dos jurisdicionados. Assim, com utilização do método teórico-bibliográfico dedutivo. Partindo-se de premissa macroanalítica para outra microanalítica, os dados compilados foram estudados. Com isso, demonstrou-se que não há como litigar desconhecendo as normas jurídicas materiais e processuais sem se expor a possíveis prejuízos.

Palavras-chave: Justiça do Trabalho. Princípio da Proteção ao Trabalhador. *Jus postulandi*. Processo Judicial Eletrônico. Hipossuficiência.

ABSTRACT

The Article 791, caput, of the Labor Code allows the employees and employers to litigate without the lawyer's presence in the Labor Court. However, this institute remained severely compromised after the limitations of Pronouncement No. 425 of the High Labor Court and those which comes from the Electronic Judicial Process of Labor Justice. Some other implications related to the defeated party's fees, obtained from Law 13467/2017 also affected the *ius postulandi* in the Labor Court. Thus, using the deductive theoretical-bibliographic method, starting from a macro-analytical premise to another micro-analytical, the compiled data were studied. With this, it has been shown that there is no way to litigate notknowing of the material and procedural legal rules, without exposing itself to possible losses.

Keywords: Labor Justice. Principle of Worker Protection. *Jus Postulandi*. Electronic Judicial Process. The Economic Lack of Sufficiency of the Worker.

Introdução

O Direito do Trabalho no Brasil originou-se na esfera do Poder Executivo, comportando juízes classistas. Somente após a positivação do artigo 94, caput, e inciso V, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, a Justiça do Trabalho passou a integrar o Poder Judiciário brasileiro.

Atualmente se encontra positivado nos artigos 92, inciso IV, e 111, inciso III, da Constituição Federal, de 1988, que os Tribunais e Juízes do Trabalho são órgãos do Poder Judiciário. Da mesma forma o faz o artigo 644 da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, os órgãos da Justiça do Trabalho são constituídos pelo Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Juízes do Trabalho – atuando nas Varas do Trabalho –, e dos Juízes de Direito, quando investidos da jurisdição trabalhista.

O *jus postulandi* na Justiça do Trabalho está positivado no artigo 791, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Este dispositivo possibilita aos empregados e aos empregadores a postulação pessoal sem a presença de advogado, bem como o acompanhamento até o final das reclamações trabalhistas no Poder Judiciário. Todavia, com a edição da Súmula nº 425 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a aplicação do instituto ficou limitada. A sua utilização foi vedada nas ações rescisória e cautelar, no mandado de segurança e nos recursos interpostos no Tribunal Superior do Trabalho, mas ficou mantido nas demais ações nas Varas do Trabalho e nos Tribunais Regionais do Trabalho.

Com a instalação do Processo Judicial Eletrônico na Justiça do Trabalho, a utilização do *jus postulandi* na Justiça Laboral se tornou mais complexa e arriscada. Ou seja, além dos complicadores já existentes, devido à falta de conhecimentos técnico-jurídicos, o litigante leigo, por não possuir habilitação para acessar e promover os atos no PJe-JT ficou totalmente dependente da colaboração de servidores públicos, tanto para propor quanto para acompanhar a sua reclamação trabalhista na plataforma digital.

Por seu turno, a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que implementou a reforma trabalhista, não revogou nem alterou o texto do caput do artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, mas, apesar de admitir os honorários sucumbenciais ao advogado do vencedor, é silente quando a parte vitoriosa do litígio consistir no *jus postulandi*. Todavia, a lei determina, taxativamente, que a parte hipossuficiente deverá arcar com os referidos honorários se deixar a condição de hipossuficiência em um período de dois anos, mesmo se beneficiária da justiça gratuita.

Não obstante, é relevante ressaltar que o princípio da proteção ao trabalhador, positivado no artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, constitui-se em um dos institutos basilares do Direito – material e processual – do Trabalho, pois visa atenuar as desigualdades entre as partes litigantes. Segundo esse princípio, quando duas ou mais regras aplicáveis ao mesmo caso concreto estiverem em conflito, deve-se realizar um sopesamento hermenêutico (proporcionalidade) e utilizar aquela que melhor atenda aos interesses do operário. Este princípio permite até mesmo o afastamento das imposições normativas de caráter hierárquico.

Assim, em detrimento da perspectiva do desconhecimento jurídico do *jus postulandi*, esta pesquisa procurou averiguar sobre a ocorrência de possíveis prejuízos ao litigante leigo que se utilizar das prerrogativas previstas no artigo 791, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho. Para isso, foram utilizados como corolário os direitos e as garantias previstos nas regras e nos princípios positivados na Constituição Federal, de 1988, na legislação e nas Convenções Internacionais em que o Brasil é signatário. Assim, este estudo, ao promover uma análise jurídico-constitucional e infraconstitucional do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, buscou verificar se efetivamente há literal

ofensa ao princípio da proteção do trabalhador, previsto na norma trabalhista, que, segundo alguns “doutrinadores”, ao invés de ajudar, poderá prejudicar o jurisdicionado.

O *jus postulandi* foi exacerbadamente impactado pela Súmula nº 425 do Tribunal Superior do Trabalho, pelo PJe-JT e também pela Lei nº 13.467, de 2017. Pois, conforme exposto *et seq.*, a referida Súmula restringiu a utilização do mencionado instituto; a Resolução nº 185 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), que ratificou os atos de instituição do PJe-JT, não regulamentou o *jus postulandi* adequadamente; e a Lei nº 13.467, de 2017, apesar de manter o artigo 791, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho de forma inalterada, admitiu os honorários sucumbenciais em todas as instâncias da Justiça Laboral, aumentando os riscos de prejuízos àquele que se utilizar deste instituto.

Com a utilização do método teórico-bibliográfico dedutivo, partindo de uma situação macroanalítica para outra microanalítica, esta pesquisa buscou verificar se seria, ou não, mais conveniente ao *jus postulandi* declinar dessa prerrogativa e contratar um profissional legalmente habilitado (advogado) para representá-lo judicialmente. Ou ainda, na hipótese do jurisdicionado hipossuficiente, acionar a Defensoria Pública da União, por se tratar de garantia constitucionalmente prevista no ordenamento jurídico pátrio. Em ambas as opções, devido ao conhecimento jurídico dos representantes (procuradores), o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal estariam mais resguardados. Com isso, o jurisdicionado evitaria possíveis prejuízos nos litígios na Justiça do Trabalho.

1 O *jus postulandi* e a proteção do hipossuficiente na Justiça do Trabalho

A Justiça do Trabalho, que teve a sua competência ampliada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, atribuiu a si mesma o poder de julgar os litígios que envolverem as relações de trabalho, independentemente do vínculo empregatício, conforme prescreve o artigo 114 da Constituição Federal, de 1988. Entretanto, o artigo 791, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho deve ser interpretado de forma restritiva, não alcançando os litígios que versarem sobre as relações de trabalho desprovidas da subordinação, sem o vínculo empregatício.

Vale dizer, se os sujeitos da lide não forem, empregado ou empregador, não poderão, em linha de princípio, exercer o *jus postulandi*. Logo, para as ações trabalhistas não oriundas da relação de emprego, a representação das partes por advogado passará a ser obrigatória²²⁷.

²²⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTR, 2012. p. 418.

Os princípios não são absolutos, a Constituição Federal, de 1988, apesar de prever o *jus postulandi*, como ocorre no artigo 5º, inciso LXVIII, com o *habeas-corpus*, também estabelece no seu artigo 133 que o advogado é indispensável à administração da justiça. Da mesma forma, o Código de Processo Civil, de 2015, no artigo 103, caput e parágrafo único, determina que a parte seja representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil; porém, faculta à parte a postulação em causa própria quando esta tiver habilitação legal.

2.1 O *jus postulandi* na Justiça do Trabalho

Contudo, como exposto supra, ainda prevalece no ordenamento jurídico o controvertido *jus postulandi* previsto no caput do artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho. Essa prerrogativa é reiterada pelo artigo 839 do mesmo diploma legal, que também faculta aos empregados e empregadores apresentarem a reclamação trabalhista pessoalmente ou por seus representantes, e ainda, se assim o desejarem, poderão apresentar a reclamação laboral pelos sindicatos de classe.

Renato Saraiva²²⁸ observa que a utilização desse instituto foi questionada por parte da doutrina, que considerava a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais uma atividade privativa da advocacia. Entretanto, os Tribunais Trabalhistas, em sua maioria, firmaram jurisprudência reafirmando que o artigo 791, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho continua em vigor. Dessa maneira, mesmo com as imposições do artigo 133 da Constituição Federal, de 1988, que determina que a parte se faça representar em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, o *jus postulandi* foi validado na Justiça do Trabalho.

Tal posicionamento jurisprudencial foi ratificado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 1.127-8, considerando inconstitucional a expressão "qualquer" constante no artigo 1º, inciso I, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei nº 8.906, de 1994. Assim, a Suprema Corte legitimou a possibilidade de o leigo postular em juízo prescindindo de advogado na Justiça Comum e Especializada, até mesmo na Justiça Trabalhista. Em conformidade com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o artigo 1º, inciso I, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil deve-se suprimir a palavra “qualquer” em obediência à citada decisão deste Supremo Tribunal.

Todavia, não há como litigar desprovido do mínimo conhecimento jurídico, sem se expor a possíveis ocorrências de prejuízos. Ana Flávia Loyola Antunes Pereira²²⁹, ao refletir sobre a relevância do advogado no processo, afirma: "a presença do advogado, por possuir capacidade postulatória e

²²⁸ SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 203.

²²⁹ PEREIRA, Ana Flávia Loyola Antunes. **A inefetividade do acesso à Justiça em razão do preconceito linguístico: análise crítica do *jus postulandi* no estado democrático de direito**. 2011. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito - área de concentração: Direito Público). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011. p. 113.

capacidade técnica para defender os interesses das partes, é garantia de concretização do contraditório, da isonomia e da ampla defesa". Principalmente na Justiça do Trabalho, onde vigora o princípio da oralidade, um embate dialético adequadamente instruído redundará na ampliação das possibilidades de sucesso.

Segundo Robert Alexy²³⁰, "no discurso jurídico, assim como no discurso prático geral, não é admissível afirmar algo e depois se negar a fundamentá-lo sem indicar as razões para isso". Essa teoria alexyana visa buscar a verdade e a racionalidade da sentença; caso a parte faça uso do *jus postulandi*, estes objetivos serão indubitavelmente mitigados.

Esses conhecimentos não se adquirem senão por meio de larga prática, de maneira que a intervenção do jurista parece indispensável não só para encontrar as razões defensivas que a parte não saberia encontrar por si mesma, e apresentá-las em termos jurídicos, mas também para realizar em seu nome atos do processo que ela não estaria em condições de cumprir por si na ordem e sob a forma prescritas pelas leis processuais²³¹.

Esta possibilidade de lesão aos direitos fundamentais, especialmente aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, embasam os questionamentos contrários ao *jus postulandi*. Jorge Moacyr de Carvalho e Silva Filho²³² pondera que o objetivo deste instituto é o de proteger o hipossuficiente; contudo, este escopo não vem sendo alcançado atualmente. Essa norma protetiva vem prejudicando seus destinatários, sinalizando para a necessidade de revisão do instituto.

Entretanto, conforme o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, de 1988, o jurisdicionado carente de recursos poderá se valer dos litígios na Justiça do Trabalho da assistência judiciária gratuita do Estado. No entanto, a atual estrutura da Justiça Laboral brasileira não reúne condições que possibilitem uma adequada assistência judiciária gratuita. Assim sendo, a proibição do *jus postulandi* poderia causar sérios danos ao jurisdicionado hipossuficiente.

Dessarte, Amauri Mascaro Nascimento²³³ relata que, enquanto não for devidamente aparelhada a Defensoria Pública para prestar assistência judiciária gratuita na Justiça Laboral, a extinção do *jus postulandi* afetará os direitos fundamentais, uma vez que o trabalhador não tem meios para reclamar em juízo. Não se deve olvidar que muitas vezes as reclamações trabalhistas são de valor econômico ínfimo, não comportando honorários advocatícios condizentes com o trabalho do advogado. Isso evidencia a necessidade da existência desse instituto, ora em análise. No entanto, o

²³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 212.

²³¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 523.

²³² SILVA FILHO, Jorge Moacyr de Carvalho e. **Jus postulandi na Justiça do Trabalho**: benefício ou malefício. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/039-039-jus-postulandi-039-039-no-direito-do-trabalho-beneficio-ou-maleficio/19463/>. Acesso em: 25 nov. 2019.

²³³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 526.

obreiro que fizer uso do *jus postulandi* estará sujeito a possíveis prejuízos em função do seu desconhecimento jurídico.

Utilizar-se do instituto do *jus postulandi* configura a mesma situação, grosso modo, de o cidadão adoecer e não procurar um médico. Ao contrário, vai diretamente a uma farmácia, compra o remédio que entende ser necessário e realiza a automedicação. Essa prática pode até dar certo e a pessoa se curar, porém, caso isso não ocorra, as consequências poderão ser danosas a quem usou desse expediente. Dessa forma, acontece o mesmo com o exercício do *jus postulandi*. O cidadão que dele usar pode até conseguir satisfazer seu direito, mas as chances de fracassar são imensas²³⁴.

As regras previstas pelo artigo 791, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho são motivo de muita inquietude doutrinária. Valentin Carrion²³⁵ também é adepto desse entendimento, citando o descumprimento da Lei nº 1.060, de 1950, que estabelece sobre a assistência judiciária gratuita, afirma que aquele que se valer desse instituto estará exposto a um elevado risco de dano, asseverando que se trata de uma armadilha para o trabalhador litigante.

2.2 O princípio da proteção no direito material e processual laboral

Visando resguardar os direitos do empregado e atenuar as desigualdades entre as partes dos litígios na Justiça Laboral, a legislação trabalhista positivou o princípio da proteção ao operário no artigo 468, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho. Este artigo determina que, nos contratos individuais de trabalho, só será lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento e ainda assim, desde que as alterações não resultem, direta ou indiretamente, em prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula que infringir esta garantia.

O princípio da proteção também se encontra positivado no artigo 796 da Consolidação das Leis do Trabalho, assegurando que a nulidade não será pronunciada quando for arguida por quem tiver dado causa ou quando for possível suprir a falta ou repetir o ato.

Dessa forma, possibilita-se, desde que cabível, a utilização da norma que melhor atenda aos interesses do trabalhador, permitindo-se, até mesmo, o afastamento das imposições normativas de caráter hierárquico. Por isso, esse princípio embasa outros que favorecem o trabalhador, dentre eles, o princípios da instrumentalidade das formas, da primazia da realidade, da norma mais favorável ao trabalhador e o próprio *jus postulandi*, objeto deste estudo.

²³⁴ BAZZO, Ana Paula do Prado. **A limitação do *jus postulandi* pela Súmula 425 do Tribunal Superior do Trabalho**. 2011. 50 f. Trabalho de conclusão de curso – Monografia (Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente, 2011. p. 41.

²³⁵ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. Atualização: Eduard Carrion. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 674.

Maurício Godinho Delgado²³⁶ refere-se ao princípio da proteção ao trabalhador como o núcleo basilar dos princípios especiais do Direito do Trabalho, afirmando que o direito laboral, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, formata uma teia de proteção ao hipossuficiente nas relações empregatícias, com o objetivo de proteger o empregado. O princípio da proteção tem por objetivo proporcionar equilíbrio nas reclamações trabalhistas, principalmente às de caráter salarial, devido ao seu cunho alimentício.

2.3 O *jus postulandi* após a edição da Súmula nº 425 do Tribunal Superior do Trabalho e da Lei nº 13.467, de 2017

Após a Súmula nº 425 do Tribunal Superior do Trabalho, a postulação prescindindo-se de advogado somente poderá ocorrer nas Varas do Trabalho e nos Tribunais Regionais do Trabalho, não se admitindo o *jus postulandi* nos recursos no Tribunal Superior do Trabalho, na ação cautelar, no mandado de segurança e na ação rescisória. Ana Sylvania da Fonseca Coelho²³⁷ entende que não é correto o posicionamento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho na Súmula nº 425, permitindo o *jus postulandi* nas esferas inferiores da Justiça do Trabalho e restringindo a sua utilização nas ações no âmbito deste Tribunal.

Sobre a hipótese de limitação do acesso à Justiça, Mauro Cappelletti²³⁸ observa que “as diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objeto utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso à Justiça podem e devem ser atacados?”

Nos casos dos jurisdicionados hipossuficientes, conforme prevê o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, de 1988, a assistência jurídica deve ser providenciada pelo Estado de forma gratuita, por se tratar de um direito constitucional fundamental. Entretanto, a implementação dos direitos fundamentais nem sempre ocorre da forma adequada.

Amauri Mascaro Nascimento²³⁹ afirma que assistência jurídica gratuita deveria ser prestada pelo Estado, como prevê a legislação.

O ideal está na ampliação da Defensoria Pública, de modo a torná-la em condições de prestar assistência judiciária àqueles que dela venham a necessitar, atuando diretamente perante a Justiça do Trabalho, com equipes de plantão para

²³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 193.

²³⁷ COELHO, Ana Sylvania da Fonseca Pinto. **O advogado na Justiça do Trabalho: uma análise da legislação**. In: **Jornal Estado de Minas**, Belo Horizonte, Caderno Direito & Justiça, out.-2010. p. 6.

²³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 15.

²³⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 527.

desempenhar as funções atualmente cumpridas pelos funcionários da Justiça do Trabalho encarregados de dar atendimento às reclamações apresentadas diretamente pelos trabalhadores e encaminhá-las segundo o devido processo legal.

A constitucionalidade da Súmula nº 425 do Tribunal Superior do Trabalho é questionável, pois este Tribunal revogou parte do artigo 791, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho. A decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 1.127-8, legitimou, sem restrições, a possibilidade de o leigo pleitear em juízo prescindindo-se de advogado na Justiça do Trabalho.

Esta nova Súmula restringe o *jus postulandi* das partes à instância ordinária - Varas do Trabalho e TRT (s), o que, a nosso ver, viola a literalidade do artigo 791 da CLT, segundo o qual empregado e empregador podem exercer a capacidade postulatória e "acompanhar as suas reclamações até o final" (...). Quanto à ação rescisória e ao mandado de segurança, parece-nos razoável entendimento adotado pela nova Súmula nº 425 do TST, pois estas demandas são reguladas por legislações especiais²⁴⁰.

Não estaria o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula em questão, maculando o princípio da legalidade e, com isso, cerceando o direito do jurisdicionado ao acesso à Justiça. Poderia este Tribunal alterar a legislação ordinária? Esta incongruência praticada pelo Tribunal Superior do Trabalho não é de simples solução, a não ser que o próprio Tribunal, editando outra Súmula diversa, altere o entendimento.

Essa decisão contida na Súmula nº 425 impactou e alterou os entendimentos sobre "honorários advocatícios", até então predominante no Tribunal Superior do Trabalho. Anteriormente, a Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho dispunha pela inadmissibilidade dos "honorários advocatícios" em razão, pura e simplesmente, da sucumbência na Justiça Trabalhista. Entretanto, foi necessário alterar o inciso II da referida Súmula, passando a admitir os citados honorários na ação rescisória em âmbito trabalhista.

Em decorrência da nova Súmula nº 425 do TST, que limita o *jus postulandi* das próprias partes (artigo 791 da CLT) "as Varas do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho", parece-nos que deverão ser ampliadas as hipóteses de cabimento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, pois nas ações em que é obrigatória a presença do advogado, os honorários advocatícios serão devidos em decorrência apenas da mera sucumbência.²⁴¹

Todavia, a situação atual é outra, com a edição da Lei nº 13.467, de 2017, traz em seu bojo diversas inovações, dentre elas a que admite os honorários de sucumbência nas ações veiculadas em todas as instâncias da justiça laboral. Anteriormente isso não era possível, segundo a Súmula nº 219

²⁴⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 416-417.

²⁴¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 420.

do Tribunal Superior do Trabalho, excepcionando-se as lides não decorrentes da relação de emprego, as ações rescisórias laborais e os casos em que a Fazenda Pública for parte, em que se devem aplicar os percentuais previstos no Código de Processo Civil, de 2015.

Assim, excetuando-se os casos supracitados, os honorários sucumbenciais, anteriormente, só eram aplicados e considerados devidos, se a parte hipossuficiente se encontrasse adequadamente representada pelo sindicato da categoria profissional do trabalhador. Esses honorários estavam limitados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento do valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível a mensuração, tais percentuais deveriam ser atribuídos sobre o valor atualizado da causa.

Porém, o artigo 1º da Lei nº 13.467, de 2017, acrescentou à *Consolidação das Leis do Trabalho* o artigo 791-A, o qual determina que os honorários de sucumbência serão devidos ao advogado ainda que este atue em causa própria. Esses honorários, admitidos até mesmo na reconvenção, deverão ser fixados entre cinco e quinze por cento sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível a mensuração, sobre o valor atualizado da causa. Tais honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e naquelas em que a parte estiver representada pelo sindicato da categoria. Nas hipóteses de sucumbência recíproca, está vedada a compensação dos mencionados honorários.

Nesse sentido, a Lei nº 13.467, de 2017 (Reforma Trabalhista), se manteve silente – desconsiderando a previsão do artigo 790, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho quanto ao direito da percepção dos honorários advocatícios quando a parte vencedora estiver postulando na Justiça Laboral prescindindo de advogado. Observa-se que para exercer o *jus postulandi*, a única condição imposta pelo legislador refere-se à lide, que deve envolver exclusivamente a relação de emprego. Ou seja, independentemente das condições estipuladas para a justiça gratuita – previsão do artigo 790, §§ 3º e 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho – redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017, perceber rendimentos igual ou inferior a quarenta por cento do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social ou comprovar a insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo, o litigante hipossuficiente deverá arcar com os honorários sucumbenciais, previsão do artigo 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Como exposto, representado, ou não, por advogado, está previsto no referido § 4º do artigo 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho que, na hipótese de o vencido ser beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo – ainda que em outro processo – créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade. Assim, somente poderão ser executadas se nos dois anos subsequentes aos do trânsito em julgado da decisão que as certificou o credor demonstrar que deixou de existir a situação de

insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

O Enunciado n° 100, editado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do trabalho²⁴², assevera que é inconstitucional a previsão de utilização dos créditos trabalhistas reconhecidos em juízo para o pagamento de despesas do beneficiário da justiça gratuita com honorários advocatícios ou periciais (artigos 791-A, § 4º, e 790-B, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho – redação dada pela Lei n° 13.467, de 2017), por ferir os direitos fundamentais à assistência judiciária gratuita e integral, prestada pelo Estado, e à proteção do salário (artigos 5º, LXXIV, e 7º, X, da Constituição Federal, de 1988).

Apesar dos questionamentos supra sobre a Lei n° 13.467, de 2017, o enunciado n° 4 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho²⁴³ assinala que a lei da reforma trabalhista não afetou os fundamentos do direito do trabalho, positivados na Consolidação das Leis do Trabalho: artigo 8º (direito comum, fonte subsidiária do direito do trabalho); Títulos II a IV (princípio da proteção); artigos 3º e 442 (princípio da primazia da realidade); artigos 9º e 468 (princípio da irrenunciabilidade); artigo 468 (princípios da norma mais favorável e da imodificabilidade contratual em prejuízo do trabalhador) [...]. Dentre outros princípios que são requisitos para a validade da norma trabalhista.

É imperativo resguardar os princípios constitucionais que tutelam a dignidade da pessoa humana, a boa-fé, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal etc. Não se olvidando em assegurar outros princípios considerados relevantes para a Justiça Laboral, como o princípio da proteção, a inafastabilidade de jurisdição, a primazia da realidade, a irrenunciabilidade de direitos, a oralidade, a instrumentalidade das formas, a norma mais favorável ao trabalhador, o princípio da eventualidade, o princípio do *jus postulandi*, dentre outros.

O princípio da indispensabilidade da representação em juízo por advogado (artigo 133 da Constituição Federal) não é absoluto, outros princípios também devem ser ponderados. No entanto, não se deve cercear o direito de petição, o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, previstos, de forma respectiva, no artigo 5º, incisos XXXIV, XXXV e LV, todos da Constituição Federal, de 1988.

²⁴² ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Segunda Jornada Nacional de Direito Material e do Trabalho. **Enunciados aprovados**. Enunciado n° 100. Disponível em: <http://www.Processual.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 14 nov. 2019.

²⁴³ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Segunda Jornada Nacional de Direito Material e do Trabalho. **Enunciados aprovados**. Enunciado n° 4. Disponível em: <http://www.Processual.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 14 nov. 2019.

2.4 O *jus postulandi* na Justiça do Trabalho após a implantação do PJe-JT

Após a edição da Lei n° 11.419, de 2006, que dispôs sobre a informatização do processo judicial e posteriormente a instituição do Processo Judicial Eletrônico na Justiça do Trabalho padronizado pela Resolução n° 185, de 2017, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, a utilização do *jus postulandi* na seara Laboral ficou ainda mais complexa e dependente da colaboração de servidores públicos.

Segundo o artigo 1° da Resolução n° 185, de 2017, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho²⁴⁴, a tramitação do processo judicial no âmbito da Justiça do Trabalho, a prática eletrônica de atos processuais, nos termos da Lei n° 11.419, de 2006, e artigos 193 a 199, do Código de Processo Civil, de 2015, serão realizadas exclusivamente por intermédio do Sistema PJe-JT instalado na Justiça do Trabalho, regulamentado por esta Resolução. No artigo 3° da supracitada Resolução, os atos processuais terão sua produção, registro, visualização, tramitação, controle e publicação exclusivamente em meio eletrônico e serão assinados digitalmente, com elementos que permitam identificar o usuário responsável pela sua prática.

Assim, o mencionado arcabouço normativo impossibilitou a produção – sem interferência de outros – dos atos processuais no PJe-JT pelo *jus postulandi*. Porém, no artigo 4° da Resolução n° 185, de 2017²⁴⁵, está estabelecido que as partes ou terceiros interessados desassistidos de advogado poderão apresentar peças processuais e documentos em papel, segundo as regras ordinárias e nos locais competentes para recebê-los. Essas peças processuais serão inseridas nos autos eletrônicos pela unidade judiciária, em arquivo eletrônico que utilize linguagem padronizada de marcação genérica.

Assim, o *jus postulandi* deverá utilizar-se do auxílio de um serventuário da Justiça Laboral para realizar a petição eletrônica. Conforme prescreve o artigo 840, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho, a reclamação poderá ocorrer de forma escrita ou verbal, neste caso, a atermação deverá ser reduzida a termo, datada e assinada pelo escrivão ou secretário, seguindo os procedimentos da petição escrita no que couber.

Entretanto, conforme o artigo 840, § 3°, da Consolidação das Leis do Trabalho (redação dada pela Lei n° 13.467, de 2017), os pedidos serão julgados extintos sem resolução do mérito, caso não atendam às disposições do artigo 840, § 1°, da Consolidação das Leis do Trabalho (redação dada pela

²⁴⁴ BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. **Resolução CSJT n.º 185, de 24 de março de 2017.** Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/102716/2017_res0185_csjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 16 nov. 2019.

²⁴⁵ BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. **Resolução CSJT n.º 185, de 24 de março de 2017.** Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/102716/2017_res0185_csjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 16 nov. 2019.

Lei nº 13.467, de 2017): designação do juízo; qualificação das partes; breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio; pedido, certo, determinado e com indicação de seu valor; a data e assinatura do reclamante ou do seu representante.

Mas, o Enunciado nº 105, também aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho²⁴⁶, com base na Súmula nº 263 do Tribunal Superior do Trabalho e nos artigos 4º, 6º, 317, 319 e 321 do Código de Processo Civil, de 2015, questiona que, caso a petição inicial não atenda integralmente aos requisitos legais, deve-se oportunizar a emenda e não a imediata sentença sem exame do mérito. Nesse estágio, o processo já se encontra em formato eletrônico, mas, segundo as regras do citado artigo 4º da Resolução nº 185 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), o *jus postulandi* estará inteiramente dependente dos servidores da justiça do trabalho para os futuros atos processuais.

Como exposto, o PJe-JT não possibilita ao *jus postulandi* efetuar pessoalmente os atos processuais, pois para isso, segundo o artigo 2º, caput, da Lei nº 11.419, de 2006, deve-se ter habilitação com cadastro e assinatura eletrônica certificados por entidade credenciada. Dessa forma, como o *jus postulandi* poderia litigar adequadamente, se aquele está inteiramente dependente da boa vontade de terceiros, serventuários da Justiça do Trabalho, trata-se de algo extremamente ilógico, majorando os riscos já existentes na utilização deste instituto na justiça laboral.

Considerações finais

O *jus postulandi* ainda consiste em um importante instrumento disponibilizado ao empregado ou empregador para litigar na Justiça do Trabalho. Entretanto, devido ao despreparo jurídico do leigo, os riscos de prejuízos são exacerbados. No entanto, a possibilidade da referida postulação, prescindindo-se de advogado, só poderá ocorrer até a esfera recursal nos Tribunais Regionais do Trabalho, pois no Tribunal Superior do Trabalho, conforme prescreve a Súmula nº 425 do referido Tribunal, o *jus postulandi* não é possível.

Com a edição da Lei nº 13.467, de 2017, que estabeleceu sobre a reforma trabalhista, os honorários sucumbenciais, independentemente da condição de *jus postulandi*, deverão ser fixados pelo juízo em favor do advogado da parte vencedora do litígio, vedada até mesmo a compensação nos casos de sucumbência recíproca. Todavia, mesmo com os questionamentos da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, se o sucumbente não obtiver em juízo, ainda que em outro processo, créditos suficientes para suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob

²⁴⁶ Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Segunda Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho. **Enunciados aprovados**. Enunciado nº 105. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 14 nov. 2019.

condição suspensiva de exigibilidade por até dois anos do trânsito em julgado da decisão. Nesse período, o credor poderá executar a sentença, exigindo os seus créditos sucumbenciais, bastando, para isso, demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos do sucumbente.

Para obter os benefícios da justiça gratuita, o jurisdicionado deve demonstrar que percebe rendimentos iguais ou inferiores a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) ou comprovar a insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. Esse requisito é subjetivo e passível de questionamentos pelo credor interessado. Assim, a perspectiva de o sucumbido suportar por dois anos o monitoramento de suas condições socioeconômicas não é nada agradável, principalmente com atuais facilidades de comunicação, redes sociais etc.

A previsão do artigo 791, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho é clara, o litigante poderá utilizar-se desse instituto e buscar seus direitos na Justiça do Trabalho até o final. Assim, a Súmula 425 do Tribunal Superior do Trabalho altera a amplitude de o *jus postulandi* litigar na Justiça Laboral, reduzindo a possibilidade de acesso à referida justiça. Mas, conforme exposto, o Supremo Tribunal Federal julgou favoravelmente ao *jus postulandi*, prevalecendo a possibilidade da sua utilização sem nenhuma restrição quanto à instância judicial. Tais fatos demonstram que o assunto ainda não está adequadamente pacificado.

O *jus postulandi*, inquestionavelmente, foi recepcionado pela Constituição Federal, de 1988, justamente por proporcionar ou ampliar o acesso à justiça ao obreiro hipossuficiente. Mas, esse instituto, um resquício dos primórdios do Direito Trabalhista e Processual Trabalhista, precisa urgentemente ser revisto pelo Poder Legislativo, pois não atende aos reais interesses dos jurisdicionados.

O princípio da proteção, apesar de relevante, não é suficiente, pois não assegura ao *jus postulandi* (laboral) o contraditório em simétrica paridade de partes, a ampla defesa e o devido processo legal, princípios imprescindíveis ao processo constitucional. Assim, o litigante, ao utilizar esse instituto do Direito Laboral, estará exposto a prejuízos. Com isso, como não existe a possibilidade de ser representado pela Defensoria Pública na seara laboral, caso possível, melhor seria desistir do *jus postulandi* e constituir um advogado.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Segunda Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho. **Enunciados aprovados**. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 14 nov. 2019.

BAZZO, Ana Paula do Prado. **A limitação do *jus postulandi* pela Súmula 425 do Tribunal Superior do Trabalho**. 2011. 50 f. Trabalho de conclusão de curso - Monografia (Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente, 2011.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. **Resolução CSJT n.º 185, de 24 de março de 2017**. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/102716/2017_res0185_csjt.pdf?sequence=1&isAlloved=y. Acesso em: 16 nov. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. Atualização: Eduardo Carrion. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Ana Sylvania da Fonseca Pinto. O advogado na Justiça do Trabalho: uma análise da legislação. **Jornal Estado de Minas**, Belo Horizonte, Caderno Direito & Justiça, out.-2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Ana Flávia Loyola Antunes. **A inefetividade do acesso à Justiça em razão do preconceito linguístico**: análise crítica do *jus postulandi* no estado democrático de direito. 2011. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito - área de concentração: Direito Público) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011.

SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Método, 2012.

SILVA FILHO, Jorge Moacyr de C. e. ***Jus postulandi* na Justiça do Trabalho**: benefício ou malefício. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/039-039-jus-postulandi-039-039-no-direito-do-trabalho-beneficio-ou-maleficio/19463/>. Acesso em: 25 nov. 2019.

Integralidade do direito à saúde no âmbito do Sistema Único De Saúde (SUS)

Integrity of the right to health in the scope of Brazil's Unified Health System (SUS)

Leticia Maria da Silva Torquato

Acadêmica do curso de Direito pela Faculdade Católica do Tocantins. E-mail:
leticia94.silva@gmail.com.

Igor de Andrade Barbosa

Defensor Público Federal do Tocantins, Mestre em direito econômico e desenvolvimento pelo programa de mestrado em Direito pela Universidade Candido Mendes – UCAM, professor e orientador do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins – UBEC.

RESUMO

Esta pesquisa tem por escopo discorrer sobre a integralidade do direito à saúde, sendo esta uma diretriz norteadora para a efetivação desse direito fundamental consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB 1988). Para empreendermos nesta análise, faz-se necessário referir-se à integralidade como um dos pilares da política pública de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). O problema de pesquisa indaga acerca dos limites dessa integralidade, e tem por objetivo geral apontar balizas para sua prestação integral. Para isso, foi utilizada a metodologia qualitativo-dedutiva exploratória consistente em pesquisas bibliográficas, artigos científicos, leis. Concluiu a pesquisa que o real alcance da diretriz Constitucional da integralidade à saúde, ante a judicialização, perpassa pela fixação parâmetros observados os princípios constitucionais como o mínimo existencial, reserva do possível e segurança jurídica para que não seja prestado de forma ilimitada a uns em detrimento do direito da coletividade.

Palavras-chave: Direito à saúde. Integralidade. Judicialização. Segurança Jurídica. Sistema Único de Saúde (SUS).

ABSTRACT

This research has as scope to discuss the integrality of the right to health, which is a guideline for the realization of this fundamental right enshrined in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CRFB, 1988). For we undertake this analysis, it is necessary to refer to the integrality as one of the pillars of public health policy in the context of the Brazil's Unified Health System (SUS). The research problem inquires about the limits of this integrality, and its general aim is to set goals for its full benefit. To doing so, it was used the qualitative exploratory deductive approach, that includes bibliographical research, scientific articles and laws. The research came to the conclusion that the real scope of the constitutional guideline of integrality to health in view of the judicialization, is embraced by fixing the parameters observed constitutional principles as the minimum existential, reserve from the possible and legal security so that it is not provided in unlimited way to some people to the detriment of the rights of the collectivity.

Keywords: Right to Health. Integrality. Judiciary. Legal Security. Sistema Único de Saúde (SUS).

Introdução

O reconhecimento do direito à saúde no Brasil como um direito fundamental decorre de um longo período de conquistas sociais, reconhecido como direito de segunda geração ou dimensão, pautados na igualdade, justiça distributiva na qual se exige a prestação positiva do Estado, a fim de garantir direitos fundamentais humanos.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, no artigo 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado –, garantido mediante políticas sociais e econômicas, visa à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assentado na Lei nº 8.080, de 1990, denominada Lei Orgânica da Saúde (LOS), dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, e garante o acesso à saúde de forma universal, igualitária e integral. Desse modo, o problema de pesquisa se desdobrará na diretriz constitucional da integralidade do direito à saúde.

A problemática indaga: Quais são os limites da integralidade no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)? Trata-se da efetiva aplicabilidade e real alcance desse direito. E tem por objetivo apontar quais seriam esses limites à integralidade no âmbito do Sistema Único de Saúde. Ademais, contextualizar o direito à saúde no Brasil significa apontar os critérios adotados para limitação à saúde, a partir do princípio da integralidade, bem como demonstrar as consequências decorrentes da ampliação ou restrição desse direito.

A eficácia dos direitos fundamentais, principalmente no tocante aos direitos sociais, o direito à saúde, objeto deste trabalho, está em buscar sua efetividade, que perpassa, inevitavelmente, pela apreciação das fontes de financiamento que demanda despesas para sua implementação.

A metodologia empregada é a qualitativo-dedutiva exploratória consistente nas pesquisas bibliográficas utilizando livros, artigos e leis acerca dos instrumentos constitucionais que balizam a integralidade do acesso à assistência ao serviço público de saúde SUS. Uma pesquisa exploratória, para oportunizar a constatação de fenômenos acerca da integralidade.

Por fim, considerando as crescentes demandas judiciais ante o princípio da integralidade do direito à saúde, deve-se analisar se a prestação se dará de forma ilimitada, e se sua ampliação resultará na inviabilidade ou consolidação do serviço público de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

1 Direito Fundamental à saúde no Brasil: o Sistema Único de Saúde (SUS)

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas positivadas na constituição foi possível dada a trajetória histórica na luta por esses direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, e culminou para a existência do Estado Constitucional Social.

A introdução dos direitos fundamentais pelas constituições dos Estados se deu muito tempo depois de serem reconhecidos os direitos humanos e, como salientou Bobbio²⁴⁷, ocorreu por diversas lutas históricas, não todos de uma vez, nem de uma vez por todas.

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais²⁴⁸.

Segundo Lafer²⁴⁹, o reconhecimento dos direitos fundamentais são produtos do pensamento liberal do século XVIII, de cunho individualista, consagrando direitos de defesa para a não intervenção do Estado, garantindo a autonomia individual.

A noção da conquista de novos direitos nos remete a outra concepção do campo jurídico, dispostos em três grandes dimensões ou gerações. A revolução liberal francesa com o lema liberdade, igualdade e fraternidade exprime as dimensões dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão consagraram direitos relacionados às liberdades individuais, como a positivação dos direitos civis e políticos; os de segunda dimensão ou geração estão relacionados ao conceito de igualdade; e os de terceira dimensão se referem à fraternidade, são denominados direitos transindividuais²⁵⁰.

Contudo, trataremos dos direitos de segunda dimensão, concernentes ao direito à saúde. Os direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração estão intrinsecamente relacionados ao conceito de igualdade, alcançados pelos direitos sociais, econômicos, contrários à ideia de uma prestação negativa do Estado, como visto nos direitos fundamentais de primeira dimensão, nesta se exige uma prestação positiva estatal.

²⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **A teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: UNB, 1992.

²⁴⁸ BOBBIO, Norberto, **1909 – A era dos direitos**. tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 7.

²⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, p. 2, set./out./nov., 2007. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf Acesso em: 23 out. 2017.

²⁵⁰ Os direitos transindividuais, de natureza indivisível, podem ser entendidos como aqueles de que “sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (direitos difusos) ou de que “seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (direitos coletivos) (Lei 8.078/1990, art. 81, parágrafo único, I e II).

[...] assegurarem ao indivíduo direitos a prestações sociais por parte do Estado, tais como prestações de assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas²⁵¹.

Corroborando com o entendimento:

Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados²⁵².

A relevância de assegurar direitos fundamentais está impressa na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que instituiu o Estado Social, a fim de garantir o exercício de direitos sociais e individuais, a se destacar a liberdade, segurança, saúde, entre outros direitos constitucionalmente previstos.

Preleciona Flávia Piovesan²⁵³, “A carta de 1988 demarca, no âmbito jurídico, o processo de democratização do Estado Brasileiro, ao consolidar a ruptura com o regime autoritário militar, instalado em 1964”. Emerge então um processo de democratização, especialmente no que confere os direitos fundamentais, sociais e individuais.

Dessa forma, não há democracia sem condições mínimas para solução dos conflitos sociais, inerentes a direitos fundamentais que devem ser assegurados, para a efetiva proteção quanto à sua inviolabilidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988) positivou um capítulo tratando dos direitos fundamentais sociais e estabeleceu que essas normas têm aplicação imediata conforme artigo 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Conferindo aos brasileiros natos, naturalizados e aos estrangeiros residentes no País direitos e garantias fundamentais, dentre eles o direito fundamental social à saúde prescreve o artigo 6º da Constituição: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2017. p. 315

²⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 151

²⁵³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 91.

O ordenamento jurídico inovou em positivizar o direito fundamental à saúde, inerente a condição humana intimamente relacionada ao direito à vida, elevando o princípio mais caro da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988: a dignidade da pessoa humana.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define saúde como um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade. Ao contrário, a saúde é resultado de boas condições de alimentação, saneamento básico, moradia, trabalho, lazer entre outros, estes também revestidos de caráter social.

Contribuiu para esse conceito de saúde a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde (1986) e o 1º Congresso Brasileiro de Saúde Coletiva (1986) que elaboram diretrizes a respeito do direito à saúde, as quais possam ser incluídas no texto constitucional.

A Constituição de 1988 não só agasalhou a saúde como um bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi além, consagrando expressamente a saúde como direito fundamental e outorgando-lhe uma proteção jurídica diferenciada no âmbito jurídico-constitucional²⁵⁴.

Diante disso, esse direito não se materializa com a mera previsão constitucional, sendo dever de o Estado criar políticas públicas para efetivamente cumprir com seu papel, exercendo-o por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

O serviço público de Saúde é disciplinado pelas Leis Federais nºs 8.080, de 1990, e 8.142, de 1990, que deram origem ao Sistema Único de Saúde (SUS), que dispõe sobre as condições de proteção, promoção e recuperação à saúde. Com a implementação do SUS sendo fundamentalmente inspirada nos princípios e diretrizes da descentralização, atendimento integral, participação da comunidade. Como dispõe o artigo 198 da Constituição: As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – Descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – Participação da comunidade.

²⁵⁴ SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, p. 2, set./out./nov., 2007. p. 2. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf. Acesso em: 23 out. 2019.

O Sistema Único de Saúde é constituído de forma regionalizada e hierarquizada²⁵⁵, permitindo o acesso universal e igualitário, significa dizer que todos, indistintamente têm direito ao acesso ao serviço público de saúde com o mesmo tratamento, regidos pelas diretrizes constitucionais.

O Brasil, um país com desigualdades econômicas e sociais, revela a importância da descentralização das políticas públicas de saúde, o que dá autonomia política, financeira e administrativa aos seus entes federados para atuar com efetividade dos serviços de saúde aos seus usuários.

Preceitua o artigo 200 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I – Controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II – Executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV – Participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V – Incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; VI – Fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O Sistema Único de Saúde é financiado pelo orçamento da seguridade social²⁵⁶ e respectivas esferas de governo, previsto no (artigo 198, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988). Considerando que a assistência à saúde de modo universal requer um dispêndio orçamentário expressivo, denota-se que

²⁵⁵ 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. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 20 set. 1990. Rede Hierarquizada – significa que os serviços de saúde estão organizados de uma forma tal que a porta de entrada para o atendimento deverá ser o Posto ou o Centro de Saúde, e que haverá, a partir dele, uma série de serviços (Policlinicas, Hospitais, Gerais e Hospitais Especializados) de complexidade cada vez maior em termos de capacidade de resolução de problemas de saúde. Assim, o cidadão ao ser atendido num Posto ou Centro de Saúde poderá ter a garantia de percorrer um caminho seguro e orientado pelos profissionais que fizeram o primeiro atendimento, e resolver o seu problema no nível compatível.

²⁵⁶ Art. 194 da (CRFB 1988) A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Contudo, o objeto de estudo é o relativo à saúde pública.

O sistema é financiado com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A EC-29/2000, dando nova redação ao art. 198, previu que essas entidades apliquem, anualmente, em ações e serviços de saúde pública recursos do produto de suas arrecadações tributárias e de transferências em percentagens e critérios estabelecidos em lei complementar, mas o art. 77 do ADCT, acrescido pela mesma Emenda, já estabelece o percentual de 5% para a União, 12% para os Estados, e 15% para os Municípios e Distrito Federal, até a promulgação da referida lei complementar²⁵⁷.

Garantindo, assim, recursos mínimos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde.

O artigo 31 da Lei nº 9.080, de 1990, prescreve que o orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e as prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Os recursos previstos conferem mais segurança quanto ao cumprimento e financiamento do Sistema Único de Saúde, assegurando a prestação integral do serviço de forma mais concreta.

2 Judicialização da saúde: o princípio da reserva do possível vs. o mínimo existencial vedado o *non liquet*

Com o reconhecimento do direito à saúde como direito social fundamental dada sua dimensão subjetiva e prestacional, quando verificada a ocorrência da ineficácia da assistência à saúde, pode o indivíduo se arvorar dos instrumentos constitucionais para sua exigibilidade, até mesmo pela omissão Estatal. Tanto é que se nota a crescente busca da tutela jurisdicional para a satisfação do direito, cuida-se do fenômeno da judicialização, visa dar efetividade à assistência à saúde.

Com base na indiscutível dimensão subjetiva dos direitos “sociais” afirma-se a existência de direitos originários a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos²⁵⁸.

Dessa forma, o Estado social de direito exige um comportamento positivo do Estado, não obstante a ideia da reserva do possível para a implementação das políticas públicas. O

²⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 831-832.

²⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 477.

artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Desse modo, a ineficiência do direito à saúde não sua totalidade é, indubitavelmente, ameaça a direito, podendo causar danos irreparáveis à vida.

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos²⁵⁹.

Nessa hipótese, é legítima a intervenção jurisdicional com a finalidade de afastar ameaça ou lesão a direito; contudo, convém cautela ao promovê-los em detrimento da coletividade.

Não há dúvidas que a judicialização decorre do aumento da democracia e da inclusão social, representados pela positivação dos direitos sociais e pela difusão da informação e da consciência cidadã. No entanto, também é fruto das debilidades do Legislativo, ao manter a indefinição do arcabouço legal, e do Executivo, por atuar na ausência de definição de normas ou parâmetros que impeçam as instituições estatais, por serem tão precárias, de se responsabilizar pela peregrinação²⁶⁰.

Não basta a mera positivação dos direitos sociais, deve o Estado prover por meio de políticas públicas eficazes para que se veja implementado tal direito, ainda que diante das fragilidades de o Estado manter as instituições.

Vejamos ainda,

O Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade, ressaltando que deve ter uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os direitos construídos democraticamente – e postos na Constituição – têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais²⁶¹.

Se por um lado os direitos e as garantias fundamentais têm aplicação imediata conforme artigo 5º, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, de outro lado, o Estado deve viabilizar a sua efetiva aplicação.

²⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** p. 4. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

²⁶⁰ FLEURY, Sônia. Judicialização pode salvar o SUS. **Saúde em Debate.** Rio de Janeiro, v. 36, n. 93, abr./jun. 2012. p. 159. Disponível em: http://peep.ebape.fgv.br/sites/peep.ebape.fgv.br/files/A_judicializacao_pode_salvar_o_SUS_Saude_em_Debate.pdf. Acesso em: 25 out. 2019.

²⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

Não obstante, a alegação da falta de capacidade financeira do Estado em prover todos os direitos fundamentais previstos na Carta Magna, de 1988. De tal modo, que os direitos fundamentais, nesse caso, o direito à saúde, esbarram nos limites de implementação em face da capacidade financeira, assim o Estado invoca o princípio da reserva do possível.

Nesse contexto, como lembra Sarlet²⁶², a reserva do possível, caracterizada por uma tríplice dimensão, a saber: (a) a real disponibilidade fática dos recursos para efetivação dos direitos sociais; (b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos; e (c) razoabilidade e proporcionalidade da prestação.

Não pode, assim, o poder público avocar esse princípio para se eximir do cumprimento do dever constitucional de prestar o adequado serviço público de saúde, mas de fato comprovar a impossibilidade de fazê-lo.

Os impactos financeiros e orçamentários das decisões judiciais na área da saúde é tema recorrente nas discussões acadêmicas e até jornalísticas, mas existe certa tendência manifesta no sentido de que mencionar razões financeiras e orçamentárias, quando se está diante da vida, é apelar para questões menores, e que o direito à saúde é irrestrito²⁶³.

Contudo, a limitação orçamentária não deve ser óbice à prestação integral do direito à saúde, é notória sua importância e de indispensável observação, traz à tona critérios mais precisos quanto à sua limitação e exigibilidade, especialmente por se tratar de um direito subjetivo oponível de forma individual e coletiva.

Cumpra destacar que o argumento da reserva do possível se desdobra em pelo menos dois aspectos: um primeiro, de contornos eminentemente fáticos, e outro, de cunho prevalentemente jurídico. O aspecto fático apresenta caráter econômico e se reporta à noção de limitação dos recursos disponíveis, refletindo a indagação sobre a existência, disponibilização e a alocação dos recursos públicos, não apenas num sentido financeiro orçamentário, mas dos próprios recursos de saúde [...]. Já o aspecto jurídico diz respeito à capacidade (ou ao poder) de disposição sobre tais recursos e perpassa a interpretação das normas constitucionais de repartição de competências, pressupondo a ponderação entre vários princípios constitucionais de igual hierarquia axiológica²⁶⁴.

²⁶² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

²⁶³ LEITÃO, Rômulo Guilherme; COSTA, Manuela Vieira. Judicialização da saúde em Fortaleza: o caso das vagas em leitos de UTI. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 10. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 199. Disponível em: http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2018/04/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-VOL-10_EB.pdf. Acesso em: 31 maio 2020.

²⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67, 2008, p. 21 Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Acesso em: 1 jun. 2020.

Os direitos de caráter social têm notável dimensão econômica, não devem, contudo, os magistrados se aterem unicamente às disponibilidades materiais do Estado, também devem levar em consideração que o direito em comento resguarda a dignidade humana, bem como o regime democrático dá legitimidade ao judiciário para extrair do caso concreto a devida assistência à saúde dentro dos parâmetros de uma decisão razoável e proporcional.

Também cumpre ressaltar, de um lado, que se trata das políticas públicas de saúde e dos recursos financeiros destinados a essa finalidade; lado outro, a inafastabilidade do judiciário em resguardar ameaça ou lesão a direitos, em que pese ser um direito fundamental assegurado, revela ainda, não em sua totalidade, a ineficiência das políticas públicas de saúde.

Ademais, o Estado não pode se valer do princípio da reserva do possível para se eximir, ou ainda frustrar o implemento de políticas públicas com previsão constitucional atingindo, assim, os direitos mínimos dos usuários do sistema público de saúde, mas salvaguardar a intangibilidade do mínimo necessário para viabilizar seu acesso à saúde em todos os níveis de atendimento dando adequada proteção.

a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque ‘ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz’, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (*unverhältnismässigimengerenSinn*)²⁶⁵.

O excesso de judicialização pode, de forma gradativa, inviabilizar o sistema único de saúde, diante do elevado custo decorrente das demandas judiciais no orçamento público de saúde atingindo o Sistema Único de Saúde (SUS).

Ainda que necessária a observação do princípio da reserva do possível, a constituição, ao prever a saúde como um direito jus fundamental, veda o retrocesso social dos direitos já conquistados. Entende-se, quanto aos direitos a prestações, que

Radicam-se subjectivamente não podendo os poderes públicos eliminar, sem compensação ou alternativa, o *núcleo essencial* já realizado desses direitos. Neste sentido se fala também de *cláusulas de proibição de evolução reacionária ou de retrocesso social*²⁶⁶.

Com base na consagração do direito à saúde há responsabilidade da administração pública no exercício das atividades econômicas e sociais para prestá-las de forma adequada, cabendo-lhe sua responsabilização também quando omissa o poder público.

²⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 233.

²⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Co** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 479.

Diante dos entraves dessa temática, o Comitê Executivo para o monitoramento das Ações de Saúde (CEMAS-TO) foi instituído a partir da Resolução nº 107 do Conselho Nacional de Justiça, em 2010, em que elabora enunciados com intuito de proporcionar parâmetros para aplicação integral da assistência dos serviços de saúde e subsidiar os magistrados e demais aplicadores do direito nas demandas que envolvem assistência à saúde.

Nessa esteira, busca-se a aplicação de parâmetros quanto à tutela jurisdicional da saúde, ao passo que se possa, diante do crescente fenômeno da judicialização, cumprir com o dever de prestá-lo integralmente, o que nem sempre ocorre, a fim de se evitar o retrocesso social.

Para tanto, o efeito *non liquet* está diretamente relacionado à segurança jurídica, haja vista seja instrumento da garantia do mínimo existencial a ser proporcionado, como saúde, educação, lazer, trabalho para uma existência digna, enaltecendo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, cabe ao julgador sopesar não somente questões eminentemente econômicas, mas, sobretudo na análise do caso concreto, resguardar os direitos de caráter fundamental ao usuário do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como assegurar assistência isonômica em casos semelhantes, sob pena de violação do princípio da isonomia.

3 Integralidade do Direito à Saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS): a prestação “ilimitada” ante o conflito do princípio da segurança jurídica e segurança econômica

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, revela a importância das ações e serviços de saúde pública, dado seu caráter fundamental à sociedade, tanto que se propõe a prestação de assistência integral desse direito no Sistema Único de Saúde (SUS).

Ademais, atribuiu competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para a prestação desse serviço de saúde (inciso II, artigo 23, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988), com sua devida regulamentação, fiscalização e controle.

A Lei nº 8.080, de 1990, que regula o Sistema Único de Saúde (SUS), no inciso II, artigo 7º, dispõe que o acesso ao serviço público de saúde deve ser regido além das diretrizes constitucionais, pelo princípio da integralidade de assistência, entendida como conjunto

articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade.

Nessa medida, o Sistema Único de Saúde (SUS) é regido por princípios norteadores, dentre eles o da “*integralidade*”, que visa proporcionar a real prestação dos seus serviços; o da *descentralização*, que proporciona ações regionalizadas de saúde, e o da *participação da comunidade*, que permite de forma direta e indireta sua contribuição nas ações e controle das políticas públicas de saúde.

De outra banda, não se pretende abortar todas as diretrizes, mas discorrer acerca da diretriz constitucional da prestação integral ou integralidade desse sistema único de saúde e apontar suas limitações.

Ainda, Carvalho, Santos²⁶⁷ lecionam que “a assistência implica, como se enuncia, atenção individualizada, ou seja, para cada caso, segundo as suas exigências, e em todos os níveis de complexidade”.

Quer-se com isso dizer que a integralidade por si só requer assistência, seja ela individual ou coletiva, prestada desde o atendimento básico ao mais elevado grau de complexidade. Cabe, neste caso, limitar tal prestação, mesmo diante da jusfundamentalidade desse direito? Ponderações são feitas neste trabalho, ante a capacidade financeira do Estado, ou mesmo o mínimo que se deve assegurar ao usuário do Sistema Único de Saúde (SUS). A exigibilidade do direito subjetivo à saúde e a negativa Estatal em prestá-lo integralmente, nesse contrassenso pode trazer insegurança aos usuários.

Nesta esteira, a efetividade do serviço público de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) deve ser prestada de forma integral, por meio de ações e de serviços preventivos e curativos, seja individual ou coletiva. Infere-se no inciso II, artigo 7º, da Lei nº 8.080, de 1990, a previsão da oferta aos tratamentos de saúde básica até a assistência mais complexa.

Todavia a prestação material do direito à saúde, em que pese ser norma de caráter programático, demanda uma dimensão econômica relevante, torna possível a alocação de recursos à saúde, dando real aplicação, atendendo àqueles que utilizam o serviço público de saúde, e proporciona melhor qualidade de vida.

²⁶⁷ CARVALHO; Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde**. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 77.

Contudo, a prestação “ilimitada” reito deve atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tendo como paradigma o mínimo existencial aqueles usuários, e evitar o excesso em detrimento da coletividade.

A assistência integral à saúde não pode ser objeto de ingerência do usuário, devem prevalecer os procedimentos ofertados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com suas diretrizes e regras. Os procedimentos diversos dos ofertados somente serão viáveis quando comprovada ineficácia daqueles tratamentos prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Vale dizer que a busca por tratamentos de elevado custo financiados pelo Sistema Único de Saúde, em detrimento do direito de outros usuários, pode fragilizar este Sistema. Corroborar para o entendimento:

Não podemos nos esquecer que a Constituição garante acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. A universalidade do acesso mencionada no art. 196 é a garantia de que todas as pessoas – sem barreiras contributivas diretas ou outras – têm o direito de ingressar no SUS. A universalidade compreende todos quantos queiram ir para o SUS enquanto a integralidade não compreende tudo²⁶⁸.

Uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, assegura o acesso universal ao serviço público de saúde, até mesmo aos estrangeiros residentes no País, não cabe discutir quanto à universalidade, mas sim compreender, uma vez que, quando o usuário opta pela assistência do Serviço Único de Saúde submete-se aos regramentos desse sistema, a fim de evitar o seu esfacelamento.

Pois parece razoável que se exija o mínimo controle de um sistema público de saúde, a fim de evitar que a falta de gestão ao invés de prestar um serviço de saúde de qualidade acabe por ofertar um desserviço. Vejamos, o fornecimento de medicamentos que não constem na lista da Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA) tornaria a assistência eficaz ou seria um desserviço, porque pressupõe que tal medicamento não se adapta às condições sanitárias exigíveis, não podendo se atestar sua eficácia terapêutica, podendo causar risco ao usuário.

A ordem jurídica contrária, ainda, o deferimento de pedido de medicamentos, insumos para a saúde, nutricionais e outros destinados à recuperação da saúde não registrados pelo referido órgão, conforme artigo 12 da Lei nº 6.360, de 1976²⁶⁹, ou, ainda, o fornecimento de tratamentos que não possuem comprovada eficácia terapêutica. Assevera Santos que

²⁶⁸ SANTOS. Lenir. **SUS**: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. p. 4. Disponível em: <http://idisa.org.br/img/File/integralidade1.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2018.

²⁶⁹ Enunciado 5º Comitê Executivo para Monitoramento das Ações da Saúde no Estado do Tocantins (CEMAS-TO).

A recente decisão liminar do STF, na ADI 5501 (suspensão da Lei 13.29, de 2016, da fosfoetolanima), inovou algumas medidas, ao determinar que não se pode prescindir do registro sanitário de medicamento, sob pena de descumprimento do dever estatal de redução do risco de doenças (art. 196 da CF) e da obrigação de o Poder Público zelar pela segurança e qualidade dos produtos em circulação²⁷⁰.

Para o alcance da prestação integral do serviço público ao usuário em sua totalidade no atendimento básico nas atividades preventivas, ao atendimento mais complexo na sua dimensão curativa, exige-se a correta destinação do orçamento público para os serviços de saúde.

Cumprir destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, trouxe um título sobre a ordem econômica e financeira fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com a finalidade de assegurar uma existência digna conforme artigo 170 deste mesmo diploma legal.

À vista disso, o direito econômico sofre influência da intervenção econômica do Estado Social cujas políticas públicas a serem implementadas estão intrinsecamente relacionadas ao orçamento público, tanto que um não subsiste sem o outro; embora os direitos fundamentais tenham aplicação imediata, sua eficácia está condicionada às fontes de financiamento.

Como compreender um Estado Social em que não se fala em segurança jurídica revelar-se-á um Estado injusto.

Se a justiça é definida como princípio maior que já engloba elementos relacionados com a estabilidade do ordenamento jurídico, e a definição de segurança jurídica também envolve esse elemento, o conflito fica excluído, pois essa passa a fazer parte daquela²⁷¹.

O princípio da segurança jurídica tem assento constitucional no Estado Democrático de Direito, este legitimado pelo povo, protagonistas na conquista de direitos fundamentais. Esses direitos exigem estreita relação de confiança para com o Estado, que se propõe à

²⁷⁰ SANTOS, Lenir. **Judicialização da saúde**: causas, consequências e ação. Disponível em: [http://idisa.org.br/site/documento_13230_0_judicializacao-da-saude-causas, consequencias-e-acao---por-lenir-santos.html](http://idisa.org.br/site/documento_13230_0_judicializacao-da-saude-causas_consequencias-e-acao---por-lenir-santos.html). Acesso em: 6 mar. 2018.

²⁷¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 663.

realização do direito à saúde, aduz Canotilho²⁷², a relação de confiança dá dimensão de segurança de estabilidade jurídica.

O princípio da segurança jurídica revela a necessidade da aplicação de parâmetros à prestação Estatal dos serviços públicos de saúde, a fim de evitar a disparidade das decisões judiciais quando se tratar de casos semelhantes, trazendo insegurança jurídica.

Há por vezes quem entenda que a segurança jurídica somente está relacionada ao positivismo jurídico. Aduz Melo²⁷³ que “a ordem escrita se sobrepõe a todos os padrões de legitimidade e justiça: o justo e o legítimo são valores que a lei transcreve e prescreve, e aquilo que a lei não alcança não é Direito”. E ainda, Melo²⁷⁴ que “o normativismo se configura como um instrumento de conservação e reprodução da ordem jurídica instituída”. De modo que a certeza e a segurança estão, *a priori*, adstritos ao positivismo.

A Carta Magna, de 1988, prescreve no seu artigo 5º, XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. E ainda prevê a Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro (LINDB 1942), no artigo 6º, que “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito²⁷⁵, o direito adquirido²⁷⁶ e a coisa julgada²⁷⁷”.

Corroborar para o conceito de segurança jurídica J. J. Gomes Canotilho:

O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas que se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a *actos normativos* – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a *actos jurisdicionais* – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a *actos da administração* – tendencial estabilidade dos casos decididos

²⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

²⁷³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris/UNIVALI, 1998. p. 73.

²⁷⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris/UNIVALI, 1998. p. 73.

²⁷⁵ LINDB Art.6º, § 1º: Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

²⁷⁶ LINDB Art. 6º, § 2º: Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbitrio de outrem.

²⁷⁷ LINDB Art. 6º, § 3º: Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

através de actos administrativos constitutivos de direitos (cf. Ac. Tc 786/96 e 141/02)²⁷⁸.

Dessa forma, a segurança jurídica não se restringe ao mero positivismo jurídico, mas revela-se como um princípio norteador a estabelecer a justiça social, assegurando direitos para proibir normas retroativas restritivas que afetem o trânsito em julgado das decisões bem como serve para resguardar atos da administração pública que constituam direitos, com a finalidade de proteção dos bens jurídicos tutelados concretamente, por assim dizer neste caso: a assistência à saúde.

O princípio da segurança jurídica inerente ao Estado de Direito é expressão do significado de justiça; doutro modo, a justiça dissociada da segurança jurídica pode ocasionar injustiça. Aduz Ávila²⁷⁹ que “é associada aos ideais de determinação, de estabilidade e de previsibilidade do direito”. Presta-se a proteger os cidadãos em seus direitos e garantias fundamentais, ainda que exigidos judicialmente se espera que tais decisões não sejam revestidas de incertezas quanto aos critérios de julgamento.

Ao se analisar o princípio da segurança jurídica dotado de caráter *jusfundamental*, dada sua importância na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, elenca a segurança no caput do artigo 5º; podemos citar princípios como a legalidade, anterioridade e irretroatividade.

Humberto Ávila²⁸⁰ defende que o princípio da segurança jurídica, como um “princípio pressuposto”, é necessário aos estados ideais e indispensável à eficácia de outros princípios. Vê-se a segurança jurídica como instrumento para viabilizar a efetividade dos direitos sociais e econômicos, e traz confiabilidade nas mínimas garantias postas para o exercício dos direitos, neste caso, o direito à saúde.

Demonstra, assim, o alcance do direito à saúde e a certeza de um direito certo e justo de acordo com as finalidades estatais, sobretudo é mecanismo para a garantia do mínimo existencial. Assim se confirma que o princípio da segurança jurídica está no mesmo plano que os demais princípios de modo que este se presta a garantir ou no mínimo proteger os demais.

²⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 257.

²⁷⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário/Humberto Ávila. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 40

²⁸⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário/Humberto Ávila. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 665.

Considerações finais

Empreendeu-se na presente pesquisa constatar o real alcance da diretriz constitucional da integralidade à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), se há, ou não, limitação quanto à prestação dos serviços públicos de saúde.

Hipótese que se confirmou quanto à sua limitação diante de um direito social fundamental garantido na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988; contudo, essa limitação não deve ser entendida como redução do direito à saúde. Como demonstrado, é necessária a aplicação de parâmetros eficazes para prestação do direito à saúde, pois sendo dever de o Estado prestá-lo de forma universal e igualitária, o que, por si só, já se caracteriza um desafio. Ofertar a todos e de forma integral assistência pelo Sistema Único de Saúde, ainda mais quando prestado de forma ilimitada, podendo acarretar o esfacelamento desse sistema público de saúde.

O Estado se propõe ao dever de prestar o direito à saúde, não sendo a ele facultada a escolha de não prestá-lo, tanto é que a própria Constituição assegura ao cidadão instrumentos para sua exigibilidade. Contudo, por se tratar de uma prestação garantida a todos de forma igualitária, faz-se necessária a adoção de parâmetros à sua prestação com o fito de viabilizar integralmente nos moldes do Sistema Único de Saúde.

Ademais, vê-se o Sistema Único de Saúde como um modelo de assistência à saúde, atuando de forma preventiva e curativa, propondo-se a dar condições necessárias para que o indivíduo usufrua dos serviços de saúde na sua integralidade, salvaguardando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Verificou-se também que o exponencial crescimento das demandas judiciais, o fenômeno conhecido como “judicialização da saúde” é decorrência do Estado Democrático de Direito. É certo que o judiciário não pode se omitir diante de ameaça ou lesão a direito, e tem seu real protagonismo. Contudo, não cabem a este órgão regular os gastos nem definir políticas públicas de saúde, sendo estes de competência executiva e legislativa respectivamente.

Cumprе ressaltar que a necessidade de adoção de parâmetros para alcançar o que de fato é a prestação do serviço integral, é inegável, pois decisões diferentes em casos semelhantes desencadeariam insegurança jurídica, de modo a afetar o direito dos seus demandantes.

Cabe também a observância do princípio da reserva do possível, este não pode ser único argumento para eximir o Estado de prestar os serviços de saúde, vedado o retrocesso social dos direitos fundamentais conquistados em salvaguarda do mínimo existencial. O real alcance do atendimento integral no âmbito do Sistema Único de Saúde perpassa pelas fontes de financiamento desse sistema, garantindo um mínimo a ser aplicado na saúde para que sejam implementadas as ações e os serviços prestados de forma regionalizada e hierarquizada.

Desse modo, os serviços de saúde devem ser desenvolvidos no seu aspecto preventivo e curativo em todos os níveis de complexidade. Também para sua eficácia, os usuários devem submeter-se aos regramentos do Sistema Único de Saúde, e ainda é possibilitada a participação da comunidade para fiscalização e controle dos serviços de saúde.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

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: 28 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 25 out. 2019.

BOBBIO, Norberto. **A teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: UNB, 1992.

BOBBIO, Norberto, 1909 – A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO; Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde**. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1995.

FLEURY, Sônia. Judicialização pode salvar o SUS. **Saúde em Debate**. Rio de Janeiro, v. 36, n. 93, abr./jun. 2012. p. 159-162. Disponível em: http://peep.ebape.fgv.br/sites/peep.ebape.fgv.br/files/A_judicializacao_pode_salvar_o_SUS_Saude_em_Debate.pdf. Acesso em: 25 out. 2019.

LEITÃO, Rômulo Guilherme; COSTA, Manuela Vieira. Judicialização da saúde em Fortaleza: o caso das vagas em leitos de UTI. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 10. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 195-210. Disponível em: http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2018/04/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-VOL-10_EB.pdf. Acesso em: 31 maio 2020.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris/UNIVALI, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Lenir. **SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde**. Disponível em: <http://idisa.org.br/img/File/integralidade1.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2019.

SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: causas, consequências e ação. In: **Instituto de Direito Sanitário Aplicado**. 2016. Disponível em: http://idisa.org.br/site/documento_13230_0__judicializacao-da-saude:-causas,_consequencias-e-acao---por-lenir-santos.html. Acesso em: 1jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, set/out/nov, 2007. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf. Acesso em: 23 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67, 2008, p. 125-172 Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Acesso em: 1 jun. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

A ineficácia da ação afirmativa para representatividade das mulheres no contexto político partidário no Brasil

The inefficacy of affirmative action for representativeness of women in the political party context in Brazil

Juliana Custódio de Carvalho

Advogada. Graduada em Direito, pelo Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA). Pós-Graduanda Latu Sensu em Direito Público com Ênfase em Contratos e Licitações, pela Faculdade Fael. E-mail: jcustodio.adv@gmail.com.

Jullyanny Nathyara Santos de Araujo

Advogada. Graduada em Direito, pela Católica do Tocantins. Pós-Graduanda Latu Sensu em Direito Público com Ênfase em Direito Constitucional, Tributário e Administrativo, pela Faculdade ITOP. Pós-Graduanda Latu Sensu em Direito Processual, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada no Escritório Amorim e Rocha Advocacia. E-mail: jullyannynathyara@gmail.com.

Lara Livia Cardoso Costa Bringel

Graduada em Direito, pela Universidade de Marília em Marília, São Paulo. Especialista em Direito do Estado, pela Universidade Estadual de Londrina, Paraná. Mestre em Direito e Relações Internacionais, pela PUC/Goiás. Doutora em Tecnologia Nuclear, pelo IPEN/USP, São Paulo. Professora na Graduação e Pós-Graduação Lato Sensu da UNINASSAU e da UNIT em Maceió, Alagoas. E-mail: laraliviacardoso@hotmail.com.

RESUMO

O trabalho busca efetuar um estudo acerca das políticas de ação afirmativa voltadas para o gênero feminino, que objetivam sanar a desigualdade entre homens e mulheres no âmbito político partidário. A pesquisa em questão tem como problema principal a ineficácia das ações afirmativas supracitadas, que, por sua vez, não se fazem bastantes para reparar o dano causado às mulheres, no que se refere ao direito de representação política tanto direta quanto indireta no cenário político brasileiro. Para compor essa pesquisa foram utilizadas a revisão bibliográfica, a análise de institutos jurídico e também estudos estatísticos para dar sustentação às ideias aqui discorridas. Por fim, é de extrema importância frisar que o questionamento em tela se faz de grande importância pelo fato de que a problemática arrolada permeia o cerceamento de direitos e de garantias fundamentais ligado à representatividade das mulheres na política brasileira.

Palavras-chave: Ação Afirmativa. Mulheres. Política. Representatividade.

ABSTRACT

The work looks for effectivate a study about the affirmative action policies focused on the female gender, that aims heal the inequality between men and women in the political party scope. The search in question has as main problem the ineffectiveness of the affirmative actions above mentioned, that, in turn, does not makes themselves enough to repair the damage caused to the women, regarding the right of political representation both of, direct or indirect on Brazilian political scenario. To compose this research were used the literature review, analysis of legal institutes and also statistical studies to support the ideas here discoursed. Lastly, is extremely important to emphasize that the questioning in screen makes itself of big importance by the fact that the problem enrolled permeates the guarantees and rights curtailment linked to women representativeness in Brazilian politics.

Keywords: Affirmative Actions; Women; Politics; Representativeness.

Introdução

O presente trabalho visa tratar da questão referente à eficácia das ações afirmativas voltadas exclusivamente para o gênero feminino na seara político-partidária.

É cediço que ao longo dos séculos as mulheres foram submetidas a discriminações e imposições sociais, pelo simples fato de serem mulheres, por conseguinte seus direitos e interesses não eram tutelados e sua representatividade era ínfima.

Para aplacar essa relação de poder, são implementadas políticas públicas voltadas à efetivação das garantias constitucionais, à isonomia e à dignidade da pessoa humana, quais sejam, ações afirmativas.

Esta pesquisa abarca as searas Constitucional e Eleitoral, com foco nas ações afirmativas, cujo público-alvo é as mulheres. A Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995, será confrontada com os dados gerados no pleito municipal, de 2016.

O conteúdo trabalhado foi dividido em três seções, cuja explanação acerca do tema é bibliográfica, jurisprudencial e estatística: primeiro cuida-se de conceituar o que seriam as ações afirmativas e a sua constitucionalidade; a segunda explana sobre a luta da mulher pela isonomia entre os gêneros no contexto social; e a terceira explana sobre a Lei nº 9.100, de 1995, e a sua eficácia no contexto dos pleitos eleitorais, com ênfase na eleição, de 2016.

Com efeito, o estudo arrolado não tem o intuito de exaurir todas as questões sobre o a representatividade feminina, caso tentasse entraria em uma estrada com várias bifurcações sem referências de destino, considerando que o tema é complexo e com possíveis respostas distintas a serem determinadas pelo caráter da sociedade. Ademais, este trabalho objetivou realizar uma reflexão crítica quanto à aplicação das ações afirmativas exclusivas para as mulheres no cenário político do Brasil.

1 As ações afirmativas

As ações afirmativas são políticas compensatórias tomadas com o fim de aliviar os reflexos resultantes de discriminações ocorridas contra determinadas facções da sociedade, cumprindo a finalidade precípua ao projeto do Estado de Direito, qual seja, garantir a existência da pluralidade social.

A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969²⁸¹, conceitua, em seu artigo II, parágrafo 2, as ações afirmativas como sendo “medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”.

Denota-se que as medidas assecuratórias nada mais são do que maneiras de efetivar o exercício dos direitos fundamentais, sem os quais o ser humano não vive ou sobrevive²⁸².

As ações afirmativas foram criadas na Índia, país este de mais longa experiência histórica, cujas políticas desenvolvidas começaram a ser implantadas ainda sob o domínio colonial inglês e depois foram ratificadas pela Constituição, de 1947, quando o país já conquistara a sua independência. No estado indiano, as ações vieram para aplacar as

²⁸¹ BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>. Acesso em: 23 dez. 2019.

²⁸² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2014. p. 525.

discriminações aplicadas por meio dos sistemas de casta, em que as “classes inferiores”, principalmente os *Dalit*, eram preteridas em relação a outros grupos de nível superior²⁸³.

Entretanto, a forma por que os países ocidentais entendem as ações afirmativas surgiu nos Estados Unidos, na década de 60, com os movimentos pelos direitos civis, que teve com uma das principais personagens Martin Luther King.

Silva²⁸⁴ descreve as ações afirmativas aplicadas em favor dos negros americanos, que à época causaram grandes transformações na legislação norte-americana; de acordo com seu posicionamento, o objetivo delas era fazer com que “os empregadores tomassem medidas para acabar com as ações discriminatórias” de modo que desconsiderassem as características raciais no momento em que decisões profissionais fossem tomadas. A autora²⁸⁵ também aduz que “essas medidas incluíam a eliminação do quase nepotismo das redes de recrutamento, a eliminação de qualquer inclinação racial nos testes para empregos, a busca de empregados qualificados tanto em comunidades negras quanto brancas [...]”. Frisa ainda que essas políticas públicas de ação afirmativa foram implementadas no âmbito das instituições de ensino superior e também nos contratos governamentais.

A Constituição Federal de 1988, na tentativa de expressar as conquistas civis, políticas e sociais cumuladas nos séculos pós-guerras e convicta na ruptura política outorgada a ela, progride no campo social gerando a ideia de ativismo estatal, ou seja, as ações afirmativas.

As políticas afirmativas são medidas especiais que visam remediar o passado discriminatório, tendo como objetivo principal acelerar o processo de igualdade apreçoada no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal quando versa que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

²⁸³ FERES JÚNIOR, João. Comparando justificações das políticas de ação afirmativa: EUA e Brasil. *In: Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa – Gemma*. Rio de Janeiro/RJ. 2007, p. 1-21. Disponível em: http://www.achegas.net/numero/30/joao_feres_30.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

²⁸⁴ SILVA, Lúcia Helena Oliveira. Ações Afirmativas. *In: I Fórum de Ações Afirmativas na Universidade Estadual de Londrina – Perspectivas e Reflexões*. 2007. Disponível em: http://www.uel.br/prograd/maquinacoes/art_34.html. Acesso em: 10 jun. 2020.

²⁸⁵ SILVA, Lúcia Helena Oliveira. Ações Afirmativas. *In: I Fórum de Ações Afirmativas na Universidade Estadual de Londrina – Perspectivas e Reflexões*. 2007. Disponível em: http://www.uel.br/prograd/maquinacoes/art_34.html. Acesso em: 10 jun. 2020.

Nota-se que esse dispositivo visa assegurar o direito à igualdade; todavia, deve-se anotar que nasce junto com essa prerrogativa o direito à diferença e à diversidade, que se funda, basicamente, em tratar os desiguais na medida desigualdade.

Flavia Piovesan²⁸⁶ divide e conceitua a igualdade da seguinte forma

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e outros).

No que pese às prerrogativas afirmativas, estas deslumbram alcançar a igualdade material por grupos mais vulneráveis, a exemplo de minorias étnicas e raciais; as mulheres, entre outros grupos, assim estabilizam medidas sólidas que viabilizam o direito à igualdade, com o ideal de que a igualdade deve se amoldar no respeito à diversidade.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seus artigos a busca da igualdade material, que ultrapassa a igualdade formal. Acerca deste tema, destaca-se o art. 7º, inciso XX, o qual trata da proteção da mulher no mercado de trabalho. Tal dispositivo dispõe que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”.

Há também na Constituição Federal outro destaque a se mencionar, qual seja, o artigo 37, VII, que assegura a reserva de vagas para portadores de necessidades especiais nos cargos e empregos públicos, a qual, por sua vez, postula que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

²⁸⁶ PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas e direitos humanos. **Revista USP**. São Paulo, n. 69, p. 36-43, março/maio 2006. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13511/15329>. Acesso em: 10 jun. 2020.

Em certas ocasiões, somente a proibição da discriminação não se demonstra plenamente eficaz, momento em que é necessário conjurar a repressão da discriminação com políticas compensatórias que apressem o processo da isonomia.

Nesse esboço, é cogente a implementação de políticas sociais para a inserção e inclusão de grupos considerados socialmente vulneráveis em certos contextos da sociedade.

As ações afirmativas fundamentam-se em três colunas basilares, quais sejam: i) reparação, ou seja, remediar discriminações outrora sofridas; ii) justiça social, usar políticas sociais como maneira de inclusão dos grupos considerados discriminados e/ou vulneráveis; e iii) diversidade, tem o objetivo de proteger a pluralidade da sociedade.

No que se refere à justiça social, a Constituição Federal afirma em seus artigos 170 e 193, respectivamente, que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VII – redução das desigualdades regionais e sociais; (...) A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social”.

O entendimento da justiça social deve ultrapassar a redistribuição de riqueza, deve alçar a distinção, o reconhecimento e a incorporação à sociedade repleta de valores culturais, muitas vezes desconsiderados ante os julgados como dominantes.

Sobre a diversidade, a CF/88 deixa claro o objetivo de proteger a pluralidade cultural, dispõe no artigo 215, e seu parágrafo 1º, que “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. §1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.

Os artigos destinados a normatizar a cultura nacional perfilham e resguardam, expressamente, o caráter plural da sociedade brasileira, reconstruindo o ambiente ontológico da diferença.

O ministro Ayres Brito, ao enfrentar a questão da reserva de vagas para deficientes físicos²⁸⁷, consignou o seguinte

²⁸⁷ BRASI BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADF136**. p. 40. Disponível em: [http://redir http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693). Acesso em: 22 dez. 2018.

(...) nunca é demasiado lembrar que o preâmbulo da Constituição de 1988 erige a igualdade e a justiça, entre outros, ‘como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, sendo certo que reparar ou compensar os fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica é política de ação afirmativa que se inscreve, justamente, nos quadros da sociedade fraterna que a nossa Carta Republicana idealiza a partir de suas disposições preambulares.

É importante ressaltar a natureza transitória das políticas de ação afirmativa, sob pena de perder a legitimidade perante a Constituição. Na proporção em que as distorções históricas forem corrigidas e as condições dos grupos considerados vulneráveis atendam ao que contém no princípio da isonomia.

As ações afirmativas devem persistir enquanto existirem, no tempo, as razões sociais que lhes deram origem. Dessa maneira, denota-se que as ações afirmativas são políticas temporárias que visam à correção de arbitrariedades motivadas por discriminações que prejudicaram determinados grupos sociais, considerada a sua vulnerabilidade sob o grupo “dominante”.

2 Discriminação contra as mulheres ao longo da história

É perceptível que, ao longo da história da humanidade, as mulheres sempre foram posicionadas de modo inferior ao da figura masculina; ou não mesmo “posicionadas”, mas também encorajadas a assumir e desempenhar funções e papéis diminutos aos do homem.

Isso se dá por consequência de uma construção histórica acerca do papel da mulher na sociedade, que tem seus primórdios na divisão de tarefas para suprir as necessidades básicas nas comunidades primitivas pré-históricas.

Nessa época, cabiam ao homem as tarefas de caça e pesca e guarda da comunidade, e para a mulher, as funções de administração do abrigo, coleta de raízes e a guarda dos filhos e o cuidado para com os mais velhos e doentes.

Essa divisão de atribuições pautava-se puramente em critérios de força física. Ora, é de conhecimento comum que a biologia feminina e a masculina são distintas, e, em se tratando de atividades, dependem mais força física; a máquina corporal masculina é para isso mais bem projetada, não havendo ainda discriminação dos entes por meio do sexo.

Nessa baila, Zuleika Alembert²⁸⁸ ensina que, no período pré-histórico, não havia desigualdade, apenas a distribuição dos encargos, de modo a proporcionar a sobrevivência do

²⁸⁸ ALAMBERT, Zuleika. **A Mulher na História. A História da Mulher**. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira/FAP, 2004.

grupo, “não havia uma superioridade cultural entre homens e mulheres. Ninguém dispunha de propriedade privada. A família não existia, e, portanto, a desigualdade era desconhecida”.

Entretanto, com o passar dos séculos, essa distinção entre homem e mulher deixou de estar ligada ao critério de força física e passou a delinear-se puramente sobre o gênero. Assim, a condição masculina era sempre superior à feminina, cabendo a ele todos os papéis de chefia e funções consideradas mais nobres, e às mulheres competem exercer os ofícios domésticos: educação dos filhos, limpeza do lar, os cuidados da cozinha e o zelo pelo marido.

Mulheres foram, durante séculos, postas de lado, deixando o cargo de protagonista aos homens nos mais diversos campos de atuação: na arte, na política, no mundo dos negócios, na música, na ciência e até mesmo no direito.

Nesse mesmo traçado, Sérgio Gomes da Silva²⁸⁹ leciona que

A discussão acerca das desigualdades entre homens e mulheres, como sabemos, não é recente, muito pelo contrário: dos gregos antigos até bem pouco tempo atrás, acreditávamos que a mulher era um ser inferior na escala metafísica que dividia os seres humanos, e, por isso, os homens detinham o direito de exercer uma vida pública. Às mulheres, sempre foi reservado um lugar de menor destaque.

As mulheres foram reprimidas de todas as formas possíveis, e privadas de direito, como: poder frequentar escolas e academias de ensino superior, de poder exercer uma atividade laboral livremente e também o de votar e ser votada.

A violência contra a mulher faz parte da história da humanidade, e, como em todo o mundo, o Brasil foi e é um País fortemente marcado por um histórico de discriminação contra a mulher. Nesse traçado,

No tocante à segunda nuance, tem-se que a luta das mulheres por uma condição igual a dos homens existe desde muito tempo. Parece até mesmo que sempre existiu. (...) A violência de gênero parece estar entrelaçada com a própria história do ser humano, desde sua origem até a atualidade. No Brasil não foi diferente²⁹⁰.

²⁸⁹ SILVA, Sérgio Gomes da. Preconceito e discriminação: as bases da violência contra a mulher. **Psicologia: Ciência e Profissão**. v. 30, n. 3. Brasília. Set. 2010. p. 556-571. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/pcp/v30n3/v30n3a09.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

²⁹⁰ COUTINHO, Júlia Maia de Menezes; LOPES, Karin. Becker; AUBUQUERQUE, Newton de Menezes. Analfabetos e mulheres: os vulneráveis democráticos sob a égide evolutiva da CF/88 - marginalizados históricos? In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado. (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et. al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 307. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.-6.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

Para se ter uma ideia, foi apenas em 1879, quatro séculos após o descobrimento do Brasil, que o governo brasileiro permitiu que as instituições de ensino superior do País admitissem mulheres como alunas. Os autores ainda explicam que nessa época “as jovens que ingressaram nas universidades sofriam pressões e desaprovação social”²⁹¹.

Os estereótipos atrelados ao sexo feminino prejudicam as mulheres em vários campos sociais, principalmente no mercado de trabalho, os quais se iniciam nos salários inferiores até a não contratação.

Ao contrário que se possa pensar, tais situações não decorrem da qualificação profissional menor ou da ausência das habilidades funcionais, mas sim deriva, simplesmente, do gênero.

Segundo dados do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE/RAIS), de 2012, as mulheres ocupam atualmente 38% dos cargos na medicina; 43% na advocacia e na Justiça; e 60% na área da arquitetura.

Passando agora ao conceito de “discriminação contra o gênero feminino”, sabe-se que a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, inserida no ordenamento brasileiro por meio do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, conceituou em seu artigo 1º tal fenômeno, como “(...) toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos políticos, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”.

Assim, compreende-se como discriminação do gênero feminino qualquer situação, ação ou omissão, que promova discrepância ou diminuição de dignidade entre as formas de tratamento da mulher em relação ao homem em decorrência do seu gênero.

Sérgio Gomes da Silva²⁹² consigna que,

²⁹¹ FAGANELLO, Cláucia Piccoli. DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. Discriminação de gênero: Uma perspectiva histórica. In: **X Salão de Iniciação Científica PUCRS**. Rio Grande do Sul, 2009. p. 2543. Disponível em: http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/71377-CLAUCIAPICCOLIFAGANELLO.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

²⁹² SILVA, Sérgio Gomes da. Preconceito e discriminação: as bases da violência contra a mulher. **Psicologia: Ciência e Profissão**. v. 30, n. 3. Brasília. Set. 2010. p.556-571. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/pcp/v30n3/v30n3a09.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

Por muito tempo, a cristalização de muitos dos conceitos de que o direito deveria estar a serviço dos homens, denominados os mais fortes, serviram para construir falsas ideias e moldar muitos dos preconceitos contra o sexo feminino. Vale lembrar que as próprias mulheres participaram inequivocamente desses ideários construídos ao longo dos últimos três ou quatro séculos.

Infelizmente, alguns conceitos da sociedade patriarcal e algumas tendências machistas infiltradas na sociedade tende a dar espaço à ideia de que as mulheres são o sexo frágil.

No intuito de desconstruir esse conceito, surgiu o movimento feminista, que, em suma, pode ser definido como o idealismo que apregoa a isonomia entre os gêneros e o empoderamento feminino.

A história do feminismo registra momentos importantes na luta das mulheres em busca da emancipação. Organizadas, as mulheres conquistaram direitos essenciais, como o acesso à educação, à liberdade para escolher a própria profissão, ao direito de votar e de se candidatar.

Ao longo da história, o papel da mulher na sociedade modificou-se substancialmente, aumentando o protagonismo no contexto social. Todavia, no que pese ao poder político, o espaço feminino ainda é inferior ao dado aos homens.

2.1 Direito ao Sufrágio Feminino

Desde Grécia e Roma antigas, o direito ao voto era unicamente concedido aos homens que, por sua vez, detinham o status de cidadãos. Infelizmente, seguindo a mesma linha, início do século XX e boa parte do seu transcurso, foi marcado pela exclusão feminina dos pequenos círculos dos cidadãos, conseqüentemente a possibilidade de voto e candidatura.

Nessa seara, TOSI²⁹³ preceitua que nessas sociedades o voto mantém condição inerente à cidadania e nelas “apenas a alguns homens era concedida a condição de cidadão e apenas estes poderiam participar da esfera pública política”.

Até o final do século XIX, o direito ao voto e conseqüentemente o direito de ser votado e tomar posse em cargos político-representativos era exclusividade do homem livre e que possuía renda. Há pouco tempo ainda havia países que conservavam esse modo de organização política excludente, tem-se como exemplo a África do Sul que somente possibilitou às suas mulheres em 1993, e mais tardiamente há a Arábia Saudita que concedeu esse direito às suas cidadãs tão somente em 2011.

²⁹³ TOSI, Marcela. A conquista do direito ao voto feminino. In: **Politize**. Disponível em: <http://www.politize.com.br/conquista-do-direito-ao-voto-feminino/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

O primeiro Estado no mundo a permitir a atuação feminina da política foi Nova Zelândia, em 1893, logo seguida pela Austrália, que concedeu o voto em 1902, e também pela Finlândia que evoluiu nesse aspecto em 1904.

É grave mencionar o movimento das sufragistas, que, na Europa durante o século XX, disseminou os ideais feministas e lutou a fim de conquistar o voto feminino não somente para as suas integrantes, mas também para as mulheres do mundo todo.

Na Grã-Bretanha, como ensina Marcela Tosi²⁹⁴, “o movimento das mulheres conquistou o direito ao voto após a primeira Guerra Mundial. (...) Nas Américas, a Constituição dos Estados Unidos, promulgada em 1787, só em 1919 definiu o direito de voto para as mulheres, através da Emenda Dezenove”.

Sobre isso, Tosi²⁹⁵ ainda observa que as norte-americanas apenas conseguiram conquistar o direito ao voto, pois o movimento das sufragistas nos Estados Unidos da América mudou a perspectiva em relação ao voto: não mais falando sobre direitos femininos e feministas, mas sim em direitos da raça humana e democracia.

Segundo Antônio Sérgio Ribeiro²⁹⁶, na América Latina, o primeiro país a conceder a garantia em questão às suas mulheres foi o Equador, em 1929. O texto destaca, também, nas terras latinas, a movimentação das mulheres da Argentina impulsionadas por Evita Perón, que começou a campanha pelo voto feminino e obteve êxito em seus trabalhos, tendo sido aprovada pelo Congresso, em 23 de setembro de 1947, a proposta do sufrágio feminino.

As mulheres brasileiras adquiriram o direito de voto tão somente em 1932; entretanto, é mister salientar que a luta pelo direito em tela começou vinte e três anos atrás, em 1919, com a Leolinda Daltro, fundadora do Partido Republicano Feminista, que buscou o apoio do senador Justo Chermont para que ele propusesse o projeto sobre o tema.

Ocorre que a pressão negativa acerca da proposta foi demasiada, fazendo com que a discussão desta que vislumbrava conceder às mulheres o direito ao voto fosse adiada por

²⁹⁴ TOSI, Marcela. A conquista do direito ao voto feminino. **Politize**. Disponível em: <http://www.politize.com.br/conquista-do-direito-ao-voto-feminino/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

²⁹⁵ TOSI, Marcela. A conquista do direito ao voto feminino. **Politize**. Disponível em: <http://www.politize.com.br/conquista-do-direito-ao-voto-feminino/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

²⁹⁶ RIBEIRO, Antônio Sérgio. A Mulher e o Voto. Disponível em: http://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/277_arquivo.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

Nessa época, ocorreram campanhas sistemáticas contra as mulheres, estampadas nas páginas da grande imprensa e endossadas em diversos espaços da vida social. As feministas eram ridicularizadas e vistas como incapazes de ocupar postos eletivos públicos. Um movimento parecido, portanto, como que ainda se vê quando as mulheres buscam ampliar sua participação nos espaços políticos.

Deixando o Congresso Nacional de se pronunciar sobre o assunto, um dos estados brasileiros passou à sua frente na discussão sobre o voto feminino. Em 1927, o Rio Grande do Norte antecipou de forma pioneira o direito feminino ao voto. Lá foi registrada a primeira eleitora, Celina Guimarães Viana, que requereu o alistamento baseada no texto constitucional do Estado que mencionava o direito ao voto, “sem distinção de sexo”.

Em seguida, o Estado teve eleito, em 1929, a primeira prefeita da América do Sul, Alzira Soriano, na cidade de Lajes. O fato repercutiu no Poder Legislativo Federal, que chegou a discutir a validade da lei e da votação, mas não houve conservadorismo que resistisse à vontade e à grande mobilização das mulheres pela participação na vida política do País.

Em homenagem à data, a presidente Dilma Rousseff incluiu, em 2015, no calendário oficial brasileiro, o Dia da Conquista do Voto Feminino no Brasil, comemorado a cada 24 de fevereiro.

Segundo estudo do Congresso Nacional Brasileiro lançado pelo livreto intitulado “Mais Mulheres na Política”²⁹⁷,

O poder é um domínio ainda ocupado hegemonicamente por homens, campo no qual não há representatividade feminina de fato, dada a exiguidade de posições efetivamente ocupadas por mulheres. Em outras palavras, o poder sobre as decisões públicas, que deveria ser neutro em relação a gênero, é marcadamente masculino, o que resulta em pouca sensibilidade no mundo político diante de assuntos importantes para a qualidade de vida das mulheres.

A partir dessa afirmativa, compreende-se haver certa deficiência no que tange à representatividade das mulheres no poder de “tomada de decisões públicas”, por consequência, de dominância masculina na ocupação de cargos políticos no Brasil.

Nos Parlamentos, as diferenças ficam ainda mais evidentes, uma vez que as cadeiras representativas não são ocupadas de maneira igualitária por homens e mulheres, não

²⁹⁷ BRASIL. Senado Federal. Procuradoria Especial da Mulher. + **Mulheres na política**: retrato da sub-representação feminina no poder. 3 ed. Brasília: Senado Federal. 2016. 164p. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/mais-mulheres-na-politica-retrato-da-subrepresentacao-feminina-no-poder>. Acesso em: 10 jun. 2020.

representam a quantidade demográfica de mulheres no País, nem sequer demonstram presença compatível com a posição ocupada pelas mulheres na sociedade nos campos econômico e social.

O “Mais mulheres na Política” consigna que mesmo sendo a maioria do eleitorado nacional, apenas 10% das cadeiras da Câmara dos Deputados do Brasil são ocupadas por mulheres e 16% dos senadores brasileiros são do sexo feminino.

Além disso, 14 estados brasileiros, incluindo o Distrito Federal, não contam com nenhuma representante feminina no Senado e na Câmara dos Deputados, e 5 unidades federativas não contam com mulheres como suas representantes.

A necessidade de aumentar a presença feminina nos espaços de poder motivou diversas resoluções da Organização das Nações Unidas (ONU); dentre as conclusões sobre o tema, destaca-se a firmada, em 1995, em Pequim²⁹⁸ que versa o seguinte:

[...]

13. O empoderamento da mulher e sua total participação, em base de igualdade, em todos os campos sociais, incluindo a participação no processo decisório e o acesso ao poder, são fundamentais para a realização da igualdade, do desenvolvimento e da paz;

[...]

24. Tomar todas as medidas necessárias para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e meninas, e remover todos os obstáculos à igualdade de gênero e ao empoderamento e avanço da mulher.

Para atender ao acordado, o Brasil editou legislação para garantir cota de gênero nos processos eleitorais; entretanto, percebe-se que, anos depois, a representatividade feminina no campo político é muito pequena.

3 Sobre a efetividade da prestação

Com a remoção das barreiras legislativas ao voto e à candidatura, os avanços sociológicos e econômicos deveriam trazer como consequência o empoderamento e a inserção das mulheres nos postos de comando político. Todavia, a realidade é bem diferente,

²⁹⁸ DECLARAÇÃO E PLATAFORMA DE AÇÃO DA IV CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER. Pequim, 1995. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

motivando assim a interferência do legislador no sentido de criar ações afirmativas para modificar essa situação discriminatória.

Na tentativa de ampliar a representatividade feminina no contexto político partidário brasileiro, o legislador determinou por intermédio da Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995, que os partidos políticos e coligações reservassem no mínimo 20% das vagas em cada pleito para candidatas.

É questionável a efetividade desta legislação, haja vista que os índices relativos às eleições de 2016 demonstraram que a representatividade nesse contexto é ficta. Das 153.314 mulheres que concorreram ao cargo de vereadora no pleito de 2016, 14.498 candidatas não receberam nenhum voto, apesar de estarem aptas para tanto.

A candidatura de mulheres sem voto algum é notavelmente indício de fraude consistente na participação eleitoral de maneira fictícia. Sobre isso, a Procuradora Ana Paula Mantovani Siqueira, coordenadora nacional do Genafe – grupo no Ministério Público Federal responsável pela coordenação de ações eleitorais do órgão –, afirma que “Os partidos correm atrás de mulheres para atingir a cota de 30%, mas são candidaturas fictícias. As mulheres não participam de campanha, não recebem nem o voto delas mesmas. Isso é fraude eleitoral e tem que ser investigada”²⁹⁹.

Os números levantados pela Justiça Eleitoral demonstram que a inserção de candidatas fictícias foi para manter a candidatura dos homens.

Se a mulheres sem voto não houvessem registrado suas candidaturas, 6,3 mil chapas delas não teriam conseguido implementar a cota mínima exigida pela lei, isso corresponde a 114 mil candidaturas sendo que 70% são de homens³⁰⁰.

Essas candidatas sem voto asseguraram que 77 mil homens se mantivessem no pleito, considerando que a não correspondência desse requisito causaria o indeferimento de candidaturas da coligação.

Verifica-se que as cotas nas candidaturas não têm apoio advindo dos partidos políticos no que pese a recurso financeiro para a inserção de mulheres em sua lista de candidatos, muito menos suporte na divulgação das postulantes. Portanto, as cotas femininas comprovaram-se

²⁹⁹ ROSSI, Amanda. MAZOTTE, Natália. Partidos recorrem a candidatas “fantasmas” para preencher cota de 30% para mulheres. *In: GN Gênero e Número*. Disponível em: <http://www.generonumero.media/partidos-recorrem-candidatas-fantasmas-para-preencher-cota-de-30-para-mulheres/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

³⁰⁰ ROSSI, Amanda. MAZOTTE, Natália. Partidos recorrem a candidatas “fantasmas” para preencher cota de 30% para mulheres. *In: GN Gênero e Número*. Disponível em: <http://www.generonumero.media/partidos-recorrem-candidatas-fantasmas-para-preencher-cota-de-30-para-mulheres/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

insuficientes para extrapolar o embaraço encarado pelas mulheres para tomar lugares no mundo político.

Diante das evidências, é clarividente que os partidos políticos lançaram mão de candidatas fantasmas para simplesmente fantasiar a representatividade, prejudicando, dessa forma, a capacidade dos efeitos da ação afirmativa.

3.1 Projetos que Reservam Assentos nas Câmaras Legislativas

Tramita perante a Câmara dos Deputados Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que reserva pelo menos 10 % das cadeiras das Assembleias representativas para cada gênero.

A PEC sob nº134, de 2015³⁰¹, versa o seguinte:

Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 101:

Art. 101. É assegurado a cada gênero, masculino e feminino, percentual mínimo de representação nas cadeiras da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa do Distrito Federal e das Câmaras Municipais, nas 3 (três) legislaturas subsequentes à promulgação desta Emenda Constitucional, nos termos da lei, vedado patamar inferior a:

I – 10% (dez por cento) das cadeiras na primeira legislatura;

II – 12% (doze por cento) das cadeiras na segunda legislatura; e

III – 16% (dezesseis por cento) das cadeiras na terceira legislatura.

§ 1º Caso o percentual mínimo de que trata o caput não seja atingido por determinado gênero, as vagas necessárias serão preenchidas pelos candidatos desse gênero com a maior votação nominal individual dentre os partidos que atingiram o quociente eleitoral.

§ 2º A operacionalização da regra prevista no § 1º dar-se-á, a cada vaga, dentro de cada partido, com a substituição do último candidato do gênero que atingiu o percentual mínimo previsto no caput pelo candidato mais votado do gênero que não atingiu o referido percentual.

§ 3º Serão considerados suplentes os candidatos não eleitos do mesmo gênero dentro da mesma legenda, obedecida a ordem decrescente de votação nominal.

A sugestão legislativa foi proposta perante o Senado Federal e enviada, em setembro de 2015, para a Câmara dos Comuns brasileira, onde foi aprovada pela Comissão de

³⁰¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 134/2015**. Acrescenta art. 101 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reservar vagas para cada gênero na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas, na Câmara Legislativa do Distrito Federal e nas Câmaras Municipais, nas 3 (três) legislaturas subsequentes. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1724716>. Acesso em: 10 jun. 2020.

Constituição e Justiça, aguardando votação do plenário da Casa. Essa proposição segue a linha de outros países, conforme consignado por Thiago Cortez Costa e Kaizô Iwakami Beltrão³⁰²

Determinam um certo número de assentos no parlamento a serem ocupados por mulheres em uma legislatura. São especificadas pela constituição ou pela legislação

eleitoral. A reserva de assentos para mulheres pode ser através de eleição ou denominação. Em Uganda, 56 assentos são reservados para mulheres, eleitas em cada um dos distritos do país. Em Ruanda, 30 por cento dos assentos são reservados para mulheres, que são eleitas por um procedimento diferenciado. Na Tanzânia, a reserva de assentos para mulheres é de 20 por cento do total, os quais são distribuídos pelos partidos políticos proporcionalmente ao número de assentos conquistados na eleição. A reserva de assentos também pode ocorrer por nomeação, como é o caso do Quênia e de alguns países árabes.

Malgrado a proposta separe cotas para mulheres, não guarda valores suficientes para equalizar a representatividade de gênero, pois as demais vagas que não terão a mesma destinação muito provavelmente serão ocupadas predominantemente por homens.

Nesse passo, mesmo que a Emenda seja sancionada, na prática não haverá grandes mudanças no referente à representatividade feminina, haja vista que a presença das mulheres no legislativo não conceberá o numerário do eleitorado feminino.

Outra proposição de Emenda Constitucional tramita na Câmara dos Deputados sob o nº 283, de 2016³⁰³, e assegura:

Art. 2º. Os artigos 45 e 46 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes modificações:

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, assegurada obrigatoriamente a paridade na distribuição das vagas entre homens e mulheres, na forma da lei, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

§1º-A. A paridade de gênero de que trata este artigo será obrigatoriamente assegurada nas Assembleias Legislativas Estaduais e Distrital e nas Câmaras de Vereadores.

Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário, assegurada obrigatoriamente a paridade na distribuição das vagas, entre homens e mulheres, na forma da lei.

³⁰² COSTA, Thiago Cortez. BELTRÃO, Kaizô Iwakami. Cotas e Mulher na Política Avaliando o Impacto de Variáveis Institucionais e Socioeconômicas sobre a Elegibilidade Feminina. In: **XXI Encontro Nacional de Estudos Populacionais. Associação Brasileira de Estudos Populacionais – ABEP**, Poços de Caldas/MG. 2018. p. 1-50. Disponível em: <http://www.abep.org.br/~abeporgb/publicacoes/index.php/anais/article/view/3374/3233>. Acesso em: 10 jun. 2020.

³⁰³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC n.º 283/2016**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1511608&filename=PEC+283/2016. Acesso em: 10 jun. 2020.

Art. 46-A. A Lei de que tratam os artigos anteriores, deverá ser editada pelo Congresso Nacional no prazo máximo de 180 dias, contados da publicação da presente emenda constitucional.

§1º. Não sendo a lei editada no prazo estabelecido, caberá à Justiça Eleitoral implementar, nas eleições municipais e gerais, a respectiva paridade.

Essa proposta ainda está em estágio inicial, considerando que passou somente pelo crivo da Comissão de Constituição de Justiça e aguarda a primeira votação no Plenário da Câmara.

Há ainda a proposição que visa à equidade e se estenda também às Mesas Diretoras das Casas Legislativas, atualmente as Mesas Diretivas da Câmara têm somente uma representação feminina – a 2ª secretária, deputada Mariana Carvalho PSDB/RO –; já as Mesas Diretoras do Senado e do Congresso não têm nenhuma representante mulher.

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 509, de 2006, daria nova redação ao § 1º do artigo 58 da Constituição Federal que passaria a vigorar o seguinte “§ 1º – Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou blocos parlamentares que participam da respectiva Casa, bem como a representação proporcional de cada sexo dos integrantes da respectiva Casa, assegurando, ao menos, uma vaga para cada sexo”.

Logo, se a Emenda fosse aprovada, a disparidade ocorrida atualmente seria sanada e a representatividade feminina seria respeitada.

É importante consignar que todas as propostas têm um ponto de consenso, ou seja, a necessidade de assegurar a paridade na ocupação de cargos, e candidatura de maneira igualitária, com o desejo principal de desfazer a sub-representação feminina nas Casas Legislativas.

A quantidade ínfima de mulheres eleitas para os cargos de representação legislativa demonstra que os requisitos estipulados pela Lei Eleitoral são adimplidos por mera formalidade, assim não atendem aos objetivos da ação afirmativa. Essa legislação foi apenas um passo inicial, todavia indispensável a atuação das instituições públicas e sociais para a verdadeira efetividade, principalmente os partidos políticos que pouco incentivam a candidatura feminina e quando incentivam objetivam, somente, atender à lei de maneira vazia.

Dessarte, a cota de um mínimo de 30% para candidaturas de mulheres não atende mais aos desejos da maioria da população, muito menos traduz o sentimento de igualdade e de paridade manifestado nas ruas. A atual conjuntura política não expressa as características

predominantes dos eleitores, e a igualdade em condições deve de fato ser uma realidade pátria.

Considerações finais

Ao fim, é importante considerar que a construção de uma sociedade forte e sem discriminação depende do respeito à pluralidade; para tanto, as classes sociais devem ser devidamente representadas nos campos de Poder.

A discriminação contra a mulher tem percorrido os séculos, persistindo até hoje, ao passo que até meados do século XX o gênero feminino foi excluído da cidadania; logo, não era possível a representação feminina nos centros de decisões.

Malgrado contemporaneamente a mulher tenha o título de cidadã e capacidade de ser votada, o que vemos é uma sub-representatividade de uma parcela tão significativa da população mundial, o que denota a fragilidade do sistema político brasileiro.

Políticas afirmativas e regras eficientes devem garantir condições verdadeiras de sucesso para as candidaturas femininas; entretanto, para que as ações legislativas tenham eficácia verídica, e não a fantasiosa atualmente inferida, é necessário o empenho dos partidos políticos para que efetivem candidaturas femininas pela representação do gênero, não para o implemento de uma condição legal.

Conclui-se, então, que as ações afirmativas em favor da inserção das mulheres na política têm se mostrado insuficientes, pois, para efetividade real da prestação, é fundamental haver investimento e distribuição de recursos por parte dos partidos políticos, e a promoção da formação de lideranças femininas de forma justa e eficiente.

Referências

ALAMBERT, Zuleika. **A Mulher na História. A História da Mulher**. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira/FAP, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969.** Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>. Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 9.100, de 29 de setembro de 1995.** Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei9.100-1995?OpenDocument. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas Eleitorais 2016 – Candidaturas.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/candidaturas>. Acesso em: 12 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADF136.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 22 dez. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Procuradoria Especial da Mulher. + **Mulheres na política: retrato da sub-representação feminina no poder.** 3 ed. Brasília: Senado Federal. 2016. 164p. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/publicacoes/mais-mulheres-na-politica-retrato-da-subrepresentacao-feminina-no-poder>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 134/2015.** Acrescenta art. 101 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reservar vagas para cada gênero na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas, na Câmara Legislativa do Distrito Federal e nas Câmaras Municipais, nas 3 (três) legislaturas subsequentes. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1724716>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 283/2016.** "Altera os artigos 45 e 46 da Constituição Federal, para estabelecer a paridade na distribuição das vagas entre homens e mulheres nas eleições para a Câmara dos Deputados, Senado Federal, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais". Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2118618>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC n.º 590/2006.** Dá nova redação ao § 1º do art. 58 da Constituição Federal, para garantir a representação proporcional de cada sexo na composição das Mesas e Comissões do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339287>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Thiago Cortez. BELTRÃO, Kaizô Iwakami. Cotas e Mulher na Política Avaliando o Impacto de Variáveis Institucionais e Socioeconômicas sobre a Elegibilidade Feminina. In: **XXI Encontro Nacional de Estudos Populacionais. Associação Brasileira de Estudos Populacionais – ABEP,** Poços de Caldas/MG. 2018. p. 1-50. Disponível em: <http://www.abep.org.br/~abeporgb/publicacoes/index.php/anais/article/view/3374/3233>. Acesso em: 10 jun. 2020.

COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; LOPES, Karin. Becker; AUBUQUERQUE, Newton de Meneses. Analfabetos e mulheres: os vulneráveis democráticos sob a égide evolutiva da

CF/88 - marginalizados históricos? *In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado. (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et. al (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.-6.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.*

DECLARAÇÃO E PLATAFORMA DE AÇÃO DA IV CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER. Pequim, 1995. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

FAGANELLO, Cláucia Piccoli. DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. Discriminação de gênero: Uma perspectiva histórica. *In: X Salão de Iniciação Científica PUCRS*. Rio Grande do Sul, 2009. p. 2542-2549. Disponível em: http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/71377-CLAUCIAPICCOLIFAGANELLO.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

FERES JÚNIOR, João. Comparando justificações das políticas de ação afirmativa: EUA e Brasil. *In: Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa-Gemma*. Rio de Janeiro/RJ. 2007, p. 1-21. Disponível em: http://www.achegas.net/numero/30/joao_feres_30.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas e direitos humanos. *Revista USP*. São Paulo, n. 69, p. 36-43, março/maio 2006. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13511/15329>. Acesso em: 10 jun. 2020.

RIBEIRO, Antônio Sérgio. **A mulher e o voto**. 2012. Disponível em: http://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/277_arquivo.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

ROSSI, Amanda. MAZOTTE, Natália. Partidos recorrem a candidatas “fantasmas” para preencher cota de 30% para mulheres. *In: GN Gênero e Número*. Disponível em: <http://www.generonumero.media/partidos-recorrem-candidatas-fantasmas-para-preencher-cota-de-30-para-mulheres/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

SILVA, Lúcia Helena Oliveira. Ações Afirmativas. *In: I Fórum de Ações Afirmativas na Universidade Estadual de Londrina – Perspectivas e Reflexões*. 2007. Disponível em: http://www.uel.br/prograd/maquinacoes/art_34.html. Acesso em: 10 jun. 2020.

SILVA, Sérgio Gomes da. Preconceito e discriminação: as bases da violência contra a mulher. **Psicologia: Ciência e Profissão**. v. 30, n. 3. Brasília. Set. 2010. p.556-571. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/pcp/v30n3/v30n3a09.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

TOSI, Marcela. A conquista do direito ao voto feminino. *In: Politize*. Disponível em: <http://www.politize.com.br/conquista-do-direito-ao-voto-feminino/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

As excludentes de punibilidade da legislação tributária (Lei n 8.137, de 1990, Lei n° 10.684, de 2003, e Lei n° 12.382, de 2011) à luz do garantismo penal de Luigi Ferrajoli

The exceptions of punishability of the tax legislation (Law n° 8.137, of 1990, Law n° 10.684, of 2003, and Law n° 12.382, de 2011) in the light of the criminal guarantee of Luigi Ferrajoli

Dayane Nayara da Silva Alves

Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento. Especialista em Direito Fiscal, pela Puc Rio. Foi aluna regular da disciplina de Direito e Economia, pelo PPGD UFRJ, 2018. Habilitada para perícia judicial, pelo Conselho Nacional dos Peritos Judiciais – CONPEJ, 2019.

José Victor Ibiapina Cunha Moraes

Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal, pelo Centro Universitário Sete de Setembro (Uni7). Graduado em Direito, pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); pesquisador do Grupo de pesquisa STF e corrupção: Processo, Morosidade e (Im)Punidade. Coordenador da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. E-mail: victoriapiacunha@hotmail.com.

Sidney Soares Filho

Estágio Pós-Doutoral em andamento (Universidade de Czestochowa, Polônia). Professor da graduação da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Coordenador da Pós-Graduação em Direito e Processo Penal do Centro Universitário 7 de Setembro (Uni7); Analista Judiciário – Execução de Mandados (TJ/Ce). E-mail: sidney@unifor.br.

RESUMO

O presente trabalho traz um estudo das benesses trazidas pela legislação tributária, notadamente no que diz respeito às excludentes de punibilidade pelo pagamento e parcelamento dos créditos tributários à luz da teoria do garantismo penal proposto por Luigi Ferrajoli, que pregava uma proteção às garantias fundamentais do acusado, ressaltando os novos contornos dessa teoria no Brasil os quais originaram o chamado garantismo penal integral, teoria que prega, por sua vez, uma nova interpretação dos postulados garantistas sob o prisma dos demais direitos fundamentais. Para tanto, desenvolveu-se uma pesquisa de natureza qualitativa, porque houve exploração dos conceitos teóricos pertinentes ao tema, utilizando-se de uma abordagem bibliográfica e exploratória para tanto. A relevância deste trabalho revela-se nesta abordagem inovadora do garantismo em face de normas de natureza penal-tributárias.

Palavras-chave: Garantismo Penal. Garantismo Penal Integral. Luigi Ferrajoli. Crimes contra a Ordem Tributária. Sonegação Fiscal.

ABSTRACT

The work is a study of benefits brought by labor legislation, notably with regard to cases, was instituted as a criminal action for the exercise of the judge *puniendi*, in the light of the theory of criminal guaranty evaluated by Luigi Ferrajoli, an Italian jurist who preached a protection to the fundamental guarantees of the accused, without forgetting to the new contours of this theory in Brazil that originated the so-called integral integral guarantee, a theory that, in turn, preaches a new interpretation of the guaranteeing postures under the prism of other fundamental rights

Keywords: Criminal guaranty. Comprehensive criminal guaranty. Luigi Ferrajoli. Crimes against the tax order. Tax evasion.

Introdução

A legislação tributária vem trazendo ao longo da evolução legislativa algumas benesses no tocante à esfera dos crimes contra a ordem tributária e de sonegação fiscal, quando prevê excludentes de ilicitude para acusados de tais crimes que venham a efetuar o pagamento, modalidade de extinção de crédito tributário ou o parcelamento, modalidade de suspensão do crédito.

Em face disso, analisaremos esses benefícios legais à luz da teoria do garantismo penal, cujo precursor Luigi Ferrajoli, magistrado italiano, prega uma proteção das garantias e direitos dos acusados em contraponto aos abusos estatais no exercício do poder punitivo. Essa teoria ganhou contornos diferentes no Brasil ao longo do tempo, passando a pregar-se um garantismo penal integral, que postula uma interpretação nova do ideal garantista para assim proteger os demais direitos fundamentais, notadamente os da coletividade.

O presente trabalho, a partir de uma pesquisa bibliográfica a livros, jurisprudências e bases de dados de artigos e periódicos, propõe-se a desenvolver uma pesquisa que analisa os postulados da teoria garantista desenvolvida por Luigi Ferrajoli, na década de 1970, em face

do ambiente político e jurídico instaurado em países da Europa, como Espanha e, notadamente, a Itália.

Procura, também, trazer ao estudo o desenvolvimento dessa teoria no Brasil em que se deu o nome de garantismo penal integral, que busca uma compatibilização entre as garantias individuais e as garantias da coletividade.

Com isso, serão analisadas as mudanças trazidas pela legislação tributária quando versadas sobre os crimes de ordem penal tributária e os impactos no direito de punibilidade do Estado sobre o indivíduo, que será visto como sonegador e acusado em um processo tributário criminal.

1 Garantismo penal

Será desenvolvido, a seguir, um paralelo dos casos de sonegação fiscal no Brasil, bem como de suas nuances com os institutos do Processo Penal, notadamente os benefícios da legislação tributária, para extrair-se, por fim, um raciocínio quanto à constitucionalidade na perspectiva garantista de Luigi Ferrajoli.

1.1 Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli

O Garantismo Penal consiste em uma teoria criada pelo jurista e magistrado italiano chamado Luigi Ferrajoli, em meados da década de 1970, em contraponto ao ambiente político da Itália na época. Tal ambiente refere-se à situação levada por grupos políticos italianos que, com o intuito de alcançar seus objetivos, muniam-se de atitudes terroristas³⁰⁴.

Assim, com o intento de frear tais atitudes, o governo italiano começou a adotar uma série de políticas voltadas ao combate a esses grupos, que consistiam fortemente na adoção de medidas restritivas das garantias dos acusados, com o intuito de conferir mais efetividade à luta contra tais terroristas e como meio de salvaguarda dos demais interesses políticos.

Em face dessas medidas adotadas pelo governo italiano, originou-se um momento da história em que as garantias e direitos individuais eram vigorosamente ameaçados para que se pudesse efetivar a força estatal na persecução penal dos acusados. Assim, em meio a esse ambiente, um grupo de magistrados com notoriedade para Luigi Ferrajoli iniciou um movimento que consistia na criação de uma teoria que visava a uma maior proteção aos

³⁰⁴ CAROLLO, João Carlos. **Garantismo penal**: o direito de não produzir provas contra si mesmo e o princípio da proporcionalidade. Curitiba: Juruá, 2013.

direitos fundamentais dos acusados, notadamente na proteção dentro da esfera processual penal.

Essa teoria garantista pregava a formulação de axiomas, que são tidos como verdades absolutas, cujo preceito maior consistia na proteção das garantias e direitos dos acusados, sendo eles, *Nulla poena sine crimine*, *Nullum Crimen sine lege* *Nulla Lex (poenalis) sine necessitate*, *Nulla necessitas sine injuria*, *Nulla injuria sine actione*, *Nulla actio sine culpa*, *Nulla culpa sine judicio*, *Nulla judicium sine acusatione*, *Nulla accusatio sine probatione* e *Nulla probatio sine defensione*³⁰⁵.

Esses axiomas equivaliam cada um a determinado princípio, oriundos dos Estados Democráticos de Direito, sendo eles, respectivamente, conforme preceitua Douglas Fischer³⁰⁶, princípio da retributividade; princípio da legalidade; princípio da necessidade ou economia; princípio da lesividade ou da ofensividade, princípio da materialidade, princípio da culpabilidade, princípio da jurisdicionalidade, princípio acusatório, princípio do encargo da prova e princípio do contraditório.

Com a atribuição de carga axiomática aos princípios já existentes, Luigi Ferrajoli³⁰⁷ procurava fortalecer as garantias fundamentais, porque pregava uma interpretação sistemática desses princípios, na perspectiva dos acusados e investigados na seara penal e processual penal, cunhando, no bojo dos Estados Democráticos de Direito, um sistema processual que protegesse fortemente os direitos já consagrados dos acusados.

Desse modo, verifica-se que a teoria não continha no seu bojo uma inovação significativa no sentido de criação das garantias e direitos fundamentais dos indivíduos, uma vez que eles já existiam, mas o que ela pregava, com a propositura dos referidos axiomas, era conferir um caráter de verdade absoluta aos princípios já existentes e que se viam seriamente ameaçados num determinado contexto histórico.

³⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 74-75.

³⁰⁶ FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas. p. 37-38.

³⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Desse modo, os Estados Democráticos de Direito deveriam se nortear pelas máximas e, assim, congregar um sistema garantista na proteção das garantias individuais. Explica Luigi Ferrajoli³⁰⁸:

Os axiomas garantistas [...] não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa. Trata-se, em outras palavras, de implicações deonticas, normativas ou de dever ser, cuja conjunção nos diversos sistemas, que aqui se tornarão axiomatizados, dará vida a modelos deonticos, normativos ou axiológicos.

Havia, portanto, uma forte incidência da teoria garantista no mundo do dever-ser, que somente se concretizaria quando houvesse uma real aplicação dos seus axiomas. Posteriormente, essa teoria ganhou propagação entre os demais ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos de Direito, notadamente aqueles que reclamavam uma proteção mais incisiva aos direitos fundamentais, ganhando, posteriormente, contornos diversos daqueles propostos por Luigi Ferrajoli, como no Brasil, onde surgiu o que se denomina garantismo penal integral.

1.2 Garantismo penal integral

Com a difusão da teoria garantista para os demais regimes democráticos, no Brasil, a proteção dos direitos fundamentais de caráter individual ganhou feições profundas, conferindo uma proteção cuja dimensão, em determinados momentos, poderiam não atender às atuais demandas da sociedade.

Os autores que defendem a existência de um garantismo penal integral preceituam que as ideias de Luigi Ferrajoli não devem ser vistas unicamente sob a perspectiva dos acusados, afastando-se da ideia de uma proteção voltada unicamente para a proteção dos direitos fundamentais de caráter individual, mas de modo que deva haver compreensão geral dos seus postulados, com o fito de utilizar suas ideias e sua teoria, que confere o caráter de máximas para os princípios e, assim, viabilizar proteção para todas as modalidades de direitos fundamentais, principalmente os da coletividade.

Nessa vertente, para Douglas Fischer³⁰⁹ “na compreensão (integral) dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que a aplicação dos direitos fundamentais

³⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 90.

(individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança”.

Tal necessidade surge a partir dos novos contornos tomados pela criminalidade contemporânea, porque a grande problemática dos crimes em uma sociedade não consiste mais nos pequenos violadores da ordem jurídica, mas em grandes organizações criminosas que estão infiltradas na sociedade e no próprio Estado, em todos os seus setores, refletindo seu forte poder econômico-financeiro e político, sendo necessário repensar na efetividade das técnicas de tutela e garantia dos bens coletivos e metaindividuais, aumentando a segurança desses para o bem da sociedade, na busca de um garantismo integral³¹⁰.

Diante da perspectiva acima delineada, Douglas Fischer³¹¹, idealizador da teoria garantista penal integral, entende que se deve afastar do entendimento que possa fazer surgir um garantismo monocular, de maneira isolada para a proteção de um acusado no processo penal, e ao mesmo tempo um garantismo hiperbólico, o qual seria desproporcional na sua forma, ante a superproteção conferida, assumindo a feição de um garantismo negativo, estabelecendo uma imposição de abstenção por parte do Estado, para que não viole as garantias do acusado.

Assim, propõe a existência de um garantismo em uma perspectiva positiva, que busca conferir proteção à sociedade ante a concepção de que esta possui direitos fundamentais a serem protegidos e a partir de um juízo de ponderação albergado pelo princípio da proporcionalidade, latente em todo ordenamento jurídico democrático, para que se possa proteger a sociedade mesmo que diante de uma hipótese de supressão dos direitos do acusado.

Aduz ainda Douglas Fischer³¹² que, muito embora construídos por premissas diversas, o princípio da proporcionalidade, em suas duas perspectivas, quais sejam, o de não ultrapassar o excesso (*Übermassverbot*) e a da deficiência (*Untermassverbot*) de modo que a teoria do garantismo penal expressaria a mesma preocupação, porque protegeria ainda o

³⁰⁹ FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 44.

³¹⁰ CAROLLO, João Carlos. **Garantismo penal: o direito de não produzir provas contra si mesmo e o princípio da proporcionalidade**. Curitiba: Juruá, 2013.

³¹¹ FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

³¹² FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

equilíbrio na proteção de todos (individuais ou coletivos) os direitos e deveres fundamentais expressos na Constituição Federal, de 1988.

Com a necessidade de, em determinadas circunstâncias, suprimir garantias individuais em prol da proteção das garantias coletivas, ambas no cenário dos direitos fundamentais, a comunidade jurídica tem por diversas vezes conferido uma roupagem garantista integral para justificar tais atitudes. Cite-se, como exemplo, a análise da possibilidade de prisões de um investigado em que não houve contra si o imperativo de uma sentença penal condenatória transitado em julgado, o que poderia, em um primeiro plano, ferir o princípio da presunção de inocência. Acentua Rodrigo de Grandis³¹³,

[...] mesmo que timbrada com a nota da excepcionalidade, a prisão preventiva deve ser decretada quando verificada a magnitude da lesão causada, ainda que este seja o único fundamento presente na hipótese concreta. Somente com essa interpretação será possível estabelecer uma interpretação adequada e proporcional dos princípios do Estado Democrático de Direito – que protege a todos – e uma proteção efetiva dos bens jurídicos – que a todos pertencem – delineados na Constituição da República como forma de atingir a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a livre iniciativa (art. 1º da CR/1998), bem como proporcionar a construção de uma sociedade livre, justa, igualitária, calcada na garantia do desenvolvimento nacional e na promoção do bem de todos.

Sendo este o objetivo a que se propõe o presente trabalho, e que será mais bem delineado no próximo tópico, qual seja, analisar as mudanças trazidas pela Lei nº 8.137, de 1990, na perspectiva dos acusados na seara dos processos criminais de ordem tributária, como uma forma de proteção das garantias dos acusados pela visão de Luigi Ferrajoli.

1.3 Crimes Contra a Ordem Tributária e a Sonegação Fiscal

Os crimes contra a ordem tributária encontram-se amparados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990³¹⁴, que disciplina as práticas delituosas contra a ordem econômica, além de funcionar como uma complementação da norma penal em branco, ao que tangencia os delitos de estelionato, falsificação de documento público, falsificação de documento particular, falsidade ideológica e descaminho, elencados, respectivamente, nos arts. 171, 297, 298, 299 e 334 do Código Penal Brasileiro (CPB).

³¹³ GRANDIS, Rodrigo de. Prisões Processuais: uma releitura à Luz do Garantismo Penal Integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral: questões processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 447.

³¹⁴ Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

É imprescindível comentar, a Lei nº 8.137, de 1990, revogou tacitamente a Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965³¹⁵, de sonegação fiscal, porque tal retratava as mesmas condutas de falsidade material tipificadas na parte especial do Código Penal Brasileiro; porém, inexistia uma efetividade na aplicação deles. Os dispositivos do Código Penal não eram aplicados. As autoridades da Administração Tributária, por desconhecimento ou por razões políticas, não acionavam o Ministério Público³¹⁶.

Pode-se dizer que a Lei nº 8.137, de 1990, trouxe uma grande inovação e, conseqüentemente, afastou a impunidade existente outrora, dada a mudança nas penas. Enquanto a Lei nº 4.729, de 1965, trazia penas de seis meses a dois anos e a possibilidade da substituição da detenção pela pena de multa, resultando-a, tornava-a mais branda, porque cominava em um grande índice de prescrição. Com o advento da nova lei, a pena passou de dois para cinco anos, além de haver tão somente a acumulação das penas de multa e detenção, trazendo um menor índice de impunidade, um dos grandes problemas da atualidade, no que diz respeito aos crimes contra a ordem tributária, é ser considerado um dos temas de maiores controvérsias jurídicas, em função da sua complexidade, das divergências doutrinárias e a ausência de maior aprofundamento do tema nas jurisprudências dos tribunais pátrios.

Um dos motivos da larga divergência doutrinária que paira sobre o tema é a extinção de punibilidade do sonegador, em face do pagamento do tributo devido antes do recebimento da denúncia, dispositivo existente desde a Lei de Sonegação Fiscal (Lei nº 4.729, de 1965)³¹⁷ e, naquele cenário, já causava divergências, uma vez que a discussão circundava sobre a existência do dolo e da culpa em casos como os dos sonegadores que se encontravam perante dificuldades financeiras.

Ou seja, o tributo devido não era pago por falta de condições, e não por mera desídia ou má-fé. Talvez, por causa dessa controvérsia, a Lei tem sofrido constantes alterações, pois ora não admite e ora admite a extinção da punibilidade com o pagamento do tributo³¹⁸. É de grande relevância a identificação da causa da ausência do pagamento do tributo devido para

³¹⁵ BRASIL. Lei nº 4.7 **Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965**. crime de sonegação fiscal e dá outras providências.

³¹⁶ MACHADO, Hugo de Britto. **Crimes contra a ordem tributária**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

³¹⁷ Muito embora a Lei nº 4.729/65 tenha sido revogada, fora revogada pela atual lei dos crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90) sendo mais elaborada e completa, fazendo-se necessária citá-la para uma melhor contextualização do assunto.

³¹⁸ MACHADO, Hugo de Britto. **Crimes contra a ordem tributária**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

não ocorrer supressão do recolhimento tributário ao erário. É a tutela do erário, preservando-o de manobras fraudulentas ou de falsidades³¹⁹.

Sob essa égide, a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995³²⁰, em seu art. 34, deixava clara a extinção da punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 1990, e na Lei nº 4.729, de 1965, nos casos em que o agente promovesse o pagamento do tributo ou contribuição social, bem como de acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Em outra instância, com o advento da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003³²¹, em seu art. 9, § 2º, revogou a Lei nº 9.249, de 1995, permitindo a extinção da punibilidade, mesmo que o contribuinte pague o tributo ou contribuição social depois do recebimento da denúncia, independentemente da fase em que se encontre o processo, assim, não definindo quando deve ser efetivado o pagamento integral do débito fiscal.

Evidência dessa possibilidade está no entendimento dos tribunais, como no Habeas Corpus nº 362.478 SP 2016/0182386-0, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), julgado em 14 de setembro de 2017, tendo como relator o ministro Jorge Mussi. Vejamos seu entendimento e voto:

HABEAS CORPUS Nº 362.478 - SP (2016/0182386-0)

Sustenta o impetrante que o tributo objeto da ação penal em tela teria sido integralmente quitado pelo réu, o que ensejaria a extinção de sua punibilidade, nos termos do artigo 9º da Lei 10.684/2003. [...] depreende-se que o legislador ordinário não fixou um limite temporal dentro do qual o adimplemento da obrigação tributária e seus acessórios significaria a extinção da punibilidade do agente pela prática da sonegação fiscal. Trata-se, na verdade, de uma forma a mais posta à disposição do Estado para seduzir o contribuinte inadimplente a recolher aos cofres públicos o tributo que deve, satisfazendo, assim, os anseios arrecadatórios da administração pública. Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para declarar extinta a punibilidade do paciente, com fundamento no artigo 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003³²².

No entanto, as divergências se aprofundaram, quando a Lei nº 12.382, de 28 de fevereiro de 2011³²³, passou a disciplinar, também, a representação fiscal para fins penais, nos

³¹⁹ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2019. p. 96.

³²⁰ BRASIL. **Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995**. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências.

³²¹ BRASIL. **Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003**. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências.

³²² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus n. 362.478 SP 2016/0182386-0. Rel. Min. Jorge Mussi. Julg. 14/9/2017, T5, 5ª Turma. Publicação: Dj-e 20 set. 2017. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, Brasília-DF, dez. 2017.

³²³ BRASIL. **Lei nº 12.382, de 28 de fevereiro de 2011**. Dispõe sobre o valor do salário mínimo em 2011 e a sua política de valorização de longo prazo; disciplina a representação fiscal para fins penais nos casos em que

casos de parcelamento do crédito tributário, trazendo tal dispositivo consequências para aqueles contribuintes inadimplentes com o Fisco, conforme está previsto no § 4º do art. 83, que torna extinguida a punibilidade dos crimes previstos em tal caput, quando a pessoa física ou jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento “integral” dos débitos oriundos de tributos, bem como acessórios que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Como é possível observar, há de se interpretar que a punibilidade só se torna aplicável com o pagamento integral de débitos oriundos de tributos, que tenham sido objeto de parcelamento anterior e tendo sido realizado antes do recebimento da denúncia criminal³²⁴, mostrando a diversidade de situações e seus tratamentos legais, sobre a extinção de punibilidade. No primeiro caso, HC Nº 362.478 – SP, que versa sobre o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições não parcelados e, no segundo, art. 83, § 4º, da Lei nº 12.382, de 2011, se o parcelamento tiver sido feito antes do recebimento da denúncia criminal.

É entendimento da doutrina que o pagamento é uma extinção do crédito tributário, estando essa premissa prevista no art. 156, inc. I, do Código Tributário Nacional (CTN), e que Machado³²⁵ trata como “satisfação do direito creditório”. Nesse diapasão, o que é deduzível é que não está excluída do devedor a obrigação de pagar integralmente o tributo devido, independentemente de, eventualmente, sofrer penalidade, porque esta é uma infração de lei que não substitui o tributo³²⁶.

No que tange ao parcelamento, ele suspende o crédito, é uma medida de política fiscal concedida segundo o que está estabelecido nas normas legais, devendo estar consonante com o Código Tributário Nacional (CTN) e com a ordem tributária, assim entendida por Machado³²⁷:

[...] complexo de normas jurídicas limitadoras do poder de instituir e cobrar tributos, vale dizer, o complexo de normas jurídicas limitadoras do exercício do poder de tributar [...]. Assim, os crimes contra a ordem tributária são crimes praticados em detrimento da eficácia dessas normas.

houve parcelamento do crédito tributário; altera a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; e revoga a Lei nº 12.255, de 15 de junho de 2010.

³²⁴ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Sonegação fiscal e extinção da punibilidade após a condenação. *In: Empório do Direito*, out. 2017. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/sonegacao-fiscal-e-extincao-da-punibilidade-apos-a-condenacao-por-ricardo-antonio-andreucci>. Acesso em: 21 jul. 2019.

³²⁵ MACHADO, Hugo de Britto. **Crimes contra a ordem tributária**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

³²⁶ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³²⁷ MACHADO, Hugo de Britto. **Crimes contra a ordem tributária**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 23.

Assim, conforme já exposto ao longo deste artigo, a extinção da punibilidade, no âmbito dos crimes contra a ordem tributária, surge como foco de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, no que é concernente ao pagamento da dívida tributária, os efeitos penais desta.

Segundo Otávio de Toledo³²⁸, a Lei nº 10.684, de 2003, é uma retroação a favor do réu, dando cumprimento, assim, à Constituição da República, de 1988, que assim determina em seu art. 5º, inc. XL, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]: XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Refere-se, ainda, a uma ementa do Habeas Corpus nº 81.829/RJ do STF, que argumenta:

Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário³²⁹.

O que se aventa é que, no âmbito dos crimes, a extinção da punibilidade, conforme decisões aqui apresentadas, deixa dúvidas para doutrinadores e juristas quanto ao que está exposto no art. 9º da Lei nº 10.864, de 2003, porque não fala em parcelamento, mas regulamenta pagamento direto de tributo.

Assim posto, são várias as interpretações que se dá à referida Norma Legal, por constituir-se de uma redação falha que aceita pagamento de tributo sem limitação de tempo, é o que interpretam os especialistas, podendo, segundo Otávio de Toledo³³⁰, mesmo na execução das penas, obter a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária pelo pagamento do valor devido ao Fisco.

1.4 A legislação tributária à luz da teoria garantista

Conforme discorrido em item anterior, que tratou dos crimes contra a ordem tributária e de sonegação fiscal, notadamente das Leis nº 8.137, de 1990, e nº 10.684, de 2003, que trouxeram inovações significativas no meio dos crimes de natureza tributária, quando se refere à extinção da punibilidade pelo pagamento do crédito tributário antes ou mesmo depois do recebimento da denúncia ainda que já em fase de execução penal.

³²⁸ TOLEDO, Otávio de Almeida. **Crimes contra a ordem tributária**: pagamento e extinção da punibilidade do agente, uma interpretação ampla. Rio de Janeiro: JC, 2016. p. 28.

³²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 81929/RJ**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Relator p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, julgado em 16/12/2003.

³³⁰ TOLEDO, Otávio de Almeida. **Crimes contra a ordem tributária**: pagamento e extinção da punibilidade do agente, uma interpretação ampla. Rio de Janeiro: JC, 2016. p. 28.

À primeira vista ter-se-ia um caso de esvaziamento da atuação estatal quando se possibilitasse que um acusado de determinado crime tributário em vias de execução penal, quando todo o aparato estatal tivesse sido movimentado com o intenso empreendimento de esforços para cumprir a pretensão punitiva, fosse aniquilado, de modo a favorecer o infrator cuja pena ficaria extinta pela benesse legal.

Todavia, não se devem analisar essas alterações unicamente sobre a perspectiva da atuação estatal na busca pelo cumprimento da efetividade punitiva, mas deve ser vista sob o ângulo do acusado que muitas vezes sofre um encargo tributário desproporcional e abusivo sem ter o retorno que está imanente na figura do tributo, acabando por não cumprir com os encargos tributários devidos³³¹.

Em análise ao acórdão do HC do STF de nº 81.611, Eduardo Pelella³³² entendeu que a regra estabelecida no art. 34 da Lei nº 9.245, de 1995, possibilita que ocorra a extinção da punibilidade em face do adimplemento (pagamento) do valor que fora sonegado quando feito antes do recebimento da denúncia. Na hipótese de se admitir o ajuizamento da ação penal antes do referido marco temporal, ocorreria uma “violação aos direitos constitucionais do contribuinte, bem como implicaria que a ele só restaria um caminho: dobrar-se a exigência fiscal do lançamento objeto da impugnação e renuncia a esta”, quando ainda não houvesse a definitiva constituição do crédito tributário na esfera administrativa.

Tais benefícios podem demonstrar compatibilização dos interesses estatais com os do contribuinte que, em determinado momento, figurarão como acusado dentro de um processo penal tributário, uma vez que a sonegação fiscal representaria uma ilicitude menor, justificável diante do extorsivo apetite do Leviatã³³³.

Nesse diapasão, o sistema integrado e axiomático de garantias, postas à disposição do indivíduo (acusado) para proteger a sua liberdade dos arbítrios punitivos do Estado³³⁴, nesse contexto, mais precisamente do Direito Penal como meio coercitivo de cobrança

³³¹ Inobstante tratar-se, em verdade, dos chamados “crimes de colarinho branco”, devido a densidade da discussão deste tema, deverá ser aprofundada em momento oportuno.

³³² PELELLA, Eduardo. Sobre a prescrição nos crimes tributários. A actio nata e a prejudicial administrativa. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral: questões processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2015. p. 30-77.

³³³ PELELLA, Eduardo. Sobre a prescrição nos crimes tributários. A actio nata e a prejudicial administrativa. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral: questões processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2015. p. 30-77.

³³⁴ DUCLERC, Elmir. Garantismo penal integral ou defensivismo diet? In: **Instituto Baiano de Direito Processual Penal – IBADPP**. p. 1. Salvador. Disponível em: <https://docplayer.com.br/34576292-Garantismo-penal-integral-ou-defensivismo-diet.html>. Acesso em: 8 jun. 2020.

tributária, conhecido como garantismo penal, serviriam como justificativa principiológica para o tratamento conferido pela legislatura tributária aos acusados de sonegação de imposto, tendo em vista a precária atuação do Estado na perspectiva do Executivo que arrecada os tributos e não os aplica devidamente.

Havendo, portanto, uma preservação das garantias fundamentais do acusado, porque não se pode haver superproteção das garantias da coletividade, sob pena de incorrer em um garantismo monoclar, isoladamente na perspectiva da coletividade e hiperbólico, com tratamento desproporcional, às avessas. Tratar-se-ia de uma atuação positiva do Estado, na perspectiva do garantismo, para beneficiar os acusados.

Dessa forma, enxergar-se-iam somente os direitos fundamentais dos réus, hipótese essa diversa do modelo proposto por Luigi Ferrajoli, com distorção dos reais pilares fundantes de sua doutrina, muito provavelmente pela não compreensão integral dos seus postulados, dando proteção unicamente dos direitos daqueles que se veem processados ou condenados, quando a justiça deve funcionar para todos³³⁵.

Perpassa a necessidade, então, de um equilíbrio entre aspectos positivos e negativos do garantismo penal, segundo o modelo idealizado por Ferrajoli, para a estruturação de um sistema garantista no Brasil. No entanto, o que se observa é a renúncia do Estado em determinadas instâncias, o que o leva a relegar, em alguns momentos, a coletividade ao desamparo, afetando-a, no plano reverso, ao direito de proteção, sob a essência da legislação e da jurisprudência³³⁶.

Portanto, observados os postulados que definem o modelo garantista, é possível afirmar que o garantismo penal limita ao arbítrio o Estado, quando considerados os direitos e garantias fundamentais assentados na Constituição Federal, de 1988, assim como a proteção do indivíduo a excessos de poder, principalmente o que está afeto ao poder punitivo estatal. Como afirma Ferreira³³⁷, o Estado acaba direcionando proteção ou garantia a determinados grupos sociais, beneficiando, inconscientemente, alguns outros grupos sociais.

Desse modo, vale lembrar que essa proteção ao indivíduo, bem como aos seus excessos de poder, observada à luz dos crimes contra à Ordem Tributária, é dado como um

³³⁵ FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 37.

³³⁶ FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. O garantismo apenas para proteção dos poderosos. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, fev. 2010. p. 12.

³³⁷ FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. O garantismo apenas para proteção dos poderosos. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, fev. 2010. p. 12.

benefício aos mais influentes e abastados econômicos. Sendo que o garantismo não pode virar-se contra aqueles que fazem jus a ele, em detrimento da má-fé dos que se utilizam dele.

Considerações finais

O modelo de garantismo penal preconizado por Ferrajoli tem por premissa um equilíbrio alicerçado na execução do direito concreto de punir do Estado e as garantias do acusado na persecução penal, sem sobrepor o *jus puniendi*, nem mesmo transformar o acusado em um inimigo da sociedade.

Em conformidade com o garantismo penal integral, o Direito Penal é utilizado para garantir os direitos fundamentais, de forma a atender toda a sociedade, sem selecionar destinatários específicos das normas penais e o tipo de proteção a ser recebida, ou seja, é proteger os direitos da coletividade, e não apenas daqueles que enfrentam uma ação penal.

No que concerne à concretização dos direitos fundamentais quanto à aplicação de sanções tributárias, o intuito é proteger as classes menos privilegiadas contra as arbitrariedades do Estado, que faz valer a sua força, levando a repensar a aplicação do garantismo negativo adotado no Brasil.

Dessa forma, o garantismo teria como premissa garantir aos acusados de infrações penais aquelas garantias previstas na Constituição Federal, e que são cabíveis a todo ser humano, seja dentro ou fora do processo penal, já que devem ser garantidos todos os direitos aos acusados, desde que o processo penal não deixe de cumprir a sua função primordial que é punir infratores e preservar a ordem social.

Não se devem subverter os valores que fundamentam o Estado Democrático de Direito, pois todo acusado tem direitos adquiridos; portanto, independentemente do ato cometido, deve ser tratado com respeito e dignidade pelo Estado, já que deste deve vir o menor grau de intervenção possível, assegurando ao acusado os demais direitos fundamentais.

A visão mais atual do garantismo preconiza um duplo viés, que é o garantismo positivo e o negativo, sendo que o garantismo negativo, ou hiperbólico monocular, enxerga somente os direitos fundamentais do réu, contrapondo-se ao garantismo penal integral que, além de resguardar os direitos fundamentais dos réus, também os faz em relação às vítimas.

Tais preceitos, quando analisados à luz da legislação tributária aqui estudada, ensejam a percepção de que não se pode conceber a ideia de um garantismo hiperbólico e monocular às avessas, que enxergaria a preservação dos direitos e garantias em nível

extremado da sociedade, mas devendo guardar equilíbrio com a situação do acusado ora contribuinte que sofre um encargo tributário desproporcional e abusivo sem ter o retorno que está imanente na figura do tributo, acabando por não cumprir, como dito, com os encargos tributários devidos, ensejando, assim, um tratamento benéfico dos estados no tocante à extinção da punibilidade nas hipóteses aqui tratadas.

Conclui-se assim que, à luz das teorias de Ferrajoli, as benesses legais estatuídas nas Leis nº 8.137, de 1990, nº 10.684, de 2003, e nº 12.382, de 2011, buscam ofertar ao sonegador que diante sua impossibilidade econômica de pagar o tributo devido efetividade de garantias constitucionais, e não a afronta a elas.

Referências

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Sonegação fiscal e extinção da punibilidade após a condenação. In: **Empório do Direito**, out. 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/sonegacao-fiscal-e-extincao-da-punibilidade-apos-a-condenacao-por-ricardo-antonio-andreucci>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n. 12.382, de 25 de fevereiro de 2011**. Dispõe sobre o valor do salário mínimo em 2011 e a sua política de valorização de longo prazo; disciplina a representação fiscal para fins penais nos casos em que houve parcelamento do crédito tributário; altera a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; e revoga a Lei nº 12.255, de 15 de junho de 2010. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília-DF, 28 de fevereiro de 2011, Seção 1.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12382.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

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

BRASIL. **Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003**. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília-DF, 31 de maio de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.684.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995**. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília-DF, 27 de dezembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm. Acesso em: 20 ago. 2019

BRASIL. **Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília-DF, 28 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. **Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965**. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília-DF, 19 de julho de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4729.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

CAROLLO, João Carlos. **Garantismo penal**: o direito de não produzir provas contra si mesmo e o princípio da proporcionalidade. Curitiba: Juruá, 2013.

DUCLERC, Elmir. Garantismo penal integral ou defensivismo diet? *In: Instituto Baiano de Direito Processual Penal – IBADPP*. Salvador. Disponível em: <https://docplayer.com.br/34576292-Garantismo-penal-integral-ou-defensivismo-diet.html>. Acesso em: 8 jun. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. O garantismo apenas para proteção dos poderosos. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, fev. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-fev-08/desvirtuamento-garantismo-penal-protetcao-poderosos>. Acesso em: 10 jun. 2019.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? *In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.)*. **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 30-77.

GRANDIS, Rodrigo de. Prisões Processuais: uma releitura à Luz do Garantismo Penal Integral. *In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.)*. **Garantismo penal integral**: questões processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 428-449.

MACHADO, Hugo de Britto. **Crimes contra a ordem tributária**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus n. 362.478 SP 2016/0182386-0. Rel. Min. Jorge Mussi. Julg. 14/09/2017, T5, 5ª Turma. Publicação: Dj-e 20 set. 2017. **Revista Eletrônica de Jurisprudência**, Brasília-DF, dez. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pagamento-tributo-sonogado-extingue1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

PELELLA, Eduardo. Sobre a prescrição nos crimes tributários. A actio nata e a prejudicial administrativa. *In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.)*. **Garantismo penal integral**: questões processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2015. p. 30-77.

TOLEDO, Otávio de Almeida. **Crimes contra a ordem tributária**: pagamento e extinção da punibilidade do agente, uma interpretação ampla. Rio de Janeiro: JC, 2016.

**O discurso do estadista Diogo Antônio Feijó de 1830 a 1834 e sua
contribuição para o pensamento constitucional brasileiro. O
Brasil de antes é o mesmo de hoje**

The Speech of the stakeholder Diogo Antonio Feijó, of 1830 to 1834,
and its contribution to the Brazilian constitutional thought. Brazil of
before is the same of today

José Jackson Nunes Agostinho

Mestre em Direito Constitucional, pela Universidade do Fortaleza – (UNIFOR). Professor dos cursos de Graduação, Pós-Graduação e cCoordenador do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito do Centro Universitário Estácio do Ceará – (ESTÁCIO-FIC). E-mail: jacksonagostinho@uol.com.br.

Bruna Souza Paula

Professora do Centro Universitário Estácio do Ceará (ESTÁCIO-FIC). Doutoranda do curso de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, 2012, diploma revalidado em 2013. Especialista em Direito Processual pela Unisul, 2008, e em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, 2009. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza, 2007.

Eveline Correia de Castro

Graduação em direito na Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Pós-Graduação em direito processual civil e mestrado em direito constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Coordenadora geral do Curso de Direito do Centro Universitário Estácio do Ceará. Membro do Conselho - CONSEPE - do Centro Universitário Estácio do Ceará. Sócia o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM e da ABEDI - Associação Brasileira de Estudos em Direito.

RESUMO

O presente trabalho fará uma análise dos principais discursos do padre, estadista e político brasileiro, Diogo Antônio Feijó, compreendidos entre 1830 e 1834, objetivando demonstrar a importância deste estadista para a construção do pensamento constitucional brasileiro, apresentando, ainda, que o discurso permanece atual. Nesse contexto, a partir de uma metodologia bibliográfica, no qual se desenvolve uma pesquisa documental, com abordagem qualificada como pura, sendo, também, qualitativa e descritiva, pretende-se demonstrar a importância do pensamento de Antônio Diogo Feijó para a história do constitucionalismo brasileiro. Conclui-se que a obra de Feijó contribuiu sobremaneira para a formação de um pensamento constitucional brasileiro e que seu pensamento é atemporal, uma vez que se mostra atual e eficiente. Desde então, Feijó defendia o sistema constitucional, reclamando atualizações quando necessárias; lutava contra o absolutismo e o despotismo. Demonstrando-se, assim, um homem muito além do seu tempo.

Palavras-chave: Diogo Antônio Feijó. Estadista. Discursos. Pensamento Constitucional. Atualidade.

ABSTRACT

The present scientific paper will analyze the main speeches of the Brazilian priest, statesman and politician, Diogo Antônio Feijó, between the years of 1830 and 1834, aiming to demonstrate the importance of this statesman for the building of Brazilian constitutional thought, remains, still, current. In such context, based on a bibliographical methodology, in which a documentary research is developed, with an approach qualified as pure, being, also, qualitative and descriptive, it is intended to demonstrate the importance of the thought of Antônio Diogo Feijó for the history of Brazilian constitutionalism. It is concluded that the work of Feijó contributed greatly to the formation of a Brazilian constitutional thought and that its thinking is timeless, since it is current and efficient. Had already defended the constitutional system, demanding updates when necessary; He strived against absolutism and despotism. Demonstrating that he was a man far beyond his time.

Keywords: Diogo Antônio Feijó. Statesman. Speeches. Constitutional Thinking. Actuality.

Introdução

Pesquisar os discursos, situações, movimentos e pensamentos de grandes estadistas que contribuíram sobremaneira para a formação do pensamento constitucional brasileiro sempre será tema atual estreitamente ligado ao estudo do direito constitucional. É exatamente dentro desta perspectiva que a presente pesquisa analisa os discursos do padre, estadista e político brasileiro, Diogo Antônio Feijó.

Este trabalho analisa, especificamente, os principais discursos de Feijó, compreendidos entre 1830 e 1834, para assim demonstrar a importância de seu pensamento para construção do pensamento constitucional brasileiro, demonstrando, ainda, a atualidade de seus discursos.

Para que a finalidade seja almejada, inicialmente serão analisados os discursos de Diogo Antônio Feijó e serão trazidas breves considerações acerca destes. Os discursos analisados

serão: O Mandato Popular, ocorrido em 29 de maio de 1830; O relatório do Ministro da Justiça, datado de 1932; o denominado Discurso do Deputado Feijó, ocorrido em 16 de maio de 1832; e, considerações acerca do texto de Diogo Antônio Feijó, intitulado: Golpe de Vista, de 01.7.1834.

A pesquisa funda-se no mergulho dos principais discursos de um dos maiores estadista que o Brasil já teve. Diogo Antônio Feijó, ao nascer, foi abandonado por seus pais, sendo criado por uma família de barões do Café. Esta condição não o impediu de, além de padre, ser um dos maiores políticos, filósofos e estadistas de nossa história. Feijó foi professor de latim, francês, história e geografia. Este homem soube fazer-se respeitar pelo povo, adquirindo admiração e reconhecimento. Destacou-se pela coragem de defender a Pátria fervorosamente, sendo reconhecido como um chefe de ação enérgico e decidido. Feijó se destacava, ainda, por sua capacidade de prever acontecimentos históricos e políticos, sabendo enfrentar e combater as crises de forma ágil e com muita habilidade. Tornou-se respeitado pela sua coragem e não era homem de temer as consequências de seus atos. Teve um governo forte, que se destacou pela obediência à lei e à garantia dos direitos.

Por fim, demonstra-se que o discurso e o pensamento de Antônio Diogo Feijó são atuais em vários aspectos, principalmente no que diz respeito a assuntos envolvendo a justiça, o poder, as instituições brasileiras e a corrupção.

1 Diogo Antônio Feijó: breve biografia

Diogo Antônio Feijó³³⁸ foi padre e político separatista brasileiro nascido em São Paulo, Capital, em 1784, tendo sido batizado em 17 de agosto daquele ano. Uma das fortes características de Feijó foi por combinar ideias de um liberal radical com propostas e práticas políticas conservadoras. Era filho de pais desconhecidos, abandonado ao nascer foi criado por uma família de barões do café.

Conta a história que numa manhã de inverno, mais exatamente numa manhã do dia 17 de agosto de 1784, na soleira da casa do padre Fernando Lopes de Camargo, situada na Rua da Freira nº 11, na esquina do Beco da Santa Casa, em São Paulo, apareceu depositado um estranho volume. Os curiosos se achegaram, e quando o padre Fernando regressou, momentos depois, deparou-se com um grupo ruidoso ao redor de um recém-nascido, vestido com roupas

³³⁸ BRASIL, **Dicionário Bibliográfico de autores brasileiros**. Centro de Documentação do Pensamento Brasileiro (org). Brasília: Senado Federal, 1999, p. 189-190.

bastante confortáveis. Demonstrando uma estranha calma, o padre recolheu o enjeitadinho e encerrou a conversa com um parecer lacônico: “É bem-vindo à nossa morada o nosso hóspede. Quem sabe não estará aqui um vulto necessário à religião e à pátria?”³³⁹

Educado na companhia do padre José Gonçalves de Lima, aos 19 anos fixou-se em São Carlos, SP, onde ensinou latim, francês, português e geografia. Depois de estudar filosofia em São Paulo e em São Carlos, ordenou-se sacerdote católico em 1805. Viveu como padre e agricultor (1805-1818), quando se mudou para Itu e ali se ligou ao grupo de oposição ao predomínio dos Andradas na política paulista. Foi eleito deputado às Cortes Constitucionais (1821-1822), em Lisboa, tornou-se defensor de ideias separatistas, foi perseguido pela Coroa portuguesa e refugiou-se na Inglaterra. Voltou ao Brasil (1822) após a independência, opôs-se à constituição outorgada (1824) e foi eleito deputado por duas legislaturas: a de 1826-1829 e a de 1830-1833. Lutou contra o absolutismo, a escravidão e o celibato clerical. Chamou os liberais de clube de assassinos e anarquistas e também se afastou dos restauradores. Ocupou o Ministério da Justiça em 1831 e 1832; foi eleito senador pelo Rio de Janeiro, em 1833; e regente único do reino, em 1835. Autoritário na condução do Estado e sem bases de apoio próprias, foi obrigado a renunciar, em 1837. Finda a carreira política, passou Diogo Antônio de Feijó à vida privada, com modéstia e simplicidade, no bucolismo reparador de tantas agitações e de tantas injustiças amargamente sofridas. Dedicou-se a trabalhos rurais, no sítio de Campinas, onde ficou paralítico, em 1842. Transferiu-se, então, para Sorocaba, onde se envolveu em uma conspiração. Preso pelo Barão de Caxias foi removido para Santos e daí para o Espírito Santo. Submetido a processo, por crime de sedição (revolta, motim), fez a própria defesa, no recinto do Senado. Já havia assumido a responsabilidade do movimento sedicioso e resolveu o Senado que fosse considerado "cabeça de rebelião e continuado o seu processo". Seis dias depois, em São Paulo, agravaram-se os seus males. A paralisia dominou-o lentamente, e a agonia prolongou-se até 9 de novembro de 1843. Não teve direito sequer a um necrológio (elogio, oral ou escrito e publicado em periódico, a respeito de alguém falecido) da imprensa nem nenhuma outra homenagem. Escreveu um livro *Noções Gerais de Filosofia*, datado de 1912, um dos primeiros trabalhos brasileiros a fazer referência ao pensamento de Kant, só publicado postumamente.

Feijó foi um apologista convicto de suas atitudes, e o fato de ser padre jamais impediu que colocasse os interesses da Igreja em segundo plano na sua vida³⁴⁰. De outro modo, ser

³³⁹ ORICO, O. **O demônio da regência**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930. p. 23.

³⁴⁰ PIRES, H. **Temas de história eclesiástica do Brasil**. São Paulo: São Paulo Editora, 1946. p. 387.

filho bastardo de um clérigo sempre o deprimiu, e isso, segundo alguns estudiosos, teria provocado nele verdadeira aversão pelo celibato clerical, por percebê-lo como causa de sua dor. Não demorou muito e tal sentimento extravasaria com toda sua virulência³⁴¹.

2 Considerações acerca do discurso denominado mandato popular de 29.5.1830

O Padre Diogo Antônio Feijó, em 29 de maio de 1830³⁴², na qualidade de deputado, em seu segundo mandato (1830-1833) dirigiu-se ao presidente da Câmara em defesa do deputado José Clemente Pereira³⁴³ que foi eleito e estava sendo julgado por esta Casa por atos praticados quando ministro.

Iniciando o discurso, o deputado Feijó demonstra sua gratidão ao povo do Rio de Janeiro, assegura que este povo está certo de que ele poderá até errar, mas jamais trair a Pátria e que o que não quer para si não deseja a outrem. O discursante demonstra sua indignação com a injustiça que estava sendo praticada contra José Clemente Pereira.

Assegura o depoente que o deputado acusado estava sem defensor. Atesta que a Comissão de Julgamento não defende a causa de quem está sendo julgado, mas sim unicamente à causa da Câmara. Feijó defende que caso não se prove que a Lei das eleições não obriga os membros da casa especular se o acusado tem os quesitos que a Lei exige, é certo que o senhor Clemente Pereira não poderá deixar de ter assento na Câmara.

A comissão atesta que se o deputado eleito não tiver grande saber, virtude, patriotismo, dentre outros adjetivos, como recomenda a lei das eleições, este não poderá integrar a Câmara; contudo, indaga o deputado Feijó: “Se isto é objeto de verificações de poderes, se é dado à Câmara, por fora de seu seio a membros que não tenham estas qualidades, isto seria um ataque à Constituição, e como é que se pode saber se o Deputado Clemente Pereira tem decidido zelo pelas causas do Brasil?”³⁴⁴.

Feliz é a colocação do deputado Feijó ao afirmar que: “desgraçado é aquele a quem se

³⁴¹ ELLIS JÚNIOR, A. **Feijó e sua época**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1940. p. 115.

³⁴² Extraído de discurso na Câmara dos Deputados, sessão de 29 de maio de 1830. Rio de Janeiro: Typographia de Hyppolitto José Pinto & Cia, 1878, t. I. p. 269/270.

³⁴³ Deputado pela província do Rio de Janeiro, assumiu interinamente a pasta da guerra em 5 de agosto de 1829, sendo depois acusado por seus atos como ministro. José Clemente Pereira, também conhecido como José Pequeno (Ade, Castelo Mendo, 17 de fevereiro de 1787 — Rio de Janeiro, 10 de março de 1854), foi um magistrado e político luso-brasileiro. Liderou as manifestações populares do Dia do Fico. Foi deputado geral, ministro dos Estrangeiros, ministro da Justiça, ministro da Guerra, Conselheiro de Estado, ministro da Fazenda e senador do Império do Brasil de 1842 a 1854. Foi provedor da Santa Casa de Misericórdia e sua viúva foi agraciada com o título de condessa da Piedade.

³⁴⁴ FEIJÓ, Diogo Antônio. **Miscelânea sobre o Celibato**. Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional, s.d., p. 72.

escreve que é ladrão; pois, por mais que se justifique, sempre será suspeito e não se pode admitir que por simples suspeitas um deputado eleito não integre a Câmara”³⁴⁵.

Assegura que não se pode ilegitimar o ingresso do deputado à Câmara, apenas por conjecturas. Aqui, percebe-se claramente que já em 1830 o Estadista Antônio Diogo Feijó já se referia a aspectos constitucionais atuais como o direito à ampla defesa e o contraditório que naquela ocasião não existiam.

Nesse discurso, Feijó retrata que em momento algum o deputado José Clemente Pereira traiu a Pátria, este pretendia tão somente algumas mudanças na Constituição vigente, porém, jamais defendeu o absolutismo³⁴⁶, como alegava o presidente da Câmara na sessão em que discursava Feijó. José Clemente Pereira pretendia, tão somente, neutralizar o sistema vigente, e isso não se configurava, de forma alguma, traição à Pátria.

Feijó deixa claro que ali havia certa perseguição ao ex-ministro Clemente Pereira. Lembra em seu discurso os atos praticados pelo atual ministro da Justiça e afirma “se os fatos praticados pelo atual ministério o fossem pelo Sr. Clemente Pereira, julgo que ele até seria apedrejado”³⁴⁷. Afirma que atos de absolutismo estavam sendo praticados nas províncias do Ceará, Pernambuco e Alagoas e contra os seus dirigentes nada se fazia, pois todos eram protegidos, tendo em vista não votarem contra as ideias do atual ministro.

No discurso analisado, Feijó conclui reconhecendo que o senhor Clemente Pereira foi um péssimo ministro; contudo, não se pode admitir que um cidadão tenha o seu direito a um assento na Câmara dos Deputados retirado sem que existissem provas das alegações trazidas pela Câmara. Existiam meras conjecturas, suposições. Nesse sentido, Feijó pede respeito à Constituição e suplica que não se criem precedentes para ações como a que se estava a praticar. Precedentes dessa natureza seriam um atentado à Constituição, à segurança jurídica e ao direito de defesa. Feijó pede prudência aos deputados que ali se encontram e afirma em forma de indagação: Quem de vós, membros da Câmara, estaria a salvo de passar pelo mesmo crivo do que estava Clemente Pereira?

³⁴⁵ FEIJÓ, Diogo Antônio. **Miscelânea sobre o Celibato**. Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional, s.d, p. 72.

³⁴⁶ Absolutismo é uma teoria política que defende que alguém (em geral, um monarca) deve ter o poder absoluto, isto é, independente de outro órgão. É uma organização política na qual o soberano concentrava todos os poderes do estado em suas mãos. Os teóricos de relevo associados ao absolutismo incluem autores como Maquiavel, Jean Bodin, Jaime VI da Escócia e I de Inglaterra, Bossuet e Thomas Hobbes. Esta ideia tem sido algumas vezes confundida com a doutrina do "Direito Divino dos Reis", que defende que a autoridade do governante emana diretamente de Deus, e que não podem ser depostos a não ser por Deus, defendido por alguns absolutistas como Jean Bodin, Jaime I e Jacques Bossuet.

³⁴⁷ FEIJÓ, Diogo Antônio. **Miscelânea sobre o Celibato**. Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional, s.d, p. 73.

3 Considerações acerca do relatório do Ministro da Justiça, de 1832

Nesse discurso, Diogo Antônio Feijó, deputado à época, retrata o momento que vive o Império, em 1932, focando sua preocupação maior nas várias manifestações revolucionárias que estavam ocorrendo.

Inicia o discurso afirmando que este será triste, pois retratará uma realidade que não queria e roga à Providência Divina para que ajude os dirigentes da Nação naquele difícil momento. Afirma a existência de acontecimentos desastrosos que rapidamente têm-se sucedido, uns aos outros em todo o Império.

Aponta o Pará, o Maranhão, o Ceará, o Pernambuco, a Bahia, o Espírito Santo, Cuiabá e Goiás como as províncias em que mais fortemente foram as manifestações pelo movimento revolucionário.

Chama os manifestantes e os apoiadores do movimento revolucionário de exaltados, turbulentos e gananciosos. Aponta as manifestações de 14.7.31 e 7.10.31 se referindo à revolta e à rebelião em massa contra a autoridade estabelecida, fala em crime contra a segurança de um País, o que chama de sedições militares.

Sustenta que os acontecimentos incontestáveis devem convencer do grande perigo em que está José Bonifácio de Andrada e Silva³⁴⁸ que era o então tutor de D. Pedro II³⁴⁹. Questiona a confiança do tutor de D. Pedro II, quando diz que aquele ou é conivente, ou é, no mínimo, irracional, pois não percebeu o que há muito a Capital já pressentia, ou se soube, não

³⁴⁸ Bonifácio de Andrada e Silva (Santos, 13 de junho de 1763 — Niterói, 6 de abril de 1838[1]) foi um naturalista, estadista e poeta brasileiro. É conhecido pelo epíteto de "Patriarca da Independência" por ter sido uma pessoa decisiva para a Independência do Brasil. Pode-se resumir brevemente sua atuação dizendo que foi ministro do Reino e dos negócios estrangeiros de janeiro de 1822 a julho de 1823. De início, colocou-se em apoio à regência de D. Pedro de Alcântara. Proclamada a Independência, organizou a ação militar contra os focos de resistência à separação de Portugal, e comandou uma política centralizadora. Durante os debates da Assembleia Constituinte, deu-se o rompimento dele e de seus irmãos Martim Francisco Ribeiro de Andrada e Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva com o imperador. Em 16 de julho de 1823, D. Pedro I demitiu o ministério e José Bonifácio passou à oposição. Após o fechamento da Constituinte, em 11 de novembro de 1823, José Bonifácio foi banido e se exilou na França por seis anos. De volta ao Brasil, e reconciliado com o imperador, assumiu a tutoria de seu filho quando Pedro I abdicou, em 1831. Permaneceu como tutor do futuro imperador até 1833, quando foi demitido pelo governo da Regência

³⁴⁹ Pedro II (Rio de Janeiro, 2 de dezembro de 1825 – Paris, 5 de dezembro de 1891), alcunhado o Magnânimo, foi o segundo e último Imperador do Império do Brasil durante 58 anos de 1831 até sua deposição em 1889. Nascido no Rio de Janeiro, foi o filho mais novo do imperador Pedro I do Brasil e da imperatriz Dona Maria Leopoldina de Áustria e, portanto, membro do ramo brasileiro da Casa de Bragança. A abdicação do pai e sua viagem para a Europa tornaram Pedro imperador com apenas cinco anos. Passou a maior parte de sua infância e adolescência estudando em preparação para imperar. Suas experiências com intrigas palacianas e disputas políticas durante este período tiveram grande impacto na formação de seu caráter. Herdando um Império no limiar da desintegração, Pedro II consolidou a unificação do Brasil. Sob seu governo, o país também foi vitorioso em três conflitos internacionais (a Guerra do Prata, a Guerra do Uruguai e a Guerra do Paraguai) sob seu reinado, assim como prevaleceu em outras disputas internacionais e tensões domésticas.

preveni o mal³⁵⁰.

Aponta a existência de grandes partidos³⁵¹ que não cansam de tramar novas conspirações, que têm como objetivo deixar o Brasil acéfalo e sem representação.

Critica a criação da guarda nacional³⁵², com as vantagens destinadas a esta e diz que mesmo assim não tem o número de quatrocentos praças, o que demonstra a repugnância que os brasileiros têm por militares. Pede alteração das guardas nacionais.

Feijó sustenta que o Império vive estado de horror e de consternação e que ninguém, naquela ocasião, estava seguro, ou seja, alega insegurança pública e as várias mudanças por que passa a cidade do Rio de Janeiro.

Nesse discurso, Feijó critica veementemente o Poder Judiciário. Atesta que “Os magistrados, em grande parte ignorantes, frouxos e omissos deixam que os desmandos se eternizem; e um processo decretado em vista de tudo acautelar envolve nas trevas da chicana as ainda mais simples”³⁵³.

Clama a Assembleia Geral que deixe de ouvir as instâncias de supostas necessidades, que despreze as reclamações dispensáveis, pois, do contrário, continuaria, por muitos anos, o Brasil no flagelo em que se encontrava.

Relata a situação dos órfãos e das pessoas miseráveis. Afirma que a estes a lei designou magistrados privativos; contudo, encontravam-se em verdadeiro estado de abandono. Esses

³⁵⁰ FEIJÓ, Diogo Antônio. **Proclamação ao Povo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1832 I, p. 84.

³⁵¹ É de se destacar que a história partidária brasileira, como afirma Coutinho: “é definida por períodos dotados de características próprias, como: a Monarquia (1821-1889), com a preponderância de partidos nacionais, ainda que desfibrados; o Primeiro Ciclo Republicano (1889-1930), sem partidos nacionais em virtude dos desentendimentos entre o presidente e os chefes de Estado das federações; o intervalo até 1946, com poucos partidos e de limitadas durações; a Constitucionalização após a Ditadura de Getúlio Vargas (1937-1945); e o surgimento dos partidos de esfera nacional”. COUTINHO, Julia Maia de Menezes. *A Era Vargas como vanguarda do sistema partidário na democracia brasileira*. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado. (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; COUTINHO, Julia Maia de Menezes; LEITÃO, Rômulo Guilherme (org.). **Diálogo Ambiental, internacional e constitucional**. vol. 10. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 249-273.

³⁵² Em agosto de 1831, a Guarda Nacional foi criada com o propósito de defender a constituição, a integridade, a liberdade e a independência do Império Brasileiro. Além disso, pelo poder a ela concedido, seus membros deveriam firmar o compromisso de sedimentar a tranquilidade e a ordem pública. Para formar esse novo braço armado, as autoridades oficiais estipularam que todo o brasileiro, entre 21 e 60 anos de idade, que tivesse amplos direitos políticos, deveria compor os quadros dessa instituição. Ao limitá-la somente aos chamados “cidadãos ativos” (eleitores e elegíveis), o governo excluía qualquer possibilidade de participação de pessoas de origem popular. De fato, temos aí um claro indício de quais interesses a Guarda Nacional deveria verdadeiramente assegurar.

³⁵³ FEIJÓ, Diogo Antônio. **Proclamação ao Povo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1832 I, p. 86.

magistrados³⁵⁴, leigos ou negligentes, que pouco tempo demoravam nos lugares, não ofereciam garantia nenhuma aos desamparados.

Feijó, em seu discurso, aponta o sério problema dos escravos. Chama-os de desgraçados africanos e que conduzidos a nossos portos por contrabandos, não tendo parentes ou amigos interessados em sua sorte, vão se perpetuando reduzidos à escravidão, a pior forma de degradação humana.

4 Considerações do discurso do deputado Feijó, de 16.5.1832

Este discurso ocorreu em 16 de maio de 1832, e o estadista Diogo Antônio Feijó se pronunciou na condição de ministro da Justiça.³⁵⁵

Feijó inicia seu discurso afirmando à Câmara que nada que os seus integrantes iriam ouvir era novidade para eles, pois tudo que iria dizer ali já se havia tomado força o discurso nas ruas.

Apresenta-se como homem criado na roça, e que, nessa condição, só sabe falar a língua do coração; dessa forma, usará de sinceridade a ponto de poder ofender alguns. Aponta as contradições de ideologias, falas e ações dos membros da Câmara.

Feijó afirma nunca ter tido vontade de ser ministro, o é devido à instância de amigos que tem e pelos votos que recebe da capital do Império. Demonstra autonomia em seu cargo, afirmando que jamais seria ministro para fazer a vontade de poucos, pois este não é o seu perfil, é ministro para satisfazer a maioria, é assim que tem de ser.

O discursante indaga à Assembleia o porquê de ser tão odiado e, ainda, por que será que se mantém no cargo. É o próprio Feijó quem responde. Assevera que contra seus atos existe um número de 300 manifestantes a seu favor, e a favor do governo aparecem quatro, cinco e até mesmo seis mil homens. Responde em tom de crítica fazendo-se acreditar que Feijó não é um homem odiado como afirma ou pensa a Câmara.

Diante desse quadro, Feijó questiona a sua importância, coloca-se menos valorizado que os escravos, pois estes são perdoados, e Feijó não. Relata a ameaça de morte que tem sofrido. Afirma que se tem repetido que todos os erros e arbitrariedades da administração são a causa

³⁵⁴ Os juízes de primeira instância eram encarregados em quase todo o Império a leigos, que habitavam lugares onde nem haviam a quem consultar e que dirigidos pelos próprios escrivães ignorantes ou perversos eram cegos instrumentos de paixões alheias.

³⁵⁵ Eugênio Egas, Diogo Antônio Feijó. São Paulo: Typographia Levi, 1912, 2 vols. Discurso na condição de Ministro da Justiça, pronunciado na Câmara dos Deputados, na sessão de 16 de maio de 1832.

de todos os males públicos.

Feijó defende a liberdade de expressão. Fala da contribuição de periódicos de má qualidade que passaram a ultrajar a Regência e a administração. Assegura que em momento algum agrediu a liberdade de expressão. Aceita que pode a ele até mesmo ser atribuído um crime, a prática de um ato ilegal, mas jamais atacou a liberdade de escrita.

O ministro, em seu discurso, assegura que os membros da Câmara, que tanto declamam contra a administração, deveriam encarregar-se dela e salvarem o império. Pede que pelo menos indiquem à Regência candidatos que tenham a seu favor o voto popular. Questiona se a censura ao governo é por amor à causa pública ou se é por outros motivos não apontados. Como se vê, Feijó defende a democracia, a representatividade dos governantes, valorizando a eleição pelo voto popular.

O discurso apontava a necessidade de salvar o Império. Afirma que a edição de um Decreto, como mencionado por um dos membros na sessão não seria a medida plausível e eficaz para curar os males da Pátria.

Mais uma vez criticou veementemente o Poder Judiciário, por isso, foi criticado na Câmara; contudo, não se deixou abalar, reafirmou que os magistrados eram frouxos e omissos deixando com que os desmandos na Pátria se eternizem.

Feijó, encaminhando-se à conclusão desse discurso, ameaça deixar o cargo de ministro. Afirma que esclareceu todos os pontos mal interpretados de seu relatório e declara que advém de uma província na qual se cumpre o que se promete e, se não puder cumprir aquilo que prometeu a quem lhe confiou o voto, estaria firmemente resolvido a abandonar o cargo, caso lhe negassem ou demorassem em atendê-lo. E insultou: “Estimarei que indiquem à Regência homens hábeis e de pública confiança, porque ela, nada mais deseja do que satisfazer ao voto nacional”.

5 Considerações acerca do texto de Diogo Antônio Feijó, intitulado: golpe de vista, de 1º/7/1834

Inicialmente Feijó propõe confrontar o passado com o presente, pois somente assim seria possível o alcance de um juízo seguro sobre o estado em que se encontravam.

O Brasil vivia o caos. Até maio de 1826 nosso País era governado pelos capitães-

generais³⁵⁶, nas províncias; e pelos capitães-mores³⁵⁷, nas vilas. Os governantes exerciam a função de policial imposta pela legislação, juntamente com os corregedores e juizes ordinários, e, segundo o autor, neste texto, cometiam abusos de poder, prendendo arbitrariamente quem queriam; muitas vezes, os presos eram deportados para fora da província ou do termo. Essas prisões eram para a população pobre, que nada mais lhes restava senão o sofrimento. Aponta que essa prática era tolerada havia séculos.

Em 1821 proclamou-se a liberdade e a Constituição devia garanti-la, mas o chefe do governo tinha sido alimentado com o leite do despotismo³⁵⁸. O príncipe não teve habilidade em ocultar para a população os princípios que seguia (obediência cega aos súditos, representação acanhada e sempre curvada a um monarca, constituição ditada por estes monarcas, etc.) e decepcionou o povo, acabando por deixar de ser ídolo para este.

O príncipe acordou, por momentos. Abandonou seus antigos conselheiros que se tornaram, a partir daí, seus inimigos ferrenhos. Estes se rebelaram, mas temiam o monarca que se tornou forte e, portanto, voltaram a proclamar a necessidade de instituições democráticas, ameaçando o chefe de governo se este ousasse a confrontá-los.

O Monarca³⁵⁹ já havia se familiarizado com as ideias favorecedoras do despotismo e

³⁵⁶ Capitão-general é um título de alto comando militar, naval ou governamental, utilizado em diversos países.

³⁵⁷ Era a designação para cada um dos oficiais militares, responsáveis pelo comando das tropas de Ordenança em cada cidade, vila ou concelho de Portugal, entre os séculos XVI e XIX. A designação foi também aplicada a outras funções militares e administrativas na Marinha e no Ultramar Português. Foi uma designação de uso corrente no Brasil na época colonial.

³⁵⁸ Despotismo é uma forma de governo na qual uma única entidade governa com poder absoluto. O poder se estabelece sempre a uma entidade individual, sem se deixar confundir com uma autocracia onde o poder pode estar concentrado em um líder, um comitê, um partido, uma assembleia, etc. Ou como uma oligarquia em que o poder político está concentrado num pequeno número pertencente a uma mesma família, um mesmo partido político ou grupo econômico ou corporação visando os interesses próprios. O despotismo constitui uma das formas mais autoritárias de se governar um Estado ou uma nação.

³⁵⁹ “A monarquia brasileira, desvinculada da monarquia portuguesa, foi criada junto com o país em 1822, em uma estratégia da elite agrária brasileira para manter a mesma condição política e estrutura social – sua privilegiada condição na sociedade – e econômica do período colonial: latifúndio, escravidão, agro exportação. Essa monarquia brasileira só passou a ser severamente questionada após a Guerra do Paraguai, em 1870, e após uma série de novidades surgidas no decorrer do século XIX no Brasil. O Brasil já era monarquista mesmo antes de ser um país, pois desde o seu descobrimento, passando pelos três séculos do período colonial, o Brasil conviveu com o sistema monarquista. O sistema republicano era praticamente desconhecido no Brasil até o século XIX, apenas uma pequena elite que havia estudado na Europa sabia o que era uma república. Os povos que formaram a nossa nação, todos eles, conviviam com a ideia de rei ou formas similares de representação do poder. Não eram somente os portugueses que viviam no regime monarquista, os negros capturados na África para serem escravizados no Brasil também possuíam reis no seu continente de origem. E até os índios, muito antes da chegada dos europeus, possuíam um sistema semelhante à monarquia, com o centrado em um chefe e a transmissão hereditária do poder. A monarquia se manteve no Brasil, se incluímos o período colonial, por quase quatro séculos. Porém, foi extinta em apenas três dias, entre os dias 15 e 17 de novembro de 1889, derrubada por um golpe militar e sem nenhuma resistência armada. Os militares tomaram o palácio imperial no dia 15, oficializaram a proclamação da república no dia seguinte e expulsaram a família real para o exílio na França no dia 17. Em três dias, portanto, a monarquia foi derrubada no Brasil.

tinha dificuldade para acostumar-se com a nova linguagem. Com isso, dissolveu a Assembleia Constituinte, deportou deputados que achavam ser suspeitos ou temíveis. Tomou uma atitude militar e ameaçadora: ofereceu uma constituição mais liberal. Os protestos foram enormes. Pernambuco proclamou sua Federação ao Equador; o sul do Brasil adotou a Constituição oferecida e bem pouca esperança restava de ver reunida a Assembleia. Em 1926, instalou-se a Assembleia Legislativa do Império do Brasil.

O imperador não duvidava ser constitucional desde que respeitassem os seus atos, que eram praticados por seu ministério, os quais nem sempre estavam de acordo com a Constituição. Criou-se uma Aristocracia³⁶⁰. Faltavam-lhes dinheiro, grandes ações, vasto saber e prestígio. Apressaram a queda do monarca, porque todos foram criados contra a Constituição.

Observa-se neste texto grande contribuição do autor para o pensamento Constitucional brasileiro e, sobremaneira, a atualidade dos assuntos tratados por Feijó, à medida que argumentou sobre o princípio da liberdade, o valor da soberania, defendeu uma assembleia livre, apontou a corrupção que assolava o Brasil, afirmou que nosso País buscava imitar a França, apontou o clamor social que se vivenciava, clamou por reformas à constituição, teceu críticas ao código penal, ao poder judiciário e à liberdade de expressão, sem esquecer a desconsideração por parte dos governantes da força do povo.

6 A contribuição de Antônio Diogo Feijó para o pensamento constitucional brasileiro e a atualidade de seu discurso

Do material pesquisado, denota-se, de logo, uma preocupação constante do autor com vários aspectos, comportamentos e situações que mais tarde tornaram-se preceitos constitucionais. A primeira identificação recai sobre o princípio da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório, hoje albergados no art. 5º, LVII, do texto constitucional vigente, como se pode observar:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (EC nº 45/2004)

³⁶⁰ “Aristocracia é uma forma de organização social e política em que o governo é monopolizado por uma classe privilegiada. Organização sociopolítica baseada em privilégios de uma classe social formada por nobres que detém, geralmente por herança, o monopólio do poder. Grupo ou classe dos que, por berço ou por concessão, detém esses privilégios; nobreza, classe nobre, fidalguia”.

LVII - ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Logo no primeiro discurso pesquisado, aquele intitulado mandato popular, Feijó defende veementemente o deputado José Clemente Pereira, exatamente com a tese de que ninguém pode ser condenado somente com conjecturas, ou seja, sem provas concretas.

Desgraçado do homem de quem se escreve que é um ladrão; por mais que se justifique, sempre fica suspeito, e querer-se que por simples suspeito não entre aqui qualquer pessoa eleita é querer que a lei seja contra nós. Quais as queixas que aparecem nesta casa contra estes homens? Logo, pode-se mui bem dizer que são rumores vagos, e o governo não seria obrigado a arrancar fora da presidência semelhantes homens só porque se diz serem maus homens³⁶¹.

No mesmo texto, identifica-se Feijó alegando que o deputado acusado estava sem defensor. Nessa esteira, identifica-se a contribuição do autor para a formação do constitucionalismo brasileiro, no tange ao direito de os acusados estarem assistidos por defensores. A saber, a Constituição Federal, de 1988, assim determina:

Art. 5º [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal³⁶².

A liberdade de expressão é outro postulado defendido por Feijó. Em vários de seus discursos, o autor defende a liberdade de escrita e de manifestação. Especialmente no discurso datado de 16 de maio de 1832, o autor diz:

Senhores, quem leu a Matraca, o Filho da Terra, o Exaltado e outros não pode deixar de lamentar os abusos e a licença de tais escritores. Mas quem dirá que o governo, querendo que a capital do Império tivesse um júri em tudo igual aos demais municípios da província, atacasse a liberdade da imprensa? Diga-se embora que o

³⁶¹ FEIJÓ, Diogo Antônio, **Discurso na Câmara dos Deputados**. Sessão de 29 de maio de 1830. Rio de Janeiro: Typographia de Hipólito José Pinto & Cia. 1878, t. I. p. 72-73.

³⁶² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

ministro cometeu um crime, praticou um ato ilegal, mas nunca que atacou a liberdade de escrever³⁶³.

Ainda em 1832, na qualidade de ministro da Pasta da Justiça, Feijó retrata a importância do direito à liberdade, albergada em 1826 quando instalou-se a Assembleia Legislativa do Império do Brasil. Feijó atesta que a utilização desse direito era exercido aqui e acolá, pois tratava-se de mandamento recente e a lisonja ainda pairava sobre o Império.

Desde então os brasileiros divisaram um crepúsculo de liberdade. Alguns poucos deputados mais corajosos, a medo foram deixando escapar na tribuna expressões que bem incomodavam ao governo acostumado a ouvir somente a linguagem doce, mas suja, da lisonja. Um ou outro escritor animado com este exemplo começou a emitir suas opiniões sobre os negócios da pátria, sendo, porém, imediatamente alvo do ódio e da desconfiança do monarca e seu governo³⁶⁴.

A falta de segurança pública também é retratada por Feijó³⁶⁵ de forma contundente: “todo o império sabe em que estado de horror e de consternação achava-se a capital; ninguém nela estava seguro; roubos e assassinatos cometiam-se de dia, nas ruas, à face das autoridades; e este mal trazendo sua origem de tantos anos de descuido não dava esperança de pronto remédio”. Como se vê o Brasil de ontem é o mesmo Brasil de hoje.

Feijó, no relatório do ministro da Justiça, datado de 1832, não poupou críticas severas, mais uma vez, ao Poder Judiciário, demonstrando total inconformação com a classe, veja-se:

A administração da justiça civil é desgraçada: um grito uníssono se ouve de todos os lados do Império. Os magistrados, em grande parte ignorantes, frouxos e omissos deixam que os desmandos se eternizem; e um processo decretado em vista de tudo acautelar envolve nas trevas da chicana as causas ainda as mais simples. Os juízos de primeira instância são encarregados em quase todo o império a leigos, que habitam lugares onde nem há a quem consultar, e que dirigidos pelos próprios escrivães ignorantes ou perversos são cegos instrumentos de paixões alheias³⁶⁶.

O autor retrata manifestações populares que alegam ser contra a sua pessoa, e Feijó as rebate fortemente. Afirma ter sido eleito democraticamente para o cargo que ocupa e não estaria ali para atender à vontade de poucos poderosos, e que estes não iriam manchar a sua reputação e o seu trabalho. Reafirma não ser ministro para atender à vontade de poucos, exerce o cargo para atender a vontade da maioria³⁶⁷. Feijó era acusado de práticas não

³⁶³ FEIJÓ, Diogo Antônio. **Proclamação ao Povo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1832 I, p. 96.

³⁶⁴ FEIJÓ, Diogo Antônio. **Proclamação ao Povo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1832 I, p. 106.

³⁶⁵ FEIJÓ, Diogo Antônio. **Proclamação ao Povo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1832 I, p. 86.

³⁶⁶ FEIJÓ, Diogo Antônio. **Proclamação ao Povo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1832 I, p. 86-87.

³⁶⁷ FEIJÓ, Diogo Antônio. **Proclamação ao Povo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1832 I, p. 94.

existentes. Chegou a temer pela própria vida. Afirma o forte tráfico de influência no Império. Questiona a honradez e a seriedade dos membros da Câmara. Como se vê, nosso País é conduzido pelo embalar de um pêndulo, a história foi e volta, vai e se repete.

Nesse diapasão percebe-se que o então ministro da Justiça estava sendo julgado por atos não cometidos e sem provas. Feijó atacava deliberadamente a Câmara, o Poder Judiciário, o tráfico de influências. Defendia, por sua vez, um processo democrático, a liberdade de expressão e de escrita e clamava àqueles que se colocavam contra a sua administração e contra o Império que se encarregassem de salvá-lo. Feijó demonstrava conhecer a capacidade de seus inimigos ao declarar:

Disse o senhor deputado que, já em outro tempo, eu insultara a Assembleia e que no relatório ainda continuava, quando de certo modo punha em dúvida que ela quisesse pôr termo à moralidade pública. Sr. Presidente, quando há má vontade, esmerilham-se palavras, cavam-se intenções e em tudo se acha crime³⁶⁸.

A atualidade do discurso de Feijó é inquestionável. A análise dos discursos, como antes dito, faz perceber que nosso País revive suas histórias, seus acontecimentos, suas fragilidades e seus erros; vive-se como um pêndulo a bailar na esfera do tempo, são idas e vindas, encontros e desencontros, um vai e volta sem preocupação, muitas vezes com seu povo e as suas amarguras.

Por fim, e não menos atual, Feijó³⁶⁹ complementa:

Querer a perfeição é não querer nada; nem o Brasil abunda de gênios, nem mesmo de grandes homens. A educação que tivemos, o estrago que o dilatado despotismo fez sobre os espíritos e sobre as consciências, não permite que tão cedo possam se desenvolver os naturais talentos de nossos patrícios em matérias políticas e administrativas. A liberdade e o tempo nos trarão este benefício de que já gozam as nações mais adiantadas no sistema representativo. Contentemos por ora com o menos mal; se queremos alguma coisa; trabalharemos sim por melhorarmos de posição; cada um concorra com o seu contingente e brevemente, e sem pensar, nos elevaremos ao grau de prosperidade que apeteçemos. Nada de dar ouvidos a certa gente, que tudo censura e nada faz; para quem todos são ignorantes e perversos, que entretanto, colocados no mando, são homens tão pequeninos, como qualquer de nós e até suas intenções deixam de parecer as mesmas que inculcavam, quando de fora, e a ninguém perdoavam. Cumpre que tais censores provem primeiro por fatos sua missão para seus bons desejos merecerem o nosso crédito e a nossa confiança.

Feijó foi um estadista para além de seu tempo. Seu pensamento se posterga para a história do Brasil e contribuiu de forma significativa para a formação do pensamento constitucional brasileiro. Feijó defendeu a Constituição, reclamando atualizações quando

³⁶⁸ FEIJÓ, Diogo Antônio. **Proclamação ao Povo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1832 I, p. 99.

³⁶⁹ FEIJÓ, Diogo Antônio. **Proclamação ao Povo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1832 I, p. 99.

necessárias; lutou contra o absolutismo e o despotismo; demonstrava preocupação com a insegurança pública; criticava severamente o Poder Judiciário por suas regalias e falta de independência; era contra a escravatura; rebatia qualquer ato ou prática que entendia como injustas; lutava pela garantia das liberdades; defendia a liberdade de expressão e a democracia; apontava a corrupção como o grande mal do Império; criticava a falta de experiência do Poder Legislativo; teceu críticas ao Código Penal, demonstrando, assim, ser um homem muito além do seu tempo.

Considerações finais

Extraí-se dos textos analisados que Antônio Diogo Feijó foi um grande estadista, pessoa ativamente envolvida em conduzir os negócios do governo e moldar a sua política; era contrário à tirania e ao despotismo. Da leitura de seus manifestos, revelam-se o espírito de homem pacificador, que buscava apaziguar os espíritos mais exaltados, procurando implantar a ordem como objetivo maior ao progresso do Brasil, buscava reprimir os crimes praticados contra escravos.

Não se vislumbra no perfil de Feijó a ambição. Só se mantinha em um cargo se detivesse apoio do governo e do povo. Seu intuito maior era prestar serviços à Pátria e ser amparado pela opinião popular. Percebe-se, sobremaneira, o valor de Feijó, quando este foi ministro da Justiça.

É indiscutível a importância de Antônio Diogo Feijó para o Direito e para o Estado brasileiro; identifica-se nos textos analisados que havia sim um forte pensamento constitucional brasileiro em sua obra.

Da obra de Feijó, identificam-se preocupações que se coadunam totalmente com a realidade. Feijó, em seus textos, já defendia a impossibilidade de alguém ser condenado sem provas; defendia o sistema constitucional, reclamando atualizações quando necessárias; lutava contra o absolutismo e o despotismo; demonstrava preocupação com a insegurança pública; criticava severamente o Poder Judiciário por suas regalias e falta de independência; era contra a escravatura; rebatia qualquer ato ou prática que entendia como injustas; lutava pela garantia das liberdades; condenava a censura; defendia a liberdade de expressão e a democracia; apontava a corrupção como o grande mal do Império; criticava a falta de experiência do Poder Legislativo; teceu críticas ao Código Penal, demonstrando, assim, ser um homem além do seu

tempo.

A par desses históricos documentos nos faz reclamar a aparição de um novo Feijó ante a história recente de nosso País. A história se repete.

Referências

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB, 1989.

BRASIL. **Dicionário Bibliográfico de autores brasileiros**. Centro de Documentação do Pensamento Brasileiro (Org). Brasília: Senado Federal, 1999, p. 189-190.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

CAMARGO, P. G. **Oração fúnebre por ocasião das exéquias feitas de corpo presente ao Ex.mo e Rev.mo Sr. Diogo Antônio Feijó, grã cruz da imperial ordem do cruzeiro e senador do Império, na igreja do convento de Nossa Senhora do Monte do Carmo da imperial cidade de São Paulo, aos 15 de novembro de 1843**. São Paulo: Tipografia do Governo arrendada por Silva Cabral, 1843.

COUTINHO, Julia Maia de Menezes. A Era Vargas como vanguarda do sistema partidário na democracia brasileira. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado. (coord.); CAÚLA, Bleine Queioz; COUTINHO, Julia Maia de Menezes; LEITÃO, Rômulo Guilherme (org.). **Diálogo Ambiental, internacional e constitucional**. v. 10. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 249-273.

EGAS, Eugênio, **Diogo Antônio Feijó**. São Paulo: Typographia Levi, 2 vols, 1912.

EGAS, Eugênio, **Diogo Antônio Feijó – Relatório do Ministro da Justiça (1832)**. São Paulo: Typographia Levi, 2 vols, 1912.

ELLIS JÚNIOR, A. **Feijó e sua época**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1940.

FEIJÓ, Diogo Antônio. **Miscelânea sobre o Celibato**. Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional, s.d.

FEIJÓ, Diogo Antônio, **Demonstração da Necessidade da Abolição do Celibato Clerical pela Assembléia Geral do Brasil e da sua verdadeira e legítima competência nesta matéria**. Rio de Janeiro: Tipografia Imperial Nacional, 1828. 70p.

FEIJÓ, Diogo Antônio, **Discurso na Câmara dos Deputados**. Sessão de 29 de maio de 1830. Rio de Janeiro: Typographia de Hipólito José Pinto & Cia. 1878, t. I. p. 269-70.

FEIJÓ, Diogo Antônio, **A Capital Tomada. Atas da Câmara dos Deputados**. Sessão de 16 de julho de 1831. Rio de Janeiro: Typographia de Hipólito José Pinto & Cia. 1878, t. I. p. 242.

FEIJÓ, E FEIJÓ, Antônio. **Proclamação ao Povo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1832 I.

FEIJÓ, I FEIJÓ, Antônio. **Condições impostas para o aceite no Ministério da Justiça**. Extraído de Novelli Jr., Feijó, um paulista velho. Rio de Janeiro: Edições GRD, 1963.

ORICO, O. **O demônio da regência**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930.

PIRES, H. **Temas de história eclesiástica do Brasil**. São Paulo: São Paulo Editora, 1946.

SOUSA, O. T. **Diogo Antônio Feijó**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1988.

SOUSA, Octávio Tarquínio de. **História dos Fundadores do Império do Brasil** (v. VII: Diogo Antônio Feijó). Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1957.

TALASSI, L. **A doutrina do Padre Feijó e suas relações com a Sé Apostólica**. Roma: Pontificia Universidade Gregoriana, 1949.

A mediação e a conciliação judiciais como instrumentos eficazes de solução de conflitos familiares e sua repercussão na natureza consensual do Processo Civil: uma análise dos projetos dos CEJUSCS no Brasil

Judicial mediation and conciliation as affective instruments for the solution of family conflicts and their repercussion in the consensus nature of civil process: an analysis of CEJUSC project in Brazil

Dayse Braga Martins

Advogada. Doutora e mestre em Direito Constitucional, pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Professora e pesquisadora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mediadora e conciliadora judiciais, regulamentada nos termos da Resolução nº 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). E-mail: daysebragamartins@gmail.com.

Luciana Oliveira Araújo

Advogada. Graduada em Direito, pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Amanda Almeida Lima

Advogada. Graduada em Direito, pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

RESUMO

O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125, de 2010, objetivando estimular o tratamento adequado dos conflitos de interesse, em especial, os meios consensuais: a mediação e a conciliação, que foram dispostos como instrumentos de pacificação social e prevenção de conflitos, contribuindo para a desjudicialização das controvérsias. Nesse esteio, foram instituídos os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), incumbidos de promover o uso de vias consensuais, em âmbito judicial, até mesmo com competência obrigatória de realizar a primeira audiência de mediação ou conciliação prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil (CPC), de 2015, de modo a consolidar um acesso à ordem jurídica justa. Aliada à instituição de uma Política Judiciária de estímulo à autocomposição, este Código estabeleceu como norma fundamental a cooperação para a solução consensual de conflitos com vias à obtenção de decisão de mérito justa e efetiva, em tempo razoável. E ao longo do texto do referido Código também identificam-se normas que regulamentam a mediação e a conciliação no processo civil. Destarte, objetivou-se no presente artigo diagnosticar como esta novel política vem sendo desenvolvida nos Tribunais de Justiça estadual, particularmente na solução de conflitos familiares, por meio da análise dos Cejuscs e a repercussão desta política no processo civil. Para tanto, utilizou-se de abordagem bibliográfica, descritiva e exploratória. Nesse sentido, conclui-se que os Cejuscs vêm desenvolvendo ações que vão além de solucionar conflitos, impactando diretamente na construção de uma cultura consensual do processo civil e efetivando o direito fundamental do acesso à justiça, por priorizar os meios consensuais de solução de conflitos, que conferem não somente aspectos resolutivos, como também humanizadores, ao fomentar a satisfação, a inclusão e o empoderamento das partes envolvidas.

Palavras-chave: Meios Consensuais. Mediação de Conflitos. Natureza Consensual. Direito das Famílias. Cejusc.

ABSTRACT

The National Council of Justice issued Resolution 125/2010, aiming at stimulating the adequate treatment of conflicts of interest, especially the consensual means: mediation and conciliation, which were arranged as instruments of social pacification and conflict prevention, contributing to the adjudication of disputes. In this regard, the Judicial Centers for Conflict Resolution and Citizenship (CEJUSCs) were set up to promote the use of consensual channels in the judicial sphere, including mandatory jurisdiction to hold the first mediation or conciliation hearing provided for in article 334 of the Code (CPC/2015), in order to consolidate access to the just legal order. Together with the establishment of a Judicial Policy to encourage self-determination, CPC/2015 established as a fundamental norm the cooperation for the consensual solution of conflicts with a view to obtaining a fair and effective decision in a reasonable time. And throughout the text of the aforementioned Code, regulations regulating mediation and conciliation in civil proceedings are also identified. Thus, this article aimed to diagnose how this novel policy has been developed in the State Courts of Justice, particularly in the solution of family conflicts, through the analysis of CEJUSC's and the repercussion of this policy in civil proceedings. For that, a bibliographic, descriptive and exploratory approach was used. In this sense, it is concluded that the CEJUSC's have been developing actions that go beyond solving conflicts, directly impacting the construction of a consensual culture of the civil process and effecting the fundamental right of access to justice, by prioritizing consensual means of conflict resolution, which confer not only decisive but also humanizing aspects, in fostering the satisfaction, inclusion and empowerment of the parties involved.

Keywords: Consensual Means. Conflict Mediation. Consensual Nature. Family Law. Cejusc.

Introdução

Consciente da crise institucional que perpassa, o Poder Judiciário, ao longo dos anos, vem buscando meios que alcancem a almejada eficiência do sistema, que, dentre as medidas adotadas, vislumbram-se os Juizados de Pequenas Causas, os Juizados Especiais, a conciliação e mais recentemente os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), nos quais se realizam as audiências de conciliação e mediação judiciais pré-processuais e processuais.

Com a edição da Resolução nº 125, de 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) visou ampliar e fomentar a atuação dos meios consensuais de solução de conflitos (mediação e conciliação), bem como optou por aprimorar as práticas adotadas pelos tribunais, de modo a obter um Poder Judiciário atento à necessidade de acompanhar o avanço social e de prestar respostas adequadas aos conflitos, quando instigado.

A mencionada Resolução estabelece como dever dos tribunais instituir os Cejuscs, espaços incumbidos de promover audiências de conciliação e mediação pré-processuais e processuais, e ainda prestar atendimento à sociedade. Além disso, nesses Centros, há processo de triagem em que cada questão é direcionada ao método adequado para solucioná-lo. Dessa forma, é perceptível o enfoque dado à conciliação e à mediação como promissoras vias de pacificação social e eficazes na redução da judicialização das controvérsias.

Quanto aos conflitos de ordem familiar, é mister observar que, por serem controvérsias de relação continuada, sobretudo quando desta relação advêm filhos, é preciso um acompanhamento ainda mais atencioso e intenso, pois o que se discute são situações ainda mais complexas, frágeis, nas quais têm como objeto direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Atentos a tal realidade, o Conselho Nacional de Justiça recomendou o desenvolvimento de projetos pelos Cejuscs, que têm ofertados serviços direcionados às famílias em disputa de guarda, divórcio, dentre outras questões, de forma a conceber a ideal prestação que se espera do Judiciário e assim diversificar os meios de atuação deste, tratando cada caso de acordo com a suas peculiaridades.

Nessa perspectiva, indubitável a relevância do estudo sobre a mediação e a conciliação como instrumentos de resolução de conflitos familiares, a fim de esclarecer os pontos relevantes sobre o assunto e, sobretudo, demonstrar a importância do uso de meios adequados e eficazes de pacificação de conflitos, até mesmo no impacto da própria natureza adversarial/consensual do processo civil, que, por sua vez, interfere diretamente nas relações

sociais, a partir do protagonismo das partes, ao restabelecer harmonia nas famílias, e a própria paz social, uma vez que a família é a base da sociedade, e como tal requer proteção especial do Estado.

Assim, foi desenvolvida pesquisa que respondesse aos seguintes questionamentos: Quais as consequências da implementação da política de solução consensual de conflitos familiares na essência do processo civil? Quais são os projetos desenvolvidos na solução de conflitos familiares nos Cejuscs pelo Brasil? Como a mediação vem auxiliando na adequada prestação jurisdicional com vias a fomentar a efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça?

Nesse sentido, a pesquisa em questão tem como escopo apontar a atual situação jurídica brasileira no que tange aos meios consensuais de conflitos aplicados nas questões familiares por meio dos Cejuscs pelo Brasil, destacando ainda a contribuição e o êxito de projetos específicos instituídos em determinados Tribunais de Justiça estaduais e a repercussão do estímulo aos meios consensuais na essência do processo civil.

1 A política judiciária de estímulo à autocomposição e sua repercussão na natureza consensual do processo civil

Em razão da complexidade do mundo moderno, com seus novos paradigmas, surgem novas conjunturas familiares. Fundadas em princípios como os da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da afetividade, da convivência familiar e da diversidade familiar, percebe-se que os núcleos familiares almejam resguardar aos seus integrantes os direitos humanos aliados à ideia de que no seu seio a felicidade e a plenitude serão promovidas, destacando a valorização dada a cada indivíduo como um ser sujeito de direitos, especialmente das pessoas em desenvolvimento: a criança e o adolescente. Coadunando-se com o caráter instrumentalista das famílias, Bruna Souza e Paula Eveline de Castro Correia ressaltam que,

[...] nas relações familiares, contemporaneamente, inseridas sob a ótica civil-constitucionalista, a criança e o adolescente assumiram o papel de protagonistas. Por conseguinte, a esfera da autoridade parental passa a ser a promoção da dignidade humana dos filhos menores. Dessa forma, se a família é vista como instrumento da formação da pessoa, com o fim de realizar o pleno desenvolvimento de cada de seus membros, ela será espaço de realização pessoal da criança e do adolescente³⁷⁰.

³⁷⁰ PAULA, Bruna Souza; CORREIA, Paula Eveline de Castro. Uma reflexão crítica quanto a responsabilidade parental e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da criança como um direito

Ao passo que a sociedade vai adaptando os seus novos moldes, o direito apresenta-se, posteriormente, para regular e conferir a promoção dessa dignidade, uma vez que não consegue acompanhar a constante mudança social, e, por isso, o que se encontra disposto em lei, por vezes, não condiz com a realidade enfrentada na contemporaneidade. Todavia, por conta das reconfigurações sociais, também pugna-se por mudanças nos modos de administração de seus conflitos. Daí priorizou-se a autocomposição, passando as partes envolvidas a serem protagonistas na solução de seus próprios conflitos, por serem métodos guiados pelo diálogo, afeto, dignidade, amor, felicidade e, sobretudo, cidadania³⁷¹.

Dessa forma, a promoção da dignidade da pessoa humana, bem como da dignidade da justiça fundamentam o direito ao acesso à justiça, que, por força da constitucionalização dos direitos³⁷², no contexto do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo³⁷³ civil passou a ser entendido como um direito que vai muito além do que simplesmente ingressar com uma demanda no Judiciário³⁷⁴. Ana Paula Araújo de Holanda, Maria do Carmo Barros e Marlea Nobre da Costa Maciel complementam ainda:

Tal concepção foi posteriormente elevada à categoria de direito fundamental, pois não basta para o Estado de Direito contemporâneo elencar um catálogo de direitos fundamentais sem instrumentalizar o cidadão para a efetivação e mais, sem o papel como construtor de seu próprio direito, através dos meios de solução extrajudiciais de controvérsias³⁷⁵.

Para fora da via contenciosa do meio adjudicatório, existem outras formas que do mesmo modo representam o acesso à justiça, tais meios, escolhidos adequadamente conforme o caso concreto, tornam-se mais capazes de promover a plenitude e a restauração da paz social, ao administrar bem os conflitos, por meio de uma visão prospectiva da relação.

fundamental. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; PENTINAT, Susana Borràs (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et al (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018. v. 9. p. 345.

³⁷¹ MARTINS, Dayse Braga. **A jurisdição no contexto da constitucionalização do direito e a instituição do novel princípio da consensualidade**: análise da indispensável requalificação de mediadores e conciliadores judiciais dentre as profissões jurídicas. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=8195488> Fortaleza: Tese de Doutorado, Universidade de Fortaleza (Unifor), 2017. Acesso em: 15 fev. 2019.

³⁷² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

³⁷³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GRANT, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

³⁷⁵ HOLANDA, Ana Paula Araújo de; BARROS, Maria do Carmo; MACIEL, Marlea Nobre da Costa. Centro de referência em direitos humanos do estado do Ceará – ano 2013/2014: espaço de acolhimento das famílias para promoção do acesso à justiça e o fomento a mediação. In: CAÚLA, Bleine Queiroz; OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de; VASQUES, Roberta Duarte (org.). **A família no direito**: novas tendências. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v.1. p. 304.

Tão logo com o acesso à justiça não se buscam apenas o seu sentido formal, mas também a efetividade na solução satisfativa dos conflitos³⁷⁶. Surgem, assim, ao lado da prestação jurisdicional especificamente pautada na heterocomposição, os meios consensuais de resolução de conflitos, como a mediação, a conciliação, a arbitragem, primordialmente associados na via extrajudicial, mas que, com a boa prática, foram inseridos no meio judicial com fins de obter maior participação e os benefícios outrora mencionados para a concreção do direito fundamental do acesso à justiça.

Entende-se que a promoção de justiça reformulada perpassa por alguns passos, dentre eles pela educação dos indivíduos, pelo bom diálogo do Judiciário com eles, pela cooperação de todos – juízes, advogados públicos e privados, ministério público, instituições colaboradoras e os próprios auxiliares da justiça. O artigo 6º no Código de Processo Civil, de 2015, prevê esse ideário cooperativo, ou mesmo solidário, na busca da justiça justa, efetiva e célere. E desta monta corrobora com os esforços empreendidos pelo Conselho Nacional de Justiça na promoção da cultura pacificadora e do estabelecimento da premissa de que a resolução das controvérsias não se esgota no Judiciário.

Nesse esteio, dentre os princípios constitucionais do processo, diante dos preceitos constitucionais e legais que incitam a participação ativa das partes na cooperação para a autocomposição, vislumbra-se outro princípio constitucional processual da teoria geral do processo civil: o princípio da consensualidade, devendo ser acrescido ao rol de princípios no contexto do neoprocessualismo e do neoconstitucionalismo³⁷⁷.

Ao interpretar os princípios processuais do acesso à justiça, do devido processo legal, da igualdade, do contraditório, da ampla defesa, verifica-se uma correlação sistêmica entre eles, até mesmo entre os princípios constitucionais e infraconstitucionais. O princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, de 1988), aliado à celeridade e à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, de 1988), representa o ‘princípio dos princípios’ do direito processual civil. Trata-se do direito fundamental à solução de conflito célere, justa e satisfativa. Ou seja, a despeito do deferimento ou

³⁷⁶ MITIDIERO, D. **A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional**. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 44, p. 71-91, set. 2015. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/89495/2015_mitidiero_daniel_tutela_direitos.pdf?sequence=1 Acesso em: 22 jan. 2019.

³⁷⁷ MARTINS, Dayse Braga. **A jurisdição no contexto da constitucionalização do direito e a instituição do novel princípio da consensualidade**: análise da indispensável requalificação de mediadores e conciliadores judiciais dentre as profissões jurídicas. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=8195488>. Fortaleza: Tese de Doutorado, Universidade de Fortaleza (Unifor), 2017. Acesso em: 15 fev. 2019 2019.

indeferimento do pleito, a despeito do resultado final do processo, o procedimento foi satisfatório. Trata-se, portanto, do acesso à prestação jurisdicional de qualidade, fundamentado no princípio da consensualidade.

Assim, considerando as funções do Poder Judiciário no contexto do Estado Democrático de Direito, a força normativa dos princípios constitucionais e os fundamentos do Direito Processual Civil, entende-se que a natureza do processo civil transformou-se ao longo da história do ordenamento jurídico brasileiro de adversarial para consensual. Mais do que uma simples caracterização da natureza jurídica, representa uma verdadeira mudança de cultura na hermenêutica jurídica, com consequências reais na dogmática jurídica e na prática processual.

E para instrumentalizar o princípio da consensualidade no processo civil, o Poder Judiciário, dentre as suas vertentes de atuação, instituiu os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, os chamados Cejuscs, sobre os quais analisam-se os projetos destinados ao tratamento adequado de conflitos familiares, que recebem especial tutela estatal, com ações específicas para preparar as partes para o novo arranjo familiar, quando da ruptura conjugal.

1.1 Cejuscs pelas regiões do Brasil

Fundamental observar que a institucionalização de meios consensuais na via judicial muito embora pareça difícil, tem sido paulatinamente uma via crescente no cenário jurídico brasileiro e sobremaneira relevante para o efetivo processo de mudança da cultura adversarial para a cultura consensual de solução de conflitos, especialmente no âmbito dos conflitos familiares, nos quais há relação anterior entre as partes, e também relação continuada. Assim, destacam-se algumas boas práticas realizadas nos Cejuscs, organizadas por região.

1.1.1 Análise das regiões Sudeste e Sul

Como é sabido, as regiões Sudeste e Sul do Brasil são precursoras quanto à matéria familiar. Para, além disso, dentre todo o território brasileiro, estas regiões concentram o maior número de Cejuscs instalados e de Tribunais de grande porte. Inicia-se a exposição com a região Sul, integrada pelos Tribunais do Paraná, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul.

O Estado do Paraná³⁷⁸, no final de 2016, passou a contar com 70 Cejuscs, sendo, portanto, o Estado com mais centros por habitantes do País, ultrapassando até mesmo o estado de São Paulo. Válido destacar que, desde 2017, vem sendo desenvolvido pelo TJ-PR juntamente com líderes religiosos e suas instituições o projeto “Pacificar é divino” com vista a torná-los verdadeiros facilitadores de solução de conflitos e, assim, evitar o ajuizamento de ações desnecessárias. Atualmente, mais de 120 religiosos realizaram a capacitação e há meta de disponibilizar, neste ano, mesmo curso em formato de EAD, demonstrando que as ferramentas digitais podem auxiliar e otimizar o serviço dos Cejuscs e aproximar o direito da realidade e dos cidadãos, proporcionando justiça justa.

Já o Estado de Catarina possui 28 Cejuscs, criados e em funcionamento, e mais 20 Cejuscs criados e em fase de diagnóstico e instalação. Interessante frisar que este Tribunal antes mesmo do advento da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça já possuía outros projetos alternativos de solução de conflitos, como o programa serviço de mediação familiar, com a finalidade de atender questões familiares de forma menos traumática aos envolvidos, com parceria dos fóruns de justiça, das casas de cidadania e de universidades parceiras, e ainda o programa “Casa de Cidadania”, com vista à justiça mais próxima, rápida, gratuita e humanizada.

O estado do Rio Grande do Sul possui 35 Cejuscs. E, apesar de não amplamente disposto na página da *web* do próprio Tribunal, há um projeto de parceria entre o município de Caxias do Sul e o Judiciário, materializado pelo Cejuscs, a Universidade de Caxias do Sul e a Fundação Caxias na promoção da pacificação restaurativa, chamado “Caxias da paz”. A premissa básica do programa é propor a “justiça como um poder social” e desmistificar o acesso à justiça vinculado somente ao Judiciário. Este ideal foi instituído pela Lei Municipal nº 7.754, de 2014, e concebe a justiça restaurativa como política pública. Diante do sucesso, mais parceiros aderiram ao intento e, hoje, tem-se a formação de uma “teia da paz”, focada em aspectos como segurança, assistência, educação e saúde, sociedade civil, além da justiça restaurativa propriamente dita, espalhados pelo Brasil.

Vai ao encontro do que Emmanoel Campelo de Souza Pereira discorre, no trecho introdutório do Guia de Conciliação e Mediação Judicial, sobre a nova vertente do Judiciário, sobremaneira agregado à sociedade e cada vez mais aberto a parcerias, descentralizando a sua

³⁷⁸ CONCILIAÇÃO em vídeo estreia com partes em Cascavel (PR) e no RS. **Agência CNJ de Notícias**, 10 maio 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84736-conciliacao-em-video-estreia-com-partes-em-cascavel-pr-e-no-rs>. Acesso em: 20 maio 2019.

atuação, não mais fechado à sua estrutura física, possibilitando levar a justiça a mais lugares, e mais próximos dos cidadãos, senão, observa-se:

Outros tribunais, além desses CEJUSCs inaugurados com estrutura própria, firmaram parcerias com as mais diversas entidades como Faculdades de Direito, Faculdades de Psicologia, Prefeituras e ONGs para implantar CEJUSCs, geridos sempre por magistrados, mas com recursos dos próprios parceiros. Possivelmente essa seja a mais clara demonstração de que o Poder Judiciário está se aproximando da sociedade não apenas para usar uma linguagem mais coloquial e consensualizadora, mas, também, com a força de trabalho oriunda dos mais diversos segmentos: advogados, professores universitários, psicólogos, estudantes, entre outros que estão conciliando e mediando nesses CEJUSCs³⁷⁹.

Para além dos bons resultados conseguidos pelos tribunais da região Sul, necessário tratar do mesmo jeito os outros tribunais que compõem a região Sudeste do Brasil. Esta região, formada pelos tribunais de São Paulo, do Rio de Janeiro, do Espírito Santo e de Minas Gerais, apresenta também repercussões positivas que merecem ser evidenciadas.

Com destaque o estado de São Paulo³⁸⁰, que já possui, até o momento, 252 Cejuscs em funcionamento e conta com mais de 3 mil mediadores judiciais atuantes, haja vista o TJ-SP ser o maior Tribunal do Brasil e concentrar por sua vez uma grande massa populacional que se encontra diretamente proporcional ao número de demandas processuais, pois, só em 2017, foram realizadas 250 mil sessões de conciliação, e metade sucedeu em acordo.

Muito embora os resultados alcançados sejam anunciadores de boas novas, a realidade de laboral dos conciliadores e dos mediadores desses centros vem passando por dificuldades, já que, atualmente, trabalham de forma voluntária, à revelia da remuneração fixada pela Lei nº 15.804, de 2015, o que motivou paralisações e debates no sentido de reconhecimento profissional por lei federal e ainda inclusão da atividade na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), e apenas no início deste ano fora aprovada e sancionada verba a esse fim.

Ao seguir, tem-se o estado do Espírito Santo, que conta com 10 Cejuscs criados e em efetivo funcionamento, e, recentemente, mais uma nova unidade de Cejusc teve sua instalação autorizada. Dentre este, há um de caráter itinerante, que atua tanto na capital quanto nas diversas comarcas que não possuem Cejuscs instalados, bem assim uma unidade voltada ao 2º

³⁷⁹ PEREIRA, Emmanoel Campelo de Souza. Introdução. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Guia de conciliação e mediação judicial**: orientação para instalação de CEJUSC. Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <http://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2015/11/Guia-de-Conciliacao-e-Mediacao.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2019. p. 9.

³⁸⁰ BRASIL. Núcleo Permanente de Método Consensual de Solução de Conflitos de São Paulo. **Info nupemec 2016**: relatório de atividades. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://issuu.com/tjsproficial/docs/infonupemec2016min>. Acesso em: 20 maio 2019.

grau intervindo nos processos de competência originária ou mesmo recursal do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Percebe-se então que o TJ-ES se utilizou da faculdade descrita no artigo 8º, § 3º, da Resolução nº 125 ao implantar os serviços de conciliação e de mediação itinerante enquanto não são instalados Cejuses em todas as comarcas.

Salienta-se que, desde 2002, o TJ-ES possui um projeto alternativo, chamado “Justiça comunitária”, que tem como foco o atendimento gratuito às populações carentes na solução de questões jurisdicionais no Juizado Especial Cível e nas Varas da Infância e Juventude e de Família. A prestação de serviços ocorre aos sábados, uma vez por mês, em cada localidade, contando com servidores e conciliadores, sendo facultada ainda parceria do Tribunal com universidades e faculdades a fim de prestar atividade voluntária.

Ao passo que o estado de Minas Gerais³⁸¹ soma 118 Cejuses instalados. Essencial tratar também da divisão feita por matéria, ou seja, foram estabelecidos ainda quatro Cejuses especializados. Dentre estes, um voltado ao 2º grau, outro dirigido às demandas territoriais, urbanas e rurais, intitulado Cejusc Social, já outro orientado às demandas ambientais, denominado Cejusc Ambiental, e ainda um concentrado em demandas de direito de família, nomeado Cejusc Família, com sede em Belo Horizonte, mas competente em todo o Estado.

Acerca dos dados estatísticos de atendimentos, consoante tabelas analíticas fornecidas pelo próprio Tribunal de Minas, em novembro de 2017, a mediação processual no âmbito do direito de família galgou sucesso, uma vez que, das 225 sessões realizadas, 59,09% foram concluídas com acordo, já a mediação pré-processual, no mesmo período, obteve resultados também expressivos, pois das 148 sessões realizadas, o índice das concluídas com acordo foi de 68,66%.

E, por fim, o estado do Rio de Janeiro³⁸², que conta com 24 **Cejuses**. Imprescindível mencionar que, desde março de 2017, um projeto que se utiliza da técnica de “Constelação familiar”, e que quando aplicada ao Judiciário, tem o escopo de humanizar os conflitos, já que busca averiguar a origem da controvérsia em si antes da aplicação da mediação e da conciliação, uma vez que levam em consideração as memórias contidas no inconsciente e relacionadas ao círculo familiar, fora idealizado pelo juiz da 1ª Vara de família da Leopoldina, André Tredinnick, e desenvolve-se pelo Cejusc do Fórum regional. Quanto aos números

³⁸¹ BRASIL. Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais – Tribunal de Justiça. **Portaria Conjunta nº 547/PR/2016**, de 29 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc05472016.pdf>. Acesso em: 21 maio 2019.

³⁸²PROJETO constelações humaniza soluções de conflitos em varas de família do TJRJ. **Assessoria de Imprensa do TJRJ**. 16 mar. 2017. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/ca/home/-/noticias/visualizar/43806>. Acesso em: 21 maio 2019.

inaugurais do projeto, por volta de 300 processos de cunho familiar foram selecionados, e o índice de acordos após a realização das sessões de constelação foi de 86%. O idealizador do projeto vislumbra ainda que a constelação familiar venha a se tornar uma política pública. Ademais, o projeto tem viés social, pois realiza intervenções na comunidade, como visitas a domicílios e escolas.

Em 2016, segundo o Conselho Nacional de Justiça, pelo menos 11 estados já se utilizavam dessa técnica para solucionar conflitos, dentre estes os de São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul compunham o rol. E, em 2017, já se pode acrescentar o estado do Rio de Janeiro, portanto, comprovando que os estados estão cada vez mais empenhados em promover o tratamento adequado de conflitos de interesses, como prevê a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça. Avanços estes que não se restringem à área das famílias, pois podem ser estendidos a outros ramos.

1.1.2 Análise das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste

O Relatório Justiça em Números, a principal fonte de estatística do Poder Judiciário, teve seu lançamento em 2017 (ano-base 2016), e neste observa-se facilmente o cenário dos Tribunais de Justiça das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. Todos têm em comum o fato de se concentrarem em tribunais de médio e de pequeno portes, conforme gráfico abaixo. Conquanto, nota-se que não são singelos quanto ao desempenho, haja vista superarem até mesmo as regiões Sudeste e Sul no índice de conciliação por tribunal, exceto o TJ-PI, marcando então a relevância destes para o crescimento e a difusão do ideário consensual no País.

Assim, apresentam-se os projetos particulares dessas regiões. Inicia-se com a região Norte; no estado do Tocantins já se cumpre a Recomendação nº 50 do Conselho Nacional de Justiça³⁸³, porque adotam as “Oficinas de parentalidade”, e visam auxiliar os pais e os filhos, integrantes de ambiente familiar em situação de ruptura, a preservarem os liames afetivos apesar da dissolução do vínculo conjugal. Intenta-se demonstrar que ainda persiste a função parental, mesmo que o casamento culmine em divórcio. E acima de tudo deseja proteger os filhos, evitar alienações parentais e prevenir que outros conflitos se tornem “potenciais

³⁸³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 50, de 08 de maio de 2014**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n50-08-05-2014-presidencia.pdf Acesso em: 9 abr. 2019.

processos” ocasionando mais desgaste familiar. Da mesma forma, seguem a recomendação os estados do Amazonas, Rondônia e Amapá³⁸⁴.

Ressalta-se que os estados de Rondônia, Pará, Amapá desenvolvem também o projeto “Constelação Familiar” com objetivo de humanizar as práticas conciliatórias, pois se percebe que a maioria dos conflitos levados para as sessões de constelação são de origem familiar, ou seja, os que envolvem guarda, divórcio, abandono. A proposta do referido projeto é identificar a raiz do conflito e maneiras para sua resolução. Utilizam um método psicoterapêutico capaz de identificar os aspectos mais íntimos e profundos, mostrando resultados satisfatórios, visto que alcança maior celeridade e efetividade no desfecho do conflito. Para além disso, merece enfoque o projeto “Conciliar é divino”, lançado em 2017 pelo TJ-AC³⁸⁵, seguindo a vertente resolutiva, com auxílio de lideranças religiosas, pautada nos métodos autocompositivos, similar ao projeto “Pacificar é divino”, do TJ-PR.

Ao continuar tem-se em pauta a região Nordeste, particularmente o estado da Bahia que apresenta resultados expressivos de acordos realizados, sendo a população a principal beneficiária, já tendo sido contemplada pelo Conselho Nacional de Justiça com premiações, uma vez que o método de Constelação familiar fora introduzido primeiramente na Bahia, pelo juiz Sami Storch, que produziu muitos expoentes e adquiriu reconhecimento nacional. Posteriormente, a prática foi semeada por outros colaboradores, em diversos estados, e os índices de acordos só alavancam quando desenvolvidos em combinação ao método da constelação, tendo em vista a demanda e a importância em 2017 foi inaugurado na capital, Salvador, um Cejusc especificamente para atender às causas relacionadas ao Direito de Família.

No estado do Ceará, além das periódicas “Oficinas de parentalidade”, há o projeto “Pai Presente”, realizando mutirão de audiências para reconhecimento de paternidade. Os possíveis pais comparecem livremente nas dependências da unidade para fazer o reconhecimento, e, em caso de dúvida, têm a possibilidade de no mesmo local realizar o exame de DNA. Ressalta-se que todo o procedimento é gratuito e o acordo feito é homologado pela juíza coordenadora do Cejusc.

³⁸⁴ AMAPÁ. Assessoria de Comunicação social. **TJAP cria Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania Virtual na Extensão FAMA**. Macapá, ago. 2016. Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/publicacoes/noticias/5304-tjap-cria-centro-judici%C3%A1rio-de-solu%C3%A7%C3%A3o-de-conflitos-e-cidadania-virtual-na-extens%C3%A3o-fama.html>. Acesso em: 29 mar. 2019.

³⁸⁵ ACRE. Tribunal de Justiça. **Instalação do CEJUSC**: TJAC amplia acesso dos cidadãos à justiça em Santa Rosa do Purus. Rio Branco, jan. 2017. Disponível em: <https://www.tjac.jus.br/noticias/instalacao-do-cejusc-tjac-amplia-acesso-dos-cidadaos-a-justica-em-santa-rosa-do-purus/>. Acesso em: 29 mar. 2019.

Já o Tribunal de Justiça de Sergipe recebeu, em 2016, o prêmio “Conciliar é Legal” pelo Conselho Nacional de Justiça, pela realização do projeto “Pare! Concilie e Siga”; apesar de não ser na seara familiar, trata-se de reconhecimento das boas práticas que estimulam a autocomposição dos conflitos.

A seguir, tem-se a região Centro-Oeste, no estado de Goiás são desenvolvidos projetos com o intuito de aumentar e fortalecer o uso dos métodos consensuais de resolução de conflitos. Dentre esses projetos, podemos citar a “Constelação Familiar”, envolvendo profissionais do Direito e da Psicologia; e o “Mediar é Divino”, projeto este que tem como objetivo capacitar líderes religiosos nas técnicas de mediação e conciliação. Este projeto é desenvolvido, por meio de um Cejusc instalado numa Igreja (Santuário Bethel), convergindo com o pensamento da Igreja de fortalecimento das relações, pacificação e valorização da família.

Em 2017, o TJ-GO recebeu o prêmio “Conciliar é Legal” pelo Conselho Nacional de Justiça, pela realização do projeto “Roda de conversa sobre famílias”. Este programa se dá em parceria do TJ-GO com a Associação de Terapia Familiar de Goiás e apoio da Escola Superior da Magistratura do Estado de Goiás, e ocorre todos os meses com participação de magistrados, promotores, delegados, advogados, conciliadores, psicólogos, terapeutas e psiquiatras. Surgiu após anos de realização de Oficinas de Parentalidade e da necessidade de se discutirem certos temas, de modo a amparar as famílias na manutenção dos vínculos.

Com isso, não se pretendeu esgotar o tema, diante da limitação física, mas pairar sobre a problemática e demonstrar seus avanços ainda que gradualmente. Notável, portanto, a convergência de empenhos para a propagação da pacificação social e ainda a efetivação, nos moldes constitucionais, artigo 3º da Constituição Federal, de 1988, de ao menos um dos objetivos da República, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Considerações finais

Diante do exposto, conclui-se que o conflito é inerente à vida em sociedade, ou seja, é algo normal (normalização do conflito) e, em razão disso, ao longo do tempo, várias formas de dirimir controvérsias foram empregadas. Como as pessoas e as relações sociais são dinâmicas, é necessário que os meios de solução de conflitos também estejam em constante aprimoramento. Até os dias atuais, as modalidades compositivas adotadas foram a autotutela,

a heterotutela e as formas autocompositivas, sendo os meios heterocompositivos os mais difundidos.

Nesse esteio, observa-se que as relações de cunho familiar detêm uma maior complexidade do que a maioria dos conflitos, e assim os conceitos, os princípios e as normas que os embasam não devem ser estáticos, mas devem estar em constante mudança, algo que é exigido pelo próprio caráter mutável das famílias. Novas conjunturas familiares surgem pautadas, sobretudo, na dignidade da pessoa humana e no afeto, em detrimento do mero vínculo biológico. Com a Constituição, de 1988, os princípios apresentam-se como verdadeiros núcleos axiológicos do sistema jurídico, principalmente no tocante ao direito das famílias, não constituindo meros atos integrativos, mas norteadores dos núcleos familiares. Cientes de tais peculiaridades, os atores do direito têm buscado corriqueiramente meios que viabilizem a forma mais adequada de resolver conflitos, com o fim de preservar ao máximo os vínculos parentais, sobretudo no que tange às crianças e aos adolescentes.

Para fins de efetivar o direito fundamental ao acesso à justiça, com solução em tempo razoável, de forma justa e efetiva, foram editadas a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, a Lei de Mediação (Lei nº 13.140, de 2015) e as disposições sobre mediação e conciliação no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 2015), o que fomentou a aplicação dos meios consensuais de conflito na sociedade, enfatizando as vantagens e as consequências positivas que se apresentam, de forma imediata e mediata, pontual e geral, principalmente ao aplicá-las aos conflitos oriundos de relações continuadas, a exemplo dos conflitos familiares, por ser a família a base da sociedade e por estarem envolvidos crianças e adolescentes – pessoas em desenvolvimento.

Identifica-se, portanto, a importância da dimensão social do Direito, que interfere diretamente na dimensão normativa material e processual, que motivou a instituição da autocomposição no processo civil, e a prioridade dessa modalidade na solução de conflitos familiares. Influenciadas sob essa nova vertente constitucional, as normas jurídicas materiais e processuais aplicáveis às famílias do mesmo modo dispuseram alterações em seus textos, contemplando ideais de igualdade, de solidariedade, de afetividade e de diversidade familiar. E por força disso, novas formas de resolução dos conflitos são necessárias para adequação aos novos ideais, sendo os métodos não adversariais mais apropriados, haja vista as suas técnicas humanizadoras e inclusivas.

O Poder Judiciário reúne um número crescente de competências, pois busca tutelar vários métodos de resolução de conflitos, diversos da heterocomposição, no seu âmbito, como

escopo de prestar da melhor forma à sociedade o seu fim. Em razão disso, tem-se como exemplo a instituição dos Cejuscs pelos tribunais, estabelecendo um tratamento diferenciado às causas, objetivando uma mudança de atitude tanto dos atores do processo civil, quanto dos jurisdicionados.

Ao Código de Processo Civil, de 2015, cabe estabelecer a prioridade da solução consensual de conflitos e determinar a cooperação de todos os atores do processo civil; nesse desiderato, com prioridade sobretudo nas ações de família (art. 694, do Código de Processo Civil, de 2015) conclui-se pela instituição do novel princípio processual civil da "consensualidade". Tal ambiência da consensualidade como norma fundamental do processo civil impacta diretamente na natureza do processo civil, que defende-se ter transformado de adversarial para consensual. Estas conclusões repercutem em preceitos da Teoria Geral do Processo, e, conseqüentemente, com alterações na práxis processual³⁸⁶.

Corroborando com essa mudança de essência do processo civil, que vai além da dimensão normativa, a atuação dos referidos Centros não se resume à solução dos litígios, mas também trata do dever de cidadania, revelando o protagonismo das partes na solução de conflitos familiares. Nas regiões do Brasil, a atividade dos Cejuscs é intensa, e nos *sites* dos tribunais das localidades é possível se deparar com a publicidade dos projetos por eles realizados, em alguns se apontam *links* de cursos de capacitação *online* para servidores e para o público em geral, também ofertados pelo Conselho Nacional de Justiça, gestor dessa política.

Nesse sentido, conclui-se também que as ações desenvolvidas pelos Cejuscs vêm preparando os jurisdicionados para vivenciar a nova realidade das famílias recompostas, com preservação da harmonia nas relações de parentalidade. Portanto, pelas considerações ora descritas e pelas boas práticas desenvolvidas na justiça brasileira, entende-se que a mediação e a conciliação na via judicial são relevantes expoentes à solução dos conflitos familiares, que, indubitavelmente, corroboram para a efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça, à dignidade da pessoa humana e à dignidade da justiça.

³⁸⁶ MARTINS, Dayse Braga. **A jurisdição no contexto da constitucionalização do direito e a instituição do novel princípio da consensualidade**: análise da indispensável requalificação de mediadores e conciliadores judiciais dentre as profissões jurídicas. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=8195488>. Fortaleza: Tese de Doutorado, Universidade de Fortaleza (Unifor), 2017. Acesso em: 15 fev. 2019.

Referências

AMAPÁ. Assessoria de comunicação social. **Membros do NUPEMEC/TJAP realizam primeira reunião ordinária de 2017**. Macapá, fev. 2017. Disponível em <https://www.tjap.jus.br/portal/publicacoes/noticias/5902-membros-do-nupemec-tjap-realizam-primeira-reuni%C3%A3o-ordin%C3%A1ria-de-2017.html>. Acesso em: 29 mar. 2019.

AMAPÁ. Assessoria de Comunicação social. **TJAP cria Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania Virtual na Extensão FAMA**. Macapá, ago. 2016. Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/publicacoes/noticias/5304-tjap-cria-centro-judici%C3%A1rio-de-solu%C3%A7%C3%A3o-de-conflitos-e-cidadania-virtual-na-extens%C3%A3o-fama.html>. Acesso em: 29 mar. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Emenda nº 2, de 8 de março de 2016**. Altera e inclui artigos e os Anexos I e III da Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/81592>. Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017: ano-base 2016**. Brasília, CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 50, de 08 de maio de 2014**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n50-08-05-2014-presidencia.pdf. Acesso em: 9 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 3 abr. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Brasília, DF, Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 02 outubro 2019.

BRASIL. Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. Tribunal de Justiça. **Portaria Conjunta nº 547/PR/2016, de 29 de agosto de 2016**. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc05472016.pdf>. Acesso em: 21 maio 2017.

BRASIL. Núcleo Permanente de Método Consensual de Solução de Conflitos de São Paulo. **Info nupemec 2016: relatório de atividades**. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://issuu.com/tjsoficial/docs/infonupemec2016min>. Acesso em: 20 maio 2019.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GRANT, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CONCILIAÇÃO em vídeo estreia com partes em Cascavel (PR) e no RS. **Agência CNJ de ofícios**, 10 maio 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/conciliacao-em-video-estreia-com-partes-em-cascavel-pr-e-no-rs/> . Acesso em: 20 maio 2019.

HOLANDA, Ana Paula Araújo de; BARROS, Maria do Carmo; MACIEL, Marlea Nobre da Costa. Centro de referência em direitos humanos do estado do Ceará – ano 2013/2014: espaço de acolhimento das famílias para promoção do acesso à justiça e o fomento a mediação. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de; VASQUES, Roberta Duarte (org.). **A família no direito: novas tendências**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v.1. p. 303-323.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAGRASTA NETO, Caetano. Mediação, conciliação e suas aplicações pelo tribunal de justiça de São Paulo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. Guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2008. p. 11-17.

MARTINS, Dayse Braga; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. A essencial participação da advocacia no processo de mediação judicial para a efetivação do acesso à justiça e da segurança jurídica. **Revista Thesis Juris – RTJ**, São Paulo, v. 4, n. 3, pp. 571-586, set.-dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/284>. Acesso em: 19 dez. 2019.

MARTINS, Dayse Braga. **A jurisdição no contexto da constitucionalização do direito e a instituição do novel princípio da consensualidade**: análise da indispensável requalificação de mediadores e conciliadores judiciais dentre as profissões jurídicas. Fortaleza: Tese de Doutorado, Universidade de Fortaleza (Unifor), 2017. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=8195488>. Acesso em: 15 fev. 2019.

MITIDIERO, D. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 4, n. 44, p. 71-91, set. 2015. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/89495/2015_mitidiero_daniel_tutela_direito_s.pdf?sequence=1. Acesso em 22 jan. 2019.

PAULA, Bruna Souza; CORREIA, Paula Eveline de Castro. Uma reflexão crítica quanto a responsabilidade parental e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da criança como um direito fundamental. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; PENTINAT, Susana Borrás (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et al (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018. v. 9. p. 345-359.

PEREIRA, Emmanoel Campelo de Souza. Introdução. *In*: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Guia de conciliação e mediação judicial**: orientação para instalação de CEJUSC. Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <http://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2015/11/Guia-de-Conciliacao-e-Mediacao.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. Projeto Constelações humaniza soluções de conflitos em Varas de Família do TJRJ. **Assessoria de Imprensa do TJRJ**. 16 mar. 2017. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/ca/home/-/noticias/visualizar/43806>. Acesso em: 21 maio 2019.

Princípio da Anterioridade Tributária em sede de revogação de isenção incondicionada³⁸⁷

Principle of Prior Taxation in the context of revocation of unconditional exemption

Bleine Queiroz Caúla

Doutora em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável - Universidade Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha. Professora Assistente da Universidade de Fortaleza.

Renata Pimenta de Novaes Castelo Branco

Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo Tributário na Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

Sócrates Oliveira Costa

Advogado. Pesquisador integrante do Projeto de Pesquisa Estratégias para a gestão sustentável dos resíduos plásticos nos mares e oceanos: contribuições para um diálogo entre o nacional, o regional e o internacional (Cnpq/UFC); Pós-graduado em Direito e Processo Tributário na UNIFOR. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9335-7433>.

³⁸⁷ A ordem da autoria obedeceu ao critério alfabético. O artigo é uma adaptação da monografia de conclusão do curso de Direito de Renata Pimenta de Novaes Castelo Branco, no ano de 2016, na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Todas as alterações foram pactuadas pelos autores subscritos. O artigo foi apresentado no Seminário Internacional XII Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, realizado na Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e na Universidad San Francisco de Quito (Equador), em junho de 2018.

RESUMO

A anterioridade tributária está cercada de controvérsias entre o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e a doutrina. A pesquisa, de cunho bibliográfico e jurisprudencial, examina o princípio constitucional da anterioridade e sua aplicabilidade no âmbito do Direito Tributário, em especial, nos casos de revogação de isenção incondicionada. Analisa-se, portanto, se a revogação de uma isenção incondicionada equivale à criação ou majoração de tributo, além de explicitar as consequências jurídicas decorrentes da não observância do princípio, caso entenda-se que ele realmente deva ser aplicado. Inicialmente, explora-se o princípio constitucional da anterioridade tributária, para, a seguir, ingressar no estudo das isenções fiscais e, então, na matéria principal do trabalho, culminando com uma visão crítica sobre a aplicação ou não do respectivo princípio em sede de revogação. Em conclusão, afirma-se que a não observância do princípio fere o direito fundamental da segurança jurídica firmada entre a relação Fisco e contribuinte, assegurado pela vigente Constituição Federal. O STF continua a manter o seu clássico posicionamento, segundo o qual não se deve obedecer ao princípio supramencionado. Entretanto, ressalta-se que esse entendimento não é aceito de forma pacífica por grande parte da doutrina tributária brasileira.

Palavras-chave: Direito Tributário. Princípio da Anterioridade. Revogação de Isenção Incondicionada. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The prior taxation is surrounded by controversies between the position adopted by the Federal Supreme Court (STF) and the doctrine. The research, of bibliographic and jurisprudential nature, examines the constitutional principle of priority and its applicability in the scope of Tax Law, especially in cases of revocation of unconditional exemption. It is analyzed, therefore, if the revocation of an unconditional exemption is equivalent to the creation or increase of tax, in addition to explaining the legal consequences resulting from the non-observance of the principle, if it is understood that it should really be applied. Initially, the constitutional principle of prior taxation is explored, to then enter the study of tax exemptions and, then, in the main subject of the work, culminating in a critical view on the application or not of the respective principle in the context of revocation. . In conclusion, it is stated that the non-observance of the principle violates the fundamental right of legal security established between the Tax Authorities and the taxpayer, guaranteed by the current Federal Constitution. The STF continues to maintain its classic positioning, according to which the aforementioned principle must not be obeyed. However, it is noteworthy that this understanding is not accepted in a peaceful manner by a large part of Brazilian tax doctrine.

Keywords: Tax Law. Principle of Anteriority. Revocation of Unconditional Exemption. Federal Court of Justice.

Introdução

O Princípio da Anterioridade Tributária: substanciado nas limitações do poder de tributar. Uma garantia para o contribuinte, conforme o artigo 150, inciso III, alíneas “b” e “c” da Constituição Federal de 1988. Nessa senda, referido princípio respalda os valores imprescindíveis para alcançar a segurança jurídica, evitando que o contribuinte tenha surpresas inesperadas. Vale destacar que até em tempos de Pandemia a segurança jurídica se mantém blindada, por se tratar de cláusula pétrea, significando que não pode ser suprimida nem mesmo por Emenda Constitucional.

A anterioridade tributária diz respeito à proibição da cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro e antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. No Brasil, o exercício financeiro coincide com o ano civil (início 1º de janeiro e término 31 de dezembro)³⁸⁸.

Para que o contribuinte possa gozar da segurança jurídica de pleno direito, principalmente no âmbito de sua relação com o Sistema Tributário Nacional, em sede de cobrança fiscal, faz-se necessário que tal relação seja regida sob o crivo do princípio da anterioridade que se concretiza diante de duas modalidades: a anterioridade do exercício e a nonagesimal. A regra é que as modalidades são cumulativas, salvo as exceções previstas no próprio texto constitucional vigente.

Respeitar o princípio da anterioridade, por via de consequência, estar-se-á respeitando o princípio da não surpresa, preceito constitucional que prevê a necessidade do conhecimento com razoável antecedência da sujeição tributária por parte do contribuinte, de modo a planejar suas atividades levando em conta os referenciais da lei.

O Poder Público, ao notar a necessidade de estimular ou desestimular a prática de algumas atividades, concede o benefício fiscal da isenção. Essa configura-se como uma hipótese de exclusão do crédito tributário, conforme previsão do artigo 175 do Código Tributário Nacional (CTN).

No ordenamento jurídico pátrio, as isenções condicionadas necessitam da fixação prévia do seu prazo de duração e da imposição do cumprimento de seus requisitos. Elas geram direito adquirido, podendo o contribuinte fruir do benefício fiscal pelo período concedido,

³⁸⁸ Conforme o art. 34, da Lei 4.320, de 17 de março de 1964.

sem que lei posterior a revogue, tendo em vista que, em tese, são irrevogáveis. Por outro lado, para que sejam concedidas as isenções incondicionadas não é necessário haver a fixação prévia da sua duração e da imposição de requisitos.

Na isenção condicionada, o cidadão contribuinte tem a ciência de que ao cessar os requisitos ou o prazo que lhe foi concedido, também irá cessar o benefício fiscal, não havendo dessa forma, uma surpresa por parte do sujeito passivo da relação jurídico obrigacional tributária.

Contudo, as isenções incondicionadas ou sem prazo certo podem ser revogadas a qualquer momento por lei posterior, nos termos do artigo 178 do CTN, tendo por consequência o retorno imediato da exigibilidade do tributo, então objeto da isenção.

Ressalta-se que, atualmente, existe uma controvérsia entre a doutrina e a jurisprudência a respeito da revogação de uma isenção incondicionada no que tange a necessidade da aplicação do princípio da anterioridade. Razão que motivou a investigação que ora se publica.

O Supremo Tribunal Federal ainda se posiciona no sentido de a revogação de uma isenção incondicionada não se equiparar à criação ou majoração de tributo, sendo apenas a dispensa legal do pagamento do tributo já existente. Destarte, segundo o entendimento do STF, quando há revogação deste tipo de isenção, o tributo volta a ser exigido de forma imediata, não sendo, portanto, necessária a observância do princípio da anterioridade.

Ao desenvolver a pesquisa, entende-se que por meio de uma interpretação teleológica da Constituição Federal de 1988, nos casos de revogação de isenção incondicionada, deve-se observar o princípio da anterioridade tributária, de modo a garantir a segurança jurídica.

Diante disto, a pesquisa visa analisar de forma geral os aspectos de maior relevância jurídica no âmbito das revogações de isenções fiscais incondicionadas, tendo por base o princípio constitucional da anterioridade e, de forma mais específica, visa: verificar se a revogação de isenção incondicionada constitui-se ou não como criação e/ou majoração de tributo; descobrir as consequências decorrentes da não observância do princípio da anterioridade em sede de revogação de isenção incondicionada; por fim, averiguar se o princípio da anterioridade deve ser aplicado nas revogações de isenções fiscais incondicionadas.

A pesquisa recorreu à coleta de dados por meio de pesquisa bibliográfica, fazendo o uso, portanto, de referências, tais como livros jurídicos, leis de âmbito nacional e a jurisprudência do STF. A pesquisa é pura, no que se refere à utilização dos resultados, pois

tem como finalidade principal a ampliação dos conhecimentos sobre a aplicação do princípio da anterioridade em sede de revogação de isenção fiscal incondicionada. Em relação à abordagem do problema, esta é qualitativa, pois se aprofunda na compreensão e interpretação de ações e relações humanas e, nas conjunturas e regularidades de determinadas situações jurídico-sociais.

1 Princípio da Anterioridade Tributária e a revogação das isenções fiscais

O Princípio da Anterioridade Tributária não fica de fora da discussão acerca da diferenciação entre regras e princípios. O autor alemão, Robert Alexy³⁸⁹ na sua teoria dos direitos fundamentais preconiza

[...] tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.

Princípio da Anterioridade Tributária surgiu diante a necessidade de proteger o homem do poder estatal, a partir dos ideais advindos do Iluminismo dos séculos XVII e XVIII. É considerado direito fundamental, também conhecido como direitos humanos. Segundo Sampaio³⁹⁰ “Comunga-se com a tese daqueles que veem no instituto em estudo um direito fundamental, ainda que fora do elenco estabelecido pelo art. 5º da Constituição Federal de 1988, mas em consonância com o parágrafo segundo do mencionado artigo”.

A Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965 reformou o Sistema Tributário. A Lei nº 5.172/1966 institui normas gerais de direito tributário e dá origem ao Código Tributário Nacional³⁹¹.

Segundo o entendimento de Carrazza “O princípio da anterioridade é exclusivamente tributário, uma vez que se projeta apenas no campo da tributação, seja ele federal, estadual,

³⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 83.

³⁹⁰ SAMPAIO, Francisco Alberto Leite. Anterioridade constitucional tributária como regra ou princípio a partir da Teoria de Robert Alexy. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza**. N. 17, V. 17, ANO 17, 2009. p. 308. Disponível em: <https://revista.pgm.fortaleza.ce.gov.br/index.php/revista1/article/view/298/187>. Acesso em: 18 maio 2020.

³⁹¹ BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

municipal ou distrital”³⁹². O princípio da anterioridade visa que seja vedada a imposição de tributos sobre fatos geradores ocorridos no próprio exercício financeiro em que foi publicada a lei que torna exigível a cobrança, só admitindo a tributação sobre os fatos ocorridos a partir do exercício seguinte e observados os noventa dias. Importante ressaltar que os dois requisitos, em regra, são cumulativos.

A respeito da cumulatividade, ensina Difini³⁹³ “As exigências são cumulativas. A regra geral é de que os tributos se sujeitam à anterioridade de exercício e ainda só podem ser exigidos noventa dias após a publicação da lei que os instituiu ou aumentou”.

Ressalta-se que o princípio estabelece um intervalo mínimo entre a publicação da lei e a efetiva cobrança do tributo, não tendo qualquer relação com a entrada em vigor da lei tributária, observando a relação da anterioridade com a vigência da lei. Conforme preleciona Mazza³⁹⁴:

O Texto Constitucional afirma que a anterioridade se posiciona entre “publicação” da lei e a “cobrança” do tributo. Ao contrário do que muitos pensam a anterioridade não impede que a lei tributária entre em vigor na data de sua publicação. “Entrar em vigor na data de sua publicação” é o fenômeno da vigência, o que não significa necessariamente que o tributo seja efetivamente cobrado com base na lei nova. Inexiste qualquer relação entre anterioridade e vigência.

Portanto, mesmo que a lei instituidora ou majoradora do tributo seja publicada e entre em vigor na mesma data da sua publicação, não haverá afronta ao princípio da anterioridade desde que a cobrança do tributo somente seja realizada no exercício seguinte (anterioridade anual) e observado o intervalo mínimo de noventa dias (anterioridade nonagesimal).

1.1 Princípio da Anterioridade Anual

O princípio da anterioridade na sua modalidade anual ou comum, está previsto no artigo 150, inciso III, alínea “b” da Constituição Federal de 1988, e enuncia a vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de cobrarem tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Essa segurança é importante para que não haja tanta turbulência como ocorre no direito eleitoral, a exemplo da Emenda Constitucional nº 16/97 da reeleição.

³⁹² CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 175.

³⁹³ DIFINI, Silveira, Luiz Felipe. **Manual de Direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 75.

³⁹⁴ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 218-219.

Quanto ao seu conceito, ensina Sabbag³⁹⁵

O Princípio da Anterioridade Anual determina que os entes tributantes (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) não podem cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei majorada ou instituidora do tributo.

Na doutrina de Amaro³⁹⁶ o exercício financeiro “é o período de tempo para o qual a lei orçamentária aprova a receita e a despesa pública. Em regra, os orçamentos são anuais”. O exercício financeiro deve ser compreendido como ano fiscal, complementa Sabbag³⁹⁷.

1.2 Princípio da Anterioridade Nonagesimal

A Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, alterou o Sistema Tributário Nacional, incluindo a alínea “c” ao inciso III do artigo 150 da CF/88, fazendo com que além da proibição da cobrança do tributo no mesmo exercício financeiro, vedou-se também a cobrança do tributo antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Com a inserção da alínea “c”, o princípio, antes conhecido somente pela sua anterioridade na forma anual, previsto no art. 150, III, b, passou a ter uma nova modalidade, a nonagesimal, prevista no art. 150, III, c. Em relação à anterioridade mitigada, preleciona Carvalho:

A experiência brasileira, entretanto, demonstrou a incapacidade de esse princípio, sozinho, resguardar os administrados contra as providências fiscais tomadas ao final do exercício financeiro. Essa a razão pela qual o constituinte derivado, por meio da Emenda Constitucional n.42, de 19 de dezembro de 2003, acrescentou a alínea c ao inciso III do artigo 150³⁹⁸.

Antes da Emenda, o ordenamento jurídico brasileiro só contava com a anterioridade anual (comum) regendo as regras de tributação em relação ao período que era necessário ser observado para a cobrança do tributo. Entretanto, publicavam a lei no final do ano e começavam a cobrar o tributo no início do outro ano civil, fazendo com que o contribuinte não dispusesse do tempo razoável e necessário para programar o seu orçamento.

³⁹⁵ SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 98-99.

³⁹⁶ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 143.

³⁹⁷ SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

³⁹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.168.

O princípio da anterioridade, também conhecido como princípio da não surpresa foi instituído com a finalidade de dar um “prazo de respiro” ao contribuinte, para que o mesmo possa se preparar economicamente. Diante disto, verifica-se a necessidade de existir um intervalo mínimo entre a publicação da lei que cria ou majora o tributo e a data de sua efetiva exigência.

1.3 Revogação das Isenções

As isenções só podem ser concedidas por lei e, por consequência, somente por lei é que podem ser revogadas. No momento em que uma isenção é revogada, o contribuinte fica sujeito à cobrança do tributo que antes não lhe era devido, pois este se encontrava protegido dentro da esfera de incentivo fiscal, mas fica vulnerável após a revogação³⁹⁹. A revogação é o instituto por meio do qual uma norma jurídica perde a sua vigência, ficando sem obrigatoriedade.

Conforme o art. 178 do CTN, as isenções podem ser revogadas a qualquer tempo, salvo as isenções onerosas que têm prazo certo e condições determinadas. A regra prevalente é da revogabilidade plena das isenções. Sabbag⁴⁰⁰ faz uma breve menção entre a diferença de a lei ser atingida pela revogação e a isenção não ser afetada, o que nos permite concluir que mesmo que a lei seja revogada, extinguindo assim a isenção a qual era concedida, o contribuinte continua se utilizando da isenção, pois o que se revoga é a lei e não a isenção.

Nota-se, com clareza meridiana, que as isenções concedidas por prazo certo e em função de determinadas condições não podem ser revogadas. Não há dúvida: não se pode admitir que o contribuinte-beneficiário venha a ser surpreendido com uma revogação do benefício, de modo inopinado, frustrando-lhe a sensação de confiança que projeta na relação que o une ao Estado tributante e, agora, isentante. Curiosamente, insta mencionar que se a isenção, neste caso, é irrevogável, a lei que a veicula não o é. A lei pode ser sempre revogada. Em verdade, havendo revogação de uma lei que veicula isenção onerosa, todos aqueles que experimentavam o benefício antes da revogação, tendo cumprido os requisitos que o legitimam a tanto, deverão manter-se fruindo a benesse legal, pelo prazo predeterminado, mesmo após a data de revogação da norma. De modo oposto, esgotado o prazo estipulado para a isenção, cessa para o beneficiário o direito à isenção, mesmo que a lei não tenha sido revogada. Insistimos, então: revoga-se a lei; a isenção onerosa, não.

De modo diverso, Rosa Júnior⁴⁰¹ entende que nos casos de revogação da lei isentiva, o benefício também seria revogado, devendo o contribuinte ser indenizado pelos prejuízos que

³⁹⁹ As revogações podem ser classificadas e analisadas em relação ao seu conteúdo em dois tipos: abrogação, quando ocorre a revogação total de seu conteúdo, não aproveitando nada do que estava em vigor; derrogação, quando ocorre apenas a revogação parcial da lei.

⁴⁰⁰ SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 961.

⁴⁰¹ ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 594.

tenham sido ocasionados com a dita revogação. Ou seja, a revogação não pode prejudicar o contribuinte. Partilha do mesmo entendimento, Paulo de Barros Carvalho⁴⁰² ao admitir que as isenções onerosas, em nome do interesse público, poderiam ser revogadas, desde que fosse concedida ao contribuinte justa indenização pelos prejuízos do inadimplemento contratual. Acontece que esse entendimento não prevalece mais nos dias atuais.

O legislador constituinte já havia tratado do tema em questão ao se manifestar acerca da consequência jurídica da revogação de isenção concedida sob condição e com prazo determinado, no artigo 41, §2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)⁴⁰³, ratificando assim a ideia vislumbrada no artigo 178 do CTN.

O Supremo Tribunal Federal, antes do advento do Código Tributário Nacional, já firmara jurisprudência no sentido da irrevogabilidade de isenções concedidas sob condição onerosa⁴⁰⁴. Ressalta-se que a isenção condicionada estipula prazo e condições para a sua concessão e a princípio é irrevogável, gerando *direito adquirido* para o contribuinte. Segundo esse aspecto, Silva⁴⁰⁵ leciona:

Há na doutrina uma discussão quanto à irrevogabilidade das isenções. Uns entendem que não há regra proibitiva da revogação, mas, em sendo, deveria, pelo menos, ser resguardado o *direito adquirido*. Outros entendem, ainda, que mesmo nessas situações não caberia essa garantia, tendo em vista a supremacia do interesse público sobre o particular, restando na hipótese, simplesmente, a indenização pelos prejuízos eventualmente causados por esse ato.

Ademais, para que as consequências da norma revogadora sejam observadas e incidentes sobre a isenção, surtindo seus efeitos, é necessário que o requisito *tempo e condição* estejam presentes de forma cumulativa. A Lei Complementar n. 24/1975 alterou a redação do art. 178 do CTN, trocando o “ou” por um “e”, de sorte que a irrevogabilidade da isenção passou a depender de dois requisitos: prazo certo e em função de certas condições⁴⁰⁶.

Em relação à revogação das isenções onerosas, dotadas de prazo e condições, após cessado os requisitos, a sua revogação tem eficácia imediata, podendo o tributo ser cobrado no mesmo curso do mesmo exercício financeiro, não precisando ser respeitado o princípio da

⁴⁰² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 577.

⁴⁰³ ADCT. Art. 41. Os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis. § 2º. A revogação não prejudicará os direitos que já tiverem sido adquiridos, àquela data, em relação a incentivos concedidos sob condição e com prazo certo.

⁴⁰⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁴⁰⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁴⁰⁶ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

anterioridade na sua forma anual e nonagesimal.

A grande problemática está em relação à revogação das isenções incondicionadas, as quais independem de condição e prazo certo. Na sua revogação, entende o STF da mesma maneira que a revogação de uma isenção condicionada, podendo ser cobrada de forma imediata, sem precisar respeitar o princípio constitucional da anterioridade. A Corte entende que não há uma criação e majoração do tributo, uma vez que o tributo já existia a modo de que já tinha se respeitado a anterioridade no momento da sua instituição.

2 A aplicação do Princípio da Anterioridade Tributária em revogação de isenção incondicionada

Conforme já analisado, em se tratando de isenção onerosa, esta fica proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro de ser revogada, tendo em vista que gera direito adquirido, uma vez que se incorpora ao patrimônio do contribuinte. Contudo, o mesmo não se observa em relação à isenção incondicionada ou não onerosa, sendo totalmente possível a sua revogação.

A isenção incondicionada se trata de um benefício fiscal concedido pelo Poder Público, o qual não exige nenhum tipo de condicionamento, contraprestação por parte do contribuinte e, muito menos, que se estabeleça um prazo determinado para a sua vigência, por estes motivos é que não se pode falar em direito adquirido e como consequência não há impedimento algum para que ocorra a sua revogação. É justamente pelo caráter não oneroso que faz existir a possibilidade da sua revogação mediante lei.

Sendo assim, diante um caso concreto em que uma lei venha a revogar uma isenção incondicionada, o tributo que antes não era cobrado tendo em vista o benefício fiscal que lhe foi concedido, passará a ser cobrado pelo Fisco. Quando isto ocorre, surge um questionamento acerca do momento em que essa cobrança feita pelo Fisco poderá ser realizada. É diante desse quesito apresentado que entra a discussão acerca da observância do princípio da anterioridade. Será que quando ocorrer a revogação de uma lei isentiva, esta devolverá ao Fisco o dever de cobrar do contribuinte de forma imediata ou deverá aguardar o lapso temporal que é assegurado pelo princípio da anterioridade, consagrado na Constituição Federal de 1988? Essas questões serão analisadas em relação as isenções de caráter não oneroso, nas quais ainda se tem uma discussão doutrinária e jurisprudencial de relevância social e jurídica.

2.1 Exegese do artigo 104 do Código Tributário Nacional

Conforme o artigo 178 do CTN, a isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104. Ou seja, segundo o mencionado artigo, a isenção incondicionada ou não onerosa pode ser revogada a qualquer instante, o que não ocorre com as isenções onerosas que como já visto, em regra, são irrevogáveis. Acontece que o artigo supracitado, além de falar da revogabilidade da isenção incondicionada, traz consigo também uma condição que está prevista no art. 104, III do CTN a qual tem de ser respeitada.

Art. 104. Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda:

I - que instituem ou majoram tais impostos;

II - que definem novas hipóteses de incidência;

III - **que extinguem ou reduzem isenções**, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, e observado o disposto no artigo 178. (grifou-se).

Antes de adentrar no estudo do referido artigo, faz-se necessário saber que seu fundamento estava respaldado na Emenda Constitucional n. 18/65, sob a vigência da Constituição Federal de 1946, que estabelecia ser vedado o aumento de tributos no mesmo exercício financeiro de aprovação da lei. Com isso, tem-se que foi esta a emenda a responsável por introduzir o princípio da anterioridade no ordenamento jurídico brasileiro, limitando-o aos impostos sobre o patrimônio ou a renda⁴⁰⁷.

Entretanto, a recepção dessa norma pela Constituição Federal de 1988 é discutida por grande parte da doutrina devido a um problema de redação. Alguns doutrinadores entendem que, pelo fato de a Emenda Constitucional n. 18/1965, a qual era parâmetro de critério do art. 104, ter sido revogada, o artigo, por consequência, também estaria revogado, não sendo recepcionado pela Constituição Federal de 1988, isso porque o princípio da anterioridade tributária, em sua concepção atual, refere-se a todos os tributos, como veremos a seguir.

⁴⁰⁷ Conforme a classificação do CTN, os impostos sobre o patrimônio ou a renda são: Imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR), Imposto predial e territorial urbano, Imposto de transmissão causa mortis e doação (ITCMD), Imposto de transmissão de bens imóveis (ITBI), Imposto de renda (IR), Imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA) e Imposto sobre grandes fortunas (IGF). Ressalta-se que esses dois últimos não estão regulamentados pelo CTN.

Foi apenas com o advento da EC n. 1/1969, sob a vigência da Constituição de 1967, que o princípio da anterioridade, que antes só recaía sobre os impostos, e apenas aos impostos sobre patrimônio ou a renda, fosse estendido aos demais tributos, com a previsão de algumas exceções, mantidas na Constituição Federal de 1988.

Diferentemente, a doutrina majoritária entende que, embora o art. 104 não tenha sido revogado, o dispositivo do CTN deve receber uma nova interpretação, abrangendo os demais tributos, de forma a se adaptar ao disposto no texto constitucional de 1988. De acordo com esse entendimento, a referência à vigência da lei, ao invés de sua eficácia, seria apenas uma atecnia legislativa, como tantas outras existentes em nosso ordenamento. Nessa esteira, Carvalho esclarece:

a restrição [da regra do art. 104 aos impostos sobre o patrimônio e a renda] prevaleceu apenas até o início da vigência da Carta de 1967, quando o constituinte retomou, com entusiasmo, a linha de primazia da anterioridade. A partir de então o âmbito de abrangência do citado art. 104, III, **passou a ser pleno**, estendendo-se a qualquer espécie de tributo⁴⁰⁸.

Luciano Amaro⁴⁰⁹, no mesmo sentido, considera que “aquilo que, na época, era aplicável apenas aos tributos sobre renda e patrimônio hoje deve ser entendido como abrangente de todos os tributos protegidos pelo princípio da anterioridade”.

Os três incisos do artigo 104 do Código Tributário Nacional são complementares entre si. No primeiro, é feita referência aos dispositivos que instituem ou majoram tributos. Relembrando Hugo de Brito Machado:

Tanto pode haver instituição, como majoração, mediante a definição de novas hipóteses de incidência, como mediante a supressão de hipótese de isenção, como mediante o aumento da base de cálculo, ou da alíquota correspondente. Não importa o meio, ou forma, que o legislador tenha utilizado para criar ou para aumentar o ônus tributário, o dispositivo legal que o fizer somente entrará em vigor no primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que for publicado⁴¹⁰.

Para o referido autor, é necessário que não se faça apenas interpretação literal do dispositivo, mas também que seja apreciado em conformidade com a Constituição e seu prazo de noventa dias para a criação ou alteração de contribuições de previdência social.

⁴⁰⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 578.

⁴⁰⁹ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 313.

⁴¹⁰ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 129.

Quanto ao inciso II do art. 104, a definição de novas hipóteses de incidência do tributo é uma forma de proporcionalizar a sua majoração, pois implica fazer com que o tributo atinja fatos anteriormente não tributados. Conforme Hugo de Brito Machado:

A intenção do legislador parece ter sido afastar o argumento literalista com o qual alguém poderia pretender justificar a incidência imediata de norma definidora de nova hipótese de incidência de um tributo ao argumento de que este não estaria sendo instituído, porque já existente, nem majorado, porque suas bases de cálculo e alíquota permaneceriam inalteradas⁴¹¹.

O inciso III do art. 104 do Código Tributário Nacional exige a aplicação do princípio da anterioridade às leis que extinguem ou reduzem isenções, salvo se a própria lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte. Frisa-se que o STF já tem entendimento sobre o assunto, entretanto passível de mudança, a qual será analisada mais adiante.

De acordo com a tese prevalente na doutrina, portanto, pode-se considerar que o Código Tributário Nacional impõe a observância do princípio da anterioridade tributária anual quando da revogação de uma isenção, independentemente da espécie tributária em questão.

Impende ressaltar que o próprio preceito legal traz duas ressalvas a essa regra. A primeira refere-se aos casos em que a lei revogadora da isenção estabelecer disposição mais benéfica ao contribuinte, ou seja, quando assegurar um marco temporal mais distante que o primeiro dia do exercício seguinte ao da publicação da lei, aumentando a proteção ao contribuinte. A segunda ressalva consiste na referência feita no comando legal à observância do disposto no art. 178.

Tal referência diz respeito às isenções onerosas, concedidas sob determinadas condições e por prazo determinado, as quais são irrevogáveis. A despeito do entendimento da doutrina majoritária, o Supremo Tribunal Federal adotou posição no sentido de que o comando inserto no art. 104, inciso III, não se aplicaria ao ICMS, vez que estaria restrito aos impostos sobre o patrimônio e a renda, o que resultou na edição da Súmula nº 615, como será melhor explicitado adiante.

Opina Valle⁴¹²

⁴¹¹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 130.

⁴¹² VALLE, Maurício Dalri Timm do. O Princípio da Anterioridade Tributária. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 2 (2013), nº 4. p. 3327. Disponível em: <https://blook.pt/publications/journal/ce088eb2e45f/#articles>. Acesso em: 18 maio 2020. Ver também VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O princípio da anterioridade: uma visão da jurisprudência. *Revista de Direito Tributário*. v. 31, jan./mar. 1985, p. 120-122. São Paulo: Malheiros.

É evidente que não estamos, aqui, a tratar do Princípio da Anualidade e tampouco de isenções relativas ao ICM, hoje ICMS. Mas a correta interpretação da Súmula permite concluir que a posição do Supremo Tribunal Federal caminha no sentido de que a revogação de uma isenção não equivale à criação de nova incidência tributária ou seu aumento, não se lhe aplicando o Princípio da Anterioridade.

Entretantes, cabe ainda mencionar a existência de um outro entendimento doutrinário com menor força. Considera que o art. 104 do CTN, exatamente por se referir à vigência da lei e não à sua produção de efeitos, estaria estipulando uma nova garantia ao contribuinte, além da anterioridade, garantia esta que, aí sim, somente seria aplicável aos impostos sobre o patrimônio ou a renda⁴¹³.

2.2 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF

O Supremo Tribunal Federal ainda adota o entendimento da não observância do princípio constitucional da anterioridade tributária na hipótese de revogação de isenções não onerosas. Entende, portanto, que, ocorrendo a revogação de uma dada isenção por lei, o tributo respectivo será prontamente exigível, podendo o contribuinte, antes beneficiado pela norma isentiva, ser imediatamente cobrado pelo Fisco, não havendo que se falar em qualquer lapso temporal a ser respeitado.

O fundamento dessa concepção decorre do conceito de isenção adotado pelo STF, na linha da teoria clássica capitaneada por Rubens Gomes de Souza, que considera a isenção como a dispensa legal do pagamento de tributo devido. Sendo, portanto, a isenção um mero favor legal que obsta a constituição do crédito tributário, não impedindo a ocorrência do fato gerador e o nascimento da obrigação tributária.

Diante desse entendimento, na visão do STF, a revogação desse favor legal não pode ser equiparada à instituição, ou mesmo majoração, do tributo. Isso porque a norma de tributação já teria incidido, de forma que o tributo já existiria. Apenas o seu pagamento teria sido dispensado pela lei isentiva, por meio do impedimento da realização do lançamento.

⁴¹³ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 111.

Em crítica, Valle destaca “Em que pese a questionável posição da Corte Suprema, não são poucos os que entendem que as reduções ou revogações de isenções devem respeito ao Princípio da Anterioridade”⁴¹⁴.

Uma vez extinta a isenção, o tributo volta imediatamente a ser devido, podendo ser prontamente cobrado, ainda que no mesmo exercício financeiro em que ocorreu a revogação, ou antes do período de noventena, conforme jurisprudência abaixo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO: REVOGAÇÃO. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. I – Revogada a isenção, o tributo torna-se imediatamente exigível. Em caso assim, não há que se observar o princípio da anterioridade, dado que o tributo já é existente. II – Precedentes do Supremo Tribunal Federal. III – R.E. conhecido e provido. (STF, RE 204062-2/ES, 2ª Turma, relator Min. Carlos Velloso, j. 27/09/1996).

Essa orientação, há muito tempo firmada, resultou inclusive na elaboração da Súmula nº 615, de 17 de outubro de 1984, referente ao antigo ICM (atual ICMS), com o seguinte teor: “O princípio constitucional da anualidade (art. 153, §29 da Constituição Federal) não se aplica à revogação de isenção do ICM”. Equivocadamente, a Súmula fala em princípio da anualidade, quando, em verdade, faz referência ao princípio da anterioridade tributária. À época da elaboração desse enunciado (ano de 1984), já não mais existia o princípio da anualidade tributária, o qual foi abolido do ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 1/69. A Súmula redigida com base em entendimento do STF de que o art. 104, III, do CTN, mesmo após a ampliação do alcance do princípio da anterioridade a qualquer espécie tributária, teria sua aplicação restrita aos impostos incidentes sobre o patrimônio e a renda, entre os quais não se inclui o ICMS.

Dessa forma, a revogação de uma isenção referente a esse imposto não deveria obediência ao princípio da anterioridade. Para o STF, mesmo com o alargamento do Princípio da Anterioridade promovido pela Emenda Constitucional nº 1/1969 (estendendo-o às demais espécies tributárias), com relação às leis revogadoras de isenções, “a situação continuou inalterada: o princípio constitucional da anualidade [leia-se: anterioridade] não as alcançava, de sorte que a regra do inciso III do artigo 104 do CTN continuava a persistir por força própria (nada impede que a lei declare que a isenção se aplique à observância da anualidade), mas nos limites por ela mesma estabelecidos: isenção quanto a impostos sobre o patrimônio e a renda”.

⁴¹⁴ VALLE, Maurício Dalri Timm do. O Princípio da Anterioridade Tributária. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 2 (2013), nº 4. p. 3327. Disponível em: <https://blook.pt/publications/journal/cc088eb2e45f/#articles>. Acesso em: 18 maio 2020.

A regra geral, portanto, seria que o princípio da anterioridade tributária não alcança a revogação de isenções, tendo em vista não poder tal revogação ser comparada à instituição ou majoração de um tributo. O disposto no art. 104 do CTN se aplicaria por mera força de lei. Ante todo o exposto, pode-se afirmar que, para o Supremo Tribunal Federal, diante da revogação de uma isenção não onerosa, o tributo, como regra, passa a ser imediatamente devido, passível de pronta cobrança pelo Fisco, não havendo qualquer ofensa aos comandos previstos no art. 150, inciso III, alíneas “b” e “c”, da CF/88.

2.3 Entendimento Doutrinário

A doutrina majoritária é de sentido contrário ao entendimento ainda consolidado no STF. A maioria dos doutrinadores entende que caso uma lei isentiva seja revogada, a mesma não pode exigir a cobrança imediata do tributo, devendo observar e respeitar o princípio da anterioridade tanto em relação ao exercício financeiro seguinte como a noventena. Referido entendimento encontra respaldado na equiparação da hipótese de revogação da isenção à hipótese de instituição, ou majoração, do tributo. Revogar uma norma isentiva equivaleria a editar uma norma de incidência.

Para José Souto Maior Borges⁴¹⁵, a extinção ou redução de isenções importa em ampliação da área de incidência do tributo, pela captação de matéria imponible até então devida total ou parcialmente, de forma a estarem alcançadas pela regra da anterioridade.

No mesmo sentido, Hugo de Brito Machado⁴¹⁶, defende que a lei isentiva retira uma parcela da hipótese de incidência da lei de tributação, assevera que a revogação dessa lei que concede isenção equivale à criação de tributo, por isto devendo ser observado o princípio constitucional da anterioridade. Defende que havendo uma revogação, não há motivos para não se sujeitar à anterioridade, tendo em vista que quando ocorre a revogação de uma isenção, esse ato se equivale, em todos os aspectos, à edição de lei instituindo novo tributo.

Kiyoshi Harada⁴¹⁷ sustenta que, “salvo quando concedida por prazo certo, pode ela [a isenção] ser revogada a qualquer tempo, observado, entretanto, o princípio da anterioridade”.

⁴¹⁵ BORGES, José Souto Maior. **Isenções Tributárias**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969. p. 109.

⁴¹⁶ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 244.

⁴¹⁷ HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 568.

Para Luciano Amaro⁴¹⁸, a diferença entre a revogação de norma isentiva e a edição de norma de incidência seria apenas de técnica legislativa. As duas se equivaleriam. Explica o referido autor:

Se o fato “a” estava fora do campo da incidência (porque ele, pura e simplesmente, não fora abrangido pela regra de incidência, ou porque, embora abrangido pelo gênero tributado, fora excepcionado da incidência por norma de isenção), tanto a edição de regra que o tribute como a revogação da norma que o isentava implica seu ingresso no rol dos fatos tributáveis.

Nesse sentido, entende o autor que a revogação de isenção, por ter o mesmo efeito da edição da regra de tributação, é sujeito à aplicação da anterioridade tributária, como prevê o art. 104, III do CTN que inclusive acabou tendo a intenção de ir contra o entendimento da jurisprudência, ainda majoritária, que entende que a revogação de isenção não se equiparia à criação de tributo novo.

No mesmo sentido, Aliomar Baleeiro⁴¹⁹ assevera que, por força do art. 104, III, do CTN, a lei que revoga total ou parcialmente uma isenção não tem eficácia imediata, só sendo executada no primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que ocorra a sua publicação.

Roque Carrazza⁴²⁰ explica de outra maneira a necessidade de se observar a anterioridade tributária em sede de revogação de isenção. Para o autor, a vedação do efeito repristinatório da lei, prevista no art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conduz ao entendimento de que a lei de tributação, ao sofrer a incidência da norma isentiva, teria sido revogada, não podendo voltar a produzir efeitos diante de uma posterior revogação da isenção.

A lei revogadora da isenção, portanto, equivaleria à criação de uma nova hipótese de incidência tributária, sujeitando-se ao princípio da anterioridade. Assim sendo, segundo Carrazza⁴²¹:

A lei que concede uma isenção revoga (no todo ou em parte) lei anterior que mandava tributar (se e quando ocorrido determinado fato). Pois bem, revogada a lei isentante, nem por isto a primitiva lei tributária voltará a vigorar. Por quê? Simplesmente porque não há o chamado efeito repristinatório no direito tributário brasileiro. [...] De conseguinte, revogada a lei isentiva, e restabelecido o dever de

⁴¹⁸ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 311.

⁴¹⁹ BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 951.

⁴²⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 242.

⁴²¹ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 242.

pagar o tributo – pela nova lei, que o recria –, é inafastável a incidência do princípio da anterioridade, que encerra, para o contribuinte, uma garantia de estabilidade da ordem jurídica.

Após análise, nota-se que o entendimento doutrinário é firme no que tange à ofensa ao princípio da anterioridade previsto no art.150, III, “b” e “c”, caso após uma revogação de isenção, o tributo seja cobrado de forma imediata sem observar o lapso temporal consagrado pelo princípio da anterioridade tributária.

Considerações finais

O princípio constitucional da anterioridade tem por finalidade preservar o contribuinte diante de potenciais efeitos imediatos de leis novas que venham a onerá-lo mais pesadamente. Ou seja, vedar a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro e antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Tal postulado é considerado verdadeira cláusula pétrea, insuscetível de supressão via emenda constitucional, sendo corolário do princípio da segurança jurídica, de modo que tem por finalidade proteger o cidadão contribuinte de alterações tributárias mais gravosas que possuam aplicação imediata.

Entretantes, não se pode retirar do seu âmbito de aplicação as hipóteses de revogação de isenção incondicionada, tendo em vista que uma lei revogadora de isenção, sem dúvidas, acarreta o aumento da carga tributária a qual está sujeito o contribuinte, trazendo, assim, um novo ônus tributário e agravamento da sua situação financeira.

A natureza jurídica da isenção ainda não é conceituada de forma unânime entre doutrina e jurisprudência. Entendendo parte dos doutrinadores que a isenção faz parte do campo da não incidência da norma tributária, enquanto o Supremo Tribunal Federal entende que pertence ao campo da incidência. Diante desta divergência, ao ocorrer a revogação de uma isenção incondicionada, o STF vem adotando o posicionamento de cobrança imediata do tributo, pois a isenção apenas se caracterizaria como uma dispensa legal do pagamento.

É frequente o entendimento de que, consoante a tese adotada para definir o instituto da isenção, varia a conclusão acerca da necessidade de observância ou de não observância do princípio da anterioridade tributária na hipótese de revogação de isenções. Partindo-se de premissas diferentes, chegar-se-ia a conclusões diferentes.

Adotando-se a tese clássica, que considera a isenção como a dispensa legal do pagamento de tributo devido, a conclusão seria pela não aplicação da anterioridade. Isso porque se entende que, na hipótese de uma isenção, a norma de tributação já teria incidido, propiciando a ocorrência do fato gerador e o surgimento da obrigação fiscal. A isenção impediria apenas a constituição do crédito tributário por meio do procedimento de lançamento. Por conseguinte, com a revogação da norma isentiva, a obrigação fiscal, que já era existente, poderia ser imediatamente exigida pelo Fisco, não podendo ser comparada à majoração ou instituição de um novo tributo.

Em contrapartida, de acordo com a tese doutrinária mais recente, a isenção corresponderia a uma hipótese de não incidência tributária, ou seja, impediria a incidência da norma de tributação. À vista disso, não haveria a ocorrência do fato gerador e nem o surgimento da obrigação fiscal. Nesse sentido, a revogação da norma isentiva equivaleria à nova instituição do tributo, não podendo haver a cobrança antes do lapso temporal imposto pelo princípio da anterioridade.

O posicionamento adotado pelo STF acerca do assunto, permitindo que seja realizada a cobrança imediata de um tributo, após a revogação de uma isenção, fere gravemente o princípio constitucional da anterioridade, bem como todos os valores que esse princípio busca proteger. Conforme já destacado, ainda que o STF entenda que o instituto da isenção não impede a incidência da norma de tributação, com o consequente nascimento da obrigação tributária, esse pensamento não exclui a observância do preceito constitucional contido no art. 150, inciso III, alíneas “b” e “c”, da CF/88. Ademais, é inegável o fato de que, independentemente de já ter ou não incidido a norma impositiva tributária, a consequência da extinção da isenção será a mesma, ou seja, a surpresa negativa com o aumento da carga tributária.

Portanto, independentemente da tese doutrinária que se deseje utilizar para conceituar o instituto da isenção, deve-se ponderar a necessidade de se observar o princípio constitucional da anterioridade tributária. Nesse sentido, ainda que seja adotada a definição de isenção como um mero favor legal, dispensando o pagamento do tributo – como o faz o STF –, a anterioridade deve ser respeitada, sob pena de afrontar diretamente o texto constitucional. Importa frisar que o Supremo Tribunal Federal não mudou seu posicionamento até o mês e ano de formuladas as considerações finais do presente artigo, qual seja, maio de 2020.

Sendo a doutrina fonte do direito e observando que o Brasil não adota o sistema *Common Law*, o posicionamento mais benéfico ao contribuinte ganha espaço. Entretanto, espera-se uma mudança no entendimento do STF.

Referências

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BORGES, José Souto Maior. **Isonções Tributárias**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965**. Reforma do Sistema Tributário. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc18-65.htm. Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003**. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc42.htm. Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 204062-2/ES**. Constitucional. Tributário. Isonção: Revogação. Princípio da Anterioridade. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=239143>. Acesso em: 23 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 18 de setembro de 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 14 set. 2019.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 14 set. 2019.

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

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975**. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenção do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/LCP/Lcp24.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Súmula nº 615**. O princípio constitucional da anualidade (§ 29 do art. 153 da CF) não se aplica à revogação de isenção do ICM. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700. Acesso em: 15 ago. 2019.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIFINI, Silveira, Luiz Felipe. **Manual de Direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAMPAIO, Francisco Alberto Leite. Anterioridade constitucional tributária como regra ou princípio a partir da Teoria de Robert Alexy. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza**. N. 17, v. 17, ano 17, 2009. p. 295-318. Disponível em: <https://revista.pgm.fortaleza.ce.gov.br/index.php/revista1/article/view/298/187>. Acesso em: 18 maio 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

VALLE, Maurício Dalri Timm do. O Princípio da Anterioridade Tributária. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 2 (2013), nº 4. p. 3327-3342. Disponível em: <https://blook.pt/publications/journal/ce088eb2e45f/#articles>. Acesso em: 18 maio 2020.



Diálogo
Ambiental
Constitucional
Internacional

INTERNACIONAL

Proteção indireta do direito ao meio ambiente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*

Indirect protection of the right to the environment in the Inter-American Human Rights System

Ana Maria D'Ávila Lopes

Doutora em Direito Constitucional, pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq – PQ2.

Lucas Vieira Barjud Marques

Graduando do Curso de Direito, pela Universidade de Fortaleza.

Marina Andrade Cartaxo

Mestre e Doutora do Programa de Pós-Graduação em Direito, pela Universidade de Fortaleza. Professora do Curso de Direito, pela Universidade de Fortaleza.

*Pesquisa financiada pelo Edital do Programa de Apoio a Grupos de Pesquisa da Universidade de Fortaleza – Edital R. nº 30/2017.

RESUMO

Apesar da sua importância para a proteção da dignidade da pessoa humana, o direito ao meio ambiente não se encontra previsto expressamente nos principais documentos internacionais, em virtude do seu desenvolvimento teórico ter sido posterior à aprovação desses instrumentos. Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho foi demonstrar a importância da proteção indireta ou reflexa para atualização das normas internacionais de direitos humanos, ampliando os direitos a serem garantidos, a exemplo do direito ao meio ambiente. Para tal, realizou-se pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial em fontes nacionais e internacionais, apresentando, inicialmente, os contornos conceituais do instituto. Seguidamente, a partir da análise de jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, evidenciou-se sua importância. Finalmente, mostrou-se a relação da proteção indireta com a mutação normativa, passando, também, a discutir sua associação com o ativismo judicial. Concluiu-se, pela relevância da proteção indireta na ampliação e atualização do leque de direitos humanos na órbita internacional.

Palavras-chave: Meio Ambiente. Proteção Indireta. Proteção Reflexa. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Mutação Normativa.

ABSTRACT

In spite of its importance for the protection of the dignity of the human person, the right to the environment is not expressly provided for in the main international documents, because its theoretical development was subsequent to the approval of these instruments. In this context, the objective of this work was to demonstrate the importance of indirect or reflex protection to update international human rights norms, extending the rights to be guaranteed, such as the right to the environment. For this purpose, bibliographical, legislative and jurisprudential research was carried out in national and international sources, presenting, initially, the conceptual outlines of the institute. Subsequently, from the analysis of jurisprudence of the Inter-American System of Human Rights, its importance was evidenced. Finally, the relationship between indirect protection and normative mutation was shown, and also discussed its association with judicial activism. It was concluded, due to the relevance of indirect protection in expanding and updating the range of human rights in the international orbit

Keywords: Environment. Indirect Protection. Reflex Protection. Inter-American System of Human Rights. Normative Mutation.

Introdução

Os tribunais internacionais, em matéria de direitos humanos, têm sua razão de existência em um objetivo complexo, mas de fácil percepção, qual seja, a construção de um espaço para o pleno gozo dos valores inerentes à dignidade humana.

É complexo tal objetivo por envolver uma série de fatores que dificultam seu alcance, como as distintas concepções políticas econômicas, sociais e culturais entre os Estados que se submetem à sua atuação. Nesse sentido, tais diferenciações repercutem sobre todo o sistema de proteção, desde a elaboração até a aplicação da norma, sendo, por muitas vezes, controversa a fixação dos direitos a serem protegidos e os modos de proteção a eles vinculados.

Inobstante os direitos presentes nos documentos internacionais serem frutos de uma escolha pelos Estados, a violação à dignidade humana não se restringe a eles, haja vista a série de fatores externos, especialmente políticos, a incidirem na sua formulação.

Desse modo, em muitas situações, os tribunais, globais e regionais, de proteção ao ser humano não encontram nas cartas normativas às quais se vinculam mecanismos suficientemente abrangentes para responder a todas as demandas que lhes são submetidas, tendo que recorrer a vários mecanismos de integração dessas lacunas no sistema.

Dentre esses mecanismos está a proteção indireta ou reflexa de direitos, a ser examinada no presente trabalho, como forma de evidenciar a sua importância na proteção do direito ao meio ambiente, cuja ausência e insuficiência nos documentos internacionais de direitos humanos é manifestamente dilacerante.

Com essa finalidade, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental na doutrina, legislação e jurisprudência nacional e internacional, desenvolveu-se a proposta temática, iniciando pelos aspectos conceituais da proteção indireta de direitos, para, seguidamente, expor sua importância e, finalmente, sua inter-relação com outro instituto jurídico de interpretação e aplicação de normas: a mutação normativa.

1 Aspectos conceituais da proteção indireta do meio ambiente

O instituto da proteção indireta de direitos se insere no bojo da Ciência do Direito como mais um instrumento de concretização dos fins aos quais essa se presta, não sendo nada mais do que um meio de proteger valores considerados juridicamente relevantes. A peculiaridade das espécies de meios indiretos de proteção está no fato de, quando do exercício concreto da jurisdição, veicularem a justiciabilidade de direitos não reconhecidos no corpo normativo internacional por meio de direitos reconhecidos.

A definição dos elementos que compõem o instituto é de difícil delimitação, justamente pelo fato de se inserir no âmbito jurisprudencial, estando o fenômeno envolto pelo véu das sentenças das cortes internacionais, caracterizando-o como um meio indireto de proteção de valores. Nesse sentido, segundo Bonet Pérez⁴²², pode-se conceituar a proteção indireta como um critério interpretativo dos tribunais internacionais de direitos humanos, que permite estender a proteção viabilizada pelas convenções e protocolos internacionais a

⁴²² BONET PÉREZ, Jordi. La protección indirecta como instrumento de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Derechos y Libertades**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2016.

direitos que não estão expressamente reconhecidos nesses documentos ou que não possuem justiciabilidade plena, com o fim de garantir a efetividade e a exigibilidade desses direitos.

Nesse sentido, sucinto e completo é o conceito nos termos expostos por Sudre: “*Ce mécanisme de création purement prétorienne a permis aux organes de la Convention européenne des droits de l’homme, on le sait, d’étendre la protection de certains droits à des droits non expressément protégés par la Convention*”⁴²³.

Outra interessante passagem é fornecida por Abramovich:

*Cuando en el derecho interno de los Estados, o bien en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, no existen mecanismos directos de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, una estrategia indirecta consiste en reformular las obligaciones justiciables del Estado en materia de derechos civiles y políticos de manera que sea posible discutir por esa vía la violación*⁴²⁴.

Dado os aspectos conceituais iniciais, podem-se extrair algumas características triviais do instituto: (1) método interpretativo; (2) conectividade; (3) permeabilidade e (4) função de colmatação. Segundo Bonet Pérez⁴²⁵, a proteção indireta mostra-se como um critério interpretativo ao qual recorrem os tribunais internacionais de direitos humanos, com o fito de se estender a esfera de proteção de direitos não reconhecidos nas convenções e protocolos de direitos humanos. De fato, ao se perquirir acerca do cerne da proteção indireta de direitos, é constantemente possível deparar-se mais com aspectos atinentes aos seus fins e efeitos do que com seus modos de aplicação. Isso se deve ao fato de o mecanismo se inserir na prática jurisdicional das cortes internacionais, principalmente no momento em que os juízes buscam delimitar o sentido dos direitos reconhecidos no texto normativo em análise, para subsumi-lo à violação concreta. Assim, não é por acaso que a proteção indireta se mostra como uma clara manifestação de um método teleológico de interpretação normativa, haja vista que os juízes das cortes intentam, por meio dela, possibilitar o pleno gozo de direitos que, inobstante não reconhecidos ou sem justiciabilidade, compõem o conjunto de valores que integram a dignidade do homem.

⁴²³ SUDRE, Frédéric. **La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de L’Homme: un exercice de « jurisprudence fiction »?**.Estrasburgo: Faculté de Strasbourg, 2001, p. 755.

⁴²⁴ ABRAMOVICH, Víctor. Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados. In: DAHER, José Zalaquett (coord.). **Temas de derechos humanos en debate**. Santiago: Universidad de Chile, 2004, p. 28.

⁴²⁵ BONET PÉREZ, Jordi. La protección indirecta como instrumento de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Derechos y Libertades**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2016.

Contudo, não é suficiente o fito de viabilizar a plena exigibilidade dos direitos não reconhecidos, uma vez que a efetividade do mecanismo somente se dará a partir de uma atividade de conexão entre os direitos humanos. Com efeito, é em virtude de o fenômeno caracterizar-se pela atividade de veicular a proteção de um direito humano não reconhecido por meio da proteção de um direito positivado no corpo normativo internacional, que se pode caracterizar uma espécie de comunicabilidade efetivada pela proteção indireta. Desse modo, marcante é a chamada “*conectividad teleológica*” defendida por Bonet Pérez:

*la protección de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH y sus Protocolos puede resultar inefectiva si no se contemplan las implicaciones que los conectan con otros derechos y libertades no expresamente reconocidos, siempre en función del grado de interdependencia existente, y partiendo, por supuesto, de que la tutela de estos otros derechos y libertades se produce solo en relación con el contenido y alcance jurídicos del derecho o libertad reconocidos*⁴²⁶.

Desse modo, como será aprofundado ulteriormente, não se pode omitir a inter-relação entre os direitos humanos, destacando-se que as violações, de uma forma geral, atingem uma complexidade de bem jurídicos, não se limitando a lesões somente em direitos de uma dada dimensão. De fato, é difícil conceber que uma proibição ao pleno exercício de direitos culturais não esteja atrelada a uma violação do direito à liberdade, do mesmo modo que o não provimento de condições dignas de saúde pública não viole o direito à vida.

Outra característica do método da proteção indireta é a permeabilidade, desenvolvida principalmente por Craig Scott, que a define da seguinte forma: “*By permeability I mean, in broad outline, the openness of a treaty dealing with one category of human rights to having its norms used as vehicles for the direct or indirect protection of norms of another treaty dealing with a different category of human rights*”⁴²⁷. Desse modo, relaciona-se com uma espécie de gradiente de conectividade entre os direitos contidos dentro de determinado bloco normativo de direitos humanos, destacando a maleabilidade do sistema, de modo a permitir que se realize uma interpretação extensiva do conteúdo.

Sem um sistema permeável não se viabiliza o uso de métodos interpretativos que possibilitem a extensão do significado dos bens jurídicos reconhecidos, não sendo possível, por conseguinte, que as cortes de direitos humanos usem a proteção indireta como forma de

⁴²⁶ BONET PÉREZ, Jordi. La protección indirecta como instrumento de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Derechos y Libertades**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2016. p. 143.

⁴²⁷ SCOTT, Craig. **The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms**: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights. P. 771. Disponível em: http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol27/iss3/8/?utm_source=digitalcommons.osgoode.yorku.ca%2Fohlj%2Fvol27%2Fiss3%2F8&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 13 jan. 2018.

garantir a exigibilidade de determinados direitos.

Ademais, a proteção indireta ainda tem a função de colmatação, ou seja, possibilita que se preencham lacunas nos microsistemas normativos internacionais. De fato, a positivação de direitos humanos no contexto dos sistemas regionais de direitos humanos se esgota nos textos normativos concretos que os compõem; contudo, a dinamicidade da história humana reclama uma atualização dos valores que compõem a dignidade humana, não sendo possível, em virtude de todo um contexto burocrático e político que rodeia os Estados-membros, a perfeita sintonia entre as situações concretas e os direitos reconhecidos disponíveis. Desse modo, constantemente os juízes irão se deparar com lacunas normativas para viabilizar o pleno gozo da dignidade humana, tendo de buscar nos direitos reconhecidos um caminho para dar uma resposta à situação concreta. É nesse contexto que se insere essa característica da proteção indireta, pois permite que os juízes desenferrujem o complexo normativo no qual se baseiam, atualizando a norma às reivindicações da vida concreta.

Ainda nesse sentido, instrumentos internacionais proclamam em seus textos a necessidade de atualização das formas de efetivar uma proteção devida aos direitos do homem, dentre eles marcante é a passagem da Declaração e Programa de Ação da Conferência de Viena, adotado por consenso por mais de 170 Estados:

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reconhece a necessidade de uma adaptação contínua dos mecanismos das Nações Unidas para os Direitos Humanos às necessidades presentes e futuras de promoção e proteção dos Direitos Humanos, conforme refletidas na presente Declaração e no quadro de um desenvolvimento equilibrado e sustentável para todos os povos. Em particular, os órgãos das Nações Unidas para os Direitos Humanos deverão fomentar a respectiva coordenação, eficiência e eficácia⁴²⁸.

Toda a relevância dos aspectos teóricos levantados se deve principalmente ao fato de que, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o direito ao meio ambiente, assim como os direitos econômicos, sociais e culturais, não possui exigibilidade plena pelo motivo de não contar com o mecanismo de petições individuais, não sendo possível levar ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, nem, por consequência, da Corte Interamericana de Direitos Humanos ofensas ao meio ambiente.

No Sistema Interamericano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de

⁴²⁸ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Viena e Programa de Ação, 14-25 de junho de 1993.** Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20adotado%20pela%20Confer%C3%AAncia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2018.

1969⁴²⁹, apenas prevê direitos civis e políticos, sendo os únicos a serem suscetíveis de uma apreciação jurisdicional e casuística por parte dos órgãos do sistema por meio do mecanismo das petições individuais. Os direitos de demais ordens, como o direito ao meio ambiente, como brevemente explicitado em linhas anteriores, contam com instrumentos diferentes de proteção, principalmente por serem considerados direitos de caráter programático, revelando a necessidade de uma realização progressiva. Desse modo, as principais formas de acompanhamento de sua implementação estão relacionadas a relatórios periódicos enviados pelos Estados-membros, meio de efetividade demasiadamente menor em comparação com as petições individuais, prejudicando a exigibilidade de direitos não civis e políticos perante esse Sistema.

A distinção dos direitos humanos, segundo sua exigibilidade, teve sua origem nos inícios do século XX, quando doutrinariamente atribuiu-se aplicabilidade imediata apenas aos direitos individuais e políticos, em virtude de tão somente exigirem uma atitude abstencionista do Estado, defendendo-se a progressividade dos direitos econômicos sociais e culturais diante da necessidade do intervencionismo estatal para sua aplicação, condicionada aos seus recursos econômicos⁴³⁰. Essa perspectiva foi adotada pela Organização dos Estados Unidos (ONU), ao proclamar, em 1966, dois pactos para acolher; por um lado, o primeiro grupo desses direitos; por outro, o segundo. Nessa mesma linha, a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1969, contendo apenas direitos civis e políticos, e o Protocolo Adicional sobre Direitos Humanos em matéria de econômicos sociais e culturais, “Protocolo de São Salvador”, em 1988⁴³¹.

Na atual conjuntura de fortalecimento da proteção dos direitos humanos, tal distinção se mostra questionável, principalmente quando se tomam os valores da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, reafirmados na Proclamação de Teerã⁴³² e na Declaração de Viena⁴³³. A categorização dos direitos humanos não passa de uma atividade

⁴²⁹ OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. Acesso em: 22 nov. 2017.

⁴³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁴³¹ OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 17 de novembro de 1988. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em: 22 nov. 2017.

⁴³² ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Proclamação de Teerã, de 22 de abril a 18 de maio de 1968. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Conferencias-de-Cupula-das-Nacoes-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁴³³ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Viena e Programa de Ação, 14-25 de junho de 1993**. Disponível em:

pretoriana, sem real valor jurídico e pouco eloquente em relação à perspectiva que se procurou trazer com a universalização dos direitos humanos promovida após a Segunda Guerra Mundial.

Todavia, há de se argumentar que toda a estrutura dos direitos humanos enuncia obrigações complexas, que possuem uma estrutura composta por diversas situações jurídicas, algumas mais próximas de uma perspectiva positiva e outras de uma perspectiva negativa. Nesse sentido, Scott⁴³⁴, fazendo menção à estrutura dos direitos de segunda e terceira gerações, indica que se podem perceber quatro espécies de deveres a serem levados em consideração: (1) obrigação de respeitar; (2) obrigação de proteger; (3) obrigação de garantir; e (4) obrigação de promover. O autor esclarece que o primeiro dever é classicamente enquadrado como de caráter negativo, aproximando-se dos direitos civis e políticos, enquanto os três outros deveres reclamam uma postura positiva do Estado.

Nesse sentido, direitos tidos como plenamente negativos, como o direito à liberdade, também possuem toda essa complexidade de obrigações, reclamando uma posição ativa do Estado, de modo a possibilitar que sejam exercidos por seus destinatários. Exemplificativamente, para o pleno gozo do direito à propriedade, faz-se necessário que o ente estatal promova a mobilização de um corpo burocrático responsável por tarefas, como registro, transferência, entre outras. Não haveria a menor possibilidade de exercer tal direito sem que existissem modos de garantir a idoneidade e manutenção da coisa objeto do direito.

la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares⁴³⁵.

Desse modo, o direito ao meio ambiente, assim como os demais direitos humanos, não pode simplesmente ser taxado como negativo ou positivo, assim como não pode ter sua exigibilidade jurídica tolhida simplesmente por enunciar mais caracteres de matriz positiva do que negativa, até porque a maior parte das violações quanto ao direito ao meio ambiente está

<https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declaraç%20e%20Programa%20de%20Acç%20adoptado%20pela%20Conferência%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁴³⁴ SCOTT, Craig. **The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights.** Disponível em: http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol27/iss3/8/?utm_source=digitalcommons.osgoode.yorku.ca%2Fohlj%2Fvol27%2Fiss3%2F8&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 13 jan. 2018.

⁴³⁵ ABRAMOVICH, Victor. Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados. In: DAHER, José Zalaquett (coord.). **Temas de derechos humanos en debate.** Santiago: Universidad de Chile, 2004. p. 24-25.

relacionada ao não respeito (obrigação negativa) por parte da iniciativa privada ou do próprio Estado do equilíbrio próprio da natureza. Exemplificando, têm-se os casos *Awas Tingni Mayagna (Sumo) vs. Nicarágua*⁴³⁶ e *Povo Indígena Kichwa de Sarayakuvs. Equador*⁴³⁷, mais à frente profundamente examinados, tendo, em ambos, o Estado ficado inerte ante a violação e até mesmo tendo também ferido o direito ao meio ambiente das respectivas comunidades indígenas.

Ademais, a partir da análise dos pontos conclusivos de algumas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pode-se perceber que as condenações em casos em que há o uso do mecanismo da proteção indireta, mesmo sendo levantados como violações a direitos civis e políticos, demandam dos Estados prestações de caráter positivo, tradicionalmente referido a direitos de segunda e terceira gerações. Desse modo, percebe-se que a Corte tem condenado os Estados por violações a direitos reconhecidos em obrigações de fazer, demandando o destaque orçamentário e a modificação do direito interno, mesmo sendo essas justificações para a impossibilidade de se aplicar a apreciação jurisdicional direta aos direitos econômicos, sociais, culturais e referentes à fraternidade, como o meio ambiente.

Dessarte, no caso da comunidade *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*, acima citado, assim como nos casos do *Povo Saramaka vs. Suriname*, de 2007⁴³⁸, e da *Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, de 2005⁴³⁹, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que o Estado demarcasse ou identificasse a faixa territorial pertencente às comunidades indígenas. Ainda referente ao segundo caso (*Povo Saramaka Vs. Suriname*), decidiu-se pelo dever de o Estado outorgar aos membros do povo *Saramaka* o reconhecimento legal da capacidade jurídica coletiva referente à respectiva comunidade, com o fito de se garantir o pleno exercício dos direitos sobre o território e o acesso à justiça, e a

Eliminar ou modificar as disposições legais que impeçam a proteção do direito à propriedade dos membros do povo *Saramaka* e adotar, em sua legislação interna e através de consultas prévias, efetivas e plenamente informadas com o povo

⁴³⁶ CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso AwasTingniMayagna (“Sumo”) Vs. Nicaragua**. Sentença de 31 de agosto de 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf Acesso em: 9 jan. 2018.

⁴³⁷ CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador**. Sentença de 27 de junho de 2012. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf Acesso em: 9 jan. 2018.

⁴³⁸ CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname**. Sentença de 29 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/cc1a1e511769096f84fb5effe768fe8c.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁴³⁹ CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da Comunidade YakyeAxa Vs. Paraguai**. Sentença de 17 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/357a11f7d371f11c8a840b78dde6d3e7.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2018.

Saramaka, medidas legislativas ou de outra natureza necessárias a fim de reconhecer, proteger, garantir e efetivar o direito de titularidade de direitos de forma coletiva sobre o território que tradicionalmente ocuparam e utilizaram ao povo Saramaka, o que inclui as terras e os recursos naturais necessários para sua subsistência social, cultural e econômica, bem como administrar, distribuir e controlar efetivamente este território, de acordo com seu direito consuetudinário e sistema de propriedade comunal e sem prejuízo de outras comunidades indígenas e tribais⁴⁴⁰.

Quanto ao caso da Comunidade Yakye Axa Vs. Paraguai, a Corte ainda condenou o Estado no fornecimento de bens e serviços básicos necessários à subsistência, enquanto os membros da Comunidade Yakye Axa se encontrarem sem suas terras. Não suficiente, determinou-se na sentença que o Paraguai deveria criar um fundo designado à aquisição das terras historicamente pertencentes aos indígenas e um programa de desenvolvimento comunitário⁴⁴¹.

No mesmo contexto, existem casos na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em que se determinaram obrigações de modificação de disposições normativas de direito material e processual interno, como nos casos Yatama vs. Nicarágua, no qual a Corte estipulou que o Estado deveria reformular, com o fim de tornar mais clara e de viabilizar a participação dos membros das comunidades indígenas e étnicas, a Lei Eleitoral nº 331, de 2000⁴⁴², e González e outras vs. México, em que se afixou a obrigação de

continuar com a padronização de todos os seus protocolos, manuais, critérios de investigação, serviços periciais e de aplicação de justiça, utilizados para investigar todos os crimes que sejam relacionados a desaparecimentos, violência sexual e homicídios de mulheres, em conformidade com o Protocolo de Istambul, o Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias das Nações Unidas e os padrões internacionais de busca de pessoas desaparecidas, com base em uma perspectiva de gênero⁴⁴³.

⁴⁴⁰ CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname**. Sentença de 29 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/cc1a1e511769096f84fb5effe768fe8c.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁴⁴¹ CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da Comunidade YakyeAxavs. Paraguai**. Sentença de 17 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/357a11f7d371f11c840b78dde6d3e7.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁴⁴² CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Yatama Vs. Nicarágua**. Sentença de 23 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/b3b2dcefe29f27b2984178160015c3ba.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁴⁴³ CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México**. Sentença de 16 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf. Acesso em: 9 jan. 2018.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já chegou a determinar que se implantassem programas sociais de repercussão geral interna, como nos casos *Ximenes Lopes vs. Brasil*⁴⁴⁴, em que se fixou que o Estado brasileiro deveria prosseguir com o desenvolvimento de um programa de formação e capacitação de médicos, psiquiatras, psicólogos, enfermeiros, auxiliares de enfermagem e para todos os demais vinculados ao tratamento da saúde mental, com especial atenção acerca dos princípios que regem o trato dos indivíduos portadores de alguma enfermidade mental, conforme os padrões internacionais, e no já citado caso *González e outras vs. México*, no qual se determinou que o Estado deva implantar um programa de educação, de caráter geral, destinado a superar a situação da violência sexual contra a mulher⁴⁴⁵.

Dado isso, quanto às obrigações contidas no bojo dos direitos humanos, pode-se concluir que: (1) não é regra que os direitos de segunda e terceira gerações possuam caráter positivo, e os de primeira geração possuam perspectiva negativa; (2) em virtude da própria complexidade dos direitos humanos, violações a direitos de segunda ou terceira gerações podem gerar um ambiente inóspito para o gozo dos direitos reconhecidos.

Sob esse ponto de vista, pelo menos em tese, não deveria existir óbice a que os órgãos jurisdicionais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos examinassem violações a direitos econômicos, sociais, culturais e de fraternidade, senão considerando as especificidades econômicas e sociais dos Estados. Tratando-se de Estados de condição econômica não tão desprivilegiada, não há porque deixar de admitir que a Corte condene pelo menos na garantia do mínimo existencial, ou seja, no caso de os Estados não terem garantido os direitos humanos em um mínimo compatível com o respeito à dignidade de todos seus cidadãos. Contudo, tem prevalecido a recorrente tese da não justiciabilidade desses direitos, tendo os juízes desse Tribunal que travestir as sentenças de meios indiretos de proteção para condenar os Estados por tais violações.

2 A importância da proteção indireta de direitos: aporte para a efetivação da indivisibilidade dos Direitos Humanos

A indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos estão entre os principais desafios emanados da nova era da universalização dos direitos do homem, iniciada após as

⁴⁴⁴ CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil.** Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁴⁴⁵ CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México.** Sentença de 16 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf. Acesso em: 9 jan. 2018.

atrocidades da Segunda Guerra Mundial. Após um período de condicionamento da titularidade de direitos, em que a posição de sujeitos de direitos estava associada a uma determinada raça considerada superior, uma mudança de rumos foi necessária, caracterizando-se o período pós-guerra por uma grande reconstrução dos direitos humanos, agora guiados por novos paradigmas:

É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Ao cristalizar a lógica da barbárie, da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, a Segunda Guerra Mundial simbolizou a ruptura com relação aos direitos humanos, significando o Pós Guerra a esperança de reconstrução destes mesmos direitos⁴⁴⁶.

É, em virtude desse contexto histórico de desvalorização do indivíduo e de suas prerrogativas gerais de dignidade, que se busca desvincular a titularidade dos direitos humanos a qualquer conceito taxativo que possa excluir um ou outro grupo, destacando-se a perspectiva da universalidade dos direitos humanos, em que todos os indivíduos, independentemente de sua raça, cor, sexo, idade, opção sexual ou nacionalidade, são sujeitos de direitos, ainda, “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”⁴⁴⁷.

É, ao lado da universalidade, que surgem os conceitos de indivisibilidade, interdependência e inter-relacionamento dos direitos humanos, utilizadas recorrentemente como sinônimos tanto na doutrina como nos textos normativos que as proclamam. A indivisibilidade ou a interdependência estão ligadas à impossibilidade de o homem gozar plenamente de determinado direito sem que haja o respeito simultâneo a todos os outros. Nessa ótica:

A interdependência diz respeito aos direitos humanos considerados em espécie, ao se entender que um certo direito não alcança a eficácia plena sem a realização simultânea de alguns ou de todos os outros direitos humanos. E essa característica não distingue direitos civis e políticos ou econômicos, sociais e culturais, pois a realização de um direito específico pode depender (como geralmente ocorre) do respeito e promoção de diversos outros, independentemente de sua classificação⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea**. Porto Alegre: EMAGIS, 2006, p. 7.

⁴⁴⁷ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2018.

⁴⁴⁸ WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 118.

Assim, segundo Van Boven⁴⁴⁹, a ideia de indivisibilidade e interdependência implica levar a crer que os direitos humanos formam um todo, sendo inadmissível o estabelecimento de qualquer hierarquia entre eles. Desse modo, é totalmente incompatível a categorização em gerações de direitos, senão restrita a fins didáticos, principalmente quando isso introduz mecanismos diferentes de justiciabilidade desses direitos, acabando por sobrepor alguns em relação aos demais.

Insistir, pois, na ideia das gerações, além de consolidar a imprecisão da expressão em face da noção contemporânea dos direitos humanos, pode se prestar a justificar políticas públicas que não reconhecem indivisibilidade da dignidade humana e, portanto, dos direitos fundamentais, geralmente em detrimento da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais ou do respeito aos direitos civis e políticos previstos nos tratados internacionais [...] ⁴⁵⁰.

Contudo, tais concepções de indivisibilidade e interdependência não receberam, de pleno, aceitação da comunidade mundial quando da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948⁴⁵¹. Os Estados foram relutantes em aceitá-los, tendo passado por intensas divergências, materializadas no forte embate com a visão culturalista e relativista de alguns Estados, principalmente de países em desenvolvimento, bem como no perceptível desvirtuamento de alguns de seus conceitos para legitimar pretensões indevidas. Até alcançar a plena afirmação como um dos principais princípios da era contemporânea dos direitos do homem, foi necessário um intenso processo de discussão, passando pela realização e protagonização de duas conferências promovidas pelas Nações Unidas.

A I Conferência Internacional de Direitos Humanos, realizada em Teerã, em 1968, que contou com a participação de 84 países e culminou na Proclamação de Teerã, além de 29 resoluções, traduz a passagem da fase legislativa, de produção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, para a fase de sua implementação; por isso, foi convocada para rediscutir os princípios e analisar os avanços e obstáculos das duas décadas que seguiram a edição do texto. A Proclamação de Teerã elevou a Declaração, de 1948, até então enunciativa, e não manifestamente imperiosa, a documento obrigatório, uma vez que adverte em seu parágrafo 2º que “a Declaração Universal de Direitos Humanos enuncia uma concepção comum a todos os

⁴⁴⁹ VAN BOVEN, Theodoor C. **Les dimensions internationales des droits de l'homme**. Paris: UNESCO, 1978.

⁴⁵⁰ WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 43-44.

⁴⁵¹ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2018.

povos de direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana e a declara obrigatória para a comunidade internacional⁴⁵².

Ademais, segundo Cançado Trindade⁴⁵³, pode-se dizer que o grande mérito da Conferência foi, além de abrir espaço para discussões entre Estados com posições diametralmente opostas quanto a assuntos corriqueiros, a reafirmação de valores triviais, como a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos. Nesse sentido, a Proclamação de Teerã, em seu parágrafo 13, estabelece:

Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível. A realização de um progresso duradouro na aplicação dos direitos humanos depende de boas e eficientes políticas internacionais de desenvolvimento econômico e social⁴⁵⁴.

Desse modo, o mérito do documento foi retirar alguma dúvida quanto à equiparação entre direitos de qualquer natureza, não havendo nenhuma relação de hierarquia ou de importância entre os direitos humanos, terminando-se por afirmar não ser possível gozar de direitos individuais sem que haja o respeito aos direitos sociais ou difusos.

No entanto, segundo Alves⁴⁵⁵, a plenitude da noção de indivisibilidade, enunciada no parágrafo 13 da Proclamação, abriu espaço para que países de regime autoritário deturpassem alguns conceitos invocando a impossibilidade de implementação de direitos sociais e difusos como justificativa para desprezar direitos civis e políticos, e, não suficiente, até argumentando que somente com a supressão desses direitos se chegaria à plena realização das políticas públicas de caráter social. Trata-se tão somente de uma forma de legitimação da hipocrisia das ditaduras do século XX, pouco interessadas no desenvolvimento social.

Ao lado disso, surgiu a discussão entre uma visão universalista e uma visão culturalista ou relativista dos direitos humanos, repercutindo fortemente nas concepções de indivisibilidade e de interdependência, culminando, ao lado da deturpação abordada no parágrafo anterior, no ostracismo da Proclamação de Teerã, atualmente pragmaticamente quase que insignificante. Com efeito, a dialética entre a construção e a interpretação da

⁴⁵² ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Proclamação de Teerã, de 22 de abril a 18 de maio de 1968. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Conferencias-de-Cúpula-das-Nações-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁴⁵³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

⁴⁵⁴ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Proclamação de Teerã, de 22 de abril a 18 de maio de 1968. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Conferências-de-Cúpula-das-Nações-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁴⁵⁵ ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

relação entre os direitos humanos e a ausência de um posicionamento balizado em uma plena discussão sobre o tema acabou por levar inúmeros Estados a violarem direitos enunciados na Declaração, de 1948, principalmente por considerarem as ideias de universalidade e indivisibilidade como valores incompatíveis com suas construções culturais, ou pior, uma imposição das perspectivas da cultura ocidental ou capitalista.

Todavia, no contexto da guerra fria de um mundo dividido em dois polos de matrizes totalmente opostas, superdimensionou-se a divisão entre socialistas e capitalistas, já existente ao tempo da composição da Declaração Universal, de 1948, provocando a rejeição de padrões internacionais de satisfação desses direitos. Nesse sentido:

os direitos humanos, enquanto tema da agenda internacional, permaneceram durante a Guerra Fria na lógica do conflito ideológico entre EUA e URSS. Em vista disso, grande parte das discussões internacionais acerca do tema e de sua universalização era permeada por esse embate ideológico, acarretando em uma disputa tanto em relação a uma suposta hierarquia das gerações de direitos humanos quanto à utilização frequente do argumento da soberania estatal para refutar os padrões internacionais de direitos humanos⁴⁵⁶.

Toda essa complexidade de fatores levou à exacerbação da heterogeneidade da implementação dos direitos do homem em diversos Estados; por isso, inevitavelmente tal conflito se inseriu nas principais discussões das reuniões preparatórias e da própria II Conferência Internacional de Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, convocada logo após o fim das tensões estabelecidas pela guerra fria, a qual teve um quórum suficientemente considerável para lhe dar o título de mais democrática em relação à Conferência de Teerã, contando com a participação de representantes de 171 Estados, além de cerca de 800 organizações não governamentais.

Conceitualmente, em relação ao relativismo cultural,

Considerando a extrema diversidade cultural da humanidade, pode-se compreender cada grupo humano, seus valores definidos, suas exclusivas normas de conduta e suas próprias reações psicológicas aos fenômenos do cotidiano; e também suas convenções relativas ao bem e mal, ao moral e imoral, ao belo e feio, ao certo e errado, ao justo e injusto etc.⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ HERNANDEZ, Matheus de Carvalho. Conferência de Viena: um marco em matéria de direitos humanos no pós-guerra fria. In: SALA, José Blanes (org.). **Relações internacionais e direitos humanos**. Marília: Culturaacadêmica, 2001. p. 11.

⁴⁵⁷ MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia**: uma introdução. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 17.

Marconi e Presotto⁴⁵⁸ afirmam que a concepção do particularismo cultural enuncia que uma cultura e os preceitos que a acompanham devem ser interpretados na complexidade de seus próprios padrões, mesmo que estes se mostrem exóticos e estranhos ante a herança cultural do observador.

Na ótica do debate dos direitos humanos, o relativismo cultural pode ser interpretado como uma posição que orienta o entendimento de que o conceito dos direitos humanos e a sua construção e evolução são produtos do desenvolvimento histórico, intimamente ligado com os aspectos culturais de cada país, região ou continente, com diferentes condições sociais, políticas e econômicas. Assim, sob esse ponto de vista, seria inconcebível imaginar uma concepção universal e indivisível dos direitos do homem, pois os diferentes complexos culturais compreendem certas garantias de modo diverso, chegando a ponto de, para alguns, certas práticas serem consideradas violadoras da dignidade humana, enquanto para outros serem apenas a manifestação dos direitos inerentes ao homem.

Esse tipo de visão relativista rompe com os ideais de indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, porque parte da aceitação de um conceito flexível de dignidade humana, adaptável aos valores próprios de cada sociedade, sendo, nessa ótica, inevitável que se dê primazia a direitos de uma ou de outra natureza. Assim, Estados de matriz imperialista teriam a realização dos direitos e liberdades humanas respeitadas à medida que respeitassem uma parcela de não intervenção na vida privada dos indivíduos, havendo certa primazia dos direitos civis e políticos. De outro modo, Estados com a história timbrada pela dinâmica colonial, e que na atualidade ainda não alcançaram o pleno desenvolvimento, priorizariam a concretização dos direitos humanos relacionada ao desenvolvimento econômico e ao provimento dos meios de subsistência para a população, devendo-se dar mais atenção aos direitos econômicos, sociais e culturais.

A tese do relativismo cultural utilizada no contexto da Conferência de Viena constitui um argumento teórico utilizado para justificar a inércia de alguns Estados ante os direitos humanos positivados na ordem internacional. As obscuras conotações políticas do debate travestem-se de fundamentos baseados em particularismos para que se legitimem os Estados a incorrer em violações aos direitos humanos, buscando se esquivar dos exames dos órgãos protetivos da Organização das Nações Unidas. Ness⁴⁵⁹ defende que os países não ocidentais convenientemente adotaram a teoria dos particularismos culturais para se contrapor à tese do

⁴⁵⁸ MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia**: uma introdução. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 17.

⁴⁵⁹ NESS, Peter Van. **Debating human rights**: critical essays from the United States and Asia. Nova Iorque: Routledge, 2003.

universalismo e da indivisibilidade dos direitos humanos, justamente pelo fato de suas raízes se aproximarem da vertente socialista de valorização dos direitos econômicos sociais, e culturais. Nessa senda:

Each generation has emphasized the priorities of a particular grouping of countries. The first generation is comprised of civil and political rights, which seek to protect the individual from the state [...]. This generation is indeed deeply rooted in the individualistic Western cultural tradition. The second generation, however, which specifies economic, social and cultural rights, reflects the priorities of the socialist countries and the Marxist philosophical tradition⁴⁶⁰.

Ademais, Cançado Trindade⁴⁶¹ atenta para o fato de que as diferentes perspectivas culturais não são obstáculos à universalidade e à indivisibilidade dos direitos humanos; pelo contrário, são aportes à sua plena realização, pois a diversidade das manifestações e relações humanas auxilia na construção de valores universais, a partir de um apanhado do que é comum a todas as formas de civilizações. Nessa ótica,

As culturas não são pedras no caminho da universalidade dos direitos humanos, mas sim elementos essenciais ao alcance desta última. A diversidade cultural há que ser vista, em perspectiva adequada, como um elemento constitutivo da própria universalidade dos direitos humanos, e não como um obstáculo a esta [...]. Não é certo que as culturas sejam inteiramente impenetráveis ou herméticas. Há um denominador comum: todas revelam conhecimento da dignidade humana⁴⁶².

Existem diversos polos culturais pelo Planeta, em diferentes dimensões, não podendo esse fato levar à impossibilidade de se criarem mecanismos e valores que atinjam a todos os seres indistintamente. Pense-se que, em um mesmo continente ou até em um mesmo país, podem-se perceber complexos culturais totalmente diferentes, influenciados por contextos históricos, econômicos e sociais totalmente diversos, o que não impede que se instaure uma ordem jurídica e um complexo de direitos que respeitem a diversidade e atendam às demandas dos diferentes grupos.

Nesse sentido, apesar dos intensos debates e dos posicionamentos aparentemente inconciliáveis, a Conferência teve justamente o mérito de trazer à universalidade e à indivisibilidade um debate amplo e extremamente pluralizado, uma vez que a discussão foi travada por Estados com a mais diversa complexidade cultural, universalizando o debate e

⁴⁶⁰ NESS, Peter Van. **Debating human rights**: critical essays from the United States and Asia. Nova Iorque: Routledge, 2003. p. 9.

⁴⁶¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

⁴⁶² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 335-336.

levando a conclusões que efetivamente poderiam originar efeitos práticos, retirando conceitos do papel e colocando-os em movimento na esfera internacional dos direitos humanos.

Por isso, a redação final da Declaração de Viena, além de tornar inquestionável a universalidade e invisibilidade dos direitos humanos, procurou levar em consideração os argumentos do relativismo cultural, culminando no seguinte artigo quinto:

Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais⁴⁶³.

Assim, mesmo com uma fórmula confusa e aparentemente contraditória, não mais poderiam ser levantados argumentos que contrapusessem os conceitos no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos. A Declaração buscou romper definitivamente com a contraposição entre a indivisibilidade e a ausência de condições econômicas de desenvolvimento, uma vez que o artigo 10 inviabiliza a argumentação de que o subdesenvolvimento legitima a violação ou a não implementação dos direitos humanos, haja vista que “O desenvolvimento facilita o gozo de todos os Direitos Humanos, mas a falta de desenvolvimento não pode ser invocada para justificar a limitação de Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos”⁴⁶⁴.

Assim, inobstante o conturbado processo de aceitação na ordem internacional dos direitos humanos, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos já se encontram em estado de aceitação quase que irrestrito. Contudo, apesar dos trabalhos e do debate pluralizado na Conferência de Viena, os efeitos práticos dos conceitos supracitados ainda se mostram longe de serem atingidos, isso em virtude dos argumentos balizados no entendimento de que as diferentes classes de direitos humanos justificam a inércia estatal na sua implementação, o que deriva na lamentável fragilização do princípio da dignidade humana.

⁴⁶³ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Viena e Programa de Ação, 14-25 de junho de 1993.** Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declaração%20e%20Programa%20de%20Acção%20adoptado%20pela%20Conferência%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2018.

⁴⁶⁴ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Viena e Programa de Ação, 14-25 de junho de 1993.** Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declaração%20e%20Programa%20de%20Acção%20adoptado%20pela%20Conferência%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2018.

3 Proteção indireta como manifestação da mutação interpretativa

O dinamismo da vida em sociedade e a consequente mudança das relações sociais, políticas e econômicas conduz a um incessante processo de instabilidade jurídico-social, não necessariamente do ponto de vista de instabilidade negativa, mas de algo inevitável em decorrência da própria natureza cambiante do ser humano. Nesse contexto, estabelece-se um diferencial, um vácuo entre as normas em geral e a realidade fática, ocasionando dilemas entre os textos normativos, e certas situações fáticas que demandam interpretação diferenciada, são, conforme afirma Lisboa, “Circunstâncias comuns em sociedades de risco e que evoluem na velocidade do ano-luz arrastam consigo a inevitável formação de exigências antes desconhecidas ou não levadas aos tribunais”⁴⁶⁵.

Com efeito, as normas encontram um período determinado de criação na história, permanecendo formalmente estáticas até que se coloquem em operação os mecanismos legalmente estabelecidos de modificação de seu texto. Diferentemente, a realidade de determinada sociedade não encontra limitações para suas modificações, a não ser a da própria criatividade humana.

Nessa senda, Karl Loewenstein⁴⁶⁶ apresenta a distinção, balizando sua teoria no contexto constitucional entre textos normativos *ideais* e textos normativos meramente *compromissórios*. Com efeito, o autor atenta para o fato de que por melhor e mais cuidadosamente elaborado o texto, inevitavelmente estará atrelado ao equilíbrio das forças sociais, políticas, econômicas, culturais e sociais do momento de sua criação, não podendo ser mais do que um compromisso para seus destinatários. Um texto ideal, ou seja, aquele que reflete exatamente o real e o legal, adaptando-se plenamente às tensões internas constantemente cambiantes, não é possível de ser alcançado, demandando-se mecanismos de atualização, havendo tanto meios formais como informais.

É dado a esse contexto que se começou a perceber, pioneiramente em âmbito constitucional, um instituto no qual as normas constitucionais modificavam seu plano de aplicação, chegando a indicar soluções diferentes das que enunciavam seus textos sem que estes sofressem alterações formais. Foi no ambiente da Escola Alemã de Direito Público que

⁴⁶⁵ RODRIGUES, Francisco Lisboa. Direito comparado e transjusfundamentalidade – o Estado de Coisas Inconstitucional no STF. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz et. al. (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 437. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.-6.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2018.

⁴⁶⁶ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

se começou a constatar o surgimento do fenômeno, quando Paul Laband, dito como o precursor nos estudos sobre o tema, partindo do pressuposto da constituição como entidade normativa com caráter de continuidade e rigidez, constatou que a Constituição Imperial Alemã, de 1871, sofria mudanças em seu significado sem que se alterasse seu texto expresso. Assim, é no contexto da escola publicista alemã que surge o termo “*mutação constitucional*”, doutrinariamente definida como a “alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, por meio ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis [...]”⁴⁶⁷. Ademais, outros publicistas deram sua contribuição para a construção e consolidação teórica do instituto, como Jellinek⁴⁶⁸, o qual contrapôs, destacando o coeficiente da intencionalidade como diferenciador, *mutação constitucional* e *reforma constitucional*.

Pode-se dizer que a recorrente vinculação do instituto com a esfera constitucional se dá em virtude de características próprias das constituições como normas hierarquicamente superiores do ordenamento jurídico, vocacionadas para serem fixas e estáveis, além de modernamente ter se tornado comum albergarem, além de normas organizadoras do Estado, um catálogo de direitos fundamentais, acabando por tratar de assuntos variados da realidade social, extremamente suscetíveis a modificações evolutivas.

Contudo, inobstante tenha emergido do campo do direito constitucional, o fenômeno da modificação da norma sem a mudança formal de seu texto não se limita às regras constitucionais, abrangendo o direito como um todo, passível de ser percebido em qualquer texto legal, com alguma perspectiva de rigidez, reclamando um procedimento formal de alteração, mesmo que menos solene em comparação com a constituição, uma vez que a situação fática regulada por alguma espécie normativa, de qualquer hierarquia, pode cambiar de modo tal a deixar o texto incapacitado de cumprir o fim ao qual se destina. Assim, em respeito à técnica terminológica, propõe-se a denominação de *mutação normativa* ou *mutação interpretativa*, haja vista que o conceito em estudo

no es, pues, un fenómeno específico de las normas constitucionales, sino propio de todos los dominios del derecho, el hecho del "cambio de constitución", consistente en que el manejo de las normas constitucionales va variando paulatina e insensiblemente, ya atribuyendo a las palabras invariables del texto constitucional

⁴⁶⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição/Mutações Constitucionais e Mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.

⁴⁶⁸ JELLINEK, Georg. **Reforma y mutacion de la constitucion**. Madri: Centro de estudos constitucionais, 1991.

*un sentido en contradicción notoria con el texto y con todo sentido posible de la constitución*⁴⁶⁹.

Desse modo, mostra-se a mutação normativa plenamente aplicável aos textos normativos internacionais em matérias de direitos humanos, uma vez que estes contam com as mesmas características essenciais das regras de direito interno, como bilateralidade, abstratividade e generalidade, além de possuir estabilidade, contando com mecanismos próprios de modificação. Não se olvide, ainda, de que o próprio trato da matéria referente aos direitos humanos conduz à regulação de valores referentes à dignidade humana, sendo extremamente oscilante conforme a evolução do contexto histórico em que se insere a humanidade, conduzindo a necessidade da sua atualização por parte das cortes internacionais do conceito de determinados direitos visando à compatibilidade com a realidade fática. Além disso, a esfera cultural distinta dos indivíduos componentes dos Estados vinculados aos tratados internacionais de direitos humanos leva a uma diversidade de valores que deve ser administrada pelas cortes e tribunais no momento da aplicação dos textos normativos, sendo inevitável para a efetividade dos direitos humanos uma atividade de interpretação que homogeneíze a realidade e as especificidades que a compõem e as normas.

É nessa perspectiva que se entende a mutação normativa, assim como a proteção indireta de direitos, como pura aplicação de um método de interpretação, ora gramatical, ora lógica, analógica ou evolutiva, tendo em vista que o instituto é recorrente em decisões judiciais, como as apreciações das cortes globais e regionais em matéria de proteção dos direitos humanos, partindo-se da premissa de que a atividade jurisdicional, em suma, é uma atividade constante de conformação do conteúdo do texto e dos aspectos extrínsecos que o acompanham a uma situação concreta, a partir de um exame acerca do conteúdo, da intenção e da finalidade dos preceitos legais.

Nesse sentido, referindo-se ao contexto constitucional, Anna Cândida da Cunha Ferraz atesta que as mais diversas espécies de interpretação dos textos normativos carregam consigo um traço da manifestação da mutação normativa, haja vista que

Sempre que se atribui à Constituição sentido novo; quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações dantes não contempladas por ela ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre que, ao significado da norma constitucional, se atribui

⁴⁶⁹ KELSEN, Hans. **Teoría general del Estado**. Tradução de LuisLegazLacambra. México: Nacional, 1979, p. 332.

novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da *mutação constitucional*⁴⁷⁰.

A prática interpretativa no âmbito do trabalho da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no exame de violações de direitos não reconhecidos na Convenção Americana de Direitos humanos, inevitavelmente conduz ao mecanismo da mutação normativa, uma vez que os juízes da Corte não encontram outra opção senão estender o âmbito de aplicação de determinados direitos reconhecidos. A atividade interpretativa da Corte se destina a suprir as lacunas normativas deixadas no sistema pelos agentes legislativos internacionais. Nesse sentido, mais uma vez se referindo ao contexto constitucional, Ferraz consolida que “A mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes: a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentado-se-lhe, assim, a abrangência para que passa a alcançar novas realidades [...]”⁴⁷¹.

De fato, ao se tratar da proteção indireta como manifestação da mutação normativa no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos se está diante de manifestações dos tribunais alargando o conceito de direitos reconhecidos sem que haja a mudança formal de uma palavra sequer do texto normativo em que se baseia, utilizando-se de métodos de interpretação para efetivar o verdadeiro espírito do sistema de proteção da dignidade humana, balizado pelos ideais de universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos.

Percebe-se, assim, a imprescindibilidade da atuação dos tribunais na aplicação do Direito e na efetivação dos direitos do homem, haja vista que sem o preenchimento das diversas lacunas dos sistemas de proteção os direitos humanos estariam fadados a normas enunciativas e não justicáveis. É, nesse contexto, que surge a relação entre a mutação normativa e a proteção indireta de direitos, muito destacada em sede doutrinária, principalmente na visão de Jordi Bonet Pérez⁴⁷², o qual parte dessa vinculação como premissa para desenvolver sua construção teórica, adicionando como elemento o conceito de ativismo judicial, utilizado aqui como uma das feições da mutação normativa:

Partiendo anticipadamente de su consideración como una manifestación jurisprudencial del activismo judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que favorece la consecución de la máxima efectividad de la protección

⁴⁷⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição/Mutações Constitucionais e Mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 56-57.

⁴⁷¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição/Mutações Constitucionais e Mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 58.

⁴⁷² BONET PÉREZ, Jordi. La protección indirecta como instrumento de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Derechos y Libertades**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2016.

Esclarece-se que o ativismo judicial deve ser concebido a partir de uma ótica multidimensional e desestigmatizada, como bem atesta Campos⁴⁷⁴, para quem o termo não significa uma atuação judicial necessariamente ilegítima, incorreta ou usurpadora dos poderes institucionalmente conferidos, sendo o exercício expansivo de poderes político-normativos por parte dos sujeitos jurisdicionais em face dos demais atores políticos, devendo-se a variados fatores institucionais, políticos, econômicos, culturais, sociais ou históricos. Nessa perspectiva, não se pode deixar de se afirmar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos atua justamente como uma espécie de legislador suplementar, viabilizando um mecanismo de proteção a certos direitos que não foram originalmente concebidos por parte dos legisladores internacionais.

Nessa perspectiva estéril do ativismo judicial como manifestação da mutação normativa e da proteção indireta de direitos, Sudre expõe uma visão positiva acerca do uso do mecanismo da proteção indireta pela Corte, entendendo que “*Cette technique permet ainsi de contourner l’incompatibilité ratione materiae de la requête avec le texte de la Convention et de combler les lacunes du texte en faisant émerger des droits dérivés de la Convention, non garantis comme tels par celle-ci [...]*”⁴⁷⁵. Para Sudre⁴⁷⁶, os institutos contribuem para que se ampliem as garantias de direitos plenamente reconhecidos, como o direito à vida, propriedade, liberdade pessoal e outros ao campo dos direitos não reconhecidos, indo além da intenção inicial dos autores do texto e do significado literal das palavras, utilizando-se do método da interpretação evolutiva para conformar os sistemas de proteção à perspectiva atual de efetivação da equivalência real entre os direitos humanos.

Contrariamente, Carrillo Salcedo⁴⁷⁷ entende que a Corte, ao fazer uso do mecanismo da proteção indireta como dimensão da mutação normativa estaria exacerbando suas funções como mero aplicador das normas consolidadas nas convenções e declarações sobre direitos do

⁴⁷³ BONET PÉREZ, Jordi. La protección indirecta como instrumento de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Derechos y Libertades**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2016. p. 138.

⁴⁷⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁴⁷⁵ SUDRE, Frédéric. **La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de L’Homme**: un exercice de « jurisprudence fiction »?. Estrasburgo: Faculté de Strasbourg, 2001, p. 760.

⁴⁷⁶ SUDRE, Frédéric. **La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de L’Homme**: un exercice de « jurisprudence fiction »?. Estrasburgo: Faculté de Strasbourg, 2001, p. 760.

⁴⁷⁷ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. The European Convention of Human Rights. In: ISA, FELIPE Gómez. FEYTER, Koen de. (eds.). **International protection of human rights: Achievements and Challenges**. Bilbao: Universidad of Deusto, 2006.

homem, indo além do que seria legítimo para o uso do método da interpretação finalística. Nesse sentido, afirma-se que

the Court, in effect, is not a legislator, and its normative protocols, through a teleological and finalistic interpretation of them, cannot displace States from their role as 'legislators'. When Member States want to expand the catalogue of rights recognized, the way is cleared for this through the adoption of a new additional Protocol; the role of the production of the right corresponds to them and not to the Court, though the Court might have brought to fruition a task which in a way is creative through a teleological interpretation of the convention norms for the protection of human rights⁴⁷⁸.

Contudo, o mesmo autor não deixa de reconhecer que, apesar de considerar a ilegitimidade dos tribunais internacionais para atuarem como legisladores suplementares, a atuação extensiva contribui para que, indiretamente, direitos não expressamente reconhecidos possuam os mesmos mecanismos de proteção que direitos reconhecidos, possibilitando sua aplicação prática.

Desse modo, apesar das críticas, o fenômeno se destina a trazer à aplicação da norma jurídica o seu real significado, possibilitando que os tribunais internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos, na medida do possível, levem em consideração a realidade econômica, social, cultural e política dos Estados-membros dos textos normativos, tornando inquestionável a devida realização dos valores que permeiam a dignidade humana.

Considerações finais

Em virtude de a indivisibilidade e de a interdependência dos direitos humanos não estarem ainda enraizadas o suficiente nas concepções dos agentes legislativos internacionais, os tribunais em matéria de proteção global e regional dos direitos humanos vêm recorrendo ao uso de mecanismos indiretos para garanti-los, sendo uma dessas formas a proteção indireta, a qual se apresenta como valioso meio para a garantia prática da real equivalência entre os diversos direitos do homem.

Com efeito, os juízes das Cortes internacionais vêm se utilizando da proteção indireta para garantir os direitos humanos que não contam com a possibilidade de uma apreciação jurisdicional direta diante da sua ausência nos documentos internacionais ou da previsão da progressividade da sua aplicação, como é o caso do direito humano ao meio ambiente.

⁴⁷⁸ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. The European Convention of Human Rights. In: ISA, FELIPE Gómez. FEYTER, Koen de. (eds.). **International protection of human rights: Achievements and Challenges**. Bilbao: Universidad of Deusto, 2006. p. 393.

Desse modo, quando os juízes das Cortes internacionais apreciam uma violação ao direito ao meio ambiente, por meio de um direito civil ou político garantido, estão colocando em prática os ideais de indivisibilidade e interdependência, preconizados na Conferência de Viena da Organização das Nações Unidas, em 1993, haja vista estarem equiparando plenamente todos os direitos humanos que, apesar de terem recebido tratamento normativo diferente, são essenciais para a proteção da dignidade humana.

Embora sua relevância para a garantia dos direitos ausentes ou insuficientemente previstos nos documentos internacionais, a proteção indireta, que é uma manifestação do instituto da mutação normativa, tem recebido questionamentos por ser considerada uma forma do fenômeno do ativismo judicial, o que descaracterizaria o papel das Cortes internacionais ao transformá-las em legisladores suplementares. Sem desconhecer esse tipo de questionamento e da necessidade de mais estudos para a devida delimitação do instituto, verifica-se que foi justamente graças à proteção indireta que a Corte Interamericana de Direitos Humanos conseguiu, em vários casos como nos relatados neste texto, proteger o direito ao meio ambiente no Continente, guiando seu trabalho pelos princípios da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos e, especialmente, pelo princípio da dignidade humana.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor. Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados. *In*: DAHER, José Zalaquett (coord.). **Temas de derechos humanos en debate**. Santiago: Universidad de Chile, 2004.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

BONET PÉREZ, Jordi. La protección indirecta como instrumento de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Derechos y Libertades**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2003.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. The European Convention of Human Rights. *In*: ISA, FELIPE Gómez. FEYTER, Koen de. (ed.). **International protection of human rights: Achievements and Challenges**. Bilbao: Universidad of Deusto, 2006

CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Povo Indígena Kichwa de Sarayakuvs. Equador**. Sentença de 27 de junho de 2012. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf. Acesso em: 9 jan. 2018

CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México**. Sentença de 16 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf. Acesso em: 9 jan. 2018.

CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Saramakavs. Suriname**. Sentença de 29 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.enj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/cc1a1e511769096f84fb5effe768fe8c.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2018.

CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes vs.. Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 9 jan. 2018.

CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Yatamavs. Nicarágua**. Sentença de 23 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.enj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/b3b2dcefe29f27b2984178160015c3ba.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2018.

CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da Comunidade YakyeAxa vs. Paraguai**. Sentença de 17 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.enj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/357a11f7d371f11cba840b78dde6d3e7.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2018.

CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Awas Tingni Mayagna (“Sumo”) vs. Nicaragua**. Sentença de 31 de agosto de 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf. Acesso em: 9 jan. 2018.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição/Mutações Constitucionais e Mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad LTDA., 1986.

HERNANDEZ, Matheus de Carvalho. Conferência de Viena: um marco em matéria de direitos humanos no pós-guerra fria. In: SALA, José Blanes (org.). **Relações internacionais e direitos humanos**. Marília: Culturaacadêmica, 2001.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutacion de la constitucion**. Madri: Centro de estudos constitucionais, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoría general del Estado**. Tradução de Luis Legaz Lacambra. México: Nacional, 1979.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia: uma introdução**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NESS, Peter Van. **Debating human rights: critical essays from the United States and Asia**. Nova Iorque: Routledge, 2003.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, de 17 de novembro de 1988. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm Acesso em: 22 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm Acesso em: 22 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração de Viena e Programa de Ação, 14-25 de junho de 1993**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declaração%20e%20Programa%20de%20Accção%20adoptado%20pela%20Conferência%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Proclamação de Teerã, de 22 de abril a 18 de maio de 1968**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Conferências-de-Cúpula-das-Nações-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>. Acesso em: 9 jan. 2018

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea**. Porto Alegre: EMAGIS, 2006.

RODRIGUES, Francisco Lisboa. Direito comparado e transjusfundamentalidade – o Estado de Coisas Inconstitucional no STF. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 429-448. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.-6.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCOTT, Craig. **The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights**. Disponível em: http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol27/iss3/8/?utm_source=digitalcommons.osgoode.yorku.ca%2Fohlj%2Fvol27%2Fiss3%2F8&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 13 jan. 2018.

SUDRE, Frédéric. **La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de L’Homme: un exercice de « jurisprudence fiction »?**.Estrasburgo: Faculté de Strasbourg, 2001.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

VAN BOVEN, Theodoor C. **Les dimensions internationales des droits de l’homme**. Paris: UNESCO, 1978.

Crime de ecocídio: uma análise em torno da jurisdição do Tribunal Penal Internacional

Ecocide crime: an analysis around the jurisdiction of the international criminal court

Igor Labre de Oliveira Barros

Assessor da 1ª Turma Recursal – TJTO. Acadêmico de Direito – CEULP\ULBRA – Palmas, Técnico Federal em Agroindústria – IFTO. Pesquisador do PROICT, Monitor de Direito Constitucional no Curso de Direito – CEULP\ULBRA. E-mail: igor.labre@hotmail.com

Gustavo Paschoal Teixeira de Oliveira

Doutor em Direito. Coordenador e Professor do Programa de Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos e da Graduação em Direito da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Professor e Coordenador da Graduação em Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA). Advogado. Membro da Comissão de Direito Ambiental da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/TO), Seccional Tocantins. Diretor de Ensino à Distância da Escola Superior da Advocacia (ESA), OAB/TO. E-mail: gustavopaschoal1@gmail.com

RESUMO

Artigo resultado de pesquisa com propósito de se compreender entendimento do Tribunal Penal Internacional sobre o crime de ecocídio, principalmente no que tange às externalizações de entendimento da Procuradoria da referida Corte. Buscou-se analisar a situação ante as tratativas que versam sobre a quem compete tal apontamento. Valeu-se de abordagem dedutiva, realizando análise descritiva de caso paradigmático. A descrição foi cotejada com doutrina e legislação correlata ao tema. Estruturou-se o artigo em quatro seções. Coube à primeira discorrer sobre a falta de percepção humana para com os devidos direcionamentos ecológicos. A segunda tratou da falta de estrutura internacional para com situações pertinentes ao meio ambiente. À terceira coube versar sobre como o sistema de justiça internacional se porta diante da questão do ecocídio. A última seção trouxe visão da Procuradoria do Tribunal Penal Internacional ante a temática apresentada, bem como apontamentos sistematizados sobre a situação.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional. Ecocídio. Direcionamentos Ecológicos. Percepção Humana. Meio Ambiente.

ABSTRACT

This article is a result of research with the purpose of comprehending the understanding of the International Criminal Court about the ecocide crime, mainly in relation to the understanding outsourcing of the referred Court Attorney. It was also sought to analyze the situation in face of discussions which talk about who is responsible for such note. It was based on a deductive approach, doing a descriptive analysis of the paradigmatic case. The description was collated with doctrine and legislation related to the subject. The article was structured in four sections. It was up to the first one to talk about the lack of human perception towards proper ecological directions. The second section dealt with the lack of an international structure towards situations related to the environment. The third section was about how the international justice system faces the ecocide issue. The last section brought the International Criminal Court Attorney's view towards the presented thematic, as well as systematized notes about the situation.

Keywords: International Criminal Court. Ecocide. Ecological Directions. Human Perception. Environment.

Introdução

Desde seus primórdios, o ser humano, em sua fase de evolução, afeta o meio ambiente de diversas formas, seja por meio do desmatamento, seja pela utilização indevida de água e dos solos. Este uso sem controle dos recursos ambientais já trouxe a lume vários desastres ambientais.

Momentos históricos da humanidade, como conflitos mundiais já travados, são exemplos de catástrofes com prejuízos inestimáveis. Desse modo, desde a 2ª Guerra Mundial do século XX, vários pesquisadores buscaram refletir sobre os acontecimentos e, nesse meio, começou a se clamar por um basta ao ecocídio, ou seja, aos desastres ambientais provocados pelo homem, em alta escala.

O mundo jurídico tem de, como papel perante a sociedade que se alto dizima, impor freios com o intuito de amenizar os prejuízos causados pelos danos ambientais. Dessa forma, no mundo pós-guerra, os países do globo, em sua maioria, buscam unificar linhas de pensamentos que gerem regras para todos os territórios como meio de impedir futuros relances dos acontecimentos do mundo em guerra.

Então a era moderna passou a viver a essência de um Direito Internacional, com a constituição de acordos que geram cortes internacionais que tem como finalidade julgar casos que afrontem as normas acordadas entre os países signatários. Destaca-se o Tribunal Penal Internacional, que teve sua origem com o Estatuto de Roma, em 1998, com a submissão de atualmente 122 países.

O Tribunal Penal Internacional (TPI) tem como finalidade julgar crimes em alta escala, como genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerras e outros que são descritos no Estatuto de Roma. Em 2016, por meio da Procuradoria do Tribunal Penal Internacional, representado pela procuradora Fatou Bensouda, por meio de um documento publicado, declarou que irá entender o crime de ecocídio dentro dos crimes tipificados no Estatuto de Roma, em especial o de genocídio e contra a humanidade.

O problema sobre a temática, em primeira fase, fora apresentado por várias redes midiáticas, insinuando o aceite do crime de ecocídio por parte do Tribunal Penal Internacional. Questiona-se, dessa forma, como a Procuradoria de um Tribunal poderia afirmar um novo crime, se tal competência caberia aos integrantes da Corte, ou seja, ao(à)s Juízes(as).

Em segunda fase de problemática aponta-se que, em análise ao Estatuto que rege o Tribunal Penal Internacional, para que a referida Corte tipifique algum novo crime, faz-se necessária a aprovação de emenda por parte não dos juízes(as) do Tribunal, mas por parte da maioria dos votos dos países signatários ao Estatuto de Roma. Como entender essa tipificação feita pela Procuradoria do Tribunal Penal Internacional? Houve afronta ao Tratado constitutivo? Quais os desdobramentos? A pesquisa buscará desvendar ao menos sucintamente a situação. Utilizar-se-á, para tanto, emprego do método dedutivo, partindo de análise de tratativas internacionais, doutrina especializada e julgada, por meio de abordagem qualitativa.

1 A biografia do ser humano em relação à degradação ambiental em nível de ecocídio

Constata-se parte relevante da biografia do ser humano por meio da narrativa progressiva e, quem sabe, da irremediável deterioração do ambiente natural. O homem, desde seu aparecimento, demonstrou inigualável competência de adequação aos mais distintos ecossistemas. Nessa progressão, na Revolução Industrial do século XVIII), a atividade humana causadora de impactos ambientais apresentou-se em volume excepcional, com a potencialidade cada vez maior para danificar a natureza⁴⁷⁹.

O estilo apresentado pelo capitalismo individualiza-se pelo reinvestimento dos ganhos da atividade econômica no próprio comércio e pela extensão durável do consumo, de caráter que a ampliação progressiva de negociações fez com que o aparelho capitalista admitisse uma exterioridade mundial, notada de globalização. Desse modo, afirma Freeland⁴⁸⁰ que “a deterioração, de regional, passou a apresentar uma dimensão planetária, com a própria natureza se transformando em produto ou insumo a ser explorado até a exaustão”.

Com o dano de seus territórios, a sociedade padece sob o ímpeto de aniquilação física e/ou cultural, vorazmente genocida. Além disso, em presença de deteriorações ambientais, contendas por nascentes de água, por extensões cultiváveis, por lugares habitáveis, entre outros, promovem incansáveis agitações bélicas. Em alto grau, estados e cidades antigas foram dizimados devido à destruição ambiental. Regiões por outras vezes abundantes, tidas como sonhos dourados, compõem hoje áreas altamente mortificadas, inóspitas, algo que contemporaneamente não é tão distinto, como aponta Dias e Oliveira:

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. 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 ambiental⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ CORREIA, Gustavo. **Do genocídio e etnocídio**: povo, identidade cultural e o caso Yanomani. São Paulo: Modelo, 2011. p. 22-24.

⁴⁸⁰ FREELAND, Steven. Direitos humanos, meio ambiente e conflitos: enfrentando os crimes ambientais. **Sur, Rev. int. direitos human.** 2005, v. 2, n. 2, p. 118-145. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452005000100006&script=sci>. Acesso em: 10 fev. 2019.

⁴⁸¹ DIAS, Felipe da Silva; OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. A água como direito fundamental autônomo. MIRANDA, Jorge Miranda; GOMES, Carla Amado (coord); CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS-BOAS, Marco Anthony Steveson; CARMO, Valter Moura (org). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 8. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 41-82.

A agronomia mecanizada desenvolve-se em detrimento de florestas, a pecuária intensa acaba com os solos, as indústrias disseminam detritos no ambiente contaminando-o irreversivelmente, os depósitos de água são afugentados em utilidade da produção econômica, e sua opressão abusiva provoca anormalidades invariáveis de fornecimento. A atmosfera é ostentada de gases poluidores, especialmente nas amplas centralizações civis, contornando a sobrevivência complexa e a existência aproximadamente intolerável. Freeland, dessa forma, pondera que “o planeta transformou-se em uma ampla *sacrifice zone*”⁴⁸².

Meadows⁴⁸³, na década de 1990, afirmou que o Planeta havia excedido sua capacidade de sustentação. Desde então, numerosos especialistas reforçam a tese da exaustão ambiental, devido ao abuso incontrolado do ambiente. Em 2009, cientistas de diversos países divulgaram uma disposição apontando perímetros cruciais da transformação climática.

A acidificação dos oceanos, a destruição da camada de ozônio, a interferência no ciclo global do fósforo e do nitrogênio, a perda de biodiversidade, o consumo mundial de água potável, a deterioração do solo, a poluição química e a emissão atmosférica de aerossol, dos quais ao menos três já foram ultrapassados pela humanidade⁴⁸⁴.

Conforme Gordillo⁴⁸⁵, a “mudança climática talvez seja o que vem gerando efeitos mais imediatos nas populações humanas, provocando migrações em massa, fome e doenças, conflitos bélicos e até falência de Estados”. Dessa forma, o ser humano poderá atingir um alvo de não retorno, devido à premência de período e à complicação das alterações comportamentais imperativas para reverter a ação de aniquilação da existência.

A ECO-92⁴⁸⁶ se tornou otimista em suas ponderações entre o homem e a natureza. Movida por entendimentos inferiormente alarmistas das dificuldades ecológicas, apresentou

⁴⁸² FREELAND, Steven. Direitos humanos, meio ambiente e conflitos: enfrentando os crimes ambientais. **Sur, Rev. int. direitos human.** 2005, v. 2, n. 2, p. 118-145. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452005000100006&script=sci>. Acesso em: 10 fev. 2019.

⁴⁸³ MEADOWS, Donella H.; RANDERS, Jorgen; MEADOWS, Dennis L. **Beyond the limits: confronting global collapse, envisioning a sustainable future.** White River Junction: Chelsea Green Publishing Company, 1992.

⁴⁸⁴ DERVORT, Thomas R. Van. **International Law and Organization - an introduction.** Sage Publications, Inc.: Thousand Oaks, California, 2009.

⁴⁸⁵ GORDILLO, Agustin. **Derechos humanos: doctrina, casos y materiales - parte general.** Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2005.

⁴⁸⁶ Para mais informações acesse <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92-sobre-o-meio-ambiente-do-planeta-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises.aspx>. Acesso em: 20 de fev. 2019.

esboço de ampliação sustentável, fundamentado na premissa de que é admissível a imbricação entre capitalização e ecologia.

Ecocídio é uma declaração que pode ser usada para fazer referência a qualquer tipo de extermínio do meio ambiente em larga escala. A adjacência foi também usada em relação aos danos ambientais precisados à guerra, como exemplo o uso de desfolhantes na Guerra do Vietnã^{487/488}. Ecocídio é também um termo utilizado para um conteúdo que dizima espécies num ecossistema para desestabilizar a sua estrutura e função. Um exemplo pode ser uma alta concentração de um pesticida no meio ambiente devido a um derrame.

O militante ambiental Turner⁴⁸⁹ acredita que “a espécie humana está a cometer ecocídio, por via dos efeitos da civilização industrial no ambiente global”. Em alto grau da agitação ambientalista moderno sustenta este conceito como um preceito. De acordo com essa explanação, a espécie humana pode estar a perpetrar ecocídio em vários sistemas ecológicos à volta do Planeta, mas a destruição desses ecossistemas menores não tem colisão material na sobrevivência humana.

O ecocídio é uma modalidade de delinquência ecológica que infringe as estimas da vida, integridade emocional, saúde, estética e da conveniente felicidade, valores que resultam da fruição dos círculos da natureza (água, ar, solo, flora, fauna e paisagem), como afirma⁴⁹⁰.

2 A jurisdição internacional: suas atribuições perante os países signatários

O caminho do dano internacional, a imputabilidade e a responsabilidade são temas de flexibilização na doutrina, como as prerrogativas e o assunto da personalidade. Os meios fundamentais da responsabilidade internacional são o ato ilícito, imputabilidade e o nexa causal. O ato ilícito diz ser algo perpetrado por um sujeito de direito internacional, resultante de transgressão de preceito de direito concernente a esse ordenamento.

Posteriormente ao período de uma desestabilização dos organismos jurídicos internacionais que se acompanharam no momento de guerras, a Corte Internacional

⁴⁸⁷ SCHABAS, William A. **Genocide in international law: the crime of crimes**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

⁴⁸⁸ Nesse sentido, CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. São Paulo: Gaia, 2010.

⁴⁸⁹ TURNER, Graham. **Is global collapse imminent?** Disponível em: <http://sustainable.unimelb.edu.au/>. Acesso em: 9 fev. 2019.

⁴⁹⁰ LYTTON, Christopher H. **Environmental human rights: emerging trends in international law and ecocide**. Disponível em: <http://www.heinonline.org/>. Acesso em: 10 fev. 2019.

Permanente de Justiça transpôs a desempenhar a função da magistratura maior internacional, com um caráter de adjudicação bastante debatido internacionalmente. Contudo, com uma confiabilidade ritual conclusiva e bastante admissível em suas assertivas.

This is accepted because it is today the official judicial organ of the United Nations and all members of that organization must become a party to the Statute of the Court to become members. Its advisory opinions and contentious cases have developed a continuity of jurisprudence that is the worldwide in scope⁴⁹¹.

Existem também as chamadas Cortes Regionais ou Especializadas que abrangem, muitas vezes, distintas aparências organizacionais em afinidade aos Estados. A Corte Europeia de Justiça aprecia assuntos referentes aos Tratados de Integração. Há, além disso, a Corte Europeia de Direitos Humanos, assim como a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como Cortes particularizadas afiguram o Tribunal Internacional de Direito do Mar, com completa jurisdição sobre questões atinentes à explanação ou bom emprego da Convenção da Organização das Nações Unidas para o Direito do Mar, de 1982; bem como o Tribunal Penal Internacional (TPI), previsto no Estatuto de Roma, de 1998.

Em 15 de junho de 1998, agentes de 160 países reuniram-se em Roma, Itália, para a *United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court* [Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional]. Em 17 de julho, após cinco semanas de abertas as transações, os delegados consagraram a benefício do Estatuto, para constituir-se a Corte Internacional Penal. Já em abril de 1999, o glorificado Estatuto de Roma tinha 81 países como signatários e duas ratificações: por Senegal e Trinidad e Tobago. Presentemente, o aludido Tratado conta com 43 Estados Ratificantes, dos quais o último foi a Suíça, em 12 de outubro de 2001; e 139 signatários, dos quais o último foi Zimbábue, em 17 de julho de 1998.

A biografia do Tribunal Penal Internacional remonta a abundantes empenhos no período moderno, com tentativas malsucedidas, posteriormente às Primeira e Segunda Guerras Mundiais. Nesse sentido, trata-se não apenas da invenção de um Tribunal Internacional, mas também da favorável solidificação do Direito Penal Internacional, especialmente após outubro de 1946, quando do término do Julgamento de Nuremberg. Centraliza-se, depois desta data,

⁴⁹¹ Tradução livre do autor: Esta (CIJ) é aceita porque é hoje o órgão judicante oficial da Organização das Nações Unidas e todos os membros daquela organização devem ser partes no Estatuto da Corte para tornarem-se membros. Suas opiniões consultivas e casos contenciosos têm desenvolvido uma continuidade de jurisprudência que possui uma extensão mundial. ZIERLER, David. **The invention of ecocide**: agent orange, Vietnam, and the scientists who changed the way we think about environment. Athens: University of Georgia Press, 2011. p.30.

uma ambição internacional pela concepção de um Código com ampla anuência mundial, atinente às barbáries cometidas contra a humanidade, principalmente no período referente à Segunda Grande Guerra do século XX. A sugestão de um Tribunal Penal Internacional se concretizou, então, em julho de 1998. Em maio de 1999, é retomada a campanha pela confirmação mundial do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. As palavras de Kofi Annan, secretário-geral da Organização das Nações Unidas, descrevem a tutela do Tribunal:

The ICC promises, at last, to supply what has for long been the missing link in the international legal system, a permanent court to judge the crimes of gravest concern to the international community as a whole - genocide, crimes against humanity and war crimes⁴⁹².

Dessa forma, o Tribunal Penal Internacional é uma jurisdição constante que averigua e agencia a justiça para sujeitos que litigam pelos direitos estatuídos no Estatuto de Roma, votado e aprovado em 17 de julho de 1998, com um total de 120 votos a favor e 7 contrários, é composto de 13 partes e 128 artigos. As partes são divididas nos seguintes tópicos:

- 1) Estabelecimento do Tribunal a ser estabelecido em Haia na Holanda e sua relação com a ONU;
- 2) Jurisdição, Admissibilidade e Aplicação da Lei que, primeiramente são crimes de guerra, genocídio e contra a humanidade, mas abrangem a agressão e formas forçadas de escravagismo, esterilização, etc;
- 3) Princípios Gerais da Lei Penal, de diferentes sistemas legais como a não-retroatividade;
- 4) Composição e Administração do Tribunal;
- 5) Investigação e Persecução;
- 6) Julgamento, seguindo o princípio que “até a comprovada culpa em concordância com a lei, todo homem é inocente”, relatando esta seção os direitos da vítima e das testemunhas, bem como os poderes da Corte de ordenar ao culpado a reparação do dano;
- 7) Penalidades, descartando a pena de morte mas aplicando multa e detenção;
- 8) Recursos e Apelação;
- 9) Cooperação Internacional e Assistência Jurídica entre os Estados e a Corte;
- 10) Aplicação das Sentenças;
- 11) Assembleia de Estados-partes para exercer, de certa forma, um controle externo;

⁴⁹² Tradução livre do autor: “O Tribunal promete finalmente, a suprir o que tem sido um elo desaparecido no sistema legal internacional, um Tribunal permanente para julgar os crimes que mais gravemente dizem respeito à comunidade internacional como um todo: genocídio, crimes contra humanidade e crimes de guerra”.

12) Financiamento do Tribunal que opera-se mediante contribuições dos Estados-partes, fundos da ONU e contribuições voluntárias de governos, ONGs, indivíduos e corporações, e;

13) Cláusulas Finais referentes a reservas, emendas, estabelecimentos de disputas e abertura para assinaturas⁴⁹³.

Assim, foi aprovado o Estatuto de Roma, após diversos debates entre os países signatários, bem como mudanças em suas cláusulas. As normas do estatuto, após a sua aprovação, passaram a reger o Tribunal Penal Internacional, e só podem ser alteradas por proposta de um dos países que compõem o acordo, com aprovação da maioria de todos os signatários do tratado.

2.1 A Constituição do Tribunal Penal Internacional

Primeiramente, o Tribunal foi circunspeto de 18 juízes eleitos por dois terços dos votos dos Estados-partes, para um prazo de nove anos. Apenas cidadãos dos Estados-partes facultaram serem juízes no Tribunal, não podendo figurar dois magistrados originários de um mesmo Estado. Nove juízes, no mínimo, necessitam ter adequadas noções de Direito e Processo Penal e ainda cinco no campo do Direito Internacional, Humanitário ou Direitos Humanos. A composição administrativa do Tribunal⁴⁹⁴ expressa ainda que, no desígnio dos juízes, os Estados carecem induzir em conta a obrigação de reprodução dos distintos e fundamentais aparelhos legalísticos do mundo, com representatividade geográfica justa e equitativa de homens e mulheres.

O Tribunal Penal Internacional considera a forma do promotor público, ou deputados-promotores, que são nomeados pela integral superioridade dos votos dos Estados-partes, para um prazo de nove anos não renováveis. O promotor deve ser aprovado para começar os trâmites pré-processuais conduzidos pelo Conselho de Segurança ou pelos Estados-partes do Estatuto, asseverada a segurança em sua ação. Para a performance do promotor, a partir da

⁴⁹³ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, publishes comprehensive Policy Paper on Case Selection and Prioritisation.** Press Release: 15 September 2016. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1238>. Acesso em: 24 fev. 2018.

⁴⁹⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, publishes comprehensive Policy Paper on Case Selection and Prioritisation.** Press Release: 15 September 2016. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1238>. Acesso em: 24 fev. 2018.

orientação pelo Conselho de Segurança, não será cogente a acedência do Estado envolvido para providir a investigação.

Adequado definir que o Tribunal Penal Internacional afigura-se como uma competência integrante às jurisdições nacionais, fornecendo o carecido processo legal onde o judiciário nacional, por causas distintas, não opere. Nessa acepção, início da exaustão dos recursos internos, não é forçoso nem carecem ser exauridas as medidas jurídicas internas para impetrar a tutela jurisdicional do Tribunal. Já, doutro modo, se uma assentada averiguação abordou a adjacência ou o processo judicial transitou em julgado, este será estimado e confessado inaceitável pelo Tribunal⁴⁹⁵.

Em afinidade aos delitos elencados, a tipificação impede a má explanação. Ao próprio tempo, as fontes formais não se limitam ao Tratado de Roma, remetendo também à Convenção sobre o Genocídio, de 1948, e à Convenção de Genebra, de 1949⁴⁹⁶. Os delitos firmados pelo Tratado de Roma e sob a competência do Tribunal são tipificados no artigo 5º: crime de Genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de Guerra e crimes de Agressão. Pondera Cunha:

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 institucionalizada⁴⁹⁷.

As sentenças serão aplicadas nos Estados cognominados pelo Tribunal Penal Internacional, de um arrolamento pré-ordenado de Estados que recebem expressamente os aprisionados. O Tribunal Penal Internacional irá supervisionar o bom emprego da pena e as qualidades da detenção. Nessa propriedade, admira-se também o parecer de este Tribunal ser uma competência complementar ao ordenamento imperante nacional.

2.2 O Brasil ante a Jurisdição do Tribunal Penal Internacional

⁴⁹⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Acesso em: 24 fev. 2019.

⁴⁹⁶ CHALK, Frank. **Genocide in the 20th century: definitions of genocide and their implications for prediction and prevention**. Disponível em: <http://www.heinonline.org/>. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁴⁹⁷ CUNHA, Paulo Ferreira da. Acreditar na Justiça. Por uma Corte Constitucional Internacional. *In*: MIRANDA, Jorge Miranda; GOMES, Carla Amado (coord). CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS-BOAS, Marco Anthony Steveson; CARMO, Valter Moura (org). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 8. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 349-369. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/06/MIOLO-DIALOGOS-AMBIENTAL-8-COMPLETA-ilovepdf-compressed.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2019.

O Brasil tornou-se signatário do Estatuto de Roma, em 7 de fevereiro de 2000. Ainda após o ano 2000 continuou o processo de internalização do tratado. Com antecipação, a Câmara dos Deputados confirmou a emenda à Constituição, o que promoveu o processo de ratificação, submetido primeiramente por um grupo contíguo multipartidário de parlamentares no começo de 2000⁴⁹⁸, na própria época do método de assinatura. Antecipadamente também ocorreu um encontro interministerial, em outubro de 1999, para avaliar as probabilidades de incompatibilização entre o Estatuto de Roma e a Carta Constitucional, de 1988, que procedeu ao exame de três questões terminantes: o tema das imunidades, a extradição de nacionais e a pena de prisão perpétua.

Existem choques entre as vertentes jurídicas do Tratado de Roma para com normas brasileiras, mas que, com adaptação e internacionalização do direito, consegue-se aproveitar de forma aceitável as jurisdições. Pode-se aludir que o art. 77 do Tratado de Roma prevê a pena de prisão perpétua quando justificada pela “extrema gravidade do crime e as circunstâncias pessoais do condenado”. Conflitua-se, conseqüentemente, com o art. 5º, XLVII, “b”, da Constituição Federal⁴⁹⁹, que estabelece que não haja penas de caráter perpétuo. Já o artigo 89 do Estatuto de Roma refere-se à extradição, preceituando que o indiciado deve ser apresentado ao Tribunal Penal Internacional sem exceção aos nacionais. A Carta Magna brasileira, nesse sentido, dita em seu art. 5º, LII, que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”. Afirma⁵⁰⁰ que “os direitos e garantias fundamentais estão entre as chamadas Cláusulas Pétreas da Constituição, isto é, não poderão ser objeto de deliberação qualquer proposta de emenda que tente aboli-los (art. 60, parágrafo 4º, IV)”.

A proteção do ambiente no cenário internacional ainda é recente. Não obstante, a crescente disseminação de aparelhos normativos e estruturas de decisão de conflitos nesta área têm se energizado exponencialmente, tornando o tema sobre ambiente uma das

⁴⁹⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. *Argumenta Journal Law*. Jacarezinho- Paraná. v.1. n.9. out. 2008 p. 169-196. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/117/117>. Acesso em: 18 fev. 2019.

⁴⁹⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

⁵⁰⁰ DOTTI, René Ariel. Proteção constitucional do meio ambiente. *Doutrinas essenciais de direito ambiental. Revista dos Tribunais*. v. 100. n. 910. ago. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2011. p. 1.107-1.118. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/113995>. Acesso em: 14 fev. 2018.

fundamentais pautas do Direito Internacional moderno, o que pode vir a considerá-lo como um adolescente ramo do Direito em construção. Isso se carece, sobretudo, à ampliação tecnológica e à importância dos choques negativos originados pela afinidade entre a globalização e os riscos dilatados pela coletividade. Tal tema fora introduzido pelo Clube de Roma, na década de 1970, e ampliado para a concepção de uma “sociedade de risco”, estabelecida por Beck⁵⁰¹, e que até então se depara como o contemporâneo modelo da modernidade.

Verifica-se, a partir da consideração proposta, que o crescimento da sociedade global de risco tem crescido de forma vertiginosa, trazendo à baila riscos e perigos para com o que se busca compreender por meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou seja, equalização devida entre preservação ambiental e saúde humana, sob a ótica antropocêntrico-reflexiva. Ponto balizador sobre a temática é a ampliação de duvidoso jurisdicional internacional envolvendo o assunto do ambiente. Ressalte-se que antes da década de 1970 “a tutela ambiental era feita exclusivamente por mecanismos de resolução de conflitos *ad hoc*, estabelecidos para casos específicos e regulamentados por convenções tópicas”, conforme expõe Mazuoli⁵⁰².

3 Ecocídio: carência de eficácia de um direito internacional ambiental

A carência de eficácia do Direito Internacional Ambiental para a resolução de problemas afetos à sociedade global tem estimulado agitações endereçadas à procura de uma regulação internacional mais rigorosa. Em resposta a esta questão, a expansão do Direito Penal, “com a criação de um Direito Penal Internacional Ambiental”, como aponta Gray⁵⁰³, tem sido apontada enquanto solução imediata para a questão.

Observa-se, nessa vertente, que atualmente organizações de influência mundial têm exposto linhas de pensamentos e de deliberações nessa acepção, como as recomendações oferecidas pelo Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, por meio

⁵⁰¹ BECK, Ulrich. **Incertezas fabricadas**: entrevista com Ulrich Beck. IHU. Disponível em: www.unisinos.br/ihu. Acesso em: 12 fev. 2019.

⁵⁰² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. *Argumenta Journal Law*. Jacarezinho- Paraná. v.1. n.9. out. 2008 p. 169-196. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/117/117>. Acesso em: 18 fev. 2019.

⁵⁰³ GRAY, Mark Allan. **The international crime of ecocide**. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/>. Acesso em: 09 fev. 2019.

da Resolução nº 1.994, de 2015⁵⁰⁴, em favor do uso do Direito Penal para o amparo do ambiente em níveis nacional, comunitário e internacional. No campo Europeu, a Convenção a respeito da Proteção do Meio Ambiente por meio do Direito Penal⁵⁰⁵, no comando do Conselho da Europa, compreende dados fundamentais de um Direito Penal Ambiental Regional em caminhos de ingressar em vigência. Dessa forma, a tutela do ambiente por meio do Direito Penal tem se contornado gradualmente um fato no panorama internacional.

Ainda no domínio internacional, existe o movimento *Eradicating Ecocide*, conduzido pela advogada e escritora britânica Poly Higgins, que milita para o reconhecimento do ecocídio como crime. Dessa forma, Higgins⁵⁰⁶ defende que “este novo ramo precisará ultrapassar uma série de problemas de compatibilização entre os Direitos Penal e Ambiental Internacionais”.

A danificação extensiva e a destruição ou perda de um ou vários ecossistemas num determinado território, quer seja por ação humana ou por outras causas, ocorrem de tal forma que o gozo ao direito à paz, à saúde e à qualidade de vida por parte dos habitantes desse território tenha sido gravemente prejudicado⁵⁰⁷.

4 O crime de ecocídio e sua visão em torno das jurisdições internacionais

O conceito de ecocídio teve uma forte instigação na Conferência de Estocolmo, de 1972, que inseriu o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente⁵⁰⁸ (UNEP). A temática do ecocídio foi requisitada, tornando-se referenciada na fala de início da Conferência pelo primeiro ministro da Suécia, Olof Palme, ao acolher a Guerra do Vietnã como um nítido

⁵⁰⁴ ECOSOC, Res./1994/15, **The role of criminal law in the protection of the environment. (25 Jul. 1994)**. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1994/eres1994-15.htm>. Acesso em: 13 fev. 2019.

⁵⁰⁵ CONSELHO DA EUROPA. Convention on the protection of the environment through criminal law. *In: European treaty series*, n. 172, Estrasburgo, 1998. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/172.htm>. Acesso em: 14 fev. 2019.

⁵⁰⁶ HIGGINS, Polly. **Eradicating ecocide: law and governance to stop the destruction of the planet**. Shephard-Walwyn: Londres, 2010. Disponível em: <http://eradicatingecocide.com/>. Acesso em: 17 fev. 2019.

⁵⁰⁷ Tradução do original em inglês: “The extensive destruction, damage to or loss of ecosystem(s) of a given territory, whether by human agency or by other causes, to such an extent that peaceful enjoyment by the inhabitants of that territory has been severely diminished”. HIGGINS, Polly. **Eradicating ecocide: law and governance to stop the destruction of the planet**. Shephard-Walwyn: Londres, 2010. p. 6. Disponível em: <http://eradicatingecocide.com/>. Acesso em: 18 fev. 2019.

⁵⁰⁸ “The immense destruction brought about by indiscriminate bombing, by largescale use of bulldozers and herbicides is an outrage sometimes described as ecocide, which require international attention (...) It is of paramount importance (...) that ecological warfare cease immediately” *In: BJÖRK, Tord. The emergence of popular participation in world politics: United Nations Conference on Human Environment 1972*. Department of Political Science. Universidade de Estocolmo, 1996. Disponível em: <http://www.folkrorelser.org/johannesburg/stockholm72.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019.

modelo desse delito ambiental. A compreensão elementar do crime de ecocídio está pautada a atos de guerra, ainda que o conceito judicial cominado nesse apontamento faça alusão ao seu reconhecimento também em períodos de paz.

Mesmo com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (UNEP), a temática não recebeu a devida atenção. O tema de ecocídio retornou a ser pauta nas Nações Unidas por meio da indicação de dilatação da compreensão sobre o tema na Convenção de Genocídio, de 1948, promovida pela Subcomissão de Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias, para que adotasse a admissão do ecocídio e do genocídio cultural a seu arrolamento de crimes. Ressalta Rughashyankiko⁵⁰⁹ que ocorreu uma “manifestação do Reino Unido sobre a ausência de uma clara definição para esse crime e os riscos que a sua vagueza traria para a aprovação de uma convenção daquela importância”. Assim, o relator decidiu por não amparar a admissão do ecocídio como delito na Convenção, de 1948.

Em 1995, na Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (CDI), foi formado um grupo de trabalho para versar sobre assuntos de delitos contra o meio ambiente. Consagrado o Estatuto de Roma, em 1998, vê-se aparelhado do art. 8º(2), “b”, IV, a presciência do que poderia ser cognominado de ecocídio: lançar intencionalmente um ataque, sabendo que causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimento na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa⁵¹⁰.

Em 2010, a coligação *Eradicating Ecocide*⁵¹¹ retomou alterações oferecendo um projeto de criminalização do ecocídio, tendo em vista o plano apresentado ser “um crime contra a paz, a humanidade, a natureza, as futuras gerações”, requerendo a inclusão desse tipo no Estatuto de Roma.

O Estatuto de Roma abarcou um Comitê Especial sobre o estabelecimento de uma Corte Penal Internacional, o qual apresentou um informe no ano seguinte, após o que a Assembleia-Geral instituiu como um Comitê Preparatório encarregado de elaborar projetos de texto.

⁵⁰⁹ ONU. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. **Study of the question of the prevention and punishment of the crime of genocide**. Nicodème RUGHASHYAKIKO (rel.), EC/CN.4/Sub.2/416. Publicado em: 4 jul. 1978, 148 pp. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G78/070/47/PDF/G7807047.pdf?OpenElement>. Acesso em: 20 fev. 2019.

⁵¹⁰ BORGES, Orlindo Francisco. Ecocídio: um crime ambiental internacional ou um crime internacional maquiado de verde? **RIBD**. 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/07/2013_07_06457_06495.pdf. Acesso em: 21. fev. 2019.

⁵¹¹ ERADICATING ECOCIDE. **Ecocidal Act 2010**. Disponível em: <http://eradicatingecocide.com/wp-content/uploads/2012/06/Earth-iss-Our>. Acesso em: 8 fev. 2019.

Finalmente, em 1998, durante a Conferência Plenipotenciária de Roma, ficou aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, o qual entrou em vigor em 2002 com a superação das sessenta ratificações exigidas para que o ato normativo passasse a ter vigência⁵¹². O Estatuto de Roma e a afirmação do deste Tribunal compuseram um marco no desenvolvimento do direito penal internacional.

A Corte começou suas tarefas, em 2003, em Haia, na Holanda, onde se encontra a sua sede. Somente quatro tipos de delitos estão subordinados à competência penal internacional, a saber: os crimes de genocídio, crimes de lesa humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão. A jurisdição da justiça penal internacional, evidentemente, é para verificar os “crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto⁵¹³”. Ecocídio tem consistido em crime, constando uma modalidade de crime de guerra restringida a seu episódio jurídico às desordens armadas, delineada nos subsequentes termos:

Artigo 8º. O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.

b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos: [...]

IV) Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa⁵¹⁴.

Existe também a linha de pensamento para a compreensão de ecocídio no direito penal internacional pela via da reconfiguração, mais ampla, do crime de genocídio, que desenvolva o índice de grupos resguardados, analise outros formatos de aniquilamento, como o cultural, e compreenda as implicações sistemáticas da atividade capitalista, exonerando a condição de intencionalidade determinada para sua distinção.

⁵¹² ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual** de direito penal brasileiro – parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64-68.

⁵¹³ ESTATUTO DE ROMA, 1998. Acesso em: 16 fev. 2019.

⁵¹⁴ ESTATUTO DE ROMA, 1998. Acesso em: 16 fev. 2019.

Desse caráter – como desse aglomerado de contendas – países como Vietnã, Rússia, Ucrânia, Armênia, Cazaquistão, Geórgia, entre outros, contemplaram a tipificação do delito de ecocídio em seus Códigos Penais pátrios⁵¹⁵.

5 O posicionamento da procuradoria do Tribunal Penal Internacional na matéria do crime de ecocídio

Para ser acolhido perante o Tribunal Penal Internacional (TPI), considera-se que o ecocídio deva ser uma afronta massiva ao meio ambiente, capaz de acarretar graves danos ao ecossistema e abusos à fauna, à flora, ao ar e/ou às águas, de sorte a causar a morte de vários espécimes animais ou vegetais, ou tornar inapropriado o uso das águas, do solo, do subsolo e/ou do ar, de modo a ocasionar abalos à própria vida humana.

No entanto, o ecocídio não se trata expressamente de um delito elencado no apontamento de crimes da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, de caráter que é imperativo analisar se o delito de ecocídio se adapta aos tipos presumidos no Estatuto de Roma, ou se a disposição do Tribunal se desenvolve de contorno equivocado à abrangência do Estatuto de Roma, o que infringiria o princípio da legalidade.

A competência do Tribunal Penal Internacional⁵¹⁶ é complementar, acolhidos apenas os delitos sem previsão nas legislações dos Estados-membros que adotam e aprovaram o Tratado que instituiu o Tribunal. Conforme Dotti⁵¹⁷, “O Tribunal Internacional Penal surge como um aparato complementar à jurisdição penal nacional”. O Estatuto de Roma reitera o conceito de que o Estado tem, a encargo primário, o dever jurídico de conferir a sua jurisdição. No entanto, se isso não ocorrer, o compromisso subsidiário é o da sociedade internacional. Desse caráter, o Estatuto procura equacionar a segurança do direito à justiça, o fim da impunidade, bem como a soberania do Estado, à luz do Princípio da Complementaridade.

Desta forma, o Tribunal Penal Internacional – exclusivamente – agirá complementar e subsidiariamente, nas conjunturas expressamente previstas nos artigos do Estatuto de

⁵¹⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 46-49.

⁵¹⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Office of the prosecutor. Policy paper on case selection and prioritisation**. 15 September 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Acesso em: 10 fev. 2019.

⁵¹⁷ DOTTI, René Ariel. Proteção constitucional do meio ambiente. Doutrinas essenciais de direito ambiental. **Revista dos Tribunais**. v. 100, n. 910. ago. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2011. p. 1.107-1.118. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/113995>. Acesso em: 14 fev. 2018.

Roma⁵¹⁸, de maneira que poderá desempenhar a sua jurisdição quando o delito não for conjeturado na legislação do Estado signatário; ou, quando existir esta prevenção, for averiguada a anormalidade da justiça do país e a carência de imparcialidade ou abnegação em apreciar a ação.

Os crimes da jurisdição material do Tribunal Penal Internacional encontram-se no artigo 5º do Estatuto de Roma⁵¹⁹, e, em afinidade a eles, considerou a procuradora Fatou Bensouda⁵²⁰ a adequação do crime de ecocídio a um dos tipos penais previstos no Estatuto. Os crimes em espécie são o de genocídio, os contra a humanidade, os de guerra e o de agressão.

Considerações finais

De certa forma, desastres ambientais são rotinas das sociedades contemporâneas: alguns por fatores naturais, mas relevante parte por fatores ocasionados pela ação do homem para com o meio ambiente. O esforço de uma ampla parte de países para evitar grandes catástrofes mundiais envolvendo ações do homem é materializado por meio de Cortes Internacionais que versam matérias de interesse e proteção mundial.

Trata o ecocídio de desastre em larga escala, ocorrido por meio de ações antrópicas. A preocupação para com tal crime é algo necessário, premente. Atores e sujeitos internacionais buscam, de certa forma, agir em prol de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como ocorre com diversas entidades ambientais, de natureza não governamental.

O entendimento da Procuradoria do Tribunal Penal Internacional trouxe uma nova luz aos militantes para a tipificação do crime de ecocídio em esfera mundial e para os que sonham com os desastres ambientais de grande magnitude sofrendo sanções pelos seus atos, por meio de um julgamento bastante rígido em seu rito como é o do Tribunal Penal Internacional.

O entendimento da Procuradoria do Tribunal Penal Internacional traz também certo receio a quem continua aplicando atos que podem ou que já estão ocasionando desastres

⁵¹⁸ BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 10 fev. 2019.

⁵¹⁹ *Ibidem*.

⁵²⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. ICC. **Prosecutor, Fatou Bensouda, publishes comprehensive Policy Paper on Case Selection and Prioritisation**. Press Release: 15 September 2016. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1238>. Acesso em: 14 fev. 2019.

ambientais em grande magnitude. É notório que nem uma empresa ou agente gostaria de passar por julgamento em uma Corte Internacional.

Constata-se, por meio de dados apresentados, que a declaração da procuradora Fatou Bensouda encontra-se em conformidade com as normas no Tribunal Penal Internacional, o que se consolidou com trabalho da referida procuradora em 2016. Tal externalização de entendimento não é fruto de manifestação de juízes(as) do Tribunal Penal Internacional, responsáveis por dizer o direito, em âmbito internacional, mas sim da Procuradoria da referida Corte, que levantou estudos de que é possível tratar acusações sobre o tema, submetendo-as à análise do Tribunal, com possível aceite para com a tramitação de procedimento judicial.

Sobre a segunda problemática levantada no trabalho, teve-se por entendimento que o estudo levantado pela Procuradoria do Tribunal Penal Internacional não fere o Estatuto de Roma. O Estatuto prevê que não pode o Tribunal Penal Internacional realizar analogia *in malam partem*, tipo de analogia na qual em caso de omissão do(a) legislador(a) quanto a determinada conduta, aplica-se a analogia; sendo que a analogia *in malam partem* é aquela em que se adota lei prejudicial ao réu, reguladora de caso semelhante. Prevê também o Estatuto de Roma que não se pode fazer interpretação extensiva, tipo de interpretação em que ocorre a ampliação do conteúdo da lei, efetivada pelo(a) aplicador(a) do direito, quando a norma disse menos do que deveria.

O estudo feito pela Procuradoria do Tribunal Penal Internacional, conforme se encontra na pesquisa, é de natureza declaratória, e não análoga ou extensiva, pois para que seja totalmente tipificado o crime de ecocídio, necessário se faz emenda à proposta pelos países signatários do Estatuto de Roma, bem como devida aprovação por eles.

A declaração da procuradora abriu portas para novos entendimentos no que tange ao ecocídio, mas não ainda a sua tipificação pelo Tribunal Penal Internacional. Ressalta-se que o estudo demonstra um posicionamento antropocêntrico, pois, segundo entendimento da procuradora Fatou Bensouda, só se entenderá ecocídio como crime quando causar danos em massa para com pessoas físicas, haja vista também estar alinhado aos crimes contra a humanidade. Deixa a entender, portanto, que, em casos em que ocorrer apenas danos ao meio ambiente, sem afetar o homem, não serão interpretados como tal.

O tema ecocídio ainda possui muitos pontos a serem analisados para sua efetiva consolidação como ilícito mundial, mas os passos dados pelo Tribunal Penal Internacional e por países signatários – ou não – do Estatuto de Roma, têm levado a reflexões de que é

necessário, de forma premente, se pensar em uma forma de se tornarem ilícitos os atos praticados pelo homem que afetam a natureza em massa, juntamente com os(as) sujeitos(as) que dela dependem. Existe, sim, a necessidade de tipificação do ecocídio, pois diversos países acabam deixando a desejar em julgamentos de desastres ambientais causados pelo ser humano. Uma tipificação internacional, em uma Corte Internacional, traria freios aos que não medem esforços em destruir o ambiente necessário para a existência não só humana, mas também de toda a biodiversidade.

Referências

BECK, Ulrich. **Incertezas fabricadas**: entrevista com Ulrich Beck. IHU. Disponível em: www.unisinos.br/ihu. Acesso em: 12 fev. 2019.

BJÖRK, Tord. **The emergence of popular participation in world politics**: United Nations Conference on Human Environment 1972. Department of Political Science. Universidade de Estocolmo, 1996. Disponível em: <http://www.folkrorelser.org/johannesburg/stockholm72.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019.

BORGES, Orlindo Francisco. Ecocídio: um crime ambiental internacional ou um crime internacional maquiado de verde? Publicado em 2013. **RIBD**. Ano 2 (2013), nº 7, 6457-6495. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/07/2013_07_06457_06495.pdf. Acesso em: 21. fev. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 10 fev. 2019.

CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. São Paulo: Gaia, 2010.

CHALK, Frank. **Genocide in the 20th century**: definitions of genocide and their implications for prediction and prevention. Disponível em: <http://www.heinonline.org/>. Acesso em: 10 mar. 2019.

CONSELHO DA EUROPA. Convention on the protection of the environment through criminal law. *In: European treaty series*, n. 172, Estrasburgo, 1998. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/172.htm>. Acesso em: 14 fev. 2019.

CORREIA, Gustavo. **Do genocídio e etnocídio**: povo, identidade cultural e o caso Yanomani. São Paulo: Modelo, 2011.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Acreditar na Justiça. Por uma Corte Constitucional Internacional. *In: MIRANDA, Jorge Miranda; GOMES, Carla Amado (coord); CAÚLA, Bleine Queiroz;*

VILLAS-BOAS, Marco Anthony Steveson; CARMO, Valter Moura (org). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 8. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 349-369.

DERVORT, Thomas R. Van. **International Law and Organization** - an introduction. Sage Publications, Inc.: Thousand Oaks, California, 2009.

DIAS, Felipe da Silva; OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. A água como direito fundamental autônomo. *In*: MIRANDA, Jorge Miranda; GOMES, Carla Amado (coord); CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS-BOAS, Marco Anthony Steveson; CARMO, Valter Moura (org). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 8. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 41-82.

DOTTI, René Ariel. Proteção constitucional do meio ambiente. Doutrinas essenciais de direito ambiental. **Revista dos Tribunais**. v. 100. n. 910. ago. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2011. p. 1.107-1.118. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/113995>. Acesso em: 14 fev. 2018.

ECOSOC, Res./1994/15, **The role of criminal law in the protection of the environment. (25 Jul. 1994)**. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1994/eres1994-15.htm>. Acesso em: 13 fev. 2019.

ERADICATING ECOCIDE. **Ecocidal Act 2010**. Disponível em: <http://eradicatingecocide.com/wp-content/uploads/2012/06/Earth-iss-Our->. Acesso em: 8 fev. 2019.

FREELAND, Steven. Direitos humanos, meio ambiente e conflitos: enfrentando os crimes ambientais. *Sur*, **Rev. int. direitos human.** 2005, v. 2, n. 2, p. 118-145. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452005000100006&script=sci_. Acesso em: 10 fev. 2019.

GORDILLO, Agustin. **Derechos humanos: doctrina, casos y materiales** - parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2005.

GRAY, Mark Allan. **The international crime of ecocide**. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/>. Acesso em: 9.fev. 2019.

HIGGINS, Polly. **Eradicating ecocide: law and governance to stop the destruction of the planet**. Shephard-Walwyn: Londres, 2010. Disponível em: <http://eradicatingecocide.com/>. Acesso em: 17 fev. 2019.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, publishes comprehensive Policy Paper on Case Selection and Prioritisation**. Press Release: 15 September 2016. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1238>. Acesso em: 24 fev. 2019.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Office of the prosecutor**. Policy paper on case selection and prioritisation. 15 September 2016. Disponível em: <https://www.icc->

cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Acesso em: 10 fev. 2019.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. The Rome Statute of the International Criminal Court. 17 July 1998. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/resource-library#coreICCTexts>. Acesso em: 10 fev. 2018.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LYTTON, Christopher H. **Environmental human rights: emerging trends in international law and ecocide**. Disponível em: <http://www.heinonline.org/>. Acesso em: 10 fev. 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. *Argumenta Journal Law*. Jacarezinho- Paraná. v.1. n.9. out. 2008 p. 169-196. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/117/117>. Acesso em: 18 fev. 2019.

MEADOWS, Donella H.; RANDERS, Jorgen; MEADOWS, Dennis L. **Beyond the limits: confronting global collapse, envisioning a sustainable future**. White River Junction: Chelsea Green Publishing Company, 1992.

ONU. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. **Study of the question of the prevention and punishment of the crime of genocide**. Nicodème RUHASHYAKIKO (rel.), EC/CN.4/Sub.2/416. Publicado em: 4 jul. 1978. Disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G78/070/47/PDF/G7807047.pdf?OpenElement>. Acesso em: 20 fev. 2019.

SCHABAS, William A. **Genocide in international law: the crime of crimes**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

TURNER, Graham. **Is global collapse imminent?** Disponível em: <http://sustainable.unimelb.edu.au/>. Acesso em: 9 fev. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZIERLER, David. **The invention of ecocide: agent orange, Vietnam, and the scientists who changed the way we think about environment**. Athens: University of Georgia Press, 2011.

O *greening* no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos: o caso das Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu (“Caso Belo Monte”)

The Greening in the Inter-American System for the Protection of Human Rights: the indigenous people from Rio Xingu and the Belo Monte Dam’s Case

Pablo Ronaldo Gadea de Souza

Advogado formado pela Universidade Federal Fluminense; mestre em Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional, também da Universidade Federal Fluminense. Atualmente cursa Doutorado em Direito e Segurança, pela Universidade Nova de Lisboa.

Paulo Gonzalez Büll

Cientista social; mestre em Antropologia Social, pelo Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social do Museu Nacional – UFRJ; doutorando em Sociologia e Antropologia, pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia (PPGSA); consultor da Unesco; e graduando em Direito, pela Faculdade Nacional de Direito (FND)

RESUMO

O presente trabalho trata do fenômeno do *greening* no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, mais precisamente a partir da análise do Caso das Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, no qual a Comissão Interamericana de Direitos Humanos outorgou medidas cautelares a favor dos membros, uma vez que estes estavam tendo seus direitos coletivos violados devido à construção da Usina Hidroelétrica de Belo Monte, no estado do Pará. O trabalho busca analisar como a temática ambiental passou a ser inserida indiretamente no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e quais são as suas consequências na efetivação destes direitos na região.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos Coletivos dos Povos Indígenas. *Greening*.

ABSTRACT

This paper develops the phenomenon of greening in the Inter - American System for the Protection of Human Rights, more precisely from the analysis of the Case of the Indigenous Communities of the Xingu River Basin, in which the Inter - American Commission on Human Rights granted precautionary measures in favor of since they were having their collective rights violated due to the construction of the Belo Monte Hydroelectric Power Plant in the state of Pará. The paper seeks to analyze how the environmental theme has been inserted indirectly in the Inter-American System for the Protection of Human Rights and which are their consequences for the realization of these rights in the region.

Keywords: Human Rights. Inter-American System for the Protection of Human Rights. Inter-American Court of Human Rights. Collective Rights of Indigenous Peoples. Greening

Introdução

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é um sistema regional de promoção e proteção dos referidos direitos, reconhecidos em uma série de instrumentos que estabelecem diversas obrigações aos Estados das Américas, que, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, devem zelar pela sua efetivação e cumprimento do convenicionado, principalmente no disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Da criação do Sistema Interamericano, decorrem dois principais órgãos – a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – que têm como função zelar pela observância dos direitos reconhecidos pelos Estados no Direito Convencional.

A Comissão é o órgão consultivo da Organização dos Estados Americanos em matéria de direitos humanos, elaborando relatórios sobre a situação destes nos Estados-membros e recebendo denúncias de particulares ou organizações relativas a violações de direitos

humanos, examinando as petições referentes e adjudicando os casos que cumpram os requisitos de admissibilidade necessários para que o caso seja apreciado pela Corte.

A Corte Interamericana, por sua vez, exerce função contenciosa, aplicando e interpretando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de modo a decidir sobre os casos que lhe são submetidos, podendo ditar medidas provisórias sobre os casos analisados e, ainda, exercer função meramente consultiva a respeito⁵²¹.

A Convenção Americana, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, reconhece um vasto rol de direitos e liberdades a serem garantidos pelos Estados que a ratificaram, como, por exemplo, o direito à vida; o direito à integridade pessoal; o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; o direito à liberdade pessoal, à proibição da escravidão e da servidão, à proteção da honra e da dignidade, à liberdade de consciência e de religião, à liberdade de pensamento e de expressão; os direitos da criança; o direito à propriedade privada; os direitos políticos, a igualdade perante a lei, a proteção judicial, dentre outros⁵²².

Porém, dentre a grande quantidade de direitos garantidos pelo Pacto de São José não se encontram expressamente previstos os direitos ambientais, razão pela qual a matéria não é passível de apreciação direta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Entretanto, nos últimos anos, a temática ambiental passou a ser inserida indiretamente nos casos monitorados, apreciados e julgados no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, em um fenômeno que ficou conhecido como *greening* e é apontado por diversos autores, dentre os quais se destacam Valério Mazzuoli e Gustavo Teixeira.

Partindo dessa hipótese, o presente artigo busca esmiuçar a ocorrência do *greening* no referido sistema regional de proteção dos direitos humanos, e quais são as suas consequências, diretas ou indiretas, na efetivação desses direitos em matéria ambiental na região.

Para tal, parte-se da análise do Caso das Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, no qual a Comissão Interamericana de Direitos Humanos outorgou medidas cautelares a favor dos membros, uma vez que estes estavam tendo seus direitos coletivos violados

⁵²¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos humanos e meio-ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

⁵²² CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. "Os direitos humanos e o meio ambiente. In: SYMONIDES, Janusz (org.). **Direitos humanos**: novas dimensões e desafios, Brasília, UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003. p. 162-203.

devido à construção da Usina Hidroelétrica de Belo Monte pelo governo brasileiro no estado do Pará.

Assim, o presente trabalho envolve em sua metodologia a análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a análise de documentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em um caso em que o Estado Brasileiro foi denunciado por violações de Direitos Humanos, previstos na Convenção Americana, bem como pesquisa bibliográfica e doutrinária sobre o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

1 O fenômeno do *greening* e o sistema interamericano de proteção aos Direitos Humanos

Para tratar da gênese do *greening*, é necessário fazer remissão à Corte Europeia de Direitos Humanos, que é um dos três tribunais regionais de proteção dos Direitos Humanos, juntamente à supracitada Corte Interamericana de Direitos Humanos e à Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos⁵²³.

A exemplo da Corte Interamericana, que aplica e interpreta a Convenção Americana, a Corte Europeia de Direitos Humanos deve aplicar e interpretar a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que, também, a exemplo do sistema interamericano, não há previsão expressa de direitos de matéria ambiental.

No entanto, apesar de a Corte Europeia não reconhecer o direito ao meio ambiente equilibrado como um direito implícito na Convenção Europeia de Direitos Humanos, ela tem se valido dos direitos expressamente previstos na Convenção, como o direito ao respeito à vida privada e familiar, para afirmar-lhe, de modo reflexo, a proteção daquele direito⁵²⁴.

⁵²³ VARGAS, Micheli Regina. **O sistema interamericano de direitos humanos e o *greening* internacional**. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 2016. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46395/129.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 maio 2019.

⁵²⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. O “esverdeamento” da Convenção Europeia de Direitos Humanos: vícios e virtudes. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 22, n. 3, 2017. p. 169. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/30>. Acesso em: 10 maio 2019.

Esse fenômeno é o que chamamos de *greening*, que, em tradução livre, seria o “esverdeamento”, ou, em sentido mais amplo, a conferência de uma dimensão ecológica ao disposto na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Conforme aponta José Adércio Leite Sampaio⁵²⁵, tal incidência tem funcionado como um instrumento que, progressivamente, amplia a proteção do direito a um meio ambiente equilibrado, tanto em seu aspecto substantivo quanto em sua dimensão processual.

Como exposto anteriormente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵²⁶ não prevê em seu rol nenhum direito em matéria ambiental, de modo que, conseqüentemente, não há previsão expressa do direito ao meio ambiente equilibrado no referido tratado internacional.

Entretanto, parte da doutrina, defende que, a exemplo do que ocorreu no sistema regional europeu de proteção aos direitos humanos, houve também nos últimos anos um “esverdeamento” do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Sobre o fenômeno do *greening*, destaca Mazzuoli⁵²⁷:

[...] para que questões de cunho ambiental sejam submetidas ao sistema interamericano é preciso socorrer-se ao chamado *greening* ou “esverdeamento” – fenômeno que ocorre quando se tenta (e se consegue) proteger direitos de cunho *ambiental* nos sistemas regionais de direitos humanos, que são sistemas aptos (em princípio) a receber queixas ou petições que contenham denúncias de violação a direitos *civis e políticos*. O que fazer então? Há técnicas e estratégias para que se submeta, com sucesso, uma questão ambiental no sistema regional interamericano, quando então se diz que o sistema “esverdeou-se.

Desse modo, o “esverdeamento” do Sistema Interamericano tem seus reflexos na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobretudo nos casos que tratam dos direitos coletivos territoriais dos povos indígenas, nos quais se apreciam questões ambientais relacionadas às terras e territórios ancestrais dos povos e comunidades indígenas.

Os casos sobre essa matéria, majoritariamente, envolvem a proteção da terra como elemento constitutivo da identidade indígena, é dizer, a preservação da terra e dos recursos

⁵²⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. O “esverdeamento” da Convenção Europeia de Direitos Humanos: vícios e virtudes. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 22, n. 3, p. 169, 2017.

⁵²⁶ Existem dois Protocolos adicionais à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, entretanto nenhum deles versa sobre matéria ambiental. O primeiro é o Protocolo de San Salvador, em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 17 de novembro de 1988, e o segundo é o Protocolo referente à Abolição da Pena de Morte, de 1990.

⁵²⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o *greening* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Revista da AJURIS**, v. 39, n. 126, p. 289-342, 2012.

naturais existentes nela representa a proteção do povo indígena em si, bem como o desenvolvimento e perpetuação de sua cultura.

Isso se dá porque os povos indígenas possuem uma relação íntima com o seu território ancestral, necessitando dele para se desenvolver, fortalecendo a ideia de que “a terra não pertence ao povo indígena, mas o povo indígena pertence à sua terra”, entendimento este consolidado até mesmo na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no emblemático caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni *versus* Nicarágua, de 2001.

Podemos observar a incidência do *greening* também pela atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos na concessão de medidas cautelares. Assim, para compreender melhor tal ocorrência na prática, analisa-se a seguir o Caso Belo Monte ou o Caso das Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, monitorado pela CIDH⁵²⁸.

2 O caso das comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu (“Caso Belo Monte”)

O projeto de construção da usina hidrelétrica no Rio Xingu foi, a princípio, idealizado nos anos da Ditadura Militar, mais especificamente no governo de Ernesto Geisel. Então denominado Complexo Hidrelétrico de Altamira, o empreendimento comportaria a construção das Usinas Hidrelétricas de Kararaô e Babaquara.

Em função da repercussão internacional dos protestos realizados pelos grupos nativos residentes na região, e também pela pressão de demais movimentos sociais, o empreendimento foi engavetado.

Porém, alguns anos depois, no governo Fernando Henrique Cardoso, um novo projeto foi elaborado e divulgado como bandeira-chave para o aumento da oferta de eletricidade no país. Inserido em um plano de emergência voltado ao ramo hidrelétrico, com investimento na casa dos R\$ 30 bilhões, a construção de barragens hidrelétricas ao longo do Rio Xingu se tornou plausível apenas no final do governo Lula e no decorrer do governo Dilma.

⁵²⁸ SILVA, Elisabeth Massoud Salame da; CAMPOS, Fernando Alberto de Almeida; SILVA, Maria Stela Campos da. Belo Monte: a (falsa) dicotomia entre Direitos Humanos – Desenvolvimento x comunidades tradicionais. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado. (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; ARRUDA, Gerardo Clésio Maia; CARMO, Valter Moura do. (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 219-233.

Ignorando as manifestações de órgãos ambientais voltados aos interesses indígenas, sempre contrários à construção das barragens, e depois de muitas reviravoltas e impasses jurídicos, a Usina Hidrelétrica de Belo Monte recebeu a Licença de Instalação (LI) em junho de 2011.

A partir de então, os impactos ambientais e sociais – antes apenas previstos nos Estudos de Impactos Ambientais (EIA) – tornaram-se realidade para mais de dez comunidades indígenas residentes ao longo do curso do Rio Xingu.

A Licença de Instalação, porém, foi concedida pelo Ibama sob condição de implementação de um Plano Básico Ambiental (PBA), o qual seria elaborado pela empresa gestora da construção da barragem.

A Norte Energia, concessionária vencedora da licitação, compôs o PBA por 14 planos, 54 programas e 86 projetos. Com o objetivo de mitigar e compensar os impactos negativos e a potencializar os impactos positivos gerados pela Usina de Belo Monte; anexo a este Plano mais geral há o Projeto Básico Ambiental – Componente Indígena (PBA-CI) – aprovado pela Funai, em 2012.

O PBA-CI, que ainda está em fase de execução, tem suscitado transformações sociais e econômicas nunca vivenciadas pelos grupos indígenas da região: nas palavras do próprio consórcio, as aldeias da área de influência da Usina Hidrelétrica Belo Monte recebem atenção e investimentos, não registrados anteriormente em termos de recursos e abrangência.

Antes mesmo da Licença de Instalação, em 2010, o Brasil foi denunciado na Corte por movimentos e associações ligados aos direitos indígenas. Inicialmente, a Comissão determinou a medida cautelar de suspensão do projeto e de qualquer obra até que resguardados os direitos ao mínimo existencial das comunidades afetadas.

Não obstante, o Governo Federal Brasileiro não cumpriu as determinações da Comissão e, desse modo, permaneceram sendo violados diversos dos Direitos Humanos das Comunidades Indígenas locais.

3 As medidas cautelares outorgadas no caso das comunidades indígenas da bacia do rio xingu (mc 382/10)

O Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabelece que, em situações de gravidade ou urgência, a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido da

parte, requerer que o Estado adote medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis às pessoas ou ao objeto do processo, com base em uma petição ou caso pendente, assim como às pessoas que se encontrem sob sua jurisdição, independentemente de qualquer petição ou caso pendente⁵²⁹.

Tais medidas podem ser de natureza coletiva com o fim de prevenir dano irreparável às pessoas, e razão de vínculo com um grupo ou comunidade de pessoas determinadas, como ocorre, por exemplo, no caso dos povos ou comunidades indígenas, que, ademais, possuem direitos de caráter coletivo, reconhecidos na jurisprudência da Corte.

O mecanismo de medidas cautelares encontra-se previsto no artigo 25 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁵³⁰:

Artigo 25. Medidas cautelares

1. Em situações de gravidade e urgência a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido da parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis às pessoas ou ao objeto do processo relativo a uma petição ou caso pendente.
2. Em situações de gravidade e urgência a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido da parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis a pessoas que se encontrem sob sua jurisdição, independentemente de qualquer petição ou caso pendente.
3. As medidas às quais se referem os incisos 1 e 2 anteriores poderão ser de natureza coletiva a fim de prevenir um dano irreparável às pessoas em virtude do seu vínculo com uma organização, grupo ou comunidade de pessoas determinadas ou determináveis.
4. A Comissão considerará a gravidade e urgência da situação, seu contexto, e a iminência do dano em questão ao decidir sobre se corresponde solicitar a um Estado a adoção de medidas cautelares. A Comissão também levará em conta:
 - a. se a situação de risco foi denunciada perante as autoridades competentes ou os motivos pelos quais isto não pode ser feito;
 - b. a identificação individual dos potenciais beneficiários das medidas cautelares ou a determinação do grupo ao qual pertencem; e

⁵²⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Regulamento da Comissão Interamericana De Direitos Humanos**, 2009. Retirado do sítio eletrônico da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>. Acesso em: 25 fev. 2019.

⁵³⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Regulamento da Comissão Interamericana De Direitos Humanos**, 2009. Retirado do sítio eletrônico da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>. Acesso em: 25 fev. 2019.

c. a explícita concordância dos potenciais beneficiários quando o pedido for apresentado à Comissão por terceiros, exceto em situações nas quais a ausência do consentimento esteja justificada.

5. Antes de solicitar medidas cautelares, a Comissão pedirá ao respectivo Estado informações relevantes, a menos que a urgência da situação justifique a outorga imediata das medidas.

6. A Comissão avaliará periodicamente a pertinência de manter a vigência das medidas cautelares outorgadas.

7. Em qualquer momento, o Estado poderá apresentar um pedido devidamente fundamentado a fim de que a Comissão faça cessar os efeitos do pedido de adoção de medidas cautelares. A Comissão solicitará observações aos beneficiários ou aos seus representantes antes de decidir sobre o pedido do Estado. A apresentação de tal pedido não suspenderá a vigência das medidas cautelares outorgadas.

8. A Comissão poderá requerer às partes interessadas informações relevantes sobre qualquer assunto relativo à outorga, cumprimento e vigência das medidas cautelares. O descumprimento substancial dos beneficiários ou de seus representantes com estes requerimentos poderá ser considerado como causa para que a Comissão faça cessar o efeito do pedido ao Estado para adotar medidas cautelares. No que diz respeito às medidas cautelares de natureza coletiva, a Comissão poderá estabelecer outros mecanismos apropriados para seu seguimento e revisão periódica.

9. A outorga destas medidas e sua adoção pelo Estado não constituirá pré-julgamento sobre a violação dos direitos protegidos pela Convenção Americana e outros instrumentos aplicáveis.

Com fundamento no artigo 25 de seu Regulamento, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos outorgou, no dia 1º de abril de 2011, o MC 382/10 com medidas cautelares a favor dos membros das Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, citando nominalmente as Comunidades Arara da Volta Grande do Xingu, Juruna de Paquiçamba, Juruna do “Quilômetro 17”, Xikrin de Trincheira Bacajá, Asurini de Koatinemo, Kararaô e Kayapó da terra indígena Kararaô, Parakanã de Apyterewa, Araweté do Igarapé Ipixuna, Arara da terra indígena Arara, e Arara de Cachoeira Seca, citando ainda, genericamente, as comunidades indígenas em isolamento voluntário da Bacia do Xingu.

A solicitação das medidas cautelares alegava que os direitos à vida e à integridade pessoal – previstos nos artigos 4º e 5º, respectivamente, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵³¹ – dos membros das Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu

⁵³¹ “Artigo 4. Direito à vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos

estariam em iminente risco pelo impacto da construção da Usina Hidroelétrica de Belo Monte.

Assim, por meio de tal instrumento, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou ao Estado Brasileiro que suspendesse imediatamente o processo de licenciamento do projeto da Usina Hidroelétrica de Belo Monte e impedisse a realização de qualquer obra material de execução até que fossem observadas três condições mínimas.

A primeira dizia respeito à realização de processos de consulta, em cumprimento das obrigações internacionais do Brasil, no sentido de que a consulta fosse prévia, livre, informativa, de boa fé, culturalmente adequada, e com o objetivo de chegar a um acordo, em relação a cada uma das comunidades indígenas afetadas, beneficiárias das medidas cautelares do MC 382/10.

A segunda condição era a de que o Brasil deveria garantir, previamente, a realização dos processos de consulta da condição anterior, de modo que esta fosse informativa, e que as Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu tivessem acesso a um Estudo de Impacto Social e Ambiental do projeto, em um formato acessível, que incluísse a tradução do Estudo aos respectivos idiomas indígenas de cada comunidade.

Por fim, a terceira condição exigia que o Estado Brasileiro adotasse medidas para proteger a vida e a integridade pessoal dos membros dos povos indígenas em isolamento voluntário da Bacia do Rio Xingu, de modo a prevenir a disseminação de doenças e epidemias entre as comunidades indígenas, como consequência da construção da Hidroelétrica de Belo Monte, enfatizando que se tratava não só daquelas doenças derivadas do aumento

delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente. 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos. 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez. 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente. Artigo 5. Direito à integridade pessoal. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. 3. A pena não pode passar da pessoa do delincente. 4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas. 5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção americana sobre direitos humanos. Entrada em vigor em, v. 22, 1969.

populacional massivo na zona, mas também daquelas em decorrência da exacerbação dos vetores de transmissão aquática de doenças, como, por exemplo, a malária.

Então, em 25 de abril de 2011, o Estado Brasileiro respondeu à comunicação anterior da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, apresentando informações complementares às enviadas anteriormente no âmbito do procedimento das medidas cautelares, por meio de um documento no qual requeria o encerramento do procedimento da MC 382/10 por acreditar que esta carecia de objeto:

[...] o Estado brasileiro entende que procedimento MC 382/10 (Comunidades Tradicionais da Bacia do Xingu, Pará) carece de objeto, uma vez que as medidas cautelares solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos correspondem a ações que já foram implementadas, encontram-se em execução ou estão programadas pelo Estado para proteger os bens jurídicos que a CIDH pretendeu fossem preservados⁵³².

Desse modo, o Brasil se recusou a cumprir o disposto na MC 382/10, alegando ainda a ausência de caráter vinculante desta. Assim, em 29 de julho de 2011, durante o 142º Período de Sessões, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos modificou o objeto das medidas cautelares após avaliar a MC 382/10 com base nas informações enviadas pelo Estado Brasileiro e pelos peticionários, passando a solicitar ao Estado que adotasse novas medidas, visto que as antigas haviam sido alteradas com restrição de seu conteúdo.

Assim, determinou-se que o Brasil deve adotar medidas para proteger a vida, a saúde e integridade pessoal dos membros das comunidades indígenas em situação de isolamento voluntário da Bacia do Xingu, e da integridade cultural destas, incluindo ações efetivas de implementação e execução das medidas jurídico-formais já existentes, assim como o desenho e implementação de medidas específicas de mitigação dos efeitos que decorrem da construção da represa Belo Monte sobre o território e a vida dessas comunidades em isolamento.

Determinou-se também que o Brasil deve adotar medidas para proteger a saúde dos membros das comunidades indígenas da Bacia do Xingu afetadas pelo projeto de construção de Belo Monte, incluindo a finalização e a implementação aceleradas do Programa Integrado de Saúde Indígena para a região da Usina Hidroelétrica de Belo Monte, e o desenho e

⁵³² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. MC-382-10. COMUNIDADES TRADICIONAIS DA BACIA DO RIO XINGU, PARÁ. INFORMAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO. 25 DE ABRIL DE 2011.

implementação efetivos dos planos e programas especificamente requeridos pela Funai no Parecer Técnico 21/09⁵³³.

Determinou-se ainda que o Estado Brasileiro deva garantir a rápida finalização dos processos de regularização das terras ancestrais dos povos indígenas na Bacia do Xingu que estão pendentes, e que fossem adotadas medidas efetivas para a proteção dos territórios ancestrais diante apropriação ilegítima e de sua ocupação por não indígenas, e mediante a exploração ou o deterioramento de seus recursos naturais.

Adicionalmente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos decidiu que o debate entre as partes, no que se refere à consulta prévia e ao consentimento informado em relação ao projeto Belo Monte, transformou-se numa discussão sobre o mérito do assunto, ultrapassando, portanto, o âmbito do procedimento de medidas cautelares.

É importante destacar que a concessão das medidas cautelares e a sua adoção pelo Estado não constitui pré-julgamento sobre a violação dos direitos protegidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Após a análise da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e das medidas cautelares, antes e depois das alterações diante da inflexibilidade do Estado Brasileiro, infere-se que o cerne do caso é a proteção do direito à vida e à integridade das comunidades indígenas.

Entretanto, percebe-se também, indiretamente, ter havido a proteção de Direitos Humanos de cunho ambiental das Comunidades Indígenas afetadas pelas obras de Belo Monte, visto que o direito ao meio ambiente equilibrado está intrinsecamente relacionado à garantia do mínimo existencial dessas comunidades, de modo que o “*greening*” se faz presente na apreciação da questão por parte da CIDH.

Considerações finais

Após a análise do exposto ao longo do presente artigo, conclui-se que é impossível desassociar o grande impacto ambiental das obras do Caso Belo Monte da violação dos Direitos Humanos das Comunidades Indígenas locais, visto que a violação dos direitos

⁵³³ FUNAI, Parecer Técnico nº 21 – Análise do Componente Indígena dos Estudos de Impacto Ambiental. Brasília, 30 de setembro de 2009.

ambientais dessas incorre diretamente na violação dos direitos territoriais coletivos das Comunidades em si.

Assim, ainda que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não preveja direitos de cunho ambiental em seu texto, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, enquanto principais instrumentos de efetivação dos Direitos Humanos dentro do bloco da Organização dos Estados Americanos devem interpretar extensivamente o direito à proteção dos territórios ancestrais e de seus recursos naturais como intrínsecos ao direito a um meio ambiente equilibrado.

Como exposto, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos tem tratado indiretamente da matéria ambiental em sua jurisprudência, demonstrando que é possível garantir a proteção de direitos de cunho ambiental nos sistemas regionais de direitos humanos, ainda que esta não seja a sua principal inclinação.

O *greening* então possibilita a ampliação da proteção progressiva dos direitos de cunho ambiental em âmbito internacional, quer seja em sua dimensão processual, quer seja em seu caráter substantivo.

Referências

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

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os direitos humanos e o meio ambiente. *In*: SYMONIDES, Janusz (org.). **Direitos humanos: novas dimensões e desafios**. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003. p. 162-203.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Entrada em vigor em, v. 22, 1969.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Regulamento da Comissão Interamericana De Direitos Humanos, 2009**. Retirado do sítio eletrônico da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>. Acesso em: 25 fev. 2019.

FUNAI, Fundação Nacional do Índio. Parecer **Técnico nº 21 – Análise do Componente Indígena dos Estudos de Impacto Ambiental**. Brasília, 30 de setembro de 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o *greening* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Revista da AJURIS**, v. 39, n. 126, p. 289-342, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem. **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.**, Brasília, Ano 8, V. 15, p. 93 – 110, jan./jun. 2000.

SILVA, Elisabeth Massoud Salame da; CAMPOS, Fernando Alberto de Almeida; SILVA, Maria Stela Campos da. Belo Monte: a (falsa) dicotomia entre Direitos Humanos – Desenvolvimento x comunidades tradicionais. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado. (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; ARRUDA, Gerardo Clésio Maia; CARMO, Valter Moura do. (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 219-233. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.-6.pdf>. Acesso em: 10 maio 2019.

SAMPAIO, José Adércio Leite. O “esverdeamento” da Convenção Europeia de Direitos Humanos: vícios e virtudes. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 22, n. 3, 2017. p. 169-196. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/30>. Acesso em: 10 maio 2019.

VARGAS, Micheli Regina. **O sistema interamericano de direitos humanos e o *greening* internacional**. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 2016. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46395/129.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 maio 2019.

Comissão Científica

Alexandre Sousa Pinheiro – *Universidade de Lisboa*
Ângela Issa Haonat – *Universidade Federal do Tocantins*
Ana Maria D'Ávila Lopes – *Universidade de Fortaleza*
Ana Paula Araújo de Holanda – *Universidade de Fortaleza*
Anna Ciammariconi – *Università Degli Studi di Teramo*
Beatriz Souza Costa – *Escola Superior Dom Helder Câmara*
Bleine Queiroz Caúla – *Universidade de Fortaleza*
Carla Amado Gomes – *Universidade de Lisboa*
César Barros Leal – *Universidade Federal do Ceará*
Claudia Ribeiro Pereira Nunes – *Yale University*
Dayse Braga Martins – *Universidade de Fortaleza*
Délton Winter de Carvalho – *Universidade do Vale do Rio dos Sinos*
Elvira Domínguez-Redondo – *Middlesex University*
Fernando González Botija – *Universidad Complutense de Madrid*
Francisco Lisboa Rodrigues – *Faculdade de Tecnologia do Nordeste*
Horácio Wanderlei Rodrigues – *Universidade Federal de Santa Catarina*
Jefferson Aparecido Dias – *Universidade de Marília*
João Pedro Oliveira de Miranda – *Universidade de Lisboa*
Jorge Miranda – *Universidade de Lisboa*
Leonel Severo Rocha – *Universidade do Vale do Rio dos Sinos*
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima – *Universidade de Fortaleza*
Orides Mezzaroba – *Universidade Federal de Santa Catarina*
Rômulo Guilherme Leitão – *Universidade de Fortaleza*
Susana Borràs Pentinat – *Universitat Rovira i Virgili*
Valério de Oliveira Mazzuoli – *Universidade Federal de Mato Grosso*
Valter Moura do Carmo – *Universidade de Marília*
Wagner Menezes – *Universidade de São Paulo*

APOIO

