Diálogo Ambiental Constitucional Internacional

VOLUME 16

ESTADO DE DIREITO, AMBIENTE E NATUREZA

Coordenadores
Jorge Miranda
Carla Amado Gomes
Hugo Echeverría

Organizadores
Bleine Queiroz Caúla
Marco Villas Boas
Valter Moura do Carmo

Diálogo
Ambiental
Constitucional
Internacional

Volume 16

Tema:

Estado de Direito, Ambiente e Natureza

Coordenadores

Jorge Miranda

Carla Amado Gomes

Hugo Iván Echeverría

Organizadores

Bleine Queiroz Caúla

Marco Villa Boas

Valter Moura do Carmo

Copyright © 2020 *by*
Bleine Queiroz Caúla
Marco Anthony Steveson Villas Boas
Valter Moura do Carmo

Categoria: Direito Ambiental, Constitucional e Internacional

Produção Editorial
Escola Superior da Magistratura Tocantinense

Revisão ABNT: Bleine Queiroz Caúla e Valter Moura do Carmo

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. 16 /
Coordenadores: Jorge Miranda, Carla Amado Gomes, Hugo Iván Echeverría.
Organizadores: Bleine Queiroz Caúla, Marco Anthony Steveson Villas Boas,
Valter Moura do Carmo. Palmas: Editora Esmat,
2020.

XXvIII, 238 p. ; 23cm.

Inclui bibliografia.

ISBN: ???????

1. Direito. 2. Direito ambiental. 3. Direito constitucional. 4. Direito internacional. 5. Direitos Humanos. I. MIRANDA, Jorge; II GOMES, Carla Amado. III. ECHEVERRÍA, Hugo Iván. IV. CAÚLA, Bleine Queiroz. V. VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson. VI. CARMO, Valter Moura do.

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 – Universitá 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 – UNIVEM

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.

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 Acadêmica do Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional.

Hugo Iván Echeverría

Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Master of Laws. McGill University – Canadá. Chevening Fellow. Miembro de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza. Profesor de la Subespecialización en Derecho Ambiental del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

Organizadores

Bleine Queiroz Caúla

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

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).

Valter Moura do Carmo

Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e doutor em Direito pela UFSC, tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha) com bolsa do PDSE da CAPES e período de investigação na Universidade Federal da Paraíba - UFPB com bolsa do PROCAD da CAPES. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Marília - UNIMAR com bolsa do PNPD da CAPES. Professor da UNIMAR onde leciona nos cursos de graduação em Direito e Medicina, sendo professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito. Diretor de relações institucionais do CONPEDI. Membro da Comissão de Estudo de Identificação e Descrição da ABNT. E-mail: vmcarmo86@gmail.com

Autores

Andrés Martinéz

Amanda Almeida Lima

Anna Ciammariconi

Antonella Furlato

Bleine Queiroz Caúla

Carla Amado Gomes

Dayse Braga Martins

Francisco Lisboa Rodrigues

Hugo Iván Echeverría

José Wilson Rodrigues de Melo

Lethicia Pinheiro Machado

Luciana Oliveira Araújo

Lyssandro Norton Siqueira

Mateus Rodrigues Lins

Maria Eduarda Ferreira da Silva Cruz

Monique Mosca Gonçalves

Reuber Araújo Almeida

Vanessa Batista Oliveira

Wellington Magalhães

Sumário

Prefácio – Monique Mosca

Apresentação – Bleine Queiroz Caúla

The water, energy and food nexus in Ecuador. Human Rights vs. Sovereignty

Andrés Martinéz

A (in)efectividade do regime europeu de prevenção e reparação do dano ecológico

Carla Amado Gomes

Refugiados Climáticos en Latinoamérica

Antonella Furlato

Povos Indígenas e Democracia: novas perspectivas de diálogo e inclusão sociopolítica

Wellington Magalhães

José Wilson Rodrigues de Melo

Constitucionalismo Ambiental Ecuatoriano

Hugo Iván Echeverría

Responsabilidade ambiental e a valoração do dano

Lyssandro Norton Siqueira

Vedação do Retrocesso Ambiental e arquitetura de consensos na atuação dos Poderes da República: uma luz a partir do arquivamento da PEC 65/2012

Bleine Queiroz Caúla

Maria Eduarda Ferreira da Silva Cruz

A autocomposição no Processo Civil: um instrumento de concretização do direito fundamental ao Acesso à Justiça, à dignidade da justiça e à dignidade da pessoa humana

Dayse Braga Martins

Amanda Almeida Lima

Luciana Oliveira Araújo

O que a Natureza uniu, a Senciência separa: ensaio sobre a autonomia do direito animal

Monique Mosca Gonçalves

Emenda Aglutinativa nº 16/2015 e a (in)constitucionalidade do Processo Legislativo na Câmara dos Deputados: manobra para forçar a aprovação da PEC 171/93

Bleine Queiroz Caúla

Francisco Lisboa Rodrigues

Reuber Araújo Almeida

O Escritor Fantasma no direito brasileiro: análise acerca da possibilidade de aplicação analógica no Sistema Copyright

Mateus Rodrigues Lins

Lethicia Pinheiro Machado

Vanessa Batista Oliveira

Note a margine della sentenza della Corte Costituzionale 24 maggio 2018, n. 106 (in tema di diritto all'abitazione)

Anna Ciammariconi

Prefácio

Monique Mosca Gonçalves

Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais pela Universidade de Lisboa. Pós-graduada em Direito Penal pela Anhanguera/UNIDERP. Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Foi com grande alegria que recebi o honroso convite para prefaciar o Volume 16 do Diálogo ACI – Tema: Estado de Direito, Ambiente e Natureza, que resulta de dois notáveis eventos realizados no ano de 2018, em Fortaleza, acolhido pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT), e no Equador, sediado na *Universidad de San Francisco de Quito*.

Evento já bem consolidado no Brasil, tendo o seu berço na Universidade de Fortaleza (UNIFOR), no ano de 2012, o Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional vem ganhando progressivo espaço no cenário internacional, já tendo sido sediado por diversas vezes em Portugal (Lisboa, Porto e Braga) e, mais recentemente, vem se expandindo para outros eixos, na Europa (Espanha e Itália) e na América Latina (Equador).

Sempre sob a profícua coordenação científica da Professora Bleine Queiroz Caúla, o projeto conta com uma equipe organizadora de grande renome no espaço acadêmico nacional e internacional, o que contribui para o sucesso presente em todas as edições, garantindo o alto padrão dos debates, com dinamismo, diversidade e distinção intelectual.

A grande nota distintiva do Diálogo ACI encontra-se no seu próprio conceito, o que faz deste notável projeto mais do que relevante, um modelo necessário nos dias atuais. A proposta de um diálogo aberto, comunicativo, com caráter transversal e interdisciplinar, que congregue juristas, professores e profissionais de áreas afins, de diferentes nacionalidades, nas áreas do Direito Ambiental, Constitucional e Internacional, garante não apenas a qualidade das abordagens, mas a conciliação entre

distintas visões e análises de questões contemporâneas da mais alta relevância.

Especialmente na área ambiental, que é, por natureza transnacional, o Diálogo ACI presta um relevante serviço ao debate acadêmico ao contribuir para a promoção de "diálogos de fontes normativas" e "diálogos de Cortes", instrumentos necessários para o cumprimento do dever de cooperação internacional nos enfrentamentos da crise ecológica global contemporânea, como um importante mecanismo de incentivo à expansão da *governança judicial ecológica*[1].

O Volume 16 que ora se apresenta, a exemplo dos anteriores, mostra-se dinâmico e extremamente atual, destacando-se pela profundidade e relevância dos temas abordados, e por autores da melhor qualidade. São temas variados e que primam por abordagens sob diferentes perspectivas. Desde a responsabilidade civil ambiental, passando por temas atualíssimos, como refugiados climáticos, os direitos dos povos indígenas e a questão energética. Merecedora de destaque, a inovação do constitucionalismo ambiental equatoriano, primeiro país a reconhecer os direitos constitucionais da Natureza, a partir da adoção de uma perspectiva essencialmente biocêntrica.

Os demais estudos seguem a mesma linha. Nada mais atual, diante do cenário político nacional atual, do que abordar o princípio da vedação de retrocesso ambiental, destacando-se a mesma nota de atualidade para o estudo dos mecanismos de autocomposição no processo civil. De grande relevância, a análise crítica da (in)constitucionalidade do processo legislativo de aprovação de PEC, em relação à Emenda Aglutinativa nº 16/15 e o instigante estudo dos direitos autorais à luz do direito brasileiro e do direito americano, acerca da possibilidade de contratação válida de um escritor fantasma.

Por fim, destaco a dupla satisfação em poder contribuir, também, com o estudo sobre a autonomia do Direito Animal frente ao Direito Ambiental, tema igualmente relevante e atual, diante da progressiva expansão do sistema jurídico de proteção dos animais.

Parabenizo, por derradeiro, os coordenadores, organizadores e autores desta

[1] SARLET, Ingo ; FENSTERSEIFER, Tiago. A Suprema Corte de Justiça do México e o dever de proteção ecológica. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-abr-05/direitos-fundamentais-suprema-corte-justica-mexico-protecao-ecologica. Acesso em: 04 out. 2020.

importante obra coletiva, permanecendo na expectativa para a próxima edição do Diálogo ACI, que, especialmente neste momento de grave crise mundial ecológica e sanitária e de polarização política, se revela essencial para a comunidade acadêmica.

Uberaba, 04 de outubro de 2020.

Apresentação

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. 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 como Quito (Equador), Lisboa, Porto e Braga (Portugal), Tarragona, Santiago de Compostela, Sevilla (Espanha), Teramo (Itália).

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), no mês de junho do ano de 2018. Rendemos nossos agradecimentos ao Desembargador Marco Villas Boas e ao professor Hugo Iván Echeverría, pela impecável organização. O Volume 16 compila os artigos de palestrantes e de alguns autores convidados: Anna Ciammariconi; Monique Mosca; Francisco Lisboa Rodrigues; Reuber Araújo Almeida; Maria Eduarda Ferreira da Silva Cruz.

O projeto acadêmico Diálogo ACI renova o compromisso científico, a promoção da iniciação à pesquisa e a qualidade metodológica dos artigos publicados.

Os volumes 15 e 16 trazem uma homenagem à jurista Helena Caúla Reis. A publicação 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!

Bleine Queiroz Caúla
Coordenadora Científica

The water, energy and food nexus in Ecuador. Human Rights vs. Sovereignty

El agua, energía y alimentación en Ecuador. Derechos Humanos vs. Soberanía

Andrés Martinéz

Associate Professor of Environmental Law. University of Cuenca

Resumen: La Constitución ecuatoriana reconoció en su régimen de desarrollo al "Sumak Kawsay" o Buen Vivir, y en su primera sección se refirió a los derechos asociados, entre ellos el binomio agua-alimentos. El agua fue considerada como un derecho humano y fundamental, mientras que el Estado tienen la obligación de garantizar su acceso permanente y seguro, a su vez una alimentación nutritiva, saludable y suficiente (soberanía alimentaria), en relación con la identidad y realidad cultural de un país plurinacional y multicultural. La norma constitucional también se refiere al sector de energía, sin embargo, no lo entiende de manera correcta como un trinomio. El objetivo de este trabajo es demostrar que el Ecuador ha regulado de manera incorrecta a los sectores de alimentos, agua y energía, porque fue realizado de manera independiente y separada, y no como un trinomio, con lo cual no puede establecer políticas públicas integrales y complementarias. El artículo usa el análisis normativo, e intenta demostrar que las normas infra constitucionales no aplican un concepto integral del nexo: agua, energía y alimentos.

Palabras clave: Nexo. Agua. Alimentos. Energía. Ecuador.

Abstract: Ecuadorian constitution recognizes its development regime like "Sumak Kawsay" or good living and its first section is the development of these rights, the binomial water-food. Water is a human and fundamental right, while the State has the obligation to guarantee secure permanent access to healthy, nutritive and enough food (food sovereignty), in relation with identity and cultural reality of a multinational and multiethnic country. The constitutional norm also refers to the energy sector, but it does not understand correctly the idea of trinomial. The focus of this work is to demonstrate that Ecuador has regulated in a wrong form the food, water and energy sector, because it was done in an isolated perspective and not as a trinomial that could represent integral and complementary public policies. The paper uses normative analyze, then it tries to demonstrate that infra constitutional norms don't apply an integral concept of a water, energy and food nexus.

Keywords: Nexus; Water; Food; Energy; Ecuador.

Introduction

There are many factors that influence the increment of the demand of water, energy and food, like: economic development, urbanization, climate change, scarcity of products, incoming of population, and others[2]. Then it is really important that these resources will be at the scope. Water, energy and food are interdependent between them, because they have complex relationships, synergies and compensations. Therefore, it is impossible to understand their development and use by separated[3].

Agriculture is the principal user of water, its consumption represents 70% of total global freshwater. Moreover, the production of food and supply chain uses 30% of total energy. The problem is that around 2050, the studies suggest that the population will need

[2] FLAMMINI, Alessandro; PURI, Manas; PLUSCHKE, Lucie; DUBOIS, Olivier. **Walking the Nexus Talk**: Assessing the Water-Energy-Food Nexus in the Context of the Sustainable Energy for All Initiative. Rome: Food and Agriculture Organization of the United Nations – FAO, 2014. Retrieved from: http://www.fao.org/icatalog/inter-e.htm. Access on: Access on: January 16, 2019.

[3] GUIJARRO, Alberto; SÁNCHEZ, Eduardo. **El Nexo agua-alimentación-energía en el marco de la agenda post 2015**. ONGAWA, 2015. Retrieved from: https://www.manosunidas.org/sites/default/files/nexo-agua-alimentacion-energia_ongawa_ok.pdf. Access on: January 28, 2019.

60% more of food, 80% more of energy, and 50% more of water withdrawals will be required for 2025 in developing countries and 80% in developed countries[4].

The nexus water, energy and food in the XXI century

The nexus between water, energy and food is essential for the human wellness improvement and sustainable development[5]. So it's necessary to have a correct concept of this nexus, that could help relate these three components for their use and management in a sustainable way. The new vision focus in an integral concept in which it is important to have a balance between human needs and environmental requirements[6].

The nexus means that water resources, energy security and food sovereignty are in constant relationship and their intervention has a special impact between one and the other[7]. The Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO) has developed a system to evaluate and manage the nexus between water, energy and food, and to guide the development of sensibility policies in the countries, this international organization helps them to design and implement those policies through a participative way [8](FAO, 2019b; Flammini et al., 2014; Giampietro et al., 2013).The nexus helps to have a vision in which the public policies, the planning, and the implementation will be integrating and efficient[9].

Therefore, decisions cannot be made on one of the resources without taking into account the synergies and compensations on the rest. In terms of cost efficiency, it is more cost-effective to formulate policies, plans, implementations, monitoring and evaluate

---

4 FLAMMINI, Alessandro; PURI, Manas; PLUSCHKE, Lucie; DUBOIS, Olivier. **Walking the Nexus Talk**: Assessing the Water-Energy-Food Nexus in the Context of the Sustainable Energy for All Initiative. Rome: Food and Agriculture Organization of the United Nations – FAO, 2014. Retrieved from: http://www.fao.org/icatalog/inter-e.htm. Access on: Access on: January 16, 2019. supra note 2.

5 Food and Agriculture Organization, FAO. **The Water-Energy-Food Nexus**: A new approach in support of food security and sustainable agriculture. Rome: FAO, 2014. Retrieved from: http://www.fao.org/3/a-bl496e.pdf. Access on: January 16, 2019.

6 FLAMMINI, Alessandro; PURI, Manas; PLUSCHKE, Lucie; DUBOIS, Olivier. **Walking the Nexus Talk**: Assessing the Water-Energy-Food Nexus in the Context of the Sustainable Energy for All Initiative. Rome: Food and Agriculture Organization of the United Nations – FAO, 2014. Retrieved from: http://www.fao.org/icatalog/inter-e.htm. Access on: Access on: January 16, 2019. supra note 2.

7 GUIJARRO, Alberto; SÁNCHEZ, Eduardo. **El Nexo agua-alimentación-energía en el marco de la agenda post 2015**. ONGAWA, 2015. Retrieved from: https://www.manosunidas.org/sites/default/files/nexo-agua-alimentacion-energia_ongawa_ok.pdf. Access on: January 28, 2019. supra note 3.

8 Food and Agriculture Organization, FAO. **Water-Energy-Food Nexus Rapid Appraisal**. Rome: FAO, 2019. Retrieved from: http://www.fao.org/energy/water-food-energy-nexus/water-energy-food-nexus-ra/en/. Access on: January 16, 2019.

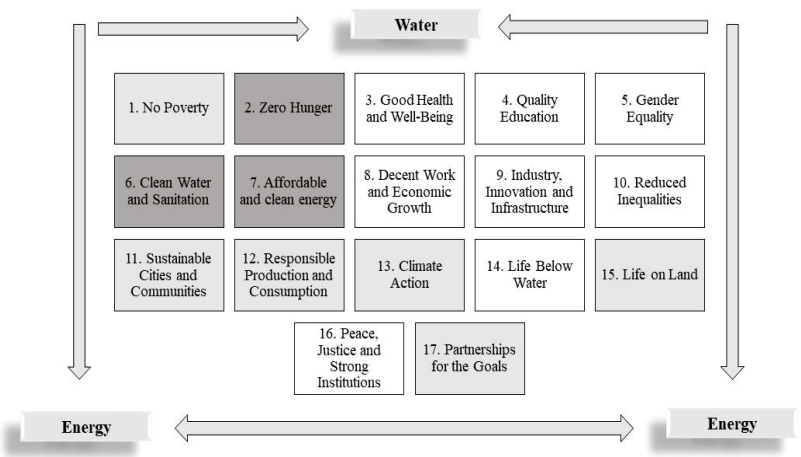
9 GIAMPIETRO, Mario; ASPINALLI, Richard; BUKKENS, Sandra; CADILLO BENALCAZAR, Juan; DIAZ-MAURIN, François; FLAMMINI, Alessandro et al. **An Innovative Accounting Framework for the Food-Energy-Water Nexus**: Application of the MuSIAEM approach to three case studies. Rome: FAO, 2013. Retrieved from: www.fao.org. Access on: January 28, 2019.

resources in an integrated manner. It should be taken into account that this link presents complex interrelations, in turn these resources have an impact on the satisfaction of human needs. Then, planning, design and implementation of policies and projects must take into account this interrelation[10].

UN Sustainable Development Goals and Water, Energy and Food nexus

In 2015 the UN members established the Sustainable Development Goals, SDGs, (17 – figure No. 1), but 3 of them are directly related with water, energy and food nexus: No. 2 – Zero hunger, with food sovereignty; No. 6 – Clean water and sanitation; and, No. 7 Affordable and clean energy, which has an important impact through food sovereignty[11] (FAO, 2019a).

Figure 1: Relationship between Sustainable Development Goals and Water, Energy and Food nexus



Source: Own based on FAO.

[10] GUIJARRO, Alberto; SÁNCHEZ, Eduardo. **El Nexo agua-alimentación-energía en el marco de la agenda post 2015**. ONGAWA, 2015. Retrieved from: https://www.manosunidas.org/sites/default/files/nexo-agua-alimentacion-energia_ongawa_ok.pdf. Access on: January 28, 2019. supra note 3.

[11] Food and Agriculture Organization, FAO. **Sustainable Development Goals**: Indicators. Rome: FAO, 2019. Retrieved from: http://www.fao.org/sustainable-development-goals/indicators/en/. Access on: January 22, 2019.

The goals are separate but the idea is that the accomplishment should be joined, so the idea is that SDGs take into account water, energy and food nexus[12]. Hunger zero goal could be put in practice with a strong agriculture sector, because it is one of the most important areas that offers employment to the population[13]. The agriculture sector should manage the resources in a sustainable way, because it is important to take care of the ecosystem pressure, the sustainable production, and the use of clean energy. That is the reason to preserve terrestrial ecosystems, and hydric ecosystems, and to have a sustainable behavior to reduce and to adapt to climate change[14].

The Ecuadorian Constitution and the "new" idea of sovereignty

One of the most important concepts of State Theory is the sovereignty, which is understand under the key concept of independence in the XXI century, because it allows to the States to have an active participation in international relationships.

But in Latin America, there is a problem about this concept of sovereignty, because it has been used with an ideological background[15]. So the political speech uses sovereignty like a spearhead against imperialism, especially in the Bolivarian States: Venezuela, Bolivia and Ecuador.

In the Ecuadorian Constitution[16], sovereignty is explained in the first article: "…it lies in the people, whose will is the foundation of authority, and is exercised through the organs of public power and the forms of direct participation provided for in the Constitution"[17].

All the Bolivarian State models want to recover this strong idea of sovereignty with an ideological background, because in the practice these countries are not strong in their international relationships, so the equality concept of the International Law has not been applied in their cases.

---

12 EMBID, Antonio; MARTÍN, Liber. **The Nexus between Water, Energy and Food in Latin America and the Caribbean**: Planning, Policy Framework and the Identification of Priority Interconnections. Part of the Natural Resources and Infrastructure Series. CEPAL, 2017. Retrieved from: https://www.water-energy-food.org/fileadmin/user_upload/files/documents/giz/nexus-regional-dialogues/lac/Nexus_Priorities_in_LAC_Transaltion.pdf. Access on: Access on: January 16, 2019.

13 CISNEROS, Felipe; GALARZA, Leoncio; SÁENZ, Melio. **Water and Energy**: Now and Later. Quito: s. l., 2014.

14 Food and Agriculture Organization, supra note 11.

15 DE CABO, Antonio; PISARELLO, Gerardo (coord.). **Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía**: algunos efectos en América Latina y en Europa. Alicante: Universitat d´Alacant, 2000.

16 Constitución del Ecuador [Const]. Art. 1. October 20 2008 (Ecuador).

17 Automatic translation.

This movement started with the XXI century Socialism (Chavez, Lula, Krichner and Mujica), because they refused the ideas of neoliberalism theory, so they changed it with nationalist contents like: refused Free Trade Agreements (FTAs), founded new Regional International Organization (CELAC, UNASUR), and started new forms of trade agreements (ALBA).

The main idea of this group was to change the international relationships parameters, change the North (USA and EU) to the South (CELAC, UNASUR), so they could start international cooperation between South American countries, for example in the Ecuadorian Constitution an especial chapter refers to International Relationships that explains this new concept of South-South vision[18].

Food sovereignty

The Ecuadorian Constitution recognized the right to the people to water (art. 12) and to safe food (art. 13). The idea is that the majority of the products will be safe, healthy, nutritive, and produced locally[19] .

The Ecuadorian constitution has a special chapter (Art. 281) to regulate food sovereignty, because it is a strategic goal of Ecuadorian public policies, and it is a State obligation to guarantee to people, indigenous people and the rest of communities, the access to enough and safe food[20].

One of the State responsibilities is to help little and medium agriculture and fish enterprises to develop a popular and solidarity economic path. There are other facilities and advantages to the local sector to protect the national agriculture, and to avoid the international food dependence.

Another policy is to redistribute the land[21] and water to the indigenous people to avoid the land grabbing. In this sense, the Constitution also tends to protect and preserve the ancestral indigenous knowledge, and to keep and stimulate the seeds interchange[22].

The Ecuadorian case – the water management reference

18 But it is not a good idea, because their economies are too similar.
19 Const, supra note 18.
20 Id.
21 In Ecuador de private property is regulated with social and environmental restrictions.
22 Id.

Ecuador was established as an independent nation in 1830, and has had twenty national constitutions since then, with rapid normative constitutional change. Ecuador's current Constitution was enacted in 2008, and as with past constitutions, the change was due to political influence. In the last two decades the country has had a political and ideological debate that we can see in its Constitutions, first with the 1998 fundamental Law, which had a neoliberal influence; and, on the other hand with the socialist "Citizen Revolution" of 2008, which represents a political document more than a constitutional norm[23].

In 1998, the Constitution served as a possible modernizing instrument in Public Administration, expanding the role for the private sector. Natural resources governance was restructured to benefit private enterprises, with incentives for privatization, especially public services (for example drinking water service). In environmental policy, this fundamental law aimed to address the right to a healthy environment and represented the first time that water was recognized as a right, but in relation to the right to health.

In the period between the 1998 neoliberal Constitution and the 2008 socialist Constitution (1998-2008), Ecuador passed through a period of serious governmental instability, with mixtures of coups d'état, rebellions and abandonment of power. These grave conditions allowed the presence of a "messianic" leadership, which resulted in the rise of a "Citizen Revolution", with capital diverted to benefit the people in a model based on the principle of "Sumak Kawsay" (Good living), an aboriginal Andean philosophy. "Sumak Kawsay" changed the development model in Ecuador, because this principle aims to harmonize human development with environmental protection. Another important change associated with this constitutional revolution impacting the management of natural resources was the recognition of the rights of the nature[24].

These new rights of the nature, and the underlying theory of "Sumak Kawsay", received a lot of criticisms but Ecuadorians and foreign proponents explained that this new conception of constitutional rights relates to long-standing aboriginal conceptions related to the Paccha Mama (Mother earth), in which indigenous people believe that nature is an individual woman and the mother of all life [25].Therefore, under this anthropomorphic

---

[23] AYALA MORA, Enrique. **Historiografía ecuatoriana**: apuntes para una visión general. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, 2015.

[24] GUDYNAS, Eduardo. La dimensión ecológica del Buen Vivir: entre el fantasma de la modernidad y el desafío biocéntrico. **Revista Obets**, n. 4, p. 49–53, dic. 2009. Retrieved from: http://www.gudynas.com/publicaciones/GudynasBuenVivirBiocentrismoObets09.pdf. Access on: January 28, 2019.

[25] ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). **La naturaleza con derechos**: de la filosofía a la política. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011.

constitutional conception of water, water is legally recognized to both be a human right, and to hold rights itself[26].

The first case in Ecuador where this interesting concept of nature as a holder of rights was put in practice was the Vilcabamba River case involving the Loja Provincial Council[27]. While the rights held by the nature apply to protection of water, the Ecuadorian Constitution also incorporated a special mention for water, recognizing it as a fundamental human right (art. 3). Water is therefore conceptualized as an essential aspect of Sumak Kawsay under Article 12 of the Constitution.

In Ecuador, the privatization of water sources and infrastructure is not allowed. This normative change was part of the ideological underpinnings of the 2008 political revolution against free market and neoliberal position of the 1998 Constitution (art. 282), because that approach had allowed huge accumulation of vital water resources by private enterprises. In Ecuador, the management of water is held by the State, primarily under the executive authority of the Water Secretary (SENAGUA) since May of 2008.

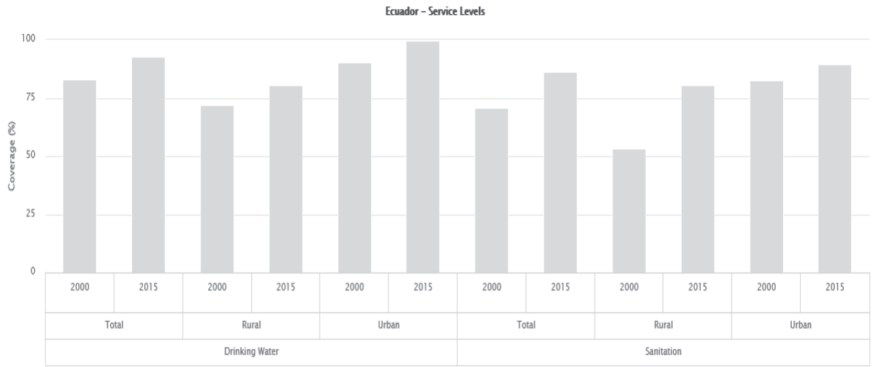
In August of 2014, the Congress approved a law to regulate the use of water. The country had a previously codified water law from the dictatorial period with limited public participation in private concession contracts[28]. That regulation thus generated too much conflict for effective implementation, especially for indigenous people and social movements. The main objective of the new law is to guarantee the human right to water and to regulate and control water resources for the purpose of securing good living (Sumak Kawsay) for all citizens. This includes a management partnership between the central government's SENAGUA and Subnational Governments, including community irrigation and drinking water systems.

Figure 3. Evolutions of WASH access in Ecuador (2000-2015)

[26] SANTOS, Boaventura de Souza. Una epistemología del sur: la reinvención del conocimiento y la emancipación social. D.F. Ciudad de Mexico: CLACSO, 2009. Retrieved from https://www.clacso.org.ar/libreria-latinoamericana/pais_autor_libro_detalle.php?campo=autor&texto=16&id_libro=3&pais=

[27] Sala Penal de la Corte Provincial de Loja-Ecuador. Acción de Protección No. 11121-2011-0010 (2011).

[28] MARTÍNEZ, Andres. **El Derecho al Agua en el Ecuador**. Una visión desde el Derecho Público y la Ciencia Política. Universidad de Cuenca, 2017.



Source: Own elaboration. WHO UNICEF JMP.

Perhaps the most important result of this partnership between the central government and subnational governments is the percentage of homes which have access to water. For example, figure 3 shows that in December 2006, 69.0% of homes had public access to drinking water, and, in the other hand, in December 2016, this percentage increased into 83.6%[29]. However, the objective of the new law is not only focused on public access to water for homes, it also refers to all activities that involve the use of this resource (integral management).

The principal contribution of the new law is the prioritization of water uses: a) drinking water; b) irrigation water (Food sovereignty); c) Ecological flow; and, d) productive activities (art. 86). Additionally, Article 411 of the Ecuadorian Constitution guarantees the conservation, restoration, and integrated management of water resources at the basin-level, including ecological flows and recharge zones, managed in a co-responsible partnership between the state and subnational governments, with resources and technical assistance coming from the central government.

Landowners near water sources have the obligation to facilitate the regulation and technical dispositions of SENAGUA to conserve and protect the water at the ecosystem, basin-level in coordination with subnational governments (art. 12). The 2014 organic water law makes a list of water protection and conservation methods and approaches under Article

[29] WHO; UNICEF. **DATA – HOUSEHOLDS**. 2019. Retrieved from: https://washdata.org/data/household. Access on: January 9, 2019.

13, including: a) easements for public use; b) water protection zones; and, c) restriction zones. In addition, the law prohibits forestry activities in the servant area or in water protection zones (art. 100).

Water authorities and environmental authorities have the power to enact regulations and rules for the conservation of water resources, as well as the protection and promotion of recharge zones. Importantly, SENAGUA is empowered to implement a special rate to conserve water resources and recharge zones. Subnational Governments implement rates in domestic public services (drinking water) to finance these conservation and protection programs.

The Constitution of Ecuador regulates the territorial ordering of watersheds. It consigned that regional governments (provinces) have exclusive competencies to manage the watersheds and promote the creation of basin councils in accordance with the law (art. 262). It determines that the provinces have the exclusive competence to work in basins and sub-basins for the regional environmental management and to plan, build, operate and maintain irrigation systems (art. 263).

The water as a human right in the Ecuadorian Constitution (2008)

If we make a chronological comparison, Ecuador's constitutional advance for their citizens with respect to water predated the UN Resolution 64/292, of General Assembly of eight of July of 2010 recognizing an international human right to water. Indeed, Ecuador's constitution protections associated with water goes even further by recognizing water as a national and strategic heritage, with special characteristics for their use, including the nature of the right as being public, inalienable, imprescriptible, non-releasable and essential for life.

Under the 2008 Constitution, drinking water and irrigation water services are the exclusive responsibility of the State, because water is a part of the "strategic sector" (arts. 313-314). The use of water is public, and its management could be public (local governments), or communal (users' associations, Indigenous peoples, or rural people). Similar to the neoliberal 1998 constitution, this new constitutional text talks about the right to health (art. 32), and gives special reference to water as an essential part of good living. When the Constitution talks about a decent life, drinking water is a central element (art. 66).

In general, the application of the human right to drinking water and sanitation is progressive. Each State must develop and expand its coverage so that all inhabitants can

gradually have access to these services, avoiding a setback for human rights in this area. However, as pointed out in the Special Rapporteur's report on these rights: the main risks, especially in times of crisis, are the budget cuts that affect the development of infrastructures and provision of public services. This ends up having a direct impact on human rights, such as the right to health, since people with fewer resources fail to access quality water or have their service interrupted due to lack of payment. Given disproportionate increases in rates, the lack of income from unemployment during such times leaves vulnerable groups without the resources to pay for essential services.

In 2007, Ecuador presented the "II National Report on the Millennium Development Goals". In it, the National Secretary of Planning and Development acknowledged that while progress had been made in access to drinking water and sanitation, the territorial gaps (urban / rural, coast, highlands and Amazon Region) are still considerable. Figure 2 shows the evolution of drinking water access in Ecuador since 1995 when only 37% of Ecuadorian households had access to water through the public network. This percentage grew to 67% in 2001 and to 71.98% 2010. Ecuador's drinking water coverage has improved in the last decade, from 69% (2006) to 83.6% (2016), thanks to the significant investment in accessibility by the Local Governments, which have the capability to provide the service. According to the statistics from the Joint Monitoring Program (JMP) of WHO and UNICEF in 2015, coverage levels of drinking water services in Ecuador have increased to 92% at a national level, 97% in urban areas, and 82% in the rural areas[30].

The Ecuadorian Constitution defines water as: a) human right; b) national heritage and strategic sector; c) public service; and d) an element to achieve food and energy sovereignty.

Since water is conceived as a right, it is the State's primary duty to guarantee it (Art. 3, No. 1.). In fact, water is regarded as a fundamental and inalienable human right, protected under the right to well-being (Art. 12). This, which implies that it cannot and should not be isolated, but understood in interrelation with other rights, by virtue of its interdependent and indivisible character (Art. 6), especially in connection to the right to health (Art. 32) and to a dignified life (Art. 66).

Also, water is as a strategic national patrimony of public use, water is inalienable, indefeasible, inseparable and essential for life (Art. 12). The power of decision and control is the exclusive responsibility of the State, in which the administration, regulation, and management of water are in accordance with the principles of environmental sustainability,

[30] WHO; UNICEF. DATA – HOUSEHOLDS. 2019. Retrieved from: https://washdata.org/data/household. Access on: January 9, 2019.

precaution, prevention, and efficiency (Art.313). The Constitution states that water is vital for nature and for the existence of human beings and, therefore, that is, since general interest prevails, water cannot be privatized (Art. 318)

Water is also an indispensable resource to achieve energy sovereignty. However, the relevant constitutional provisions establish that this sovereignty shall not be reached in detriment of, or by compromising water. To this effect, the State will promote, in the public and private sectors, the use of environmentally clean technologies, and non-polluting and low-impact alternative energies (Art. 15).

Similarly, water is a development goal in Ecuador, since the Constitution states that one of the goals in this area is to recover and conserve nature in order to maintain a healthy and sustainable environment, as means to provide which guarantees people and communities an equitable, permanent, and high quality access to water, air, and soil (Art. 276, núm.4).

Water and its preservation are also the responsibility of the State in order to achieve food sovereignty. To ensure this, the State must promote redistributive policies, which give peasants access to land, water, and other productive resources (Art. 281 No. 4), bearing in mind that it is the State's obligation to avoid the monopolization or privatization of water and its sources. In addition, the State shall regulate the use and management of irrigation water for food production, under the principles of equity, efficiency, and environmental sustainability (Art. 282).

Finally, the Ecuadorian constitution considers water and its provision a public service of state responsibility (Art. 314). In fact, the public service of water sanitation, supply, and irrigation, will can only be provided by state national or community communal entities, and the State will encourage alliances between public and community the public and the community sectors to provide water related services (Art. 318). By means of a constitutional clause, the municipal governments of Ecuador are assigned, among others, the responsibility of providing the public services of potable water, sewage, and wastewater treatment, and are forbidden of suspending any of these services (Art. 264, No. 4), whose suspension is prohibited (Art. 326, No. 15). On the contrary while, it is the obligation of the State, at all levels of government, to guarantee the uninterrupted provision of public drinking water services (Art. 375, No. 6).

Ecuadorian Constitutional Court Decision Nº 001-12-SIC-CC (interpretation of the strategic sectors)

The Constitutional Court ruled on the management and administration of strategic sectors, through decision No. 001-12-SIC-CC. This rule, in which it acquitted the President's Rafael Correa's consultation on the content of the articles 313, 315 and 316 of the Constitution.

The consultant, after stating that during the 1990s there was a privatizing tendency from the State, manifests that the current Constitution seeks to guarantee the satisfaction of collective needs through the priority intervention of the State in the management of strategic sectors, as well as public services. Distinguishing between the administration, regulation, and control of those sectors, which corresponds to the Central State, according to Art. 313 of the Constitution; and the management thereof, which corresponds to public companies, as established in Art. 315 of the same legal body. For this reason, two doubts arise regarding the application of the mentioned articles:

- The first, is that public companies, being part of the State, either enjoy or lack administrative, regulatory, and control powers in strategic sectors and public services.
- The second refers to whether state entities other than public companies, for instance, a Ministry, are required to constitute those destined to the management of strategic sectors related to the provision of public services inherent to their activity.

Regarding the first consultation, the Constitutional Court mentions art. 313 of the Constitution, which establishes the exclusive power of the State to manage, regulate, control and operate the strategic sectors. Although these powers have been granted to the State, it is possible to distinguish between the central State and public companies. The first is responsible for the administration, regulation, and control through the competent public administration authorities, in accordance with the law. The latter are authorized only for the management of a strategic sector after having obtained an authorization from the central State and in line with the conditions that the regulatory and control organs determine.

Article 316 establishes a priority order for the management of strategic sectors and the provision of public services: State; joint ventures in which the state has a majority shareholding; private initiative and popular and solidarity economy. We have, therefore, the State's own management, and delegation, which can appear in two cases. The first refers to the aforementioned joint ventures, and the second, to private entities. The latter is exceptional and only applies when it is necessary to satisfy the general interest, and the State does not

have sufficient technical or economic capacity, or when demand cannot be met by public or mixed companies.

Therefore, the Court concludes that the power attributed to the State in Art. 313 manifests itself through two concrete functions. The first is the authorization granted by the central State to public companies, to manage strategic sectors and provide public services. The second is in the delegation that the State can grant to non-public companies to perform such management.

Regarding the second consultation, the Court states that when State institutions, as a means to provide public services inherent to their competence, need to manage strategic sectors, they will not need to establish public companies for that purpose. It will only be necessary to have access to the corresponding enabling titles granted by the regulatory and control authorities. Thus, the Ministries, not being public companies, can request such titles themselves[31].

How the Latin America region understand water, energy and food nexus?

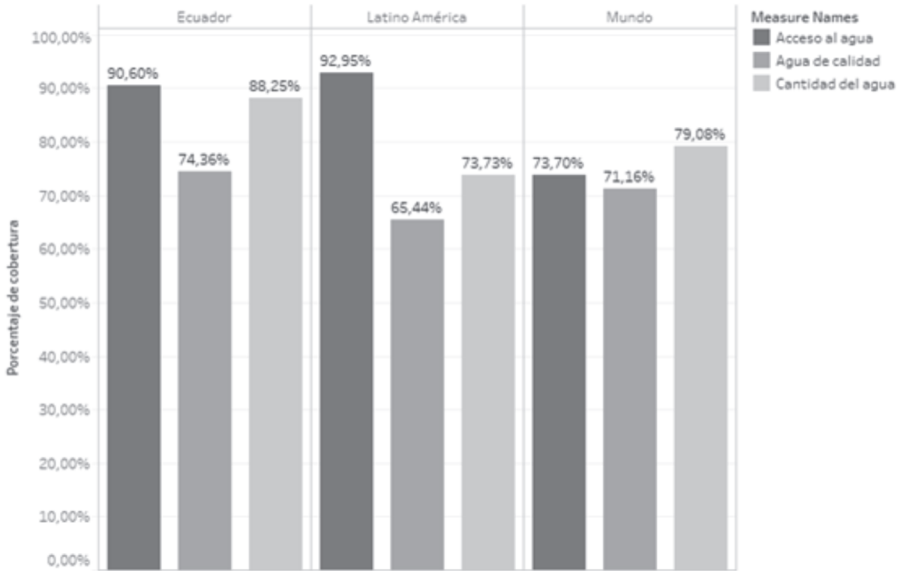
Perhaps the main problem in the region is the lack of information on the nexus of water, energy and food. Because the existing information is not reliable because the management of water, energy and food has been done independently.

Proof of this is that the information is scarce, and the indicators do not coincide, and the relationships on the nexus are based on approximations and not on real data. For example, in the case of water resources used by a country, the data may not represent reality when the authority does not monitor or does not effectively control the use of water by people who do not have title deeds[32].

Figure 2: Accessibility, quantity and quality of water Ecuador, Latin America and the rest of the world - 2015

[31] Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia No. 001-12-SIC-CC: Interpretación de los sectores estratégicos (2012).

[32] EMBID, Antonio; MARTÍN, Liber. **The Nexus between Water, Energy and Food in Latin America and the Caribbean**: Planning, Policy Framework and the Identification of Priority Interconnections. Part of the Natural Resources and Infrastructure Series. CEPAL, 2017. Retrieved from: https://www.water-energy-food.org/fileadmin/user_upload/files/documents/giz/nexus-regional-dialogues/lac/Nexus_Priorities_in_LAC_Transaltion.pdf. Access on: Access on: January 16, 2019.



Source: Own elaboration. WHO UNICEF JMP.

On the other hand, weak governance affects the application of the nexus, since in Latin America there is a deficient planning capacity, which can be explained due to the deficiency in the legislation, the weakness of its institutions, as well as the Central Government[33].

All of which influences a country's ability to manage, control resources and their uses and exploitation.

Final considerations

So far, it's been a decade in which the Constitution of Ecuador has demonstrated that it is challenging to put into practice these new theories and concepts, which try to expand the rights, so the most part of it is now only rhetorical with no content, especially in the development of the public policies.

On the other hand, the last government of Correa (2007-2017), harness in an incorrect way the concept of sovereignty. Because only with this ideological vision, the country is now isolated of the rest of the international community, and in their local development, the

[33] CISNEROS, Felipe; GALARZA, Leoncio; SÁENZ, Melio. **Water and Energy**: Now and Later. Quito: s. l., 2014.

economic crisis (started by oil crisis) showed everyone that it is impossible for the central government to administer everything, because it needs the help from the private sector as well as the third sector too, especially for the management of these trinomial nexus (water, energy and food).

It's so necessary for the region (Latin America) to start planning and to share agenda, where their resources, especially water should be administered and distributed into an integrated way, because it's hard to understand why this region which has the highest access to water, has such a huge gap to access drinking water (clean water and sanitation), energy and uses of water for crops and food (food security).

References

ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). **La naturaleza con derechos**: de la filosofía a la política. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011.

AYALA MORA, Enrique. **Historiografía ecuatoriana**: apuntes para una visión general. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, 2015.

CISNEROS, Felipe; GALARZA, Leoncio; SÁENZ, Melio. **Water and Energy**: Now and Later. Quito: s. l., 2014.

DE CABO, Antonio; PISARELLO, Gerardo (coord.). **Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía**: algunos efectos en América Latina y en Europa. Alicante: Universitat d´Alacant, 2000.

EMBID, Antonio; MARTÍN, Liber. **The Nexus between Water, Energy and Food in Latin America and the Caribbean**: Planning, Policy Framework and the Identification of Priority Interconnections. Part of the Natural Resources and Infrastructure Series. CEPAL, 2017. Retrieved from: https://www.water-energy-food.org/fileadmin/user_upload/files/documents/giz/nexus-regional-dialogues/lac/Nexus_Priorities_in_LAC_Transaltion.pdf. Access on: Access on: January 16, 2019.

FLAMMINI, Alessandro; PURI, Manas; PLUSCHKE, Lucie; DUBOIS, Olivier. **Walking the Nexus Talk**: Assessing the Water-Energy-Food Nexus in the Context of the Sustainable Energy for All Initiative. Rome: Food and Agriculture Organization of the United Nations – FAO, 2014. Retrieved from: http://www.fao.org/icatalog/inter-e.htm. Access on: Access on: January 16, 2019.

Food and Agriculture Organization, FAO. **The Water-Energy-Food Nexus**: A new approach in support of food security and sustainable agriculture. Rome: FAO, 2014. Retrieved from: http://www.fao.org/3/a-bl496e.pdf. Access on: January 16, 2019.

Food and Agriculture Organization, FAO. **Water-Energy-Food Nexus Rapid Appraisal**. Rome: FAO, 2019. Retrieved from: http://www.fao.org/energy/water-food-energy-nexus/water-energy-food-nexus-ra/en/. Access on: January 16, 2019.

Food and Agriculture Organization, FAO. **Sustainable Development Goals**: Indicators. Rome: FAO, 2019. Retrieved from: http://www.fao.org/sustainable-development-goals/indicators/en/. Access on: January 22, 2019.

GIAMPIETRO, Mario; ASPINALLI, Richard; BUKKENS, Sandra; CADILLO BENALCAZAR, Juan; DIAZ-MAURIN, François; FLAMMINI, Alessandro et al. **An Innovative Accounting Framework for the Food-Energy-Water Nexus**: Application of the MuSIAEM approach to three case studies. Rome: FAO, 2013. Retrieved from: www.fao.org. Access on: January 28, 2019.

GUDYNAS, Eduardo. La dimensión ecológica del Buen Vivir: entre el fantasma de la modernidad y el desafío biocéntrico. **Revista Obets**, n. 4, p. 49–53, dic. 2009. Retrieved from: http://www.gudynas.com/publicaciones/GudynasBuenVivirBiocentrismoObets09.pdf. Access on: January 28, 2019.

GUIJARRO, Alberto; SÁNCHEZ, Eduardo. **El Nexo agua-alimentación-energía en el marco de la agenda post 2015**. ONGAWA, 2015. Retrieved from: https://www.manosunidas.org/sites/default/files/nexo-agua-alimentacion-energia_ongawa_ok.pdf. Access on: January 28, 2019.

MARTÍNEZ, Andres. **El Derecho al Agua en el Ecuador**. Una visión desde el Derecho Público y la Ciencia Política. Universidad de Cuenca, 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Una epistemología del sur**: la reinvención del conocimiento y la emancipación social. D.F. Ciudad de Mexico: CLACSO, 2009. Retrieved from https://www.clacso.org.ar/libreria-latinoamericana/pais_autor_libro_detalle.php?campo=autor&texto=16&id_libro=3&pais=

WHO; UNICEF. **DATA – HOUSEHOLDS**. 2019. Retrieved from: https://washdata.org/data/household. Access on: January 9, 2019.

Resolutions

ECUADOR. Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia No. 001-12-SIC-CC: Interpretación de los sectores estratégicos (2012).

ECUADOR. Sala Penal de la Corte Provincial de Loja-Ecuador. Acción de Protección No. 11121-2011-0010 (2011).

A (in)efectividade do regime europeu de prevenção e reparação do dano ecológico

The (in)effectiveness of the prevention and reparation of environmental damage union law framework

Carla Amado Gomes

Coordenadora Acadêmica do Diálogo ACI.

Resumo: A Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre prevenção e reparação do dano ecológico, está em vigor há mais de uma década, mas os seus resultados não são representativos. Neste artigo tenta-se sumariar os principais problemas que obstam a plena implementação da Directiva e dos diplomas nacionais que a transpõem, bem como reflectir sobre a relevância da perspectiva ecocêntrica na protecção do ambiente.

Palavras-chave: Dano Ecológico. Ecocentrismo.

Abstract: Directive 2004/35/EC, of april 21, on prevention and reparation of environmental damage, is at stake for a decade now, but its results aren't significant. In this text we aim to sumarize the main problems which obstruct the full implementation of the Directive and of the national laws which transpose it, as well as to reflect on the relevance of the ecocentric perspective to environmental protection.

Keywords: Ecological Damage. Ecocentrism.

Considerações introdutórias: o imperativo de um conceito de 'dano ecológico'

A importância da Directiva 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril, reside primordialmente na sua delimitação de um conceito de dano ao ambiente enquanto valor intrínseco, ou seja, independentemente de prejuízo para a pessoa, na sua saúde ou no seu património. Nas palavras da Directiva, "dano ecológico" traduz uma *alteração adversa significativa e mensurável do estado de um bem natural ou da qualidade dos seus serviços.*

Esta noção, (espantosamente) não habitual no Direito do Ambiente[34], parte de um pressuposto ecocêntrico, que poucos diplomas adoptam: o pioneiro talvez seja a Carta Mundial da Natureza (*World Charter for Nature*), de 1982, na qual se afirma o valor intrínseco da Natureza e a necessidade da sua preservação enquanto bem valioso por si só. Vai no mesmo sentido a Constituição do Equador (2008), cujo artigo 72 estabelece que "La naturaleza tiene derecho a la restauración. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropriación; su proteccion, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el estado".

Há certo preconceito antropocêntrico nessa raridade. A dificuldade de *destaque* do dano ecológico relativamente ao dano pessoal (patrimonial e não patrimonial) é muitas vezes vista como contrária aos interesses humanos – mas proteger a Natureza é salvaguardar as condições de vida no Planeta. Ou seja, é sempre, para além de uma atitude de respeito, uma

[34] Vejam-se alguns raros exemplos no meu **A responsabilidade internacional do Estado por dano ecológico**: uma miragem? *In*: Questões de responsabilidade internacional, Atas da Conferência realizada na Escola de Direito da Universidade do Minho no dia 4 de Dezembro de 2015, Braga, 2016, pp. 11 segs. Livro digital. Disponível em: https://issuu.com/comunicadireito/docs/questoes_de_responsabilidade_intern. Acesso em: 19 abr. 2020.

atitude de inteligência, uma vez que está provado que a Terra sobreviverá às alterações climáticas, o ser humano é que provavelmente não....

Para além da necessidade de ultrapassar o pressuposto antropocêntrico; das dificuldades inerentes à valoração dos prejuízos a bens ambientais, sobretudo quando não dotados de valor económico – leia-se: não revestindo a dupla qualidade de bem ambiental/recurso natural; e das resistências dos agentes económicos, sobressaltados pela súbita reclamação de externalidades de que até aos anos 1970 gozaram gratuitamente; pesados todos esses aspectos, dizia, é complexa a definição de *dano ecológico* e mais complexa ainda a tarefa de estabelecimento dos pressupostos da aferição da sua verificação. Não foi, portanto, sem razão que a União Europeia levou 11 anos a adoptar a Directiva 2004/35.

1 Os antecedentes da Directiva 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril

A Comissão Europeia começou a pensar na necessidade de conceber um esquema de responsabilização por danos ecológicos, em 1993, com o *Green Paper on remedying environmental damage*[35]. Este documento de estudo baseava-se no levantamento e análise comparativa de várias soluções surgidas a partir de 1980, tanto nos Estados Unidos (que adoptaram, em 1980, o *Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act* (CERCLA), como no seio de alguns Estados-membros da União Europeia, como a Itália (*Legge* 349/1986, de 8 de julho) e a Alemanha (*Umwelthaftungsgesetz*, de 1991), como no âmbito do Conselho da Europa, com a malograda Convenção de Lugano (*Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment,* de 1993, nunca entrada em vigor)[36].

Para além das flutuações quanto à definição de dano ecológico – não presente na lei alemã, mas ínsito na lei italiana ou na Convenção de Lugano –, o grande factor de divisão das soluções foi a questão da responsabilidade objectiva. A lei alemã, que a consagrava, adoptou um sistema de lista fechada de actividades susceptíveis de responsabilização, enquanto a Convenção abraçou a lógica de enumeração exemplificativa destas. Essa solução terá sido a sentença de morte desse instrumento, que foi precursor na definição de um modelo de

[35] Communication from the Commission to the Council and Parliament and the Economic and Social Committee: *Green Paper on remedying environmental damage*, COM(93) 47 final, de 4 de maio de 1993.
[36] Cfr. Barbara POZZO, *Liability for environmental harm in europe: towards a harmonised regime? In:* Hitotsubashi journal of law and politics, 2016/2, p. 43 segs, 44-48.

responsabilidade por dano ecológico assente na restauração natural[37]. Com efeito, as pressões dos operadores económicos, sobretudo industriais, condicionaram a assinatura e subsequente ratificação da Convenção, que seria certamente fonte de custos acrescidos nas suas actividades.

Foi precisamente a perspectiva do mercado adoptada pela Comissão no *Green Paper*, de 1993. A Comissão observa que os diferentes regimes de responsabilização por dano ecológico, que oneram diferentemente os operadores económicos nos diversos Estados-membros, podem constituir factores perturbadores da concorrência, urgindo por isso harmonizá-los. Os principais focos de atenção da Comissão foram, por um lado, a definição de dano ecológico – que se tornava tanto mais imperiosa quanto o Tratado de Roma não a providenciava (como continua a não providenciar) –; por outro lado, a questão de saber que tipo de responsabilidade se deveria impor (subjectiva, objectiva ou ambas).

Este *Green Paper* teve pouco impacto e, por isso, sete anos volvidos, a Comissão voltou à carga com o *White Paper on environmental liability*[38]. Neste documento, os pressupostos de responsabilização começaram a se densificar: cumpre identificar os agentes, atestar o nexo de causalidade e quantificar o dano. Para além de invocar a necessidade de eliminar factores de distorção da concorrência, a Comissão apelava também à urgência de combater a degradação do ambiente. A Comissão propunha ainda que a responsabilização não fosse retroactiva e actuasse em dois planos: para danos decorrentes de actividades perigosas, objectiva; para danos à biodiversidade resultantes de actividades não perigosas, subjectiva.

Uma vez expostas as condições de base, e feito um estudo comparado dos vários sistemas legais nos diferentes Estados-membros, em 2001[39], avançou-se para a elaboração da proposta de directiva, que veio a ser aprovada em 2004, tendo como prazo de transposição 21 de abril de 2007. Constitui propósito desta proposta a harmonização de regimes quanto à prevenção e reparação do dano ecológico nos então já 27 Estados-membros, mas desde as flutuações terminológicas (*strict liability*, que significa responsabilidade objectiva, presta-se a

---

37 Recorde-se que em 1991 o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, numa atitude totalmente inovadora, aprovou a Resolução nº 687, sobre os danos causados pelo Iraque ao Koweit na sequência da invasão que espoletou a Guerra do Golfo. Esta Resolução constitui ainda hoje um marco, pois autonomizou danos pessoais e ecológicos, estabelecendo obrigações de reparação de todos eles, de forma diferenciada e submetendo as verbas atribuídas com este fim a um teste de "green conditionality" – cfr., desenvolvidamente, Philippe SANDS e Jacqueline PEEL (com a colaboração de Adriana Fabra e Ruth MacKenzie), *Principles of International Environmental Law*, 3ª ed., Cambridge, 2012, pp. 724-725.

38 White Paper on environmental liability, COM (2000) 66 final, 9 february, 2000.

39 *Update Comparative Legal Study on Environmental Liability,* available at: http://ec.europa.eu/environment/ legal/liability/pdf/legalstudy_full.pdf.

diferentes traduções)[40], passando pelas questões culturais (a consciencialização ambiental diverge bastante nos Estados-membros), não podendo ignorar as condicionantes naturais (a partir de que nível de ofensa se pode qualificar um dano como ecológico?), até às ambiguidades jurídicas (a directiva abre muito espaço de modelação aos Estados-membros, assim veiculando "válvulas de escape" que podem esvaziar certas soluções de responsabilização), tudo isso são factores que tornam o regime da Directiva bem menos entusiasmante do que se afigura a um primeiro olhar.

2 A Directiva 2004/35: entre o nível mais alto de protecção e a harmonização impossível

Deve começar por se assinalar que, vindo a Directiva harmonizar um espaço jurídico em que coexistiam sistemas que reconheciam o dano ecológico com sistemas que o não autonomizavam e, dentro dos primeiros, fazendo-o assentar em pressupostos díspares, a transposição não se afigurava fácil. Pareceria até contraproducente que, apontando o artigo 193 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o objectivo do nível máximo de protecção, os Estados-membros fossem forçados a regredir os seus índices de concretização do regime de responsabilização por dano ecológico. O que fez com que alguns Estados oferecessem resistência à transposição.

Em contrapartida, havia Estados a se confrontarem com outro tipo de dificuldade: partir do zero na criação de uma nova categoria de dano; aceitar novos pressupostos do dano; estruturar soluções institucionais de concretização do regime; entrelaçar este com a legislação existente. Com efeito, as mudanças são radicais, tanto do ponto de vista substantivo, como institucional, como formal. Donde, o objectivo da Directiva era implementar um mínimo denominador comum – incrementando o nível de protecção nos Estados menos evoluídos – e permitir aos que já levavam dianteira mantê-la e até aumentar o índice de protecção.

Esse quadro de protecção ambiental a várias velocidades faz com que Barbara POZZO afirme que a plena harmonização não é um objectivo no plano ambiental[41]. E por isso não espanta, por esta breve enunciação, que em 21 de abril de 2007 apenas quatro Estados-

[40] Vejam-se várias fórmulas adoptadas para a tradução recenseadas por Barbara POZZO, *Liability for environmental harm…,* cit., p. 52.

[41] Barbara POZZO, *Liability for environmental harm…, cit.,* p. 58 ("Full harmonisation is therefore not an aim in its own right in the environmental field").

membros houvessem transposto a directiva[42], tendo a Comissão iniciado procedimentos pré-contenciosos contra vinte e três Estados-membros, dos quais sete se converteram em acções por incumprimento, em 2008 e 2009[43]. Num relatório de 2010[44], a Comissão sintetizou as razões dos atrasos, arrumando-as por três tipos de dificuldades: i) a necessidade de entrelaçamento com legislação pré-existente – inserção em Códigos Ambientais, ou aprovação de diplomas avulsos, ou cruzamento com leis sectoriais, com mais desenvolvimento ou por mero *copy-paste*; ii) a necessidade de implementação das condições de avaliação do dano ecológico, quer do ponto de vista institucional, quer do ponto de vista técnico; iii) a necessidade de concretizar a margem de discricionaridade aberta pela Directiva, que induziu debates quanto à conformação de conceitos e aceitação de excepções. Elencaria um quarto factor, que se prende com o primeiro mas merece referência autónoma[45]: as diferentes formas de Estado nos vinte e sete Estados-membros, que, consoante adoptem modelos mais ou menos descentralizados de regulação das matérias ambientais, podem induzir complexidade tanto na transposição como na implementação.

Nesse relatório, e por causa dessas dificuldades, a Comissão constatava que, até 2010, apenas dezasseis casos de dano ecológico haviam sido reportados e resolvidos à luz da Directiva, estimando em cerca de cinquenta os casos pendentes em todo o território da União. Tanto em razão da oscilação de conceitos como "operador" ou "autoridade competente", passando pela adesão ou rejeição das excepções à responsabilização, até à maior ou menor capacidade técnica de avaliação do "estado de base" dos recursos, a Directiva revela-se incapaz de cumprir o seu propósito harmonizador. A efectiva ultrapassagem desses problemas continua, onze anos volvidos sobre o esgotamento do prazo de transposição da Directiva, a suscitar dificuldades, tanto por razões técnicas como jurídicas, o que justifica o diagnóstico, mais ou menos generalizado, no sentido da sua inefectividade.

3 A inefectividade do regime da Directiva: nódulos problemáticos

42 Itália, Lituânia, Letónia e Hungria.

43 França, Finlândia, Eslóvenia, Luxemburgo, Grécia, Áustria e Reino Unido.

44 *Report from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions,* under Art. 14(2) of Directive 2004/35/CE on the environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage, de 12 de outubro de 2010, COM(2010) 581 final.

45 E que a Comissão veio a identificar no relatório, de 2013 – BIO Intelligence Service (2013), *Implementation Challenges and Obstacles of the Environmental Liability Directive (ELD),* Final Report, European Commission – DG Environment.

A Directiva 2004/35 tem inquestionáveis boas intenções. Porém, apresenta défices de partida (**i**.) e abre espaço a fugas ao seu regime (**ii.**)[46].

i.) Défices da própria Directiva são, entre outros, os seguintes:

a) A não consagração, nem do dano ao ar como dano autónomo (o consid. 4 do Preâmbulo alude a essa realidade, mas confere-lhe apenas relevância indirecta)[47], nem do dano ao solo como um dano ecológico [cfr. o artigo 2º, nº 1, alínea c)][48];

b) A restrição do agente do dano à pessoa, singular ou colectiva, que o cause no desempenho de uma "actividade ocupacional", a qual deve ser forçosamente uma actividade económica (ainda que não lucrativa: artigo 2º, nº 7);

c) A subtracção à responsabilidade objectiva da reparação do dano à biodiversidade protegida no âmbito da rede Natura 2000 por actividades ocupacionais distintas das listadas no Anexo III, exigindo assim a prova da culpa do operador[49];

d) A inexistência de referência a presunções de causalidade e a exigência, em contrapartida, da verificação de uma causalidade inequívoca entre o facto e o dano (cfr. o consid. 13 do Preâmbulo)[50];

e) O facto de a reparação do dano ter por base o estado do bem imediatamente anterior ao dano, e não o estado em que o bem se encontraria se o dano não tivesse ocorrido (reconstituição da situação actual hipotética).

---

46 Sobre a implementação da Directiva, veja-se Kleoniki POUIKLI, *Overview of the implementation of the directive 2004/35/CE on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage at European level*, in Desalination and water teatment, nº 57, 2016, pp. 11.520 segs.

47 Estabelece o consid. 4 que "Os danos ambientais incluem igualmente os danos causados pela poluição atmosférica, na medida em que causem danos à água, ao solo, às espécies ou aos habitats naturais protegidos". Veja-se, no entanto, o nº 9 do Anexo III, que sujeita as instalações autorizadas ao abrigo da Directiva 84/360/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1984, relativa à luta contra a poluição atmosférica provocada por instalações industriais, a responsabilidade objectiva.
No Acórdão de 13 de julho de 2017, caso C-129/16 (*Túrkevei Tejtermelő Kft. contra Országos Környezetvédelmi és Természetvédelmi Főfelügyelőség*), o TJUE considerou que a poluição do ar só releva enquanto causa da contaminação de outro bem ambiental (cfr. consid 41-42).

48 Nos termos da alínea citada, "Danos causados ao solo, isto é, qualquer contaminação do solo que crie um risco significativo de a saúde humana ser afectada adversamente devido à introdução, directa ou indirecta, no solo ou à sua superfície, de substâncias, preparações, organismos ou microrganismos";

49 Exemplo paradigmático desse défice constituiu o caso francês *Coussouls de Crau*, ocorrido em 2009. Tratou-se de uma fuga de petróleo de um *pipeline* que vazou para uma zona de rede Natura 2000 e que, por a actividade do pipeline não estar listada no Anexo III e na ausência de culpa do operador, não desencadeou a aplicação do regime da Directiva).

50 "Nem todas as formas de danos ambientais podem ser corrigidas pelo mecanismo da responsabilidade. Para que este seja eficaz, tem de haver um ou mais poluidores identificáveis, o dano tem de ser concreto e quantificável e tem de ser estabelecido um nexo de causalidade entre o dano e/ou os poluidores identificados".

Esses défices não sobressaem, é certo, quando o Tribunal de Justiça da União Europeia decide interpretar os conceitos de forma generosa, ou quando os Estados-membros elevam o índice de protecção. Veja-se, por um lado, a jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo relativamente ao dano pretérito, cuja densificação permite responsabilizar hoje operadores por uma actividade que se iniciou por outros sujeitos económicos mas no mesmo ramo, nos anos 1950-1960 (apelando ao princípio do poluidor-pagador e à assunção tanto do activo como do passivo ambiental por empresas que se sucedem no tempo)[51]. Por outro lado, assinale-se que o Estado-membro pode, na sua legislação interna, prever soluções mais abrangentes – por exemplo, incluindo todas as espécies e seus habitats protegidos no conceito de dano à biodiversidade (e não apenas os listados na rede Natura 2000)[52], ou fazendo entrar o proprietário do solo no conceito de operador, por quebra do dever de vigilância, e responsabilizando-o pela contaminação levada a cabo por terceiro arrendatário[53].

Todavia, quando isso não ocorre – ou seja, na maior parte dos casos –, as falhas da Directiva resultam num índice de protecção reduzido ou pelo menos pouco ambicioso[54].

ii) Quanto aos espaços de discricionaridade, ou portas de fuga, podem identificar-se, entre outros, os seguintes:

a) A noção de responsabilidade objectiva é equívoca: o que a Directiva traça é um sistema híbrido, que pretende agradar a gregos e troianos: os operadores das actividades do Anexo III que causem um dano sem culpa devem tomar as medidas para evitar o seu agravamento e promover a sua célere reparação, mas não têm de custear essas medidas, ou seja, podem pedir o reembolso do custo destas às autoridades ambientais, caso o Estado-membro os coloque ao abrigo da chamada 'excepção da autorização'. O que daqui decorre é, afinal, uma socialização do risco ambiental das actividades perigosas, pagando os contribuintes ou um fundo dedicado à reparação dos danos causados, embora sem culpa, pelos operadres que lucram com as actividades económicas. Se é certo que essa solução acaba por incentivar os operadores a incrementar os seus deveres de cuidado e a utilizar as melhores técnicas, a verdade é que acaba por o fazer à custa da sociedade;

---

51 Cfr. o Acórdão do TJUE, de 9 de março de 2010, casos C-379-380/08 [*Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA, Polimeri Europa SpA and Syndial SpA v Ministero dello Sviluppo economico and Others (C-379/08) and ENI SpA v Ministero Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare and Others (C-380/08*)].

52 É o que sucede em Portugal, por exemplo.

53 Registre-se o caso apreciado pelo TJUE no Acórdão, de 13 de julho de 2017, citado.

54 Veja-se o levantamento levado a cabo por Barbara POZZO, *Liability for environmental harm…, cit.,* pp. 60-64.

b) Os "riscos de civilização" podem igualmente ser isentados pelos Estados-membros. O que sucede aqui é que um dano ecológico que venha a ser provocado por uma actividade económica autorizada que, à data da emissão da autorização e de acordo com a melhor informação disponível, não era susceptível de o provocar, fica imune à aplicação da directiva;

c) Quando não se identifica o agente do dano, isto é, perante danos órfãos, a entidade responsável pela aplicação da directiva não fica obrigada a promover medidas de reparação – apenas pode fazê-lo[55];

d) O sistema de garantias financeiras, cuja implementação os Estados devem "incentivar" não passa, na maior parte destes, do papel, faltando estabelecer limiares mínimos e máximos, entre outros aspectos[56].

Essas "pontas soltas" contribuem para pulverizar os termos de aplicação da Directiva e para fragilizar ainda mais o seu potencial regulatório.

4 Aquecimento global e responsabilidade por dano ecológico: as dificuldades da via ecocêntrica

A Directiva 2004/35, malgrado a sua originalidade, está longe de ser perfeita, como se viu neste breve resumo. Muitos danos lhe escapam e muita responsabilidade em sentido próprio – ou seja, custeio efectivo das medidas de reparação pelos agentes do dano – fica por efectivar. E o grande problema do nosso tempo, o aquecimento global, tampouco cabe dentro dela.

Neste momento, há registro de centenas de acções a correr nos tribunais dos Estados Unidos contra empresas petrolíferas, propostas sobretudo por cidades costeiras, ameaçadas pela subida do nível das águas. Essas acções foram durante vários anos baseadas em responsabilidade pelo dano ambiental – degradação do nível de vida, presente e futuro de pessoas e comunidades – e foram sendo rechaçadas pelos tribunais com base em falta de prova da causalidade e carácter difuso do dano (no fundo, tanta responsabilidade teria quem extrai o petróleo, como quem o refina, como quem o comercializa, como quem o usa como combustível ou matéria-prima).

---

55 Cfr. G. M. VAN DEN BROEK, *Environmental liability and nature protection areas: Will the EU Environmental Liability Directive actually lead to the restoration of damaged natural resources*?, in Utrecht Law Review, 2009/1, pp. 117 segs., 124.

56 Cfr. Kleoniki POUIKLI, *Overview...,cit*., p. 11525.

Ultimamente, porém, o argumento tem sido outro, similar ao utilizado nos anos 1990 contra as tabaqueiras: as companhias petrolíferas sabem que estão a contribuir para o aquecimento do Planeta e nada fazem para o evitar, obrigando o Estado e as cidades a gastarem vultosas quantias para se tornarem mais resilientes às mudanças climáticas. Porque hão de ser os contribuintes a pagar por danos cujos autores têm plena consciência de os causar e ainda a lucrar com isso?

Essa nova abordagem parte de uma investigação levada a cabo, em 2015, por uma equipa constituída por jornalistas do jornal *Los Angeles Times* e da *Columbia Graduate School of Journalism,* na qual se demonstrou que companhias petrolíferas, como a Exxon, têm consciência dos riscos planetários que a sua actividade provoca desde os anos 1980. A prova científica dessas ligações entre eventos climáticos extremos e alterações climáticas, e entre estas e a actividade de companhias petrolífeas é o que está em causa nessas acções. Vários investigadores, jornalistas e cientistas têm aprofundado esses estudos, culminando num trabalho, de 2017, que atribui a responsabilidade por 2/3 do aquecimento presente à actividade de noventa companhias petroliferas, e 6% da responsabilidade pela subida das águas directamente à Exxon, Chevron, e BP.

As companhias defendem-se alegando que não cabe aos tribunais fazer política nem muito menos qualificar como lesiva uma actividade regulada pelo *Clean Air Act*. Porém, em jogo não está banir as actividades das companhias petrolíferas – que de resto dão emprego a milhares de cidadãos residentes em várias das cidades litigantes –, mas sim fazê-las suportar os custos das medidas de adaptação a implementar, uma vez que teriam consciência do problema que estão a causar. E se forem porventura responsabilizadas por esses danos às pessoas, presentes e vindouras, talvez se reconvertam, para evitar futuras demandas. “Oil and gas, like cigarettes, are products. The companies that sell them are liable for the damages they cause”, afirma Sharon Eubanks, um dos advogados que constituía a equipa que accionou a companhia Philip Morris e que agora patrocina a causa da cidade de Richmond contra a Chevron[57].

Também da União Europeia chegam notícias de uma acção proposta por dez famílias de diversos Estados-membros, do Quénia e das Ilhas Fidji, contra as instituições da União que

[57] Fonte: Mother Jones, 29 de maio de 2018. Disponível em: https://www.motherjones.com/environment/2018/05/this-case-could-be-a-game-changer-in-cities-lawsuits-against-big-oil/. Acesso em: 19 abr. 2020.

não estarão a fazer o suficiente para travar o aquecimento global[58]. O *People's climate case* deu entrada no Tribunal Geral, a 24 de maio de 2018, sob a veste de uma acção de anulação de vários instrumentos eurocomunitários nos quais se fixa um objectivo de redução de 40% de emissões de CO2 até 2030, comparativamente com os níveis de 1990. Ora, esses cidadãos, suportados por estudos científicos e investigações de Organizações não Governamentais de defesa do ambiente, julgam que esse objectivo deve ser aumentado para 50 a 60%. Os autores do caso têm em comum problemas reais, por já terem sentido na pele e nas suas actividades profissionais os efeitos das alterações climáticas – nomeadamente, secas e incêndios.

Ou seja, os argumentos jurídicos contra o aquecimento global passam mais pelas pessoas e seus direitos do que pelo ambiente em sentido estrito. Nada garante que tenham sucesso, mas o que importa, acima de tudo, é colocar o tema na agenda e agitar as consciências. Que isso deva ser feito a partir de uma perspectiva antropocêntrica é, do meu ponto de vista, um erro –, mas também um sinal, de resto não surpreendente, de que o homem não consegue se desligar do seu próprio e mais próximo destino.

Esta acção não é, contudo, no seu objectivo, absolutamente original. Deve recordar-se o seu precedente próximo no caso Urgenda, que, em 2015, foi julgado favoravelmente num tribunal holandês, tendo a Fundação Urgenda levado a bom porto uma acção de condenação do Estado holandês a prosseguir metas mais ambiciosas para contribuir eficazmente para a luta contra o aquecimento global. O caso encontra-se a aguardar decisão por um tribunal superior para o qual o Estado holandês recorreu.

Deve sublinhar-se que o governo holandês prometeu encerrar todas as centrais a carvão até 2030 e a autorizar a construção de mais centrais eólicas. Mas simultaneamente recorreu da decisão por considerar que nenhuma lei ou convenção internacional dispõe imperativamente sobre metas a atingir para reduzir os índices de CO2 na atmosfera (desde logo, hoje, o Acordo de Paris é um bom mau exemplo dessa fragilidade), e o governo, enquanto órgão democraticamente eleito, deve gozar de flexibilidade para ajustar em razão das condicionantes socioeconómicas, não devendo os tribunais imiscuírem-se em matéria política.

Enfim, pela via da responsabilidade por lesão de direitos fundamentais, ou pela via da solidariedade internacional – uma outra perspectiva das responsabilidades comuns mas

[58] Na senda do caso *Juliana vs US,* apresentado no tribunal de círculo do Oregon, em 2015, e com audiência marcada para outubro de 2018. Disponível em: https://www.ourchildrenstrust.org/us/federal-lawsuit/. Acesso em: 19 abr. 2020.

diferenciadas –, traduzida nas contribuições para o *Green Fund for Climate,* no seio do Acordo de Paris (que os Estados desenvolvidos se comprometeram a constituir, na COP, de 2009, para ajudar os Estados menos desenvolvidos e sobretudo os insulares do Pacífico, a adoptarem medidas de adaptação), vão surgindo crescentes reivindicações contra a degradação ambiental, mas não dando voz aos componentes ambientais. A lesão de interesses pessoais e económicos continua a ser mais mobilizadora do que a constatação de danos ecológicos e a reparação destes. O que, do meu ponto de vista, é uma má notícia para o Direito do Ambiente.

Refugiados Climáticos en Latinoamérica

Climate Refugees in Latin America

Antonella Furlato

Abogada Ambiental y docente de la Universidad San Francisco de Quito, Ecuador. Cuenta con una Maestría en Manejo Ambiental de la Universidad de Melbourne, Australia. Ha trabajado en Organizaciones Ambientales en Latinoamérica implementando proyectos sostenibles y de gestión ambiental relacionados con la adaptación al cambio climático y la gobernanza del agua.

Resumen: Los proyectos energéticos tradicionales han causado impactos sociales en diferentes grados como consecuencia de la degradación ambiental producida debido a la extracción de recursos naturales no renovables. Uno de los impactos socio-ambientales de mayor preocupación son los desplazamientos y migraciones climáticas masivas que se han intensificado las últimas décadas. Estas migraciones tienen su origen indirecto en la degradación ambiental generada por distintos sectores productivos, en especial el energético. La extracción intensificada de recursos fósiles del último siglo ha causado el incremento de los gases de efecto invernadero (GEI), así como el aumento de los impactos socio-ambientales asociados con el cambio climático, evidenciando un modelo de desarrollo insostenible. Actualmente, la degradación ambiental y los impactos climáticos están causando desplazamientos masivos de las poblaciones más vulnerables alrededor del mundo, dando origen al denominado "refugiado climático". Este artículo analiza las consecuencias provocadas por los proyectos energéticos, discute acerca de las actuales reservas de combustibles fósiles existentes y su aporte al cambio climático en América Latina; finaliza con el análisis del término "refugiado climático" y el vacío legal existente, así como la falta de políticas públicas climáticas en el contexto climático latinoamericano.

Palabras-clave: Proyectos energéticos. refugiados climáticos. Cambio climático. Legislaciones climáticas, Latinoamérica.

Abstract: Traditional energy projects have created social impacts as a result of the environmental degradation caused by the extraction of non-renewable natural resources. One of the socio-environmental impacts of major concern, is massive displacements and climate migrations that have intensified in recent decades. These migrations have their indirect origin in the environmental degradation generated by various productive sectors, especially energy. The intensified extraction of fossil resources of the last century has caused the increase of greenhouse gases (GHG), as well as the increase of socio-environmental impacts associated with climate change, evidencing an unsustainable development model. Currently, environmental degradation and climate impacts are causing massive displacement of the most vulnerable populations around the world, giving rise to the so-called "climate refugee." This article analyzes the consequences of energy projects, discusses existing fossil fuel reserves and their contribution to climate change in Latin America; and ends with the analysis of the term "climate refugee" and the existing legal vacuum, as well as the lack of public climate policies in the Latin American climate context.

Keywords: Energy projects. Climate change refugees. Climate change. Climate legislation. Latin America.

Introducción

El Panel Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC por sus siglas en inglés), ante la Conferencia de las Partes (COP 23), en el 2017 en Alemania, presentó el último reporte científico el cual mostró datos alarmantes al prever un considerable aumento en la temperatura global que pondrían en riesgo las poblaciones en los próximos años[59], afectando seriamente a todos los países, sin diferenciación en su condición socio-

[59] SECRETARIA DE CAMBIO CLIMÁTICO NOTICIAS, 2017. Disponible en: https://unfccc.int/es/news/disponible-el-informe-anual-interactivo-de-onu-cambio-climatico.

económica[60]. Los reportes actualizados del panel presentados en la (COP 24), en el 2018 en Polonia, demuestran datos aún más alarmantes, evidenciando el modelo de desarrollo económico insostenible en el que vivimos[61]. Actualmente, la temperatura se ha elevado 1grado centígrado en comparación con los niveles pre-industriales, de acuerdo a lo reportado por IPCC[62]. Estos datos alarmantes, así como los eventos climáticos extremos intensificados los últimos años con miras a empeorar, datos que demuestran la urgencia de acciones por parte de los gobiernos, sectores productivos y sociedad civil.

A raíz del crecimiento del sector energético y agrícola del último siglo, se ha notado un exponencial crecimiento de los GEI que han acelerado la temperatura media generada, superando los 0.74 ℃[63] y llegando al 1℃ actualmente[64]. Este aumento de temperatura es producido como consecuencia de los Gases de Efecto Invernadero (GEI) generados por la combustión de combustibles fósiles y actividades antropogénicas[65]. La intensificación de los impactos climáticos trae consigo problemas del tipo social, cultural y ambiental[66]. Este tipo de afectaciones son omitidas por los gobiernos, al ser los entes causantes de este problema, sectores económicos importantes; sin embargo, la relación causal entre los gases emitidos por estos sectores y el cambio climático es cada vez más aceptado por la comunidad internacional, así como admitido por la ciencia[67].

Los últimos 40 años se ha desarrollado la migración directa e indirecta como consecuencia de la degradación ambiental producida los sectores económicos claves [68]. La migración y desplazamiento climático en particular, se ha intensificado la última década a modo de impacto indirecto[69]. Esta migración climática es considerada un fenómeno heterogéneo y multicausal[70] que trae consigo graves impactos en la movilidad humana. Actualmente se prevé desplazamientos masivos a nivel mundial, lo que se convertirá en una

---

60 ADGER, Neil; BARNETT, Jon. Environment and Planning A 41(12), en la obra **Four reasons for concern about adaptation to climate change**, 2009, p. 2802.

61 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Una aproximación al panorama actual, 2018, p. 7

62 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Una aproximación al panorama actual, 2018, p. 7

63 ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA), **Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina**: Crisis Humanitaria, 2011, p. 12, Disponible en: https://www.aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/ccdh_aida_esp.pdf

64 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Un reto que debemos afrontar, 2018, p. 7.

65 MARTON, José. **Cambio climático**: los principales debates, las principales respuestas. **Anuario CEIPAZ,** 2009, p. 84, Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3059504.

66 MARTON, José. **Cambio climático**: los principales debates, las principales respuestas. **Anuario CEIPAZ,** 2009, p. 84, Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3059504.

67 MARTON, José. **Cambio climático**: los principales debates, las principales respuestas. **Anuario CEIPAZ,** 2009, p. 84, Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3059504.

68 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Un reto que debemos afrontar, 2018, p. 7.

69 MARTON, José. Cambio climático: los principales debates, las principales respuestas. Anuario **CEIPAZ,** 2009, p. 84, Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3059504.

70 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Una aproximación al panorama actual, 2018, p. 8

problemática legal internacional que requerirá de acciones coordinadas y urgentes a nivel global[71]; por cuanto el desplazamiento forzado de millones de personas no solo afectará temas económicos, sino también la política exterior de los países[72], la cual en el caso Latinoamericano, ya se encuentra altamente comprometida, particularmente con los hechos transcurridos con la "caravana de migrantes" proveniente de los países centroamericanos y buscaban llegar a Estados Unidos en el 2018; así como la migración masiva de los ciudadanos Venezolanos.

América Latina sufre de problemas de migración constante debido a la inestabilidad política y económica que constantemente afronta la región, sin mencionar los altos niveles de inseguridad y desigualdad social. Adicionalmente, la región es particularmente sensible al cambio climático debido a su poca capacidad adaptativa lo que dificultará su posición ante una migración climática regional. Climáticamente hablando, Latinoamérica es una de las regiones más vulnerables debido a que este fenómeno amenaza con impactar ecosistemas únicos, poniendo en riesgo la mayor biodiversidad del planeta[73]; además de tener una producción agrícola considerable que respalda la seguridad alimentaria a nivel regional e incluso mundial[74]. Paralelamente Latinoamérica enfrenta un acelerado urbanismo y rápido crecimiento económico, causado por los proyectos energéticos que se multiplican en la región, los cuales desplazan a las comunidades vulnerables impactado drásticamente su forma de vida[75].

El presente artículo analiza las consecuencias indirectas provocadas por los proyectos energéticos, impactos poco profundizados por la academia, a pesar de que pueden considerarse más agresivos que los impactos directos producidos por este sector al influir en el desplazamiento masivo de las poblaciones más vulnerables del mundo. Este artículo plantea la problemática de los refugiados climáticos y su correlación con los proyectos energéticos, analiza las actuales reservas de combustibles fósiles existentes en América Latina, su aporte al cambio climático, así como su correlación con los desplazamientos masivos en la región y el

---

71 ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA), **Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina**: Crisis Humanitaria, 2011, p. 52, Disponible en: https://www.aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/ccdh_aida_esp.pdf.

72 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Un reto que debemos afrontar, 2018, p. 5.

73 SAMANIEGO, J. L. **Cambio climático y desarrollo en América Latina y el Caribe**. Reseña 2009, 2009, p. 5, Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2975/lcl3140.pdf.

74 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **Cambio climático, pesca y acuicultura en América Latina**: Potenciales impactos y desafíos para la adaptación, 2013, p. 10, Disponible en: http://www.fao.org/docrep/018/i3356s/i3356s00.htm.

75 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). **Central and South America".** En Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability, 2014, p. 1503,

mundo. Este artículo finaliza con el análisis del término "refugiado climático" y los vacíos jurídicos existentes, analizando el contexto legal climático en la región Latinoamericana.

1 Proyectos energéticos y su relación con el cambio climático

La creciente población, la industria y el desarrollo económico mundial, están relacionados con el incremento en la demanda de los recursos naturales del último siglo, las necesidades energéticas crecientes, que consecuentemente influye en la degradación ambiental y el cambio climático. Esta afectación se relaciona con la extracción de recursos naturales altamente requeridos por el modelo de desarrollo de las sociedades desde el siglo XIX[76], evidenciándose un modelo económico insostenible[77]. A pesar de que toda explotación de recursos naturales conlleva una afectación ambiental de cualquier tipo, el ambiente sufre una mayor degradación ante la extracción de recursos no renovables, al implicar una alteración alta de los ecosistemas debido a la contaminación directa de recursos naturales valiosos y escasos como el agua, afectando a las poblaciones aledañas que dependen directamente de este tipo de recursos naturales como medio de subsistencia[78]. Sin mencionar que este tipo de extracciones elevan la cantidad de GEI generados en la atmosfera[79], produciendo impactos climáticos lentos (sequias y deshielos) y repentinos (huracanes y olas de calor o frio), los cuales de manera directa e indirecta influyen para que las poblaciones vulnerables se vean obligadas a migrar[80].

Se evidencio que desde el siglo XVIII las actividades humanas comenzaron a alterar el sistema natural[81]; situación que empeoró con la revolución industrial, época donde no se analizó a profundidad el daño colateral producido por la extracción de recursos no renovables y el daño que se estaba causando a la atmósfera al quemar combustibles fósiles de forma masiva[82]. En el siglo XIX, los científicos ya sospechaban que el CO2 producido por quemar

---

76 MARTON, José. Cambio climático: los principales debates, las principales respuestas. **Anuario CEIPAZ,** 2009, p. 85, Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3059504.

77 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Una aproximación al panorama actual, 2018, p.7.

78 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **Cambio climático, pesca y acuicultura en América Latina**: Potenciales impactos y desafíos para la adaptación, 2013, p. 1, Disponible en: http://www.fao.org/docrep/018/i3356s/i3356s00.htm.

79 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **Cambio climático, pesca y acuicultura en América Latina**: Potenciales impactos y desafíos para la adaptación, 2013, p. 1, Disponible en: http://www.fao.org/docrep/018/i3356s/i3356s00.htm.

80 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Un reto que debemos afrontar, 2018, p. 7.

81 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **Cambio climático, pesca y acuicultura en América Latina**: Potenciales impactos y desafíos para la adaptación, 2013, p. 1, Disponible en: http://www.fao.org/docrep/018/i3356s/i3356s00.htm.

82 MARTON, José. Cambio climático: los principales debates, las principales respuestas. **Anuario CEIPAZ,** 2009, p. 86. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3059504.

combustibles fósiles en grandes cantidades traía como consecuencia la elevación de la temperatura de la atmósfera. Sin embargo, solo hasta el año de 1980 se evidenciaron las afectaciones y degradaciones a los recursos naturales, fecha en la cual comenzó la conciencia ambiental generalizada y la creación de convenciones internacionales que protegieran el ambiente[83]. En 1988, nace el IPCC, en calidad de ente científico que busca concientizar a los gobiernos para facilitar las decisiones políticas referentes a la problemática climática[84]. Desde este momento, los climatólogos evidenciaron la variación antinatural del clima relacionado con el acelerado calentamiento global del último siglo, así como el cambio en la temperatura en comparación con los datos pre-industriales, conectándolo con la quema de los tres combustibles fósiles (carbón, petróleo y gas natural) que se extrajeron en grandes cantidades los últimos siglos[85].

El incremento de estos tres gases se asocia con el desarrollo industrial y se presume su correlación con la degradación ambiental y el cambio climático[86]. Las proyecciones del IPCC relacionan de manera causal los impactos provenientes del cambio climático con el incremento de los GEI producidos por las industrias finales de siglo[87]. Impactos atribuibles a varios sectores económicos estratégicos, entre los principales se encuentra el sector energético y agrícola. Sin embargo, las industrias energéticas son las que impactaron mayormente al producir altas emisiones de carbono mediante la quema de combustibles fósiles durante el siglo XX. Este sector se centró en producir cantidad y calidad de energía por muchos años, omitiendo la protección ambiental y en muchos casos con venia política[88].

A medida que las economías y poblaciones de todo el mundo continuaban creciendo, se proyectaba mayor desarrollo económico en correlación con el aumento en el consumo de energía global[89]. Años después, se evidenció que las economías desarrolladas son históricamente las principales consumidoras y productoras de energía, por ende, las

---

83 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **Cambio climático, pesca y acuicultura en América Latina**: Potenciales impactos y desafíos para la adaptación, 2013, p. 1, Disponible en: http://www.fao.org/docrep/018/i3356s/i3356s00.htm.

84 MARTON, José. Cambio climático: los principales debates, las principales respuestas. **Anuario CEIPAZ,** 2009, p. 85. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3059504.

85 MARTON, José. Cambio climático: los principales debates, las principales respuestas. **Anuario CEIPAZ,** 2009, p. 85. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3059504.

86 PASQUEVIC, Danel. Instituto de Energía y Desarrollo Sustentable. Comisión Nacional de Energía Atómica en la obra **La creciente demanda mundial de energía frente a los riesgos ambientales**, 2016, p. 1.

87 CUEVA, Franklin. Efectos del cambio climático en la economía, el comercio internacional y la estrategia empresarial, en la obra **Contabilidad y Negocios**: Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas 9 (18), 2014, p. 76. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5038305.

88 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO). **Cambio climático, pesca y acuicultura en América Latina**: Potenciales impactos y desafíos para la adaptación, 2013, p. 1, Disponible en: http://www.fao.org/docrep/018/i3356s/i3356s00.htm.

89 CHOW, Jeffrey; KOPP, R. J.; PORTNEY, P.R. Energy resources and global development." Obra en **Science 302 (5650),** 2003, p. 1529, Disponible en: http://ehsapes.pbworks.com/f/NRG_Global+Dev.pdf.

responsables históricas de gran parte de las emisiones de los GEI de los últimos tiempos[90], a pesar de no reconocerse su responsabilidad de forma directa en ningún tratado internacional. Se registra a 100 compañías como las causantes de haber generado el 70% de los GEI de los últimos 31 años[91].

El crecimiento económico de Estados Unidos de América (EE. UU.) de los últimos 20 años y de los demás países desarrollados, han influido en el aumento de la producción de combustibles fósiles a lo largo de la historia[92]. Los combustibles fósiles fueron la principal energía utilizada durante los años 90 (O' Connor y Cleveland, 2014). Hasta el año 2000, esta energía cubría alrededor del 93% de la energía doméstica requerida en EE. UU [93].

Sin embargo, desde el año 2006 comenzaron los problemas en el sector a nivel mundial, tales como los precios fluctuantes de los combustibles fósiles, disminución en las reservas petroleras convencionales y la correlación del sector energético con el calentamiento global[94]. El alto precio de los combustibles fósiles ha impulsado el desarrollo tecnológico, facilitando la explotación de sitios antes considerados difíciles de acceder, tornándose en lugares atractivos, como es el caso de las Arenas bituminosas en Canadá[95]. Esto genera preocupación en el sector, por cuanto a pesar de que todavía se registran reservas de combustibles fósiles a nivel mundial; las zonas donde actualmente se encuentran gran porcentaje de las reservas combustibles, requieren de extracciones poco convencionales, proceso que conlleva un gran costo ambiental, social y económico[96].

La Agencia Internacional de Energía informó que, a pesar de los problemas en el sector, la demanda energética en el 2008 se duplicó sobre todo en comparación con lo requerido por las sociedades en 1970, incrementando la demanda por la producción de energía

---

90 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Un reto que debemos afrontar, 2018, p. 5.

91 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Un approximation al panorama actual, 2018, p.7.

92 HAKKIO, Craig; NIE, Jun. Implications of recent US energy trends for trade forecasts, En **Economic Reiew-Federal Reserve Bank of Kansas City**. 2014, p. 10. Disponible en: http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.663.480&rep=rep1&type=pdf.

93 PIMENTEL, David; HERZ, Megan; GLICKSTEIN,Michele; ZIMMERMAN, Mathew; ALLEN, RICHARD BECKER, Katrina; EVANS Jeff; HUSSAIN,Benita; SARSFELD,Ryan; GROSFELD, Anat ; SEIDEL, Thomas. Renewable Energy: Current and Potential Issues, Obra en **Bioscience 52 (12)**, 2002, p. 1115.

94 LEWIS, Nathan; NOCERA, Daniel. Powering the planet: Chemical challenges in solar energy utilization, Obra en **Proceedings of the National Academy of Sciences 103 (43)**, 2006, p. 15730. Disponible en: http://www.pnas.org/content/pnas/103/43/15729.full.pdf.

95 ORGANIZACIÓN LATINOAMERICANA DE ENERGÍA (OLADE) Y EXPERTOS EN RED. **¿El Desarrollo de los Recursos de Gas Natural en América Latina y El Caribe podrían convertirse en una fuente energética competitiva?**, 2014, p. 14. Disponible en: http://biblioteca.olade.org/opac-tmpl/Documentos/old0353.pdf.

96 MCGLADE, Christophe; EKINS, Paul. The geographical distribution of fossil fuels unused when limiting global warming to 2 C, en **Nature 517 (7533),** 2015, p. 187.

y elevando el uso de combustibles fósiles a 80% los últimos años[97]. Lamentablemente esta demanda energética no ha reducido, a pesar de los impactos ambiental y climáticos registrados la última década. Los combustibles fósiles siguen satisfaciendo alrededor del 80% de la demanda energética global y se prevé que la demanda energética aumentará a 40% para el año 2035 [98]. Ciertamente, ha existido una reducción en el consumo de combustibles fósiles en comparación con los años 90, debido al creciente uso de energía renovable. Sin embargo, estos porcentajes siguen siendo altos, evidenciándose la contradicción entre los compromisos internacionales y las decisiones políticas tomadas de forma individual por los gobiernos acorde a sus intereses económicos[99]. La fuerza política y económica del sector energético, así como la creciente demanda, protege a las economías avanzadas y asegura la perduración de las actividades del sector, lo cual ha impulsado a las empresas energéticas a continuar invirtiendo en el desarrollo de energías más eficientes para la conversión de energía y la extracción de combustibles no convencionales[100]. Así como continuar su extensiva búsqueda por la extracción de combustibles fósiles en otros continentes del planeta[101].

La problemática de la creciente extracción energética se relaciona con un modelo poco sustentable relacionado con la sobrepoblación y la urgencia de cubrir las crecientes necesidades del hombre. Las sociedades actuales requieren mayores servicios, buscan desarrollo socioeconómico, mejor comunicación, mayor confort, más tecnología, generando mayor consumo energético[102]. Paralelamente, las afectaciones ambientales y climáticas negativas no cesan y los impactos más severos son recibidos por los países del sur, generalmente los más pobres y vulnerables al cambio climático[103], así como la degradación ambiental en general.

América Latina es una región donde abundan los recursos naturales y carece de políticas proteccionistas fuertes, por ende, puede ser considerado una buena opción para

---

97 PASQUEVIC, Danel. Instituto de Energía y Desarrollo Sustentable. Comisión Nacional de Energía Atómica en la obra **La creciente demanda mundial de energía frente a los riesgos ambientales**, 2016, p. 6.

98 ORGANIZACIÓN LATINOAMERICANA DE ENERGÍA (OLADE) Y EXPERTOS EN RED. **¿El Desarrollo de los Recursos de Gas Natural en América Latina y El Caribe podrían convertirse en una fuente energética competitiva?**, 2014, p. 12. Disponible en: http://biblioteca.olade.org/opac-tmpl/Documentos/old0353.pdf.

99 MCGLADE, Christophe; EKINS, Paul. The geographical distribution of fossil fuels unused when limiting global warming to 2 C, en **Nature 517 (7533),** 2015, p. 187.

100 PASQUEVIC, Danel. Instituto de Energía y Desarrollo Sustentable. Comisión Nacional de Energía Atómica en la obra **La creciente demanda mundial de energía frente a los riesgos ambientales**, 2016, p. 2.

101 CHOW, Jeffrey; KOPP, R. J.; PORTNEY, P.R. Energy resources and global development." Obra en **Science 302 (5650),** 2003, p. 1529, Disponible en: http://ehsapes.pbworks.com/f/NRG_Global+Dev.pdf.

102 PASQUEVIC, Danel. Instituto de Energía y Desarrollo Sustentable. Comisión Nacional de Energía Atómica en la obra **La creciente demanda mundial de energía frente a los riesgos ambientales**, 2016, p. 6.

103 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Una aproximación al panorama actual, 2018, p. 7.

extraer recursos[104]. Lamentablemente la región se ha tornado en un ejemplo de extracción masiva y creación de proyectos energéticos poco sustentable, los cuales están poniendo en riesgo a la región al poner en análisis su vulnerabilidad relacionada con su poca capacidad adaptativa, ubicación geográfica y débil infraestructura para afrontar eventos climáticos extremos[105]. Sin mencionar que Latinoamérica tiene el 40% de la población bajo el índice de pobreza, lo que agrava su situación de vulnerabilidad de las comunidades más sensibles[106].

"La temperatura promedio global ha aumentado a un 0,74 °C (…), la mayor parte de dicho incremento se causó a partir de 1970"[107]. Los últimos reportes denotan que hemos llegado a 1 °C y se prevé un aumento mayor los siguientes años y por ende aumento en los efectos climáticos[108]. Sin embargo, la extracción de combustibles fósiles y la degradación ambiental continua, a pesar de la incertidumbre referente a la falta de distribución justa de los impactos climáticos[109]. Sin duda, estos impactos se perciben de forma más constante tanto en el norte como en el sur, convirtiéndose en un fenómeno cada vez más aceptado por la sociedad. Sin embargo, sin acciones concretas debido a la insuficiencia de compromisos políticos fuertes.

2 El aporte de la industria energética al cambio climático en América Latina: reservas y emisiones

En América Latina y el Caribe existen varios proyectos energéticos enfocados en extraer carbón, gas natural y petróleo crudo, al ser estos combustibles un input regional importante a nivel económico[110]. Hasta el 2010 los combustibles fósiles en la región representaban el 74% de la energía primaria requerida, el petróleo crudo representaba el 40%,

---

104 ORGANIZACIÓN LATINOAMERICANA DE ENERGÍA (OLADE) Y EXPERTOS EN RED. **¿El Desarrollo de los Recursos de Gas Natural en América Latina y El Caribe podrían convertirse en una fuente energética competitiva?**, 2014, p. 14. Disponible en: http://biblioteca.olade.org/opac-tmpl/Documentos/old0353.pdf.

105 SAMANIEGO, J. L. **Cambio climático y desarrollo en América Latina y el Caribe. Reseña 2009**, 2009 p. 5, Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2975/lcl3140.pdf.

106 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), Cambio **climático, pesca y acuicultura en América Latina**: Potenciales impactos y desafíos para la adaptación, 2013, p. 12. Disponible en: http://www.fao.org/docrep/018/i3356s/i3356s00.htm.

107 ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA), **Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina**: Crisis Humanitaria, 2011, p. 52, Disponible en: https://www.aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/ccdh_aida_esp.pdf.

108 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Un reto que debemos afrontar, 2018, p. 8.

109 Organización Internacional para las Migraciones (OIM), p. 9, **Migraciones y Cambio Climático: Serie de estudios de la OIM sobre la Migración.** No 31, 2008.

110 PASQUEVIC, Daniel. Instituto de Energía y Desarrollo Sustentable. Comisión Nacional de Energía Atómica en la obra **La creciente demanda mundial de energía frente a los riesgos ambientales**, 2016, p. 19.

el gas natural el 30%, las Hidroeléctricas el 8%, la madera el 7%, mientras que la energía renovable solo aportaba con el 4% [111].

A través de la presente sección se analizará la cantidad de reservas de combustibles fósiles existentes en la región, así como su posible contribución al aumento de GEI a nivel regional en caso de ser explotados.

2.1 El carbón

De acuerdo con el informe emitido por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura (FAO por sus siglas en inglés), América Latina y el Caribe es considerada la segunda mayor productora y consumidora de carbón vegetal a nivel mundial, después de África[112]. En el 2015, la región produjo 8.9 millones de toneladas de carbón. Solo Brasil produjo 6.5 millones de toneladas ese mismo año, convirtiéndose en el país que más produjo carbón vegetal a nivel mundial[113].Las toneladas métricas de CO2 relacionadas con la producción de carbón y madera son elevadas. En el 2010, se emitieron 371 millones de toneladas métricas de CO2 y casi un cuarto de esta cantidad como consecuencia del carbón[114].

Gran parte de la población de la región continúa utilizando carbón para cocinar sus alimentos en estufas tradicionales, este es el caso particular de Centroamérica, al ser una región dependiente de los combustibles fósiles para su desarrollo[115]. Centroamérica también es altamente vulnerable al cambio climático por su posición geográfica y baja capacidad adaptativa donde la mayor parte de la población es considerada pobre[116]. Países como Guatemala, Honduras y Nicaragua, aún dependen del carbón para cocinar sus alimentos, este también se utiliza como medio de calefacción y como fuente energética industrial[117].

---

111 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **The Charcoal Transition**: Greening the charcoal value chain to mitigate climate change and improve local livelihoods. 2017, p. 34. Disponible en: http://www.fao.org/3/a-i6935e.pdf.

112 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **The Charcoal Transition**: Greening the charcoal value chain to mitigate climate change and improve local livelihoods. 2017, p. 15. Disponible en: http://www.fao.org/3/a-i6935e.pdf.

113 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **The Charcoal Transition**: Greening the charcoal value chain to mitigate climate change and improve local livelihoods. 2017, p. 34. Disponible en: http://www.fao.org/3/a-i6935e.pdf.

114 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **The Charcoal Transition**: Greening the charcoal value chain to mitigate climate change and improve local livelihoods. 2017, p. 40. Disponible en: http://www.fao.org/3/a-i6935e.pdf.

115 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **The Charcoal Transition**: Greening the charcoal value chain to mitigate climate change and improve local livelihoods. 2017, p. 40. Disponible en: http://www.fao.org/3/a-i6935e.pdf.

116 SAMANIEGO, J. L. **Cambio climático y desarrollo en América Latina y el Caribe**. Reseña 2009, 2009 p. 7, Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2975/lcl3140.pdf.

117 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), Noticias de la página oficial de FAO, **América Latina y el Caribe es la segunda mayor productora de carbón a nivel mundial.** Disponible en: http://www.fao.org/americas/noticias/ver/es/c/853946/.

Lamentablemente, la extracción de carbón y leña en estos países es poco controlada y se pierden muchos bosques primarios por esta causa. El informe de la FAO sugiere la implementación de políticas públicas que controlen la extracción ilegal del carbón vegetal y la deforestación; así como la implementación de herramientas económicas que permitan la transición del carbón a cocinas de última generación, con el fin de reducir al menos el 60% de las emisiones de CO2 producidas[118]. Sin embargo, los altos niveles de corrupción y la poca capacidad adquisitiva o inestabilidad económica y política de estos países, dificultan la aplicación de las medidas sugeridas por la FAO. Lo que señala que la explotación de carbón y perdida de bosques podría continuar e incluso aumentar.

2.2 El gas natural y petróleo

De acuerdo con el informe emitido por Organización Latinoamericana de Energía (OLADE), el gas natural[119] y el petróleo son considerados reservas preciadas para la región y el mundo[120]. Ambos pasan por un proceso de extracción similar que puede ser convencional o no convencional[121], dependiendo de la dificultad y costo de la extracción. El costo ambiental de la extracción de ambos recursos, principalmente de los denominados "no convencionales" tiende a ser muy alto por la cantidad de CO2 y metano emitido por unidad de energía producida, la cual contribuye al potencial calentamiento global[122]. El petróleo no convencional, es extremadamente costoso y al emitir mayor cantidad de gases causa impactos

---

118 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), Noticias de la página oficial de FAO, **América Latina y el Caribe es la segunda mayor productora de carbón a nivel mundial.** Disponible en: http://www.fao.org/americas/noticias/ver/es/c/853946/.

119 El gas natural "convencional" está compuesto principalmente de metano y etano y se encuentra naturalmente en reservorios del subsuelo. Puede ser gas "no- asociado" o libre que se extrae como resultado de las actividades hidrocarburíferas y gas "asociado" que se produce junto con el crudo, así como de las minas de carbón. No se incluye en la definición de gas natural convencional a los gases generados de material orgánico (bío-gas) ni al gas licuado del petróleo (GLP). Los volúmenes de gas son medidos a condiciones estándar de 15°C y una atmósfera de presión (760 mm de mercurio). ORGANIZACIóN LATINOAMERICANA DE ENERGÍA (OLADE) Y EXPERTOS EN RED. **¿El Desarrollo de los Recursos de Gas Natural en América Latina y El Caribe podrían convertirse en una fuente energética competitiva?**, 2014, p. 10. Disponible en: http://biblioteca.olade.org/opac-tmpl/Documentos/old0353.pdf.

120 CHOW, Jeffrey; KOPP, R. J.; PORTNEY, P.R. Energy resources and global development." Obra en **Science 302 (5650),** 2003, p. 1530, Disponible en: http://ehsapes.pbworks.com/f/NRG_Global+Dev.pdf.

121 Es aquel que se encuentra en yacimientos no comunes de depósitos de hidrocarburos y cuya explotación requiere alta tecnología. Este tipo de gas está almacenado de forma natural en formaciones de roca de baja permeabilidad, lo cual hace más complicado su proceso de extracción. ORGANIZACIóN LATINOAMERICANA DE ENERGÍA (OLADE) Y EXPERTOS EN RED. **¿El Desarrollo de los Recursos de Gas Natural en América Latina y El Caribe podrían convertirse en una fuente energética competitiva?**, 2014, p. 26. Disponible en: http://biblioteca.olade.org/opac-tmpl/Documentos/old0353.pdf.

122 ORGANIZACIÓN LATINOAMERICANA DE ENERGÍA (OLADE) Y EXPERTOS EN RED. **¿El Desarrollo de los Recursos de Gas Natural en América Latina y El Caribe podrían convertirse en una fuente energética competitiva?**, 2014, p. 17. Disponible en: http://biblioteca.olade.org/opac-tmpl/Documentos/old0353.pdf.

ambientales más graves, además de impactos colaterales a otros recursos sensibles[123]. Las reservas convencionales de petróleo equivalen a 1.3 billones de barriles a nivel mundial, mientras que las reservas poco convencionales equivalen a 400 mil millones a nivel global, de esta última reserva se calcula que existen 3.2. billones de barriles aún recuperable[124].

El avance tecnológico ha permitido que los antes llamados recursos petroleros difíciles de extraer puedan convertirse en reservas petroleras oficiales, lo que facilita su posible extracción al convertirse en un medio viable y útil para la venta[125]. Objetivos logrados a partir de la extracción de combustibles fósiles "no convencionales" con la ayuda de tecnología actual. Por ejemplo, Canadá, con la incorporación de las Arenas Bituminosas en sus reservas oficiales, elevó su número a 170 mil millones de Barriles. Mientras que Venezuela elevó su número oficial a 290 mil millones de barriles y actualmente es el país con mayor reserva petrolera del mundo, superando a países tradicionalmente conocidos por su petróleo como Arabia Saudita[126]. La tecnología utilizada busca principalmente extraer combustibles y ser eficientes en su proceso de extracción en las zonas difíciles de acceder; sin embargo, los combustibles fósiles no convencionales causan un impacto considerable en el ecosistema donde se extrae, afectando principalmente a las comunidades aledañas.

Por otro lado, el aumento en las reservas oficiales de gas natural se relaciona con el último descubrimiento realizado en Rusia y Medio Oriente, estas zonas poseen la mayor reserva de gas a nivel global en comparación con América Latina que posee solo el 4.4% del gas natural del mundo[127]. Las principales reservas de gas natural en América Latina se localizan en Brasil, Venezuela y Perú[128]. Las reservas de este recurso han permanecido

---

123 ORGANIZACIÓN LATINOAMERICANA DE ENERGÍA (OLADE) Y EXPERTOS EN RED. **¿El Desarrollo de los Recursos de Gas Natural en América Latina y El Caribe podrían convertirse en una fuente energética competitiva?**, 2014, p. 17. Disponible en: http://biblioteca.olade.org/opac-tmpl/Documentos/old0353.pdf.

124 ORGANIZACIÓN LATINOAMERICANA DE ENERGÍA (OLADE) Y EXPERTOS EN RED. **¿El Desarrollo de los Recursos de Gas Natural en América Latina y El Caribe podrían convertirse en una fuente energética competitiva?**, 2014, p. 15. Disponible en: http://biblioteca.olade.org/opac-tmpl/Documentos/old0353.pdf.

125 CHOW, Jeffrey; KOPP, R. J.; PORTNEY, P.R. Energy resources and global development." Obra en **Science 302 (5650),** 2003, p. 1530. Disponible en: http://ehsapes.pbworks.com/f/NRG_Global+Dev.pdf.

126 ORGANIZACIÓN LAT INOAMERICANA DE ENERGÍA (OLADE) Y EXPERTOS EN RED. **¿El Desarrollo de los Recursos de Gas Natural en América Latina y El Caribe podrían convertirse en una fuente energética competitiva?**, 2014, p. 14. Disponible en: http://biblioteca.olade.org/opac-tmpl/Documentos/old0353.pdf.

127 ORGANIZACIÓN LATINOAMERICANA DE ENERGÍA (OLADE) Y EXPERTOS EN RED. **¿El Desarrollo de los Recursos de Gas Natural en América Latina y El Caribe podrían convertirse en una fuente energética competitiva?**, 2014, p. 18. Disponible en: http://biblioteca.olade.org/opac-tmpl/Documentos/old0353.pdf.

128 ORGANIZACIÓN LATINOAMERICANA DE ENERGÍA (OLADE) Y EXPERTOS EN RED. **¿El Desarrollo de los Recursos de Gas Natural en América Latina y El Caribe podrían convertirse en una**

estables a excepción de Venezuela, donde la cifra oficial aumentó un 50%. A nivel Latinoamericano, Venezuela posee el 69.5% de reservas de gas natural de la región, es decir el país sudamericano con mayor reserva de gas y el octavo del mundo[129]. Sin embargo, estas cifras a nivel regional pueden cambiar, por cuanto existen países Latinoamericanos con cuencas sin explorar (OLADE, 2014:44).

En consecuencia, los combustibles fósiles siguen siendo la principal fuente energética[130]. El petróleo es muy requerido por las industrias y los distintos sectores productivos al tener alta capacidad energética y potencia que no puede ser cubierta por la energía renovable[131]. La continua producción en la región se relaciona con el alto consumo por parte de sectores como: electricidad, industria, transporte, comercial y residencial. Los porcentajes más altos se le atribuye a la electricidad (40%) y a la industria (39%)[132]. Porcentajes que seguirán en aumento debido a la creciente población y el urbanismo acelerado que las ciudades latinoamericanas enfrentan[133]. Situación que pone en riesgo el cumplimiento el compromiso internacional de limitar la temperatura global promedio a 2 ℃ especificado en el Acuerdo de París, medida principal para evitar el desplazamiento de poblaciones por consecuencia del cambio climático[134].

3 Impactos provenientes del cambio climático

El IPCC prevé continuidad en los eventos climáticos extremos y aumento en sequías, inundaciones, ciclones, incendios forestales y huracanes[135]. La variabilidad climática actual,

---

fuente energética competitiva?, 2014, p. 18. Disponible en: http://biblioteca.olade.org/opac-tmpl/Documentos/old0353.pdf.

129 ORGANIZACIÓN LATINOAMERICANA DE ENERGÍA (OLADE) Y EXPERTOS EN RED. **¿El Desarrollo de los Recursos de Gas Natural en América Latina y El Caribe podrían convertirse en una fuente energética competitiva?**, 2014, p. 14. Disponible en: http://biblioteca.olade.org/opac-tmpl/Documentos/old0353.pdf.

130 CHOW, Jeffrey; KOPP, R. J.; PORTNEY, P.R. Energy resources and global development." Obra en **Science 302 (5650)**, 2003, p. 1531, Disponible en: http://ehsapes.pbworks.com/f/NRG_Global+Dev.pdf.

131 PASQUEVIC, Danel. Instituto de Energía y Desarrollo Sustentable. Comisión Nacional de Energía Atómica en la obra **La creciente demanda mundial de energía frente a los riesgos ambientales**, 2016, p. 2.

132 ORGANIZACIÓN LATINOAMERICANA DE ENERGÍA (OLADE) Y EXPERTOS EN RED. **¿El Desarrollo de los Recursos de Gas Natural en América Latina y El Caribe podrían convertirse en una fuente energética competitiva?**, 2014, p. 26. Disponible en: http://biblioteca.olade.org/opac-tmpl/Documentos/old0353.pdf.

133 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **Cambio climático, pesca y acuicultura en América Latina**: Potenciales impactos y desafíos para la adaptación, 2013, p. 10. Disponible en: http://www.fao.org/docrep/018/i3356s/i3356s00.htm.

134 KOLMANNSKOG, Vikram. Climate Change: People Displaced. En **Climate change and displacement reader**, 2011, p. 49.

135 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC), **Central and South America"**. En Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability, 2014, p. 6.

evidencia la exposición de los ecosistemas naturales y humanos[136]. Como consecuencia de estos eventos surge alteraciones menores y mayores, las alteraciones menores son capaces de interrumpir servicios básicos como el suministro de agua y la producción de alimentos, mientras que las alteraciones mayores pueden llegar a destruir hasta grandes ciudades a través de inundaciones, huracanes, entre otras[137]. El continuo aumento de la temperatura, empeorará estos escenarios, actualmente ya llegamos a 1 grado centígrado, lo que genera una conmoción generalizada, por cuanto este tipo de impactos afecta a todos los países sin distinción[138]. Entre los impactos previstos se encuentra el cambio en los sistemas naturales y humanos a lo largo del océano y sus corrientes; cambios en las precipitaciones y nevadas, lo cual impactará sobre la cantidad y calidad de agua disponible[139]. Como consecuencia, los glaciares comienzan a disminuir, produciendo deslizamientos y cambios en las cuencas hídricas[140]. Sin la existencia de glaciares que nivelen la temperatura de la tierra, comienza el calentamiento global y el deshielo de los nevados y montañas localizadas en latitudes altas, por ende, perdida de agua dulce y sequias[141]. Los glaciales de los Andes se han visto drásticamente afectados los últimos 70 años, se prevé 50 millones de afectados en esta región, debido a la disminución agua para la irrigación y saneamiento. Las frecuencia e intensidad de inundaciones también ha afectado a la región y ha traído consigo desplazados actualmente, previéndose que estos números sigan en aumento. Por ejemplo, Brasil en el 2008, tuvo 300 mil afectados que perdieron su hogar debido a las inundaciones. Colombia en el 2010, 2.2 millones de personas afectadas por las inundaciones, consideradas las más fuertes en 40 años[142]. Colombia en el 2016, reportó 4100 damnificados por una avalancha como consecuencia de las lluvias. Ecuador en el 2016, tuvo 1410 desplazados debido a las fuertes lluvias. Mientras que Perú en el 2016, reportó 972 mil

---

136 SAMANIEGO, J. L. **Cambio climático y desarrollo en América Latina y el Caribe**. Reseña 2009, 2009 p. 6, Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2975/lcl3140.pdf.

137 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC), **Central and South America".** En Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability, 2014, p. 6.

138 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **Cambio climático, pesca y acuicultura en América Latina**: Potenciales impactos y desafíos para la adaptación, 2013, p. 2. Disponible en: http://www.fao.org/docrep/018/i3356s/i3356s00.htm.

139 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **Cambio climático, pesca y acuicultura en América Latina**: Potenciales impactos y desafíos para la adaptación, 2013, p. 109. Disponible en: http://www.fao.org/docrep/018/i3356s/i3356s00.htm.

140 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC), **Central and South America".** En Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability, 2014, p. 4.

141 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **Cambio climático, pesca y acuicultura en América Latina**: Potenciales impactos y desafíos para la adaptación, 2013, p. 109. Disponible en: http://www.fao.org/docrep/018/i3356s/i3356s00.htm.

142 ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA), **Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina**: Crisis Humanitaria, 2011, p. 9. Disponible en: https://www.aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/ccdh_aida_esp.pdf

afectados y 106 muertos debido a las fuertes lluvias. Argentina en el 2016, reportó 27 mil afectados, también por las lluvias intensas[143].

La agricultura latinoamericana es otro sector que se verá en riesgo e impactará la seguridad alimentaria regional y mundial, al ser importantes suministradores de productos alimenticios alrededor del mundo. Las plantaciones podrán verse afectadas a causa de la variabilidad climática, por cuanto el 90% de la agricultura carece irrigación y depende directamente del clima[144]. El IPCC establece que estos impactos afectan el rendimiento de cultivos como el trigo y cereales que tienden a ser plantaciones sensibles a la variabilidad climática[145]. Se prevé además un aumento en la escasez de recursos básicos, como consecuencia de la erosión de la tierra y la reducción de recursos disponibles[146]. Esto agravará la situación de los países que actualmente sufren de alta inseguridad alimentaria como África[147].

Otro factor por analizar son las enfermedades y muertes provenientes del cambio climático, con relación a las olas de calor y/o frío[148], las cuales propagaran enfermedades respiratorias en las ciudades más grandes a nivel latinoamericano como Ciudad de México y Santiago de Chile[149]. Las altas temperaturas facilitarán la propagación de enfermedades, previéndose en Latinoamérica un aumento del 28% en malaria para el 2030[150]. Las muertes y enfermedades dependerán del nivel de vulnerabilidad y exposición de las poblaciones; situación que cambiará dependiendo del estatus socioeconómico y el nivel de exposición de cada país. La población habitualmente marginada por temas de género, discapacidad, clase social, edad y etnia, son mayormente vulnerables al cambio climático. Estos sujetos suelen

---

143 LÓPEZ, Milton. Lluvias extremas e inundaciones: especialistas explican porque golpean actualmente a países de América del Sur, Mongabay Latam. **Periodismo Ambiental Independiente**, Publicado el 7 de abril. 2017. Disponible en: https://es.mongabay.com/2017/04/lluvias-inundaciones-americadelsur-ninocostero/.

144 ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA), **Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina**: Crisis Humanitaria, 2011, p. 8. Disponible en: https://www.aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/ccdh_aida_esp.pdf

145 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **Cambio climático, pesca y acuicultura en América Latina**: Potenciales impactos y desafíos para la adaptación, 2013, p. 42. Disponible en: http://www.fao.org/docrep/018/i3356s/i3356s00.htm.

146 SAMANIEGO, J. L. **Cambio climático y desarrollo en América Latina y el Caribe**. Reseña 2009, 2009 p. 7, Disponible en: < https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2975/lcl3140.pdf.

147 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC), **Central and South America"**. En Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability, 2014, p. 20.

148 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC), **Central and South America"**. En Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability, 2014, p. 6.

149 ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA), **Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina**: Crisis Humanitaria, 2011, p. 10. Disponible en: https://www.aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/ccdh_aida_esp.pdf.

150 ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA), **Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina**: Crisis Humanitaria, 2011, p. 10. Disponible en: https://www.aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/ccdh_aida_esp.pdf.

enfrentar un riesgo mayor y tienden a ser víctimas de desplazamiento obligado[151]; del mismo modo que las poblaciones que actualmente carecen de servicios básicos como agua segura y saneamiento, lo cual representa un 14% de la población Latinoamericana[152].

La migración climática es uno de los impactos indirectos de los proyectos energéticos, provenientes de los efectos climáticos [153];esta se produce a modo de cambios graduales y también por eventos climáticos extremos[154],ambos eventos causan desplazamientos, refugiados, reasignación de comunidades y migración temporal o permanente[155]. Aunque no existe una relación mono-causal entre las migraciones climáticas y los desarrollo productivo e industrial *per se*, los estudios han demostrado que los impactos provenientes del cambio climático se relacionan con el aumento en la emisión de GEI causado en su mayoría por los sectores energéticos y agricultura, y los impactos climáticos son los que motivan a las poblaciones a migrar[156].

4 Desplazamiento y Migraciones Climáticas

Los migraciones directas e indirectas como consecuencia de la degradación ambiental[157] se han evidenciado en el transcurso de los últimos 40 años[158]. Sin embargo, la degradación climática se denoto a través de los reportes dados por el IPCC. El primer reporte del IPCC de 1990 estableció que el cambio climático traería impactos graves respecto a la movilidad y seguridad humana; sin embargo, se desconocía la cantidad exacta de posibles afectados. Se estima que los desplazados llegarán a los 200 millones para el 2050[159]. Debido a la preocupación y urgencia que revelan estas cifras, la oficina de Naciones Unidas para los

---

151 ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA), **Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina**: Crisis Humanitaria, 2011, p. 38. Disponible en: https://www.aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/ccdh_aida_esp.pdf.

152 ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA), **Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina**: Crisis Humanitaria, 2011, p. 16. Disponible en: https://www.aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/ccdh_aida_esp.pdf.

153 KOLMANNSKOG, Vikram. Climate Change: People Displaced. En **Climate change and displacement reader**, 2011, p. 49.

154 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **Cambio climático, pesca y acuicultura en América Latina**: Potenciales impactos y desafíos para la adaptación, 2013, p. 2. Disponible en: http://www.fao.org/docrep/018/i3356s/i3356s00.htm.

155 O'BRIEN, Karen; SYGNA, Linda; LEICHENKO, Robin; ADGER, Neil; BARNET, Jon; MITCHELL, Tom; SCHIPPER, Lisa; TANNER, Thomas; VOGE, Coleen; MORTREUX, Colette. Disaster Risk Reduction, Climate Change Adaptation and Human Security. En **Climate change and displacement reader**, 2011, p. 25.

156 KOLMANNSKOG, Vikram. Climate Change: People Displaced. En **Climate change and displacement reader**, 2011, p. 37.

157 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Un reto que debemos afrontar, 2018, p. 8.

158 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Un reto que debemos afrontar, 2018.

159 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC), **Central and South America"**. En Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability**,** 2014, p. 6.

asuntos de coordinación Humanitaria, en conjunto con El Centro de Monitoreo de Desplazamiento Interno realizaron un estudio en el 2009 que reveló que esta migración ya está ocurriendo, por cuanto millones de personas ya están siendo desplazadas de manera anual como consecuencia del cambio climático, solo 36 millones de personas fueron desplazadas en el 2008 debido a los desastres naturales producidos por factores relacionado al cambio climático[160]. Estas cifras han seguido en aumento y los últimos años se han evidenciado mayores desastres naturales explicables principalmente por cambio climático[161]. Solo en Sudamérica se prevé que 77 millones de personas sufrirán debido al estrés hídrico e intensificación de sequias[162]. Sin mencionar el resto de los impactos y futuros desplazamientos a sufrirse en Centroamérica debido a su geografía, por ejemplo, por el aumento en el nivel del mar[163].

El aumento de los eventos climáticos extremos preocupa a la comunidad internacional[164] al reconocerse a estos eventos como poco predecibles y de gran intensidad, lo cual afecta a la clase socioeconómica más expuesta[165]. Se prevé un aumento en el número de posibles migrantes, pero principalmente en los refugiados climáticos[166], sujetos que requieren mayor atención internacional, así como la demanda de asignación de recursos. Según el IPCC, la vulnerabilidad aumenta en comunidades que no pueden planificar una migración al carecer de recursos propios para hacerlo[167]. Estas poblaciones son fácil blanco de desplazamientos masivos con alta posibilidad de convertirse en refugiados climáticos de forma permanente[168], al tener una exposición mayor a eventos climáticos extremos, hecho que tiende a suceder en

---

160 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC), **Central and South America"**. En Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability**,** 2014, p. 6.

161 PROGRAMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA), Noticias PNUMA,**COP23: Conozca los principales resultados de la cumbre climática,** 2017.

162 ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA), **Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina**: Crisis Humanitaria, 2011, p. 8. Disponible en: https://www.aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/ccdh_aida_esp.pdf.

163 ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA), **Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina**: Crisis Humanitaria, 2011, p. 9. Disponible en: https://www.aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/ccdh_aida_esp.pdf.

164 PROGRAMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA), Noticias PNUMA, **COP23**: Conozca los principales resultados de la cumbre climática, 2017.

165 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC), **Central and South America"**. En Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability, 2014, p. 20.

166 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC), **Central and South America"**. En Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability, 2014.

167 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC), **Central and South America"**. En Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability, 2014.

168 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **Cambio climático, pesca y acuicultura en América Latina**: Potenciales impactos y desafíos para la adaptación, 2013, p. 10. Disponible en: http://www.fao.org/docrep/018/i3356s/i3356s00.htm.

países poco desarrollados, al no tener el suficiente ingreso para invertir en medidas de adaptación o planes de migración planificada[169].

Recientes estudios revelan que la migración climática es impulsada tanto por el aumento en frecuencia e intensidad en sequías y lluvias, así como por variaciones climáticas extremas[170] y ambas deben ser consideradas igual de importantes. Los impactos climáticos extremos tales como el aumento desprevenido en huracanes, ciclones e inundaciones y el aumento del nivel del mar [171], generan migraciones complicadas al ser menos planificadas y tener calidad de emergentes. Sin embargo, los impactos climáticos graduales son también importantes al impactar a los recursos naturales de las poblaciones más vulnerables debido al aumento en frecuencia e intensidad de lluvias, sequías y desertificaciones [172].

A pesar de los distintos impactos antes mencionados, los estudios coinciden en que el aumento del nivel del mar será el principal factor de migración masiva en el mundo. Este depende de la tasa de cambios del mar como consecuencia de las variaciones climáticas, así como del grado de adaptación que los países más vulnerables a este factor tengan[173]. Para el 2100 se proyecta una elevación del nivel del mar "de 0,6 a 1,9 metros"[174], lo cual causará graves afectaciones a nivel global y un desplazamiento masivo.

Los impactos climáticos previstos a corto y largo plazo ya están generando migraciones climáticas[175]. Un ejemplo de los últimos años es la inundación de islas, debido al aumento del nivel del mar, lo cual ha expuesto a los Estados Insulares afectando su integridad como Estado [176].Esto ocurre actualmente en las denominadas "Islas del Pacífico y territorios" tales como Kiribati, Papa New Guinea, Tuvalu y Vanuatu; se prevé que muchas de estas islas

---

169 O'BRIEN, Karen; SYGNA, Linda; LEICHENKO, Robin; ADGER, Neil; BARNET, Jon; MITCHELL, Tom; SCHIPPER, Lisa; TANNER, Thomas; VOGE, Coleen; MORTREUX, Colette. Disaster Risk Reduction, Climate Change Adaptation and Human Security. En **Climate change and displacement reader**, 2011, p. 25.

170 O'BRIEN, Karen; SYGNA, Linda; LEICHENKO, Robin; ADGER, Neil; BARNET, Jon; MITCHELL, Tom; SCHIPPER, Lisa; TANNER, Thomas; VOGE, Coleen; MORTREUX, Colette. Disaster Risk Reduction, Climate Change Adaptation and Human Security. En **Climate change and displacement reader**, 2011.

171 O'BRIEN, Karen; SYGNA, Linda; LEICHENKO, Robin; ADGER, Neil; BARNET, Jon; MITCHELL, Tom; SCHIPPER, Lisa; TANNER, Thomas; VOGE, Coleen; MORTREUX, Colette. Disaster Risk Reduction, Climate Change Adaptation and Human Security. En **Climate change and displacement reader**, 2011.

172 O'BRIEN, Karen; SYGNA, Linda; LEICHENKO, Robin; ADGER, Neil; BARNET, Jon; MITCHELL, Tom; SCHIPPER, Lisa; TANNER, Thomas; VOGE, Coleen; MORTREUX, Colette. Disaster Risk Reduction, Climate Change Adaptation and Human Security. En **Climate change and displacement reader**, 2011.

173 O'BRIEN, Karen; SYGNA, Linda; LEICHENKO, Robin; ADGER, Neil; BARNET, Jon; MITCHELL, Tom; SCHIPPER, Lisa; TANNER, Thomas; VOGE, Coleen; MORTREUX, Colette. Disaster Risk Reduction, Climate Change Adaptation and Human Security. En **Climate change and displacement reader**, 2011.

174 ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA). **Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina**: Crisis Humanitaria, 2011, p. 9, Disponible en: https://www.aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/ccdh_aida_esp.pdf.

175 KOLMANNSKOG, Vikram. Climate Change: People Displaced. En **Climate change and displacement reader**, 2011, p. 37.

176 PACIFIC ISLAND FORUM, The Pacific Islands Framework For Action On Climate Change 2006-2015. Obra en **Climate change and displacement reader**, 2011, p. 339.

desaparezcan, quedándose estas poblaciones sin tierra ni nacionalidad[177]. Se prevé que para el año 2050, alrededor de 75 millones de personas podrían migrar de las islas; actualmente los gobiernos ya comienzan a negociar los reasentamientos de estas poblaciones[178], entre estos países se encuentra Nueva Zelanda[179].

Ciertas islas y países de Latinoamérica y el Caribe enfrentan similar condición a las islas del pacifico, ya que la mayoría de los países de la región se encuentran en vías de desarrollo y tienen una baja capacidad económica, lo que les dificulta enfrentar adecuadamente estos eventos[180]. Centroamérica es una de las áreas más vulnerables de la región, debido a su baja capacidad adaptativa, además de sus problemas políticos y económicos que complicarían un accionar rápido y eficiente frente a estas amenazas[181]. Desde el año 2000 hasta el año 2013, esta región enfrentó más de 600 eventos climáticos extremos, los cuales causaron daños económicos que superan los 52 billones de dólares e impactó alrededor de 53 millones de personas produciendo migraciones de todo tipo a gran escala[182]. Por ejemplo, las islas de San Blas en Panamá se encuentran actualmente en alto riesgo, se prevé que si el nivel del mar sube a 1,5 metros la comunidad indígena Kuna podría desaparecer, desplazando al 90% de la población[183].

Mientras que en los altos Andinos en Sudamérica se prevé 50 millones de refugiados para el 2050, las poblaciones más afectadas serán las comunidades indígenas andinas como por ejemplo la comunidad de Cotacachi en Ecuador que actualmente sufre de una drástica disminución en el cauce de sus ríos[184]. El estrés hídrico a causa del cambio climático es una de las preocupaciones principales de la región, debido a la alta dependencia que se tiene sobre

---

177 PACIFIC ISLAND FORUM, The Pacific Islands Framework For Action On Climate Change 2006-2015. Obra en Climate change and displacement reader, 2011, p. 331.

178 PACIFIC ISLAND FORUM, The Pacific Islands Framework For Action On Climate Change 2006-2015. Obra en Climate change and displacement reader, 2011, p. 339.

179 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Un reto que debemos afrontar, 2018, p. 8.

180 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **Cambio climático, pesca y acuicultura en América Latina**: Potenciales impactos y desafíos para la adaptación, 2013, p. 8. Disponible en: http://www.fao.org/docrep/018/i3356s/i3356s00.htm.

181 SAMANIEGO, J. L. **Cambio climático y desarrollo en América Latina y el Caribe**. Reseña 2009, 2009 p. 7, Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2975/lcl3140.pdf.

182 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC), **Central and South America**". En Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability, 2014, cap. 27.

183 ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA). **Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina**: Crisis Humanitaria, 2011, p. 9. Disponible en: https://www.aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/ccdh_aida_esp.pdf.

184 ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA). **Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina**: Crisis Humanitaria, 2011, p. 18. Disponible en: https://www.aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/ccdh_aida_esp.pdf.

los páramos, al ser suministros directo de calidad y cantidad de agua[185]., además de tener pobres sistemas de irrigación continua en el sector agrícola. Estos hechos presionan a todos los actores a tomar acciones urgentes[186], sobre todo a los gobiernos latinoamericanos y sectores privados que sufrirán la consecuencia al no estar preparados.

5 Definición: Migrantes Ambientales y Refugiados Climáticos

Los crecientes impactos provenientes del cambio climático impactarán en mayor medida la seguridad alimentaria, problemas de movilidad y la posibilidad de crecimiento de conflictos violentos frente a la falta de recursos[187]. La migración en particular, es un problema que envuelve la seguridad emergente y concierne a los gobiernos y organismos internacionales de todo el mundo[188]. La migración climática al atentar contra la seguridad y movilidad humana debería ser reconocida y su definición claramente establecida por los tratados multilaterales. Sin embargo, la complejidad del término, así como la poca voluntad política hace que el término "refugiado climático" no cobre la importancia que merece[189] y los avances en este tema se centren únicamente en el reconocimiento de "migrante ambiental" y "migrante climático"; dejando de lado los derechos provenientes del término refugiado, y aunque comienza a analizarse este concepto por parte de la academia, aún carece de reconocimiento internacional global.

La discusión acerca del término "migrante ambiental" comenzó previo a la discusión del término "migrante climático", el cual es considerado un término más específico que recae principalmente sobre características climáticas *per se*. Los avances en la terminología y reconocimiento del término "migrante" se ha dado por varios organismos como La Organización Internacional de las Migraciones (OIM)[190] y organizaciones como el Programa de Medio Ambiente de Naciones Unidas (UNEP), la cual reconoce la existencia de los

---

185 ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA). **Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina**: Crisis Humanitaria, 2011, p. 18. Disponible en: https://www.aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/ccdh_aida_esp.pdf.

186 CUBEL, Fernando. La realidad de los desplazados o refugiados ambientales. Obra en la **Revista CIDOB d'Afers Internacionals** (106/107), 2014, p. 264, Disponible en: https://www.raco.cat/index.php/RevistaCIDOB/article/viewFile/280788/368466.

187 O'BRIEN, Karen; SYGNA, Linda; LEICHENKO, Robin; ADGER, Neil; BARNET, Jon; MITCHELL, Tom; SCHIPPER, Lisa; TANNER, Thomas; VOGE, Coleen; MORTREUX, Colette. Disaster Risk Reduction, Climate Change Adaptation and Human Security. En **Climate change and displacement reader**, 2011, p. 25.

188 CASTILLO, Jesús, **Migraciones ambientales**: Huyendo de la crisis ecológica en el siglo XXI, 2011. p. 16, Disponible en: https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Boletin_ECOS/33/migraciones_ambientales.pdf.

189 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Un reto que debemos afrontar, 2018, p. 8.

190 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Un reto que debemos afrontar, 2018, p. 8.

migrantes ambientales[191], así como su delicada condición. En los ochenta, el término migrante ambiental comenzó a ser discutido por el Programa de Medio Ambiente de las Naciones Unidas. Este programa inició su análisis sobre la problemática de la migración ambiental como consecuencia de la degradación ambiental extendida y eventos climáticos varios, degradación generada a partir del desarrollo industrial y en particular producida por algunos sectores económicos claves[192]. Con respecto a la terminología de "migrante climático", la OIM establece que es la "persona o grupos de personas que, debido a la degradación ambiental relacionada con el cambio climático, de aparición repentina o de desarrollo lento, que afecta negativamente a su vida, se ve ante la necesidad de abandonar su hogar, temporal o permanentemente, de manera individual o colectiva, a nivel interno o internacional"[193]

Paralelamente, la migración climática es considerada por el IPCC como una forma de adaptación, sin analizar a profundidad las consecuencias negativas de esta migración. La crítica principal es que la migración climática debería ser considerada más una consecuencia negativa que una medida de positiva de adaptación, debido a que está trae como consecuencia despojos materiales e inmateriales, al perder estos migrantes su cultura, medios de vida, hogar y en ocasiones incluso su nacionalidad[194]. Estos despojos y migraciones refuerzan el grado de vulnerabilidad en que los sectores actualmente segregados se encuentran, al empeorar su situación de riesgo debido a la intensidad de los eventos provenientes del cambio climático. En consecuencia, autores como Cubel reconoce a la migración climática como un fenómeno migratorio emergente en el cual se requieren de acciones urgentes, comenzando con el reconocimiento y definición del término[195] por parte de la academia y comunidad internacional.

---

191 CASTILLO, Jesús, **Migraciones ambientales**: Huyendo de la crisis ecológica en el siglo XXI, 2011. p. 16, Disponible en: https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Boletin_ECOS/33/migraciones_ambientales.pdf.

192 CUBEL, Fernando. La realidad de los desplazados o refugiados ambientales. Obra en la **Revista CIDOB d'Afers Internacionals** (106/107), 2014, p. 265, Disponible en: https://www.raco.cat/index.php/RevistaCIDOB/article/viewFile/280788/368466.

193 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Un reto que debemos afrontar, 2018, p. 9.

194 CASTILLO, Jesús, **Migraciones ambientales**: Huyendo de la crisis ecológica en el siglo XXI, 2011. p. 16, Disponible en: https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Boletin_ECOS/33/migraciones_ambientales.pdf.

195 CUBEL, Fernando. La realidad de los desplazados o refugiados ambientales. Obra en la **Revista CIDOB d'Afers Internacionals** (106/107), 2014, p. 265, Disponible en: https://www.raco.cat/index.php/RevistaCIDOB/article/viewFile/280788/368466.

Por otro lado, existen autores como El-Hinnawi (1985) que van más allá del término "migrante" y centran su atención en los llamados "refugiados ambientales"[196]. El-Hinnawi describe al refugiado ambiental como la persona que se vio forzada a dejar su hábitat natural, temporal o permanentemente, debido a la disrupción ambiental (por factores naturales y/o antropogénicos), amenazando su existencia y/o afectando seriamente su calidad de vida[197]. Cabe mencionar, que del término general "migrantes ambientales" se desprende los denominados refugiados ambientales y del concepto "migrantes climáticos", se desprende la especificidad denominada "refugiados climáticos", los cuales también son migrantes, sin embargo, estos tipos de migrantes adquieren la calidad de refugiados debido a las consecuencias negativas e impactos directos provenientes del cambio climático. Generalmente estos migrantes han sufrido transformaciones socioeconómicas graves y requieren de refugio debido a su situación de inmovilidad y necesidad de supervivencia [198].

El-Hinnawi al igual que UNEP divide a los migrantes en 2 tipos principales: temporales o permanentes[199]. Los migrantes temporales se desplazan por algún estrés ambiental posiblemente remediable y buscan regresar a su hábitat original. Mientras que los migrantes permanentes, se desplazan debido a los cambios graves y definitivos en su hábitat[200]. Un ejemplo de migrantes temporales son los desplazados por el Huracán Katrina en el 2005, los cuales lograron regresar, pero años después. Mientras que un ejemplo de migrantes permanentes, son los desplazados definitivos que se ven obligados a buscar otro país como hogar, como es el caso de los migrantes provenientes de las Islas del Pacífico, donde debido al aumento del nivel del mar su Estado Insular se encuentra en riesgo de desaparecer, obligando a estos habitantes a comprar tierras en otros lados al quedarse completamente sin hogar, nacionalidad o cultura[201]. De estos últimos migrantes, algunos se trasladan de forma voluntaria y planificada y otros se trasladan de forma emergente, debido a alguna catástrofe que haya dejado secuelas graves y no haya podido ser prevista. En ambos

---

196 LONERGAN, Steve. The Role of Environmental Degradation in Population Displacement, Obra en **Climate change and displacement reader,** 2011, p. 61,

197 LÓPEZ, Aurelie. The Protection of Environmentally Displaced Person In International Law. Obra en **Climate change and displacement reader**, 2011, p. 180,

198 CASTILLO, Jesús, **Migraciones ambientales**: Huyendo de la crisis ecológica en el siglo XXI, 2011. p. 16, Disponible en: https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Boletin_ECOS/33/migraciones_ambientales.pdf.

199 CASTILLO, Jesús, **Migraciones ambientales**: Huyendo de la crisis ecológica en el siglo XXI, 2011. p. 18, Disponible en: https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Boletin_ECOS/33/migraciones_ambientales.pdf.

200 CASTILLO, Jesús, **Migraciones ambientales**: Huyendo de la crisis ecológica en el siglo XXI, 2011. p. 18, Disponible en: https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Boletin_ECOS/33/migraciones_ambientales.pdf.

201 PACIFIC ISLAND FORUM, The Pacific Islands Framework For Action On Climate Change 2006-2015. Obra en **Climate change and displacement reader**, 2011, p. 331.

casos, la causa principal de desplazamiento de estos tipos de migrantes siempre se relaciona con cambios en el medio ambiente y variaciones en el clima[202].

En consecuencia, se evidencia que aún existen áreas grises y temas que no son analizados a profundidad, conceptos que no son claramente definidos y terminologías que varían dependiendo del punto de vista del autor. El estado legal de los migrantes sigue siendo un tema sensible y estos carecen de una protección coordinada[203]. Sin una definición clara y estatus legal definido amparado en tratados multilaterales, no puede tomarse acciones para mejorar la condición del refugiado climático actual y futuro.

6 Refugiados Climáticos: vacío legal y políticas climáticas

Existe un número creciente de organizaciones que han comenzado a utilizar el término 'refugiado climático'. Sin embargo, la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) tiene serias reservas para la utilización de este concepto, por cuanto este término no tiene base legal en la Convención sobre el Estatuto de los refugiados de 1951[204]. La Convención abarca principalmente a refugiados provenientes de conflictos armados, políticos, así como los provenientes de regímenes represivos[205]. La Convención textualmente reconoce como refugiados a los perseguidos "por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país"[206].

Según el ACNUR, el término "refugiado climático" contrasta con el concepto de refugiado reconocido por la Convención, al no reconocerse al cambio climático como una causal sólida de migración, debido a que este fenómeno no está relacionado con problemas económicos, políticos o sociales, sino puramente climáticos[207]. Esta fuerte resistencia por

---

202 CASTILLO, Jesús, **Migraciones ambientales**: Huyendo de la crisis ecológica en el siglo XXI, 2011. p. 12, Disponible en: https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Boletin_ECOS/33/migraciones_ambientales.pdf.

203 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC), **Central and South America**". En Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability, 2014, p. 20.

204 UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. Climate Change, Natural Disaster and Human Displacement A UNHCR Perspective, **Climate change and displacement reader,** 2011, p. 149.

205 CASTILLO, Jesús, **Migraciones ambientales**: Huyendo de la crisis ecológica en el siglo XXI, 2011. p. 12, Disponible en: https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Boletin_ECOS/33/migraciones_ambientales.pdf.

206 NACIONES UNIDAS. **Convención sobre el Estatuto de los Refugiados**: Art 1, 1951. Adoptada el 28 de julio de 1951, Entrada en vigor el 22 de abril de 1954.

207 O'BRIEN, Karen; SYGNA, Linda; LEICHENKO, Robin; ADGER, Neil; BARNET, Jon; MITCHELL, Tom; SCHIPPER, Lisa; TANNER, Thomas; VOGE, Coleen; MORTREUX, Colette. Disaster Risk Reduction, Climate Change Adaptation and Human Security. En **Climate change and displacement reader**, 2011, p. 25.

parte del ACNUR se basa en que la degradación ambiental o eventos climáticos, no pueden considerarse herramientas de persecución, con carácter de conflictos políticos represivo o guerras[208]; posición reafirmada por la propia IPCC al considerar al "refugio" una medida de adaptación[209].

Las divergencias y dificultades de reconocer el término "refugiado climático" dentro de la Convención de Refugiados, evidencia la desprotección en la que se encuentran los refugiados climáticos, al existir un vacío legal en los instrumentos internacionales tanto ambientales como de refugiados, y al no reconocerse su condición, ni darse algún tipo de protección especial o diferenciación.[210].

Hay varios convenios ambientales que hacen una referencia ambigua a la problemática climática. Entre estos convenios se encuentran la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, El Convenio sobre la diversidad Biológica, Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación, La Declaración de Bosques, Convención Ramsar y Convenio de Bonn. Cabe aclarar que la mayoría de estos convenios únicamente mencionan el término migrante, más no hacen referencia directa a los refugiados climáticos[211].

El reciente Acuerdo de París que entró en vigor el 4 de noviembre del 2016 y actualmente ratificado por 181 países[212], tampoco hace referencia alguna a los refugiados climáticos. Sin embargo, si incluye la condición de migrante en su preámbulo[213], La tendencia normativa nacional de los países ratificantes tampoco incluye a los refugiados climáticos a excepción de Bolivia que establece en su ley migratoria y un capítulo específico sobre los migrantes climáticos[214]. De este análisis resalta que el término migrante ambiental y

---

208 LÓPEZ, Aurelie, The Protection of Environmentally Displaced Person In International Law. En **Climate change and displacement reader**, 2011, p. 180,

209 O'BRIEN, Karen; SYGNA, Linda; LEICHENKO, Robin; ADGER, Neil; BARNET, Jon; MITCHELL, Tom; SCHIPPER, Lisa; TANNER, Thomas; VOGE, Coleen; MORTREUX, Colette. Disaster Risk Reduction, Climate Change Adaptation and Human Security. En **Climate change and displacement reader**, 2011, p. 26.

210 VALENCIA, Pierre Foy, Consideraciones climáticas sobre los convenios internacionales de relevancia ambiental. **Derecho PUCP**, n. 73, 2014, p. 112, Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4932954.pdf.

211 VALENCIA, Pierre Foy, Consideraciones climáticas sobre los convenios internacionales de relevancia ambiental. **Derecho PUCP**, n. 73, 2014, p. 112, Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4932954.pdf.

212 SECRETARIA CAMBIO CLIMÁTICO. **Paris Agreement- Status of Ratification**, Noticias de la página oficial de la secretaria, 2018. Disponible en: https://unfccc.int/process/the-paris-agreement/status-of-ratification.

213 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Un reto que debemos afrontar, en Plataforma de Desplazamientos y Migraciones Climáticas, 2018, p. 8.

214 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Un reto que debemos afrontar, en Plataforma de Desplazamientos y Migraciones Climáticas, 2018.

climático, se ha hecho más presentes en las políticas y normas en contraste con el término refugiado climático.

Además de los acuerdos y leyes ya mencionadas, también existe la "Agenda de Desarrollo Sostenible 2030" que incluye en su objetivo 13 a los migrantes climáticos. También esta los "Principios, Directrices y Prácticas para la Protección de los Migrantes en Países Afectados por Conflictos o Desastres Naturales" del año 2016, que incluye a los migrantes afectados por la degradación ambiental. Asimismo, existe "la Declaración de Nueva York para los refugiados y los Migrantes" del año 2016, la cual establece que entre las consecuencias del cambio climático se encuentra los movimientos migratorios, reconociendo así a los migrantes de este tipo [215]**.** Uno de los pocos documentos internacionales que reconoce textualmente a los "refugiados climáticos" son los "Principios Guías sobre Desplazamiento Interno"; sin embargo, para que este documento sea aplicable, debe ser firmado y ratificado por todos los países[216].

En la actualidad se evidencia que aún existen vacíos legales por parte de los países tanto desarrollados como en vías de desarrollo, así como un desconocimiento general sobre los posibles impactos generados por el cambio climático y el grado de alcance de estos efectos[217]. A pesar de que la tendencia legislativa global ha aumentado, al duplicarse a nivel mundial la cantidad de leyes climáticas emitidas desde 1997[218], los temas cubiertos son insuficientes. Aún existen temas científicos y técnicos poco incluido en las legislaciones climáticas nacionales tanto a nivel regional como global[219]. Las leyes climáticas actuales cubren la mitad de los estándares establecidos por la Secretaria Climática y el Acuerdo de París[220]. Muchos países de la región Latinoamericana ni siquiera tienen ley de cambio climático. En la región centroamericana, por ejemplo, países como Costa Rica, El Salvador, Nicaragua y Panamá no tienen ley de cambio climático; aunque cabe rescatar la Estrategia Regional implementada por los países parte del Sistema de integración Centroamericana

---

215 FELIPE PÉREZ, Beatriz. **Migraciones Climáticas**: Un reto que debemos afrontar, en Plataforma de Desplazamientos y Migraciones Climáticas, 2018.

216 VALENCIA, Pierre Foy, Consideraciones climáticas sobre los convenios internacionales de relevancia ambiental, Obra en **Derecho PUCP (73)**, 2014, p. 125, Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4932954.pdf.

217 FURLATO, Antonella. Análisis de la normativa climática latinoamericana. **Novedades Jurídicas XV**, n. 141, 2018, p. 38.

218 NACHMANY, Michael; FANKHAUSER, Sam; SETZER, Joana; AVERCHENKOVA, Alina. Global trends in climate change legislation and litigation: 2017 update. En **Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment,** 2017. Disponible en: http://eprints.lse.ac.uk/80447/.

219 FURLATO, Antonella. Análisis de la normativa climática latinoamericana. **Novedades Jurídicas XV**, n. 141**,** 2018, p. 38.

220 FURLATO, Antonella. Análisis de la normativa climática latinoamericana. **Novedades Jurídicas XV**, n. 141**,** 2018, p. 37.

(SICA) que les permite coordinar acciones conjuntas y ordenadas desde el 2010[221]. A nivel Sudamericano en comparación con Centroamérica, no existe ninguna estrategia regional y la mayoría de los países carecen de ley climática[222]. Ciertamente las temáticas principales de los países que no tienen ley climática son cubiertas a través de políticas y estrategias nacionales; sin embargo, estas alternativas siguen estando incompletas y no tienen el peso de una ley. En resumen, la región Latinoamericana carece de leyes y políticas climáticas fuertes que les permita solucionar eventos climáticos emergentes de forma inmediata, así como de estrategias Latinoamericanas que les permita superar adecuadamente su baja capacidad adaptativa. En consecuencia, la región Latinoamericana esta menos apta para abordar la problemática de los refugiados climáticos.

Consideraciones finales

A pesar de los avistamientos a sufrir como consecuencia del cambio climático y el aumento en las migraciones masivas, aún existen contraposiciones respecto al tema de los refugiados climáticos. Actualmente, no existe una proyección que planifique la movilidad y las migraciones de una forma eficaz; tampoco un organismo internacional o acuerdo entre países que se ocupe directamente de solucionar el estatus legal y protección de los "refugiados climáticos". Menos aún, algún reconocimiento directo y real de la responsabilidad existente por parte de los países desarrollados y de los sectores energéticos que contribuyeron en el aumento histórico de los GEI. Por el contrario, las acciones internacionales e intereses políticos continúan inclinándose por proteger el futuro energético y el crecimiento económico, por sobre la movilidad humana, omitiendo acciones urgentes y decisiones políticas que deben tomarse con el fin de reducir los millones de refugiados climáticos previstos para el 2050.

América Latina es una región particularmente vulnerable que tendrá millones de personas en calidad de refugiados climáticos, al poseer comunidades locales e indígenas altamente sensibles a los impactos previstos en la región. Por ende, el aumento de proyectos energéticos en la región aumenta su situación de riesgo; principalmente si los gobiernos deciden extraer la totalidad de reservas de combustibles fósiles que aún no han sido explotadas, pero que abundan en la región. Esta situación podría agravar los impactos climáticos existentes en la región. Paralelamente se estaría incumpliendo el Acuerdo de París

---

221 FURLATO, Antonella. Análisis de la normativa climática latinoamericana. **Novedades Jurídicas XV**, n. 141, 2018, p. 39.

222 FURLATO, Antonella. Análisis de la normativa climática latinoamericana. **Novedades Jurídicas XV**, n. 141, 2018, p. 40.

y demás convenios que buscan mantener la temperatura prometido bajo los 2 grados centígrados y salvaguardar la seguridad humana y ambiental.

En consecuencia, es importante que el vacío legal e indefensión en la que se encuentran actualmente los refugiados climáticos sea cubierta por Organismos Internacionales como el ACNUR y Las Naciones Unidas, además de que ser temas que deben ser discutidos a profundidad por la Secretaria de Cambio Climático. Estos organismos son los llamados a establecer reglas internacionales claras que proteja la condición de los refugiados climáticos y, sobre todo, proteja la seguridad humana por sobre los intereses energéticos. Con la existencia de convenios fuertes y su reconocimiento internacional, los gobiernos de las regiones más vulnerables se sentirán obligados a fortalecer sus leyes nacionales con el fin de tomar acciones adecuadas que protejan la condición de los futuros refugiados climáticos. Mientras que los gobiernos de los países desarrollados se sentirán obligados a implementar políticas de migración más flexibles con el fin de retribuir a los países vulnerados por sus emisiones históricas que han costado la vida de millones.

Referencias

ADGER, N. & BARNETT, J. Four reasons for concern about adaptation to climate change, **Environment and Planning A 41(12),** 2009, p. 2800-2805.

ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA). Cambio Climático y Derechos humanos en América Latina: Crisis Humanitaria, **Informe AIDA**, *2011*, Accesible en: https://www.aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/ccdh_aida_esp.pdf.

CASTILLO, J. **Migraciones ambientales**: Huyendo de la crisis ecológica en el siglo XXI, 2011, Acceso en: https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Boletin_ECOS/33/migraciones_ambientales.pdf.

CHOW, J., KOPP R. & PORTNEY, P.R. Energy resources and global development, **Science 302 (5650),** 2003, p. 1528-31. Accesible en: http://ehsapes.pbworks.com/f/NRG_Global+Dev.pdf.

CORTÉS, S. Cambios medioambientales y migración: puntos para la discusión, **Perspectivas de investigación y acción frente al cambio climático en Latinoamérica,** 2012, p. 73-95. Accesible en: http://www.desenredando.org/public/2012/LaRed_Desastres_y_Sociedad_2012-07_web.pdf.

CUBEL, F. La realidad de los desplazados o refugiados ambientales. **Revista CIDOB d'Afers Internacionals (**106/107), 2014, p. 264-268. Accesible en: https://www.raco.cat/index.php/RevistaCIDOB/article/viewFile/280788/368466.

CUEVA, F. Efectos del cambio climático en la economía, el comercio internacional y la estrategia empresarial, **Contabilidad y Negocios**: Revista del Departamento Académico de

Ciencias Administrativas, v. 9, n. 18, 2014, p. 75-98. Accesible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5038305.

FELIPE PÉREZ, B. **Migraciones Climáticas**: Un reto que debemos afrontar, en Plataforma de Desplazamientos y Migraciones Climáticas, 2018. p. 1-18. Accesible en: https://migracionesclimaticas.org/wp-content/uploads/2018/11/Desplazamientos-y-migraciones-climaticas-un-reto-que-debemos-afrontar.pdf.

FELIPE PÉREZ, B. **Migraciones Climáticas**: Una aproximación al panorama actual, Plataforma de Desplazamientos y Migraciones Climáticas, 2018. p. 1-52. Accesible en: https://migracionesclimaticas.org/wp-content/uploads/2018/11/Informe-migraciones-clima%CC%81ticas-una-aproximaci%C3%B3n-al-panorama-actual.pdf.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **The Charcoal Transition**: Greening the charcoal value chain to mitigate climate change and improve local livelihoods, 2017. Accesible en: http://www.fao.org/3/a-i6935e.pdf.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **América Latina y el Caribe es la segunda mayor productora de carbón a nivel mundial,** en Noticias de la página oficial de FAO, 2017, Accesible en: http://www.fao.org/americas/noticias/ver/es/c/853946/.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS (FAO), **Cambio climático, pesca y acuicultura en América Latina**: Potenciales impactos y desafíos para la adaptación, 2013, Accesible en: http://www.fao.org/docrep/018/i3356s/i3356s00.htm

FURLATO, A. Análisis de la normativa climática latinoamericana, **Novedades Jurídicas XV**, n. 141, 2018, p. 34-45.

HAKKIO, C. & NIE, J. Implications of recent US energy trends for trade forecasts, **Economic Review-Federal Reserve Bank of Kansas City (01612387)**, 2014, p. 5-27. Accesible en: http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.663.480&rep=rep1&type=pdf.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). Central and South America. **Climate Change 2014**: Impacts, Adaptation, and Vulnerability, 2014, p. 1499-1566.

JOYCE, M. & REPICE, R. Domestic production satisfies 84% of the total U.S. energy demand in 2013, **U.S. Energy Information Administration (EIA),** 2014, Accesible en: http://www.eia.gov/todayinenergy/detail.cfm?id=16511.

JUBILUT, L. Y DE LIMA MADUREIRA, A. Os desafíos de proteção aos refugiados e migrantes forçados no marco de Cartagena+ 30, **REMHU**: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, v. 22, n. 43, 2014, p. 11-33. Accesible en: http://www.redalyc.org/pdf/4070/407042020002.pdf.

KOLMANNSKOG, V. **Climate Change**: People Displaced, Climate change and displacement reader, 2011, p. 36-54.

LEWIS, N. & DANIEL, N. Powering the planet: Chemical challenges in solar energy utilization, **Proceedings of the National Academy of Sciences103 (43)**, 2006, p. 15729-15735. Accesible en: http://www.pnas.org/content/pnas/103/43/15729.full.pdf.

LONERGAN, S. The Role of Environmental Degradation in Population Displacement, **Climate change and displacement reader**, 2011, p. 55-68.

LÓPEZ, Aurelie. The Protection of Environmentally Displaced Person In International Law, **Climate change and displacement reader,** 2011, p. 174-203.

LÓPEZ, Milton. Lluvias extremas e inundaciones: especialistas explican porque golpean actualmente a países de América del Sur. **Mongabay Latam**. Periodismo Ambiental Independiente, 2017, Noticia del 7 de abril 2017, Accesible en: https://es.mongabay.com/2017/04/lluvias-inundaciones-americadelsur-ninocostero/.

MARTÓN, J. Cambio climático: los principales debates, las principales respues tas, **Anuario CEIPAZ, (3),** 2009, p. 83-108. Accesible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3059504.

MCGLADE, C. & EKINS, P. The geographical distribution of fossil fuels unused when limiting global warming to 2 C., **Nature 517 (7533),** 2015, p. 187-190.

NACHMANY, M., FANKHAUSER, S., SETZER, J. & AVERCHENKOVA, A. **Global trends in climate change legislation and litigation: 2017 update.** En Informe de Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, 2017, Accesible en: http://eprints.lse.ac.uk/80447.

NACIONES UNIDAS, SECRETARÍA DE CAMBIO CLIMÁTICO. **Acuerdo de París,** Adoptado diciembre de 2015, Entrada en vigor el 4 noviembre 2016.

NACIONES UNIDAS, **Convención sobre el Estatuto de los Refugiados**, Adoptada el 28 de julio de 1951, Entrada en vigor el 22 de abril de 1954.

O'BRIEN, K., SYGNA, L., LEICHENKO, R., ADGER, N., BARNET, J., MITCHELL, T., SCHIPPER, L., TANNER, T., VOGE, C., & MORTREUX, C. Disaster Risk Reduction, Climate Change Adaptation and Human Security, **Climate change and displacement reader**, 2011., 15-35.

O'CONNOR, PETER & CLEVELAND, C. US energy transitions 1780–2010, **Energies 7 (12),** 2014, p. 7955-7993, Accesible en: https://www.mdpi.com/1996-1073/7/12/7955/htm.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM), Migraciones y Cambio Climático, **En Serie de estudios de la OIM sobre la Migración. No 31,** 2008, p. 1-64.

ORGANIZACIÓN LATINOAMERICANA DE ENERGÍA (OLADE) Y EXPERTOS EN RED, **¿El Desarrollo de los Recursos de Gas Natural en América Latina y El Caribe podrían convertirse en una fuente energética competitiva?**, 2014, Accesible en: http://biblioteca.olade.org/opac-tmpl/Documentos/old0353.pdf.

PACIFIC ISLAND FORUM, The Pacific Islands Framework For Action On Climate Change 2006-2015, **Climate change and displacement reader**, editado por Scott Leckie, Ezekiel Simperingham y Jordan Bakker, 2011, p. 331-337.

PASQUEVIC, D. **La creciente demanda mundial de energía frente a los riesgos ambientales**, Instituto de Energía y Desarrollo Sustentable. Comisión Nacional de Energía Atómica, 2016, p. 1-21.

PIMENTEL, D., HERZ M., GLICKSTEIN, M., ZIMMERMAN, M., ALLEN, R., BECKER, R., EVANS, J., HUSSAIN, B., SARSFELD, R., GROSFELD, A,. & SEIDEL, T. Renewable Energy: Current and Potential Issues, **Bioscience 52 (12),** 2002, p. 1111-1120.

PROGRAMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA), **COP23: Conozca los principales resultados de la cumbre climática,** En Conexión COP,

2017. Accesible en: http://conexioncop22.com/cop23-conozca-los-principales-resultados-de-la-cumbre-climatica/.

SAMANIEGO, J. L. Cambio climático y desarrollo en América Latina y el Caribe. **Reseña CEPAL 2009,** 2009, Accesible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2975/lcl3140.pdf.

SECRETARIA DE CAMBIO CLIMÁTICO, **UN Climate Change Conference- noviembre 2017,** En Noticias de la página oficial de la secretaria, publicado noviembre 2017, 2017. Accesible en: https://unfccc.int/process/conferences/un-climate-change-conference-november-2017/about/un-climate-change-conference-november-2017.

SECRETARIA DE CAMBIO CLIMÁTICO. **Paris Agreement- Status of Ratification**, Noticias de la página oficial de la secretaria, 2018, Accesible en: https://unfccc.int/process/the-paris-agreement/status-of-ratification.

UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, Climate Change, Natural Disaster and Human Displacement A UNHCR Perspective, **Climate change and displacement reader,** 2011, p. 144-158.

VALENCIA, P. F., Consideraciones climáticas sobre los convenios internacionales de relevancia ambiental, **Derecho PUCP**, n. 73, 2014, p. 109-130. Accesible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4932954.pdf.

Povos Indígenas e Democracia: novas perspectivas de diálogo e inclusão sociopolítica

Indigenous Peoples and Democracy: new perspectives of dialogue and sociopolitical inclusion

Wellington Magalhães

Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJTO). Diretor Adjunto de Altos Estudos e Pesquisa da Escola Superior da Magistratura do Tocantins (ESMAT). Mestre em Direito Constitucional, pela Universidade de Coimbra, Portugal (FDUC) e Direitos Humanos, pela Universidade Federal do Tocantins, Brasil (UFT). Doutorando em Desenvolvimento Regional com ênfase na gestão sustentável dos recursos hídricos, pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Formador da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Palestrante e coordenador de cursos jurídicos. E-mail: magalhaes.dr@gmail.com.

José Wilson Rodrigues de Melo

Pós-doutor em Sciences de l'Éducation pela Université de Montréal (UdM), Canadá. Doutor em Didacta e Organización Escolar, pela Universidade de Santiago de Compostela (USC), Espanha. Professor Efetivo da Fundação Universidade Federal do Tocantins (UFT), desde 2003. Membro do Corpo Docente do Mestrado Profissional (Interdisciplinar) em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos. Membro do Corpo Docente do Mestrado Profissional em Educação. Membro do Colegiado de Pedagogia (UFT/Palmas). Tem experiência na área de Educação com ênfase nos seguintes temas: Política Educacional, Ensino Superior, Formação de Professores, Currículo, Direitos Humanos. Uma categoria transversal aos temas de pesquisa é a diversidade cultural.

Resumo: A democracia tem de se preocupar simultaneamente com a aplicação da regra do governo da maioria e com os direitos das minorias. Trata-se de um problema constitucional que demanda instrumentos de inclusão. O objetivo deste artigo é relatar alguns dos principais resultados do projeto de inclusão sociopolítica dos povos indígenas no estado do Tocantins. O recorte do objeto de estudo e ação esteve voltado à participação política dos referidos povos no processo eleitoral. Nesse âmbito, houve uma busca de melhor compreensão da ordem normativa emanada da autoridade indígena nas suas comunidades. O enfoque desenvolvido voltou-se aos direitos humanos na perspectiva da dignidade das minorias. O método para obtenção dos resultados deu-se na dimensão da pesquisa participante. O projeto foi desenvolvido com o protagonismo dos indígenas. A Constituição Federal, de 1988, reconheceu aos povos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Mas a efetividade desses direitos ainda demanda uma longa jornada. A efetividade dos direitos do cidadão pressupõe sua participação ativa, informada e esclarecida. Nesse particular, os povos indígenas demandam uma correspondência mais linear entre o ideal preconizado nos estatutos legais e a realidade por eles vivenciada.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Democracia. Inclusão Política. Direito das Minorias. Povos Indígenas.

Abstract: Democracy must be concerned simultaneously with the application of the rule of majority rule and the rights of minorities. It is a constitutional problem that demands instruments of inclusion. The purpose of this paper is to report some of the main results of the Sociopolitical Inclusion Project of Indigenous Peoples in the State of Tocantins. The focus of the object of study and action was focused on the political participation of these peoples in the electoral process. In this context, there was a search for a better understanding of the normative order emanating from the indigenous authority in their communities. The developed approach has focused on human rights from the perspective of minority dignity. The method for obtaining the results was in the participant research dimension. The project was developed with the protagonism of the indigenous people. The Federal Constitution of 1988 recognized these peoples as their social organization, customs, languages, beliefs and traditions. But the effectiveness of these rights still requires a long journey in fostering public policies. The effectiveness of citizens' rights presupposes their active, informed and enlightened participation. In this regard, indigenous peoples demand a more linear correspondence between the ideal advocated in the legal statutes and the reality they experience.

Keywords: Human Rights. Democracy. Political Inclusion. Right of Minorities. Indian People.

Introdução

Um pressuposto entrecortado no objeto de estudo deste artigo é o da necessidade de diálogo dentro da multiculturalidade das sociedades plurais. É imprescindível a compreensão das referidas sociedades na perspectiva da complexidade, porque o elemento vertebrador das políticas públicas de atenção à diversidade é a diferença. Esta, portanto, constitui a identidade das denominadas minorias. Assim, é fundamental ser buscado o reconhecimento da diversidade nas democracias tradicionais. Reconhecer a diferença como um fator de fortalecimento dos processos de inclusão é uma premissa para o estabelecimento da

igualdade. Assim, as políticas de fortalecimento da diversidade estão articuladas à dignidade humana[223].

Diante do exposto, o Brasil se constitui como um estado democrático de direito. Assim, podem ser elencados os seguintes fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. O texto constitucional preconiza como crime inafiançável e imprescritível toda ação contrária à ordem constitucional e democrática. Desse modo, a redemocratização da sociedade representou não apenas a reordenação institucional do poder político, mas principalmente o triunfo da democracia sobre o autoritarismo típico dos governos ditatoriais. Contanto, este legado democrático ainda precisa enfrentar de modo mais eficaz as mazelas causadas pelas desigualdades. Diante do reconhecimento da dignidade humana como um pilar central da Constituição Federal, de 1988, compete ao Poder Público e à sociedade fomentar a inclusão sociopolítica das minorias.

A nova ordem social brasileira instalada a partir de 1988 foi orientada e preocupada com a prevalência dos direitos humanos. Daí fundou-se sob a égide da dignidade humana. Esta transferiu o conteúdo de uma moral de igual respeito por todos para uma ordem baseada no estatuto da cidadania. Nesse âmbito, evita enxergar o princípio da dignidade humana como fundamento, mas especificamente como regra autônoma dotada de valor constitucional. Assim, o cidadão é visto como limite e fundamento do domínio público.

Com base nesses pressupostos iniciais, o presente artigo foi organizado em três seções. A primeira foi intitulada A nova ordem social e o princípio democrático na Constituição Federal, de 1988. Nesta, fica estabelecida que a compreensão dessa nova ordem social da política brasileira induz refletir sobre a formulação do conceito de estado democrático de direito. Tal situação passa pela compreensão de Estado como sendo uma entidade que governa um povo numa área territorial delimitada. Mas é preciso ainda compreender o que se entende por democracia. O direito é o terceiro elemento de compreensão dessa nova ordem social. O responsável pela moldura jurídica que regula as ações de um governo eleito pelo povo num território definido.

A seção seguinte tem como título Princípios da dignidade humana, cidadania e povos indígenas no Brasil. Pode-se apurar que os indígenas brasileiros se enquadram nas várias

223 MELO, José Wilson Rodrigues de. **Multiculturalismo, diversidade e direitos humanos**: teorias, vivências e práticas. Curitiba: CRV, 2016.

definições de minorias propostas pelos organismos internacionais. Temática deste trabalho, a Constituição Federal, de 1988, destinou um capítulo inteiro aos povos indígenas.

O título da última seção é Projeto de inclusão sociopolítica dos povos indígenas do Tocantins. O referido projeto foi desenvolvido em duas etapas: num primeiro momento, buscou-se conhecer os dilemas e as barreiras enfrentadas pelos povos indígenas na busca dos direitos e garantias fundamentais. Procurou-se conhecer o território e o povo indígena, seus costumes, suas tradições culturais, as línguas maternas dos Apinajé, Karajá, Javaé, Xambioá, Krahô e Xerente. Depois, todas as zonas eleitorais com população indígena foram envolvidas no projeto.

O projeto desenvolvido teve o protagonismo dos povos indígenas. As demandas mais cruciais para a cidadania desses povos foram apresentadas por eles mesmos perseguindo um viés de uma história de exclusão. Ainda é crítica a efetividade dos direitos atinentes aos indígenas, sobretudo pela precariedade das políticas públicas sociais. O destaque ficou por conta das demandas para a educação e à saúde de tais povos. Como uma cicatriz, a história da demarcação das terras ainda apresenta marcas.

1 A Nova Ordem Social e o Princípio Democrático na Constituição Federal, de 1988

Constituição, em sentido moderno, radica duas ideias básicas: uma primeira de ordenar, fundar e limitar o poder político; e uma segunda de reconhecer e garantir os direitos e liberdades do cidadão[224]. Para além dessas duas ideias, a Constituição Federal brasileira, fruto de 61.020 emendas parlamentares, além de 122 emendas populares, algumas com mais de 1 milhão de assinaturas, foi promulgada em 5 de outubro de 1988, e inaugurou um nova ordem social, fortemente marcada pela afirmação dos direitos humanos e das garantias fundamentais do cidadão[225].

Constituído em estado democrático de direito, o Brasil tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Ainda de acordo com o texto constitucional, constitui crime inafiançável e imprescritível toda ação contrária à ordem constitucional e democrática. A redemocratização brasileira representou não apenas a reordenação institucional do poder

---

224 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2003, p. 54.

225 VITAL DA SILVA, Walfrido Vianna. A Constituição de 1988 e a nova ordem social. A efetivação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano 50, n. 200, p. 297-320, out./dez. 2013.

político, mas principalmente o triunfo da democracia sobre o autoritarismo típico dos governos ditatoriais[226].

Depois de duas décadas em regime de exceção (1964-1985), o Brasil tinha sede de liberdade, especialmente em razão da prática de diversos atos institucionais de censura, perseguição política, supressão de direitos, ausência de democracia e repressão àqueles que se opunham ao regime militar deflagrado em 31 de março de 1964, que derrubou o governo constitucional de João Goulart. Os anos de repressão e a luta por liberdade levaram o constituinte originário a ter mais cuidado em conservar o indivíduo como cidadão, especialmente no que tange às formas de sua participação no processo político[227].

A compreensão dessa nova ordem social da política brasileira induz refletir sobre a formulação do conceito de estado democrático de direito, que passa **primeiro** pela compreensão de estado como sendo uma entidade que governa um povo numa área territorial delimitada. Nesse ponto, interessante o discurso de Ulysses Guimarães, na promulgação da Constituição Federal, de 1988:

> No Brasil, desde o Império, o Estado ultraja a geografia. Espantoso despautério: o Estado contra o País, quanto o País é a geografia, a base física da Nação, portanto, do Estado. É elementar: não existe Estado sem país, nem país sem geografia. Esta antinomia é fator de nosso atraso e de muitos de nossos problemas, pois somos um arquipélago social, econômico, ambiental e de costumes, não uma ilha[228].

O território brasileiro começou a ser definido antes mesmo de ser oficialmente ocupado por Portugal, com o Tratado de Tordesilhas. Na promulgação da Constituição Federal, de 1988, o território nacional já se encontrava delimitado. Mesmo assim Ulysses Guimarães diagnosticou que muitos dos problemas brasileiros decorrem da divisão social, econômica, ambiental e de costumes; de que – apesar do território bem definido – no Brasil ainda impera a diferença e a exclusão, ambiguidade que a Assembleia Nacional Constituinte pretendeu resolver por meio de um denso catálogo de direitos e garantias fundamentais[229].

---

226 GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988**. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação da Câmara dos Deputados. Brasília, 1988.

227 COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; MORAES, Filomeno. Fidelidade partidária à luz da separação de poderes: ativismo judicial (in)constitucional? Debate acerca dos limites entre o princípio da fidelidade partidária e da soberania popular. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; ARRUDA, Geraldo Clésio Maia; CARVALHO, Nathalie de Paula; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. v. 3, t. II, p. 223-241; p. 223.

228 GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988**. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação da Câmara dos Deputados. Brasília, 1988, p. 3.

229 GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988**. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação da Câmara dos Deputados. Brasília, 1988, p. 3.

O **segundo** elemento de compreensão da nova ordem social passa pelo conceito de democracia. O regime político em que a soberania é exercida pelo povo, que elege seus representantes por meio do sufrágio universal. Disso decorre que o exercício do poder político encontra-se limitado pelo princípio da soberania popular. Trata-se do pressuposto que assegura e garante o direito à igual participação na formação da vontade política de um povo sob um mesmo território-nação. Mas o elemento democrático não foi apenas introduzido para limitar o exercício do poder político, foi também reclamado pela necessidade de legitimação desse mesmo poder. E a lembrança de um passado recente muito contribuiu nesse sentido.

O direito é o **terceiro** elemento de compreensão dessa nova ordem social. O responsável pela moldura jurídica que regula as ações de um governo eleito pelo povo num território definido. A constituição liga entre o si o direito e a política, uma vez que a sociedade civil só se constitui por meio do direito.

> Os cidadãos de uma comunidade democrática não se submetem ao direito apenas de fato, porque o Estado ameace com sanções; eles também podem aceitar o direito como correto por uma questão de princípio, uma vez que este foi estabelecido de forma democrática[230].

Se de um lado a primeira geração de direitos do homem obstaculiza o Estado de se intrometer nas coisas privadas e libera os cidadãos para o desenvolvimento segundo a sorte ou possibilidade econômica de cada indivíduo; doutro se pode afirmar, também, tratar-se de direitos cujo reconhecimento estatal se traduz em autolegitimação do poder exercido pela autoridade política. A autoridade estatal só se legitima quando reconhece a primazia dos direitos e garantias fundamentais; quando permite aos homens que se valham da liberdade de ir e vir, de escolher o seu domicílio ou sua religião, de expressar sua opinião e de praticar a circulação de riquezas sem obstáculos estatais[231].

O estado democrático de direito é aquele em que existe – ou se espera que exista – respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais do cidadão, afinal trata-se de uma entidade política que tem por objetivo a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e sem preconceitos de qualquer natureza. Trata-se do modelo de estado que consolida as conquistas liberais de primeira e segunda geração; a conquista dos direitos sociais na perspectiva de uma igualdade material; dos direitos difusos e coletivos do meio ambiente, das relações de consumo, das minorias etc., que são também conquistas da sociedade civil organizada. No entanto, a democracia é uma aspiração sempre incompleta.

---

230 HABERMAS, Júrgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 84.

231 MAGALHÃES, Wellington. **Judiciário e Globalização**. Juruá: Curitiba, 2016, p. 26

"Estará sempre por se fazer: nunca será possível afirmar que há uma democracia perfeita e acabada, qualquer que seja a dimensão discutida"[232].

O tema da democracia tem demonstrado sua pertinência e relevância especialmente nos últimos tempos. Primeiro pelo contexto das transformações contemporâneas, notadamente quando observadas as crises políticas que vão do oriente ao ocidente, de norte a sul, de centro à esquerda ou à direita, a exemplo das últimas eleições presidenciais na França, Estados Unidos e Brasil. A cada movimento político, especialmente aqueles mais extremados, cresce a preocupação sobre o que é especulação ou real ameaça ao regime democrático instaurado pela Constituição Federal, de 1988.

Outro aspecto relevante diz respeito ao conceito de democracia que, ao longo dos séculos, tem gravitado entre legalidade e legitimidade de um governo dirigido pelo povo, por meio de seus representantes, o qual, segundo Dworkin, deve orientar-se ao menos por dois princípios: em primeiro lugar pela igual preocupação com a sorte de todas as pessoas sobre quem reivindica domínio; em segundo lugar pelo total respeito à responsabilidade e ao direito de cada pessoa de decidir por si própria como fazer da sua vida algo de valioso[233].

Segundo Dworkin, uma teoria sobre a justiça deve enfrentar questões afetas não só à legalidade dos comandos estatais, como também acerca da legitimidade das ações de estado. Deve ainda abordar com cuidado as liberdades, incluindo o tema da democracia não apenas sob o ponto de vista de um governo eleito pela maioria, mas também sob a premissa de que todos têm o direito de participar do processo democrático em seus diferentes níveis[234]. Trata-se de levar às últimas consequências o primado da igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e até mesmo aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, entre outros não menos importantes direitos e garantias fundamentais.

Segundo Amartya Sen, "a ideia que define a democracia consiste na própria ideia de deliberação. Quando os cidadãos deliberam, eles trocam pontos de vistas e debatem as razões relativas a questões políticas públicas e que lhes servem de apoio"[235]. Sob esse enfoque, as

---

232 SOUSA, José Péricles Pereira; DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira. Contexto e perspectivas de um direito humano à participação. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga Martins; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Fortaleza: Premius, 2014. v. 2, p. 363-397; p. 388.

233 DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 14.

234 DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 392.

235 SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 429.

questões centrais do processo democrático são a participação política, o diálogo e a interação pública.

> O sucesso da democracia não é apenas questão de se ter a mais perfeita estrutura institucional que possamos imaginar. Inevitavelmente, ele também há de depender dos nossos reais padrões de comportamento e do funcionamento das interações políticas e sociais. Não se pense que se pode abandonar o problema nas mãos seguras do puro virtuosismo institucional. O funcionamento das instituições democráticas, e o mesmo acontece com todas as instituições, dependem da atividade dos agentes humanos no sentido de conseguirem utilizar as oportunidades conducentes a realizações razoáveis[236].

A previsão constitucional de igualdade de todos num regime democrático não garante, materialmente, que todos terão oportunidade de participar das deliberações públicas. Muito menos garante que qualquer participação será efetivamente informada, de modo que todos possam ter as mesmas condições de discutir, debater e decidir sobre o futuro próprio e o da comunidade. Trata-se de uma constatação que coloca em xeque o princípio da soberania popular e, por consequência, a democracia como opção política.

Se os direitos e garantias fundamentais de liberdade e igualdade encontram-se assegurados e enraizados na consciência jurídica geral e nas instituições, o que falta é percorrer um longo caminho para a concretização desses direitos, notadamente por eles dependerem da conjugação de esforços dos poderes legislativo, executivo e judiciário na consecução dos objetivos fundamentais da nação brasileira[237]. Mas a conjugação de esforços não se limita aos poderes instituídos. Por isso, **inclusão** é a palavra de ordem do projeto constitucional que visa construir uma sociedade livre, justa e que promova o bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza.

2 Princípio da Dignidade Humana, Cidadania e Povos Indígenas no Brasil

A nova ordem social brasileira, instalada em 1988, orientada e preocupada com a prevalência dos direitos humanos, fundou-se sob a égide da dignidade humana, que transfere o conteúdo de uma moral de igual respeito por todos para uma ordem baseada no estatuto da cidadania[238]. Aqui não se trata de enxergar o princípio da dignidade humana como

---

236 SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 467.

237 MIRANDA, Jorge. O meio ambiente e a constituição. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Fortaleza: Premius, 2013. v. 1, p. 25-44; p. 43.

238 HABERMAS, Júrgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 43.

fundamento, mas especificamente como regra autônoma dotada de valor constitucional. Ou seja, o cidadão como limite e fundamento do domínio público[239].

> O Tribunal Constitucional Federal alemão foi ainda mais longe: declarou, pura e simplesmente, que o princípio da dignidade da pessoa humana detinha valor supra-constitucional, impondo-se, a esse título, ao próprio constituinte, insto é, ao próprio Povo alemão. Nisto radica o estatuto da cidadania como "poder de ação" e não unicamente como simples "estatuto jurídico" que liga o cidadão ao Estado de que é nacional[240].

Nesse contexto, destaca-se a elaboração filosófica kantiana do conceito de pessoa[241]. Segundo o imperativo categórico – "age unicamente segundo a máxima, pela qual tu possas querer, ao mesmo tempo, que ela se transforme em lei geral" –, o indivíduo, submetendo-se às leis da razão prática, é a fonte dessas mesmas leis, de âmbito universal. Desse modo, ao abordar a humanidade como um fim em si, indica o dever de defender, tanto quanto possível, o fim de outrem, nomeadamente porque a dignidade humana encontra-se assentada num ideal comum, num conjunto universal e indivisível de valores e preceitos básicos inerentes ao indivíduo antes mesmo de qualquer organização política, social ou jurídica. É, pois, pela ideia de dignidade humana que o indivíduo é alçado ao status de cidadão inserido na organização política, haja vista que a reunião de cidadãos é quem forma o povo.

Segundo Canotilho, nas democracias atuais é concebido como uma "grandeza pluralística", ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas, como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades que influenciam na formação de opiniões, vontades ou decisões no contexto dos regimes democráticos[242].

> O povo político diferencia-se do povo maioritário. Em termos mais rigorosos: o povo maioritário pertence ao povo político, mas não o esgota. O fato de as decisões políticas serem, na generalidade dos casos, tomadas por maioria e valerem como decisão do povo, não deve fazer esquecer-nos que as minorias que votaram contra, se abstiveram ou não compareceram ao sufrágio continuam a ser povo político[243].

Assim compreendido o conceito de povo, denota-se do texto constitucional uma preocupação salutar do constituinte originário, de 1988, em resguardar os direitos

---

239 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2003, p. 225.

240 QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais**. Teoria geral. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010, p. 23.

241 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20.

242 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2003, p. 75.

243 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2003, p. 76.

fundamentais e as garantias das **minorias** não menos importantes na formação do povo brasileiro. Uma compreensão mais ampla de democracia inclui o recurso ao voto, mas não basta. A democracia tem de se preocupar simultaneamente com aplicação da regra do governo da maioria e com os direitos das minorias. Não se trata de uma ideia nova, mas que se apresenta como problema constitucional que demanda instrumentos de inclusão das minorias nacionais, étnicas, religiosas, linguísticas etc.

Segundo Levy, os indígenas brasileiros se enquadram nas várias definições de minorias propostas pelos organismos internacionais[244]. Temática deste trabalho, a Constituição Federal, de 1988, destinou um capítulo inteiro aos povos indígenas. Teria sido uma tentativa tardia de corrigir as atrocidades de um passado marcado pela doutrinação jesuíta, pelos maus-tratos, aprisionamento e desterro de etnias inteiras que deram espaço aos grandes centros urbanos e à expansão da fronteira agrícola?

> O povo brasileiro pagou, historicamente, um preço terrivelmente alto em lutas das mais cruentas de que se tem registro na história, sem conseguir sair, através delas, da situação de dependência e opressão em que vive e peleja. Nessas lutas, **índios** foram dizimados e negros foram chacinados aos milhões, sempre vencidos e integrados nos plantéis de escravos[245].

Segundo Darcy Ribeiro, estima-se que cinco milhões de indígenas habitavam o Brasil em 1500, quando da chegada do comandante militar, navegador e explorador português Pedro Álvares Cabral. Esse número teria sido reduzido a dois milhões um século depois, a dois milhões em 1700, e um milhão no limiar do século XX. De acordo com o último censo demográfico da população indígena nacional, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2010 o Brasil possuía 817.963 indígenas, dos quais 315.180 em áreas urbanas e 502.783 em áreas rurais[246].

> Conforme se vê, a população original do Brasil foi drasticamente reduzida por um genocídio de projeções espantosas, que se deu através da guerra de extermínio, do desgaste no trabalho escravo e da virulência das novas enfermidades que os achacaram. A ele se seguiu um etnocídio igualmente dizimador, que atuou através da esmoralização pela catequese; da pressão dos fazendeiros que iam se apropriando de suas terras; do fracasso de suas

---

244 LEVY, Maria Stella Ferreira. O direito das minorias e as nações indígenas no Brasil. **Caderno CRH**, v. 22, n. 5, p. 493-505, set./dez. 2009; p. 497.

245 RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**. A formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 25.

246 BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo demográfico**. População indígena. Brasília: IBGE, 2010.

próprias tentativas de encontrar um lugar e um papel no mundo dos "brancos"[247].

Desde o início da colonização brasileira até a década de 1970, os povos indígenas eram considerados como uma "categoria social transitória", e toda política pública a eles destinada tinha como objetivo sua "integração à comunhão nacional". Mas a intenção do constituinte originário, de 1988, foi justamente romper com esse paradigma, deixar no passado a ideia de integração para buscar alternativas de interação, diálogo e aprendizagem recíproca[248].

Tentativa, ou não, de reconciliação, certo é que a Constituição Federal, de 1988, dedicou-se a reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (artigo 231). Procurou-se deixar no passado a ideia de tutela, de que o índio é sujeito incapaz, de modo a reconhecê-lo dono de seu próprio destino[249].

Deve-se ter aqui o sentido da aplicabilidade direta dos preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias. Regras e princípios jurídicos imediatamente eficazes por via direta da constituição, e não por meio do legislador ordinário. Segundo Canotilho, "não são *normas normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais"[250].

Os poderes estatais não se configuram em poderes absolutamente discricionários, mas sim em poderes profundamente vinculados ao cumprimento dos fins e deveres do próprio Estado[251]. Apesar da previsão constitucional de reconhecimento dos direitos, liberdades e garantias dos povos indígenas, e apesar ainda da aplicabilidade direta e imediata desses

---

247 RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**. A formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 144.

248 AZEVEDO, Marta Maria do Amaral. Diagnóstico da população indígena no Brasil. **Revista Ciência e Cultura** (SBPC), v. 60, n. 4, p.19-22, 2008.

249 LIMA, Antônio Carlos de Souza; HOFFMANN, Maria Barroso. Questões para uma política indigenista: etnodesenvolvimento e políticas públicas. *In*: LIMA, Antônio Carlos de Souza; HOFFMANN, Maria Barroso. **Etnodesenvolvimento e políticas públicas**: bases para uma nova política indigenista. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002. p. 7-28.

250 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2003, p. 438.

251 BIRNFELD, Carlos André. Compromissos constitucionais do Poder Público brasileiro com a proteção do meio ambiente sob a perspectiva dos deveres-poderes de um Estado a serviço da cidadania e da proteção ambiental. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.).; CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015. v. 3, t. I, p. 11-46, p. 12.

direitos, muito ainda precisa ser realizado. O caminho da plenitude dos direitos de cidadania entre os povos indígenas é desafiador. E certamente encontrará diversos obstáculos.

O processo de globalização econômica e a preponderância do vetor econômico sobre a dimensão humanística das interações sociais têm limitado as ações do Estado, ora pela ausência de políticas públicas que visem concretizar os direitos fundamentais, ora pela escassez de recursos financeiros[252]. Nesse contexto, a restrição de direitos e de garantias fundamentais se potencializa entre os cidadãos de maior vulnerabilidade, a exemplo daqueles que vivem em comunidades indígenas de difícil acesso, desprovidos dos serviços públicos essenciais de saúde, educação, segurança, saneamento etc.

Segundo Machado, Holanda e Luz, desde que o "positivismo jurídico tradicional" passou a ser questionado, "torna-se salutar que democracias advindas de regimes autoritários busquem a maior efetividade dos processos democráticos e dos direitos fundamentais"[253]. No caso específico dos povos indígenas, seu marco regulatório de direitos fundamentais e de garantias não tem se restringido ao texto constitucional. Exemplifica esse cuidado a Convenção nº 169, de 1989, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre povos indígenas e tribais, promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19/4/2004; a Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, promulgada pelo Decreto nº 5.753, de 14/4/2007; a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, aprovada na 107ª Plenária, em 13/9/2007, entre outros instrumentos internacionais.

Todos esses documentos internacionais, alinhados ao propósito constitucional, de 1988, de reconhecer os direitos, liberdade e garantias dos povos indígenas representam sua vinculação ao primado da igualdade política e da prevalência dos direitos humanos. Nessa moldura democrática, a participação é um dos componentes mais importantes da cidadania. Mas não de qualquer participação inconsciente ou desinformada. Na busca efetiva de reconhecer os direitos, liberdades e garantias num estado democrático de direito, o cidadão deve ser informado, esclarecido, de modo que possa gozar de todas as oportunidades de debate, discussão e decisão política[254].

---

252 MAGALHÃES, Wellington. **Judiciário e Globalização**. Juruá: Curitiba, 2016, p. 36.

253 MACHADO, Alessandra Monteiro; HOLANDA, Ana Paula Araújo de; LUZ, Ebe Pimentel Gomes. Tendências e perspectivas: os desafios da globalização e o ensino do direito no Brasil. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Fortaleza: Premius, 2013. v. 1, p. 404-441; p. 430.

254 DERANI, Cristiane; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Educação ambiental: o direito, caminho para a consciência ambiental. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; CARMO, Valter Moura do. **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Fortaleza: Premius, 2013. v. 1. p. 113-145; p. 126.

O papel da democracia para ser efetivo depende de processos políticos interativos e de inclusão. Esse processo, contudo, não é automático e requer um tanto de ativismo por parte de cidadãos que estejam dispostos a empenhar-se na vida política, especialmente para impedir a violência de natureza sectária[255]. Nesse sentido, uma compreensão arrojada do papel da democracia deve romper com as barreiras ao exercício da cidadania. E em se tratando dos povos indígenas, o desafio é ainda maior, tendo em vista a premente necessidade de se viabilizar que tenham acesso aos direitos básicos que lhes garantam uma existência dignamente humana. A efetivação dos direitos de cidadania dos povos indígenas pressupõe, indiscutivelmente, sua inclusão no processo democrático. Não de uma participação meramente passiva, mas ativa, informada e esclarecida acerca dos deveres, direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro.

3 Projeto de Inclusão Sociopolítica dos Povos Indígenas do Tocantins

Um Judiciário comprometido com a efetividade dos direitos e garantias fundamentais do cidadão não somente assiste ao espetáculo da vida real, como também protagoniza imprescindíveis alterações no roteiro da justiça[256]. O projeto de inclusão sociopolítica dos povos indígenas, idealizado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins, visa garantir o pleno exercício dos direitos de cidadania aos povos indígenas. Alinhado aos objetivos estratégicos do planejamento institucional do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins, o projeto nasceu da constatação de que a plenitude dos direitos de cidadania pressupõe a participação efetiva de todos os seus destinatários. Não de qualquer participação passiva, exercida exclusivamente pelo voto direto e secreto. Trata-se de participação ativa, informada e esclarecida acerca do processo político, que, em última instância, viabiliza, ou não, a efetividade dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, de 1988.

Desenvolvido em duas etapas distintas, o projeto, num primeiro momento, buscou conhecer os dilemas e as barreiras enfrentadas pelos povos indígenas na busca dos direitos e garantias fundamentais. Procurou-se conhecer o território e o povo indígena, seus costumes, suas tradições culturais, as línguas maternas dos Apinajé, Karajá, Javaé, Xambioá, Krahô e Xerente. Todas as zonas eleitorais com população indígena foram envolvidas no projeto, cuja fase preparatória consistiu em visitas de juízes e servidores da justiça eleitoral às aldeias Porteira, Funil, Brejo Comprido, Rio Sono, Botica, Mariazinha, Barra do Dia, São José, Santa

255 SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 463.
256 MAGALHÃES, Wellington. **Judiciário e Globalização**. Juruá: Curitiba, 2016, p. 116.

Izabel, Fontoura, Macaúba, Txiurí, Canoanã, São João, Lajeado, Rio Vermelho, Cachoeira, Pedra Branca, Santa Cruz, Manoel Alves e Xambioá.

Cada uma das comunidades visitadas elegeu dois representantes, e nos dias 15 e 16 de março de 2018, na sede do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins, em Palmas, todas as comunidades indígenas do Tocantins reuniram-se para debater sobre os entraves aos direitos de cidadania. Também foram convidados para participar representantes da Fundação Nacional do Índio, Ministério Público, Defensoria Pública, Exército, Marinha, Polícia Civil e Militar do Estado do Tocantins, tudo isso com a finalidade primeira de se construir um amplo diálogo entre culturas; um intercâmbio de experiências destinado ao aprendizado mútuo, tendo em vista a certeza de que muito do novo se tinha a conhecer naquele momento histórico da democracia brasileira.

O projeto se desenvolveu em formato de palestras e oficinas temáticas. No primeiro dia foram proferidas palestras sobre o diálogo entre culturas, representação política dos povos indígenas e segurança nas eleições em comunidades indígenas. A ideia de iniciar o evento com palestras justificou-se como artifício de ambientação, preparação para o que de melhor estava por vir no dia seguinte. Os palestrantes, clinicamente escolhidos pela vasta trajetória na causa indígena, deram o toque de abertura ao evento que se mostrou inédito na justiça eleitoral brasileira.

Doutor em Letras, pela Universidade Federal Fluminense, e mestre em Linguística, pela Universidade Federal de Goiás, o professor **Francisco Edvirges Albuquerque**, que atualmente coordena o Laboratório de Línguas Indígenas da Universidade Federal do Tocantins, compartilhou com as lideranças indígenas sua experiência de 14 anos trabalhando com o povo Apinajé e Krahô. O tema de sua palestra não poderia ser outro: *O Diálogo Entre Culturas*. Ao final de sua fala, sugeriu que a justiça eleitoral produzisse material informativo das eleições com tradução para as línguas maternas dos povos indígenas do Tocantins, defendendo que o acesso à informação na língua indígena é também uma forma de reafirmar a cultura do índio como parte essencial da cultura nacional.

A palestra seguinte foi ministrada pelo magistrado roraimense, juiz **Aluízio Ferreira Vieira**, mestre em Direito e Sociologia, pela Universidade Federal Fluminense, e atualmente coordenador do Polo Indígena de Conciliação Maturuca, em Roraima, que atende várias etnias, dentre elas Macuxi, Taurepang, Ingaricó etc. O Polo conta com dezesseis conciliadores indígenas e uma coordenadora, que atuam na resolução de conflitos nas comunidades pertencentes à Terra Indígena Raposa Serra do Sol, sob a jurisdição da Comarca de

Pacaraima. Todos os termos de conciliação são escritos na língua materna. Além de abordar sua experiência à frente do Polo, o magistrado também tratou de questões atinentes à presença das forças de segurança em terras indígenas, especialmente em períodos eleitorais, suas particularidades e dificuldades de interação, contribuindo significativamente na construção de pontes entre as autoridades indígenas e as instituições públicas.

A terceira e última palestra do primeiro dia de evento foi ministrada por **Clarisse Drummond Machado**, autora do projeto de pesquisa *Indigenismo de Reparação: pesquisa comparada sobre o pagamento da dívida histórica do Brasil com os povos indígenas e do Canadá com as primeiras nações*. A palestrante também é membro do Laboratório de Estudos e Pesquisa em Movimentos Indígenas, Políticas Indigenistas e Indigenismo. Abordou a temática da representação política dos povos indígenas e suscitou diversas intervenções das lideranças indígenas, que reiteradamente reforçavam a mensagem de que não se sentem representados perante as instituições públicas.

O balanço do primeiro dia de palestras foi de grandes avanços. Empolgados pela experiência dos palestrantes, os líderes indígenas não pouparam críticas ao modelo atual da política pública brasileira voltada aos povos indígenas. Foram inúmeras intervenções no sentido de apontar suas carências, dilemas e barreiras ao exercício de direitos básicos, como a saúde e a educação. O preconceito cultural também esteve em debate, assim como o desconhecimento da sociedade como um todo de seus costumes e tradições.

No segundo dia do evento, os líderes indígenas foram distribuídos em grupos temáticos e com o auxílio de servidores da justiça eleitoral protagonizaram profundas reflexões sobre seus dilemas, barreiras e entraves ao exercício pleno dos direitos de cidadania. Interessante também a participação em cada um dos grupos de diferentes níveis de autoridades públicas envolvidas no projeto, a exemplo de policiais civis e militares, delegados, defensores, promotores e juízes.

No grupo que tratou do tema do **diálogo entre culturas**, o preconceito cultural, linguístico e institucional apresentou-se como obstáculos à compreensão da cultura indígena sob o ponto de vista das autoridades que participaram das discussões. Sob a ótica das lideranças indígenas, o preconceito cultural e linguístico – agravado pelo desconhecimento generalizado de seus costumes e tradições – configura o maior obstáculo ao diálogo entre culturas distintas e, por consequência, ao exercício pleno dos direitos de cidadania.

Como proposta de solução, foi destacada a necessidade de reconhecimento efetivo da identidade indígena, de modo que sejam valorizados pela cultura que disseminam como parte integrante do povo brasileiro. O diálogo entre culturas suscita questões éticas ainda não dirimidas pela sociedade brasileira, especialmente no que tange aos povos indígenas. A ação indigenista no Brasil sempre foi desenvolvida em torno dos interesses e necessidades da sociedade dominante, que procurava solucionar um problema[257].

O diálogo proposto não se assemelha a nenhuma modalidade de doutrinação, integração. Não se trata de ensinar, mas de se abrir à aprendizagem recíproca, à qual a liberdade da interação nada impõe[258]. O diálogo cultural que se propõe deve representar tanto uma contribuição para a autonomia dos povos indígenas quanto para a dignidade de toda a sociedade brasileira. Por isso, há necessidade de ações estratégicas de aproximação entre culturas, cujo ponto de partida se confunde com a visão dos povos indígenas sobre sua história, seus valores, interesses e objetivos de futuro[259].

Na oficina que tratou do tema da **representação política**, ficou evidente que as comunidades indígenas não se sentem representadas, especialmente pela dificuldade de elegerem seus próprios representantes. A captação ilegal de votos em aldeias indígenas também se apresentou como problema crônico que se repete em todas as eleições, principalmente nos pleitos municipais. As lideranças indígenas sustentaram que a compra de votos não só dificulta que possam eleger seus representantes, como incentivam a divisão da comunidade.

Em resposta, propuseram a prática de formação e educação política nas aldeias. Não somente sobre a importância do voto livre e consciente, mas também sobre a legislação eleitoral, o sistema majoritário e proporcional, já que muitas dessas comunidades visam eleger seus próprios representantes nas eleições municipais. Outra proposta apresentada foi no sentido de que seja endurecida a fiscalização em comunidades indígenas em períodos

---

257 LITTLE, Paul. E. Etnoecologia e direitos dos povos: elementos de uma nova ação indigenista. *In*: LIMA, Antônio Carlos de Souza; HOFFMANN, Maria Barroso. **Etnodesenvolvimento e políticas públicas**: bases para uma nova política indigenista. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002. p. 39-48; p. 46.

258 RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida. Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docente. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga Martins; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; CARMO, Valter Moura do. Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. Fortaleza: Premius, 2014. v. 2, p. 213-238; p. 224.

259 LIMA, Antônio Carlos de Souza; HOFFMANN, Maria Barroso. Questões para uma política indigenista: etnodesenvolvimento e políticas públicas. *In*: LIMA, Antônio Carlos de Souza; HOFFMANN, Maria Barroso. **Etnodesenvolvimento e políticas públicas**: bases para uma nova política indigenista. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002. p. 7-28; p. 21.

eleitorais, de modo a inibir a captação ilícita de votos. Também reivindicaram que fosse facilitado o acesso dos eleitores indígenas aos locais de votação.

A democracia é consagrada pelo princípio da participação ativa e interligada ao direito de informação, que pressupõe uma cultura política mínima de consciência da cidadania. Todo processo educativo, "ao visar à cidadania, deve ser uma educação para direitos humanos, uma educação que consiga situar o homem em sua própria humanidade, necessidades concretas e problemas sociais"[260]. Uma comunidade política deve tomar decisões coletivas sobre a justiça e a moral[261]. Essas decisões decorrem da construção de consensos, que, por meio de um diálogo intercultural, faz-se pelo contraponto entre direito-norma e direito-costume[262].

Na democracia, a construção de consensos pressupõe que todos os cidadãos estejam devidamente informados e esclarecidos acerca do processo de deliberação pública. Com efeito, "a igualdade política requer que o poder político seja distribuído de maneira a confirmar a preocupação e respeito iguais da comunidade política por todos os seus membros"[263].

No eixo temático que tratou da **segurança das eleições** em comunidades indígenas, a resistência à presença de policiais civis e militares nas aldeias foi o ponto nevrálgico do debate. Conflitos fundiários do passado, que tiveram participação efetiva dessas forças de segurança, e o desconhecimento dos agentes estatais acerca do regime hierárquico de autoridade típica de cada uma das comunidades indígenas desnudaram o ponto mais delicado de todo projeto.

A resposta do grupo indicou a necessidade de melhor preparação das forças de segurança para atuarem em comunidades indígenas, não apenas no dia a dia destas, mas especialmente nas eleições. Desde o início da colonização e até a Constituição Federal, de 1988, toda política pública destinada ao índio partiu da premissa de considerá-lo "categoria social transitória", que seria integrada à nação brasileira[264]. Foi o que dificultou não só seu

---

260 GRUBBA, Leilane Serratine. Ensino para os direitos humanos. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.).; CAÚLA, Bleine; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de; COUTINHO, Júlia Maria de Meneses; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2016. v. 4, p. 268-285; p. 269.

261 DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 387.

262 ALBUQUERQUE, Antônio Armando Ulian do Lago; ALBUQUERQUE FILHO, Armando do Lago; RODRIGUES, Saulo Tarso. **Educação jurídica indígena**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 130.

263 DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 399.

264 AZEVEDO, Marta Maria do Amaral. Diagnóstico da população indígena no Brasil. **Revista Ciência e Cultura** (SBPC), v. 60, n. 4, p.19-22, 2008, p. 19.

acesso aos serviços públicos essenciais, como também gerou exclusão pelo desconhecimento de seus costumes e tradições, especialmente por parte de agentes estatais com atuação em áreas sensíveis, a exemplo da segurança pública. Essa postura limitada de integração e a presunção de autonomia institucional do modelo constitucional contemporâneo potencializam a colisão entre as normas jurídicas estatais e as ordens normativas das comunidades indígenas[265].

A Constituição Federal, de 1988, reconhece aos índios sua organização social, costumes, língua, crenças e tradições (art. 231). Os Tratados e a Constituição brasileira situam o direito indígena no contexto da organização social, das tradições e dos costumes, não lhe reservando uma jurisdição jurídica própria. Segundo Moreira, "o direito indígena é constituído por aqueles comandos obrigatórios que são dotados de eficácia, no contexto das próprias comunidades indígenas". Ou seja, "o reconhecimento de jurisdição indígena é o reconhecimento de normas que atuam no plano dos espaços indígenas"[266].

O caso do indígena Basílio Alves Salomão, da etnia Macuxi, no estado de Roraima, ilustra bem o processo de interação do direito indígena com a ordem jurídica constitucional vigente. Basílio, logo após ter cometido o crime de homicídio de outro membro da Comunidade Muturuca, fora submetido a julgamento pelos seus pares indígenas, cuja pena consistiu em cavar ele próprio a cova, enterrar o corpo da vítima e afastar-se da comunidade e dos familiares pelo tempo que a comunidade achasse conveniente.

Passados quatorze anos do cometimento do crime, Basílio novamente foi levado a julgamento, mas agora no âmbito do processo penal instaurado na 2ª Vara Federal de Roraima. O Ministério Público Federal, subsidiado por estudos antropológicos, sustentou que Basílio já havia cumprido pena de banimento imposta segundo a tradição indígena. Nessa linha de raciocínio, os setes jurados, unanimemente, decidiram isentá-lo de nova pena. No caso Basílio, o ingresso de regras indígenas no plano da validade jurídica formal deu-se pela homologação da sentença pelo Estado-Juiz, que apenas reconheceu um efeito decorrente da tradição indígena[267].

---

265 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 219.

266 MOREIRA, Felipe Kern. Perspectivismo jurídico: contribuição ameríndia aos direitos humanos. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.).; CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do. **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015. v. 3, t. I, p. 137-151; p. 143.

267 MOREIRA, Felipe Kern. Perspectivismo jurídico: contribuição ameríndia aos direitos humanos. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.).; CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do. **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015. v. 3, t. I, p. 137-151; p. 143.

O histórico do exercício do poder de polícia em comunidades indígenas é sempre um desafio. Resquício do regime tutelar, há muito superado pela nova ordem constitucional, muitas comunidades indígenas ainda têm resistência à atuação da Polícia Militar, o que provavelmente pode ser uma consequência dos princípios da hierarquia e disciplina dessas instituições, que paradoxalmente conflita com a hierarquia e a disciplina que os líderes indígenas exercem em suas comunidades.

As oficinas temáticas, dirigidas pelas lideranças indígenas e auxiliadas pelos servidores da Justiça Eleitoral, não se limitaram a descortinar o rol de problemas e entraves à efetivação dos direitos, liberdades e garantias dessas comunidades. A abordagem por eixos temáticos permitiu aproveitar ao máximo o ponto de vista de cada comunidade sobre a globalidade dos problemas. Cada liderança indígena, algumas mais tímidas e outras mais ousadas, todas contribuíram ativamente ao descrever o cenário atual dos povos indígenas do Tocantins. Para isso, contaram também com a interação de representantes das instituições públicas.

Ao final do evento, cada grupo temático elegeu seu representante, **um indígena**, que em plenária apresentou um relatório das discussões com os principais problemas identificados, que dificultam o exercício dos direitos de cidadania e da efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos povos indígenas, assim como a(s) proposta(s) de intervenção tendente(s) a minimizar o quadro de violações desses direitos. Deliberou-se pela realização de palestras sobre educação política nas comunidades indígenas; pelo aperfeiçoamento das forças de segurança para uma nova abordagem da temática indígena; pela aproximação da Justiça Eleitoral com as aldeias indígenas com atualização do cadastro eleitoral, inscrição de jovens eleitores, transferências de domicílio eleitoral etc.; e pela confecção de uma cartilha com informações básicas da legislação eleitoral traduzida para cada uma das quatro línguas indígenas do Tocantins.

Dos debates às ações efetivas, o Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins deu início a uma série de atividades destinadas à garantia dos direitos da cidadania dos povos indígenas. O Projeto *Agentes da Democracia*, idealizado pela Escola Judicial Eleitoral do Tocantins, percorreu as aldeias Boto Velho, Fontoura, Macaúba, Mariazinha, São José e Xerente levando palestras educativas sobre o processo eleitoral e a importância da participação ativa de cada

cidadão na escolha consciente de seus representantes políticos. As atividades educativas alcançaram um total de 1.006 indígenas[268].

No tocante à preparação das forças de segurança para interagir com a população indígena, o Comitê de Segurança Institucional do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins se reuniu com representantes da Polícia Militar e do 22º Batalhão de Infantaria do Exército Brasileiro, com vista a desenvolver, em conjunto, um programa de formação dialogada entre as autoridades indígenas e as forças de segurança pública, de modo que o aprendizado seja recíproco. Tanto a Escola Superior da Magistratura Tocantinense quanto a Escola Judicial Eleitoral encontram-se abertas a promover essa interação pautada pela construção de pontes entre uma cultura e outra, e que o intercâmbio de saberes, deseja-se, seja contínuo e desafiador[269].

Para aproximar a justiça eleitoral das comunidades indígenas, viagens itinerantes às aldeias proporcionaram ao eleitorado indígena cadastramento biométrico, inscrição dos jovens eleitores com idade entre 16 e 18 anos, bem como regularização eleitoral. As ações eleitorais envolveram servidores das áreas de Tecnologia da Informação, Transporte e Atendimento. Juízes e servidores da Justiça Eleitoral percorreram as aldeias Porteira, Funil, Brejo Comprido, Botica, Mariazinha, Barra do Dia, São José, Santa Izabel, Fontoura, Macaúba, Rio Vermelho, Cachoeira, Pedra Branca, Santa Cruz, Manoel Alves e Xambioá. Foram realizados 596 atendimentos[270].

A confecção de uma cartilha com informações básicas da legislação eleitoral traduzida para cada uma das quatro línguas indígenas do Tocantins foi o grande destaque do Projeto. Noções gerais do processo eleitoral, a obrigatoriedade do voto, critérios e condições para ser candidato a cargo eletivo; propaganda eleitoral, condutas vedadas no dia da eleição; crimes eleitorais e suas respectivas punições; perguntas e respostas sobre o processo democrático; e um glossário de temas específicos mais comuns às eleições foi traduzido para a língua dos povos Panhi (Apinajé), Iny (Karajá, Javaé e Xambioá), Merí (Krahô) e Akwê (Xerente). Foram confeccionadas e distribuídas 9.500 cartilhas não apenas entre as

---

268 TOCANTINS. Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins. **Relatório final do projeto de inclusão sociopolítica dos povos indígenas**. Palmas: TRE-TO, 2018.

269 TOCANTINS. Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins. **Relatório final do projeto de inclusão sociopolítica dos povos indígenas**. Palmas: TRE-TO, 2018.

270 TOCANTINS. Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins. **Relatório final do projeto de inclusão sociopolítica dos povos indígenas**. Palmas: TRE-TO, 2018.

comunidades indígenas, como também entre escolas da rede pública de ensino, como forma de divulgação da riqueza cultural do povo brasileiro[271].

Considerações finais

A concretização do princípio da participação que possibilite o exercício pleno da cidadania pressupõe ações pontuais. Historicamente, os povos indígenas sempre foram tratados sob a perspectiva da integração. Mas a nova ordem social, constitucionalmente estabelecida em 1988, resgatou a dignidade daqueles que originalmente ocupavam a terra sobre a qual se foi construindo a família brasileira, fruto da miscigenação de raças[272].

Apesar do marco constitucional de resgate e reconhecimento da cultura indígena, seus costumes e tradições, há muito ainda por se construir no caminho da efetivação dos direitos de cidadania desses povos[273]. Minoria induvidosamente vulnerável, a população indígena brasileira, especialmente aquelas mais deslocadas territorialmente, ainda vive à margem do processo político democrático. O que tem refletido nos níveis de efetividade dos direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição Federal, de 1988.

O exercício pleno dos direitos de cidadania pressupõe participação informada e esclarecida. Para tanto urge que ações inclusivas sejam orquestradas pelos poderes instituídos. Ações estratégicas de inclusão dos povos indígenas no processo político democrático demandam uma visão ampliada dos arranjos institucionais. Ou seja, a de que aqueles que exercem, de alguma forma, o poder político independentemente da esfera administrativa, tenham consciência da magnitude humanística dos valores que legitimam o regime democrático.

À medida que a participação ativa, informada e esclarecida legitima as decisões tomadas no regime democrático, a palavra inclusão se apresenta como palavra de ordem destinada a resguardar as minorias, especialmente aquelas que por dívida histórica vivam à margem dos serviços indispensáveis ao mínimo existencial. Com efeito, contribuir para com a

---

271 TOCANTINS. Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins. **Relatório final do projeto de inclusão sociopolítica dos povos indígenas**. Palmas: TRE-TO, 2018.

272 FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48. ed. Recife: Global, 2003.

273 VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson. Mosaicos de áreas protegidas na Amazônia Legal: governança e desenvolvimento socioambiental inclusivo das populações tradicionais e indígenas. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. v. 8, p. 1-27; p. 12.

qualidade da democracia pressupõe elevar não só os níveis de participação, mas também da qualidade dessa participação. E quanto mais bem informado e esclarecido sobre seus deveres, direitos e garantias fundamentais, certamente o cidadão indígena contribuirá com sua cultura, costumes e tradições na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, preocupada com o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação.

Referências

ALBUQUERQUE, Antônio Armando Ulian do Lago; FILHO, Armando do Lago Albuquerque; RODRIGUES, Saulo Tarso. **Educação jurídica indígena**. Curitiba: Juruá, 2016.

AZEVEDO, Marta Maria do Amaral. Diagnóstico da população indígena no Brasil. **Revista Ciência e Cultura** (SBPC), v. 60, n. 4, p.19-22, 2008.

BIRNFELD, Carlos André. Compromissos constitucionais do Poder Público brasileiro com a proteção do meio ambiente sob a perspectiva dos deveres-poderes de um Estado a serviço da cidadania e da proteção ambiental. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.).; CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015. v. 3, t. I, p. 11-46.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo demográfico**. População indígena. Brasília: IBGE, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; MORAES, Filomeno. Fidelidade partidária à luz da separação de poderes: ativismo judicial (in)constitucional? Debate acerca dos limites entre o princípio da fidelidade partidária e da soberania popular. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.).; CAÚLA, Bleine Queiroz; ARRUDA, Geraldo Clésio Maia; CARVALHO, Nathalie de Paula; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. v. 3, t. II, p. 223-241.

DERANI, Cristiane; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Educação ambiental: o direito, caminho para a consciência ambiental. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; CARMO, Valter Moura do. **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Fortaleza: Premius, 2013. v. 1. p. 113-145.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48 ed. Recife: Global, 2003.

GRUBBA, Leilane Serratine. Ensino para os direitos humanos. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.).; CAÚLA, Bleine; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de; COUTINHO, Júlia Maria de Meneses; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo**

Ambiental, Constitucional e Internacional. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2016. v. 4, p. 268-285.

GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988**. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação da Câmara dos Deputados. Brasília, 1988.

HABERMAS, Júrgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Lisboa: Edições 70, 2012.

LEVY, Maria Stella Ferreira. O direito das minorias e as nações indígenas no Brasil. **Caderno CRH**, v. 22, n. 5, p. 493-505, set./dez. 2009.

LIMA, Antônio Carlos de Souza; HOFFMANN, Maria Barroso. Questões para uma política indigenista: etnodesenvolvimento e políticas públicas. *In*: LIMA, Antônio Carlos de Souza; HOFFMANN, Maria Barroso. **Etnodesenvolvimento e políticas públicas**: bases para uma nova política indigenista. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002. p. 7-28.

LITTLE, Paul. E. Etnoecologia e direitos dos povos: elementos de uma nova ação indigenista. *In*: LIMA, Antônio Carlos de Souza; HOFFMANN, Maria Barroso. **Etnodesenvolvimento e políticas públicas**: bases para uma nova política indigenista. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002. p. 39-48

MACHADO, Alessandra Monteiro; HOLANDA, Ana Paula Araújo de; LUZ, Ebe Pimentel Gomes. Tendências e perspectivas: os desafios da globalização e o ensino do direito no Brasil. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Fortaleza: Premius, 2013. v. 1, p. 404-441.

MAGALHÃES, Wellington. **Judiciário e Globalização**. Juruá: Curitiba, 2016.

MELO, José Wilson Rodrigues de. **Multiculturalismo, diversidade e direitos humanos**: teorias, vivências e práticas. Curitiba: CRV, 2016.

MIRANDA, Jorge. O meio ambiente e a constituição. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Fortaleza: Premius, 2013. v. 1, p. 25-44.

MOREIRA, Felipe Kern. Perspectivismo jurídico: contribuição ameríndia aos direitos humanos. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do. **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015. v. 3, t. I, p. 137-151.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais**. Teoria geral. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**. A formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida. Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docente. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga Martins; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; CARMO, Valter Moura do. **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Fortaleza: Premius, 2014. v. 2, p. 213-238.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Coimbra: Almedina, 2012.

SOUSA, José Péricles Pereira; DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira. Contexto e perspectivas de um direito humano à participação. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga Martins; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Fortaleza: Premius, 2014. v. 2, p. 363-397.

TOCANTINS. Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins. **Relatório final do projeto de inclusão sociopolítica dos povos indígenas**. Palmas: TRE-TO, 2018.

VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson. Mosaicos de áreas protegidas na Amazônia Legal: governança e desenvolvimento socioambiental inclusivo das populações tradicionais e indígenas. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. v. 8, p. 1-27.

VITAL DA SILVA, Walfrido Vianna. A Constituição de 1988 e a nova ordem social. A efetivação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano 50, n. 200, p. 297-320, out./dez. 2013.

Constitucionalismo Ambiental Ecuatoriano

Constitutional Environmentalism in Ecuador

Hugo Echeverría

Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Master of Laws. McGill University – Canadá. Chevening Fellow. Miembro de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental. de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza. Profesor de la Subespecialización en Derecho Ambiental del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

Resumen: A la fecha, Ecuador es el único país del mundo en reconocer derechos constitucionales a la Naturaleza. Tres décadas atrás, fue uno de los primeros países latinoamericanos en reconocer el derecho constitucional a vivir en un ambiente sano. En los años noventa, fue uno de los pocos países que constitucionalizaron los principios centrales sobre medio ambiente y desarrollo. Este artículo analiza la incorporación del medio ambiente a la Constitución ecuatoriana. Para ello se identifican dos momentos que marcan un cambio de perspectiva jurídica de *lo ambiental* desde la salud, el ambiente y la naturaleza: un cambio de perspectiva desde la antropocéntrica hacia la biocéntrica. Además de los derechos, también se analizan los deberes ambientales y las garantías jurídicas aplicables en esta materia; aspectos que completan el denominado *constitucionalismo ambiental ecuatoriano*, para concluir que el derecho ambiental ecuatoriano se asienta en sólidas bases constitucionales; que, incluso, han aportado nuevos elementos de análisis en el derecho ambiental comparado.

Palabras-clave: ambiente, constitucionalismo, deberes, derechos, garantías, salud, naturaleza.

Abstract: Ecuador is the only country recognizing rights to Nature. In the past century, it was one the first countries to recognize environmental rights in the Constitution. This article examines the incorporation of the *environmental rights* in the Constitution. To do so, it identifies two momentums where juridical perspectives on the environment changes from an anthropocentric to a current biocentric one. In addition to rights, his article also examines the duties and guarantees applied to enforce the environmental rule of law: In combination, these aspects constitute the Ecuadorian environmental constitutionalism, which sets the pillars of environmental law in Ecuador, and also provides elements for a comparative legal analysis of new institutions.

Keywords: environment, constitutionalism, duties, guarantees, health, nature, rights.

Introducción

En 1974, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador dictó sentencia en un caso relativo a la contaminación del aire, por emisiones de una fábrica de cemento. La Corte estimó que la contaminación vulneraba el derecho a la salud, reconocido y garantizado por la Constitución de 1967, vigente a la época. Pasó el tiempo; y, en 2018, la Corte Constitucional del Ecuador dictó sentencia en un caso relativo a la contaminación de agua, por descargas agroindustriales a un río, estimando que tal contaminación vulneró los derechos ambientales y, también, los derechos de la Naturaleza. Estos derechos están reconocidos y garantizados por la Constitución vigente desde el año 2008.

Estos casos reflejan el profundo cambio de perspectiva jurídica sobre *lo ambiental* en el constitucionalismo ecuatoriano, lo cual se evidencia en las sucesivas reformas constitucionales entre 1983 y 2008, que establecieron derechos, deberes y garantías, que son los pilares del constitucionalismo ambiental ecuatoriano.

Este artículo analiza la incorporación del medio ambiente a la Constitución ecuatoriana. Lo hace a partir de dos momentos históricos: a) el reconocimiento del derecho

constitucional de las personas a vivir en un medio ambiente sano; y, b) el reconocimiento de derechos constitucionales a la Naturaleza. El análisis se sustenta en doctrina nacional; y, sobre todo, en jurisprudencia constitucional.

1 Constitucionalismo ambiental

May y Daly anotan que, a la fecha, tres cuartos de las naciones del mundo han adoptado algún tipo de pauta constitucional en materia ambiental[274]. En Latinoamérica, Néstor Cafferatta anota que, entre las décadas de 1970 y 1980, algunas instituciones del derecho ambiental se incorporaron en algunas Constituciones de esta subregión[275]: en aquella época los países de la región revisaron sus ordenamientos jurídicos para incluir normas relativas a la protección ambiental. Raúl Brañes, uno de los juristas que más estudió este proceso, lo denominó *constitucionalismo ambiental latinoamericano* y lo planteó como un ¨hecho trascendental, que ha sido fecundo en consecuencias prácticas en los países donde se ha extendido a este derecho la aplicación de las acciones constitucionales establecidas para la protección de todos los derechos fundamentales¨[276].

1.1 Derechos, deberes y garantías

Brañes delineó el siguiente esquema del constitucionalismo ambiental latinoamericano: a) reconocimiento de derechos ambientales; b) reconocimiento de deberes ambientales; c) aplicación de garantías jurisdiccionales para tutelar derechos ambientales; d) establecimiento de garantías institucionales. Este esquema se observa muy claramente en la evolución del *constitucionalismo ambiental ecuatoriano* que, a partir de las reformas constitucionales de 1983:

a. Reconoció y garantizó, a las personas, la población y los pueblos, el derecho a vivir en un ambiente sano y libre de contaminación; el derecho a vivir en un ambiente ecológicamente equilibrado; y, los derechos de participación ciudadana ambiental: acceso a la información, consulta previa y acceso a la justicia. Adicionalmente, ha reconocido derechos constitucionales a la naturaleza;
b. Estableció el deber estatal y el deber ciudadano de protección ambiental;

---

274 MAY, J.; DALY, E. **Global Environmental Constitutionalism**. New York: Cambridge, 2015, p. 55.

275 CAFFERATTA, N. **Los principios y reglas del derecho ambiental**. Disponible en: https://es.scribd.com/document/216166293/Los-Principios-y-Reglas-del-Derecho-Ambiental-Nestor-Cafferatta. Acceso: 20 jun. 2019.

276 BRAÑES, R. El acceso a la justicia ambiental en América Latina y la legitimación procesal en los litigios civiles de naturaleza ambiental en los países de la región. *In*: **Justicia Ambiental**: Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 325.

c. Previó la aplicación de garantías jurisdiccionales, como la acción de amparo y, actualmente, la acción de protección, para la tutela efectiva de los derechos ambientales; y,
d. Estableció instituciones competentes para velar por la protección y la tutela de los derechos ambientales y de la naturaleza, como la Defensoría del Pueblo.

1.2 Doctrina y jurisprudencia

Una mirada doctrinaria y jurisprudencial dan cuenta de la aplicación de esquema en el Ecuador:

- En relación con el reconocimiento y garantía de derechos ambientales; así como de los deberes correlativos, el Tribunal Constitucional dio génesis a un interesante planteamiento al resolver una acción de amparo en un caso de decomiso de maquinaria utilizada para la explotación no autorizada de una mina de materiales no metálicos:

> […] si como dice el Juez de instancia en su resolución "[...] la Constitución debe constituirse en garante de la vigencia real y efectiva de los derechos que posibilitan la inversión privada y la libre competencia, con iguales oportunidades para todos los ciudadanos que emprenden en actividades generadoras de bienes y servicios en procura de satisfacer las necesidades sociales [...]". El Juez Constitucional no puede soslayar esta necesidad social, que implica dimensionar el derecho a la vida, la salud, la integridad física, y la preservación del medio ambiente de la parroquia San Juan; y del sector de Ushar, derechos que no deben ser meros enunciados sino que deben ser aplicados y tener vigencia en la práctica, sin que autoridad alguna pueda violarlos menos aún particulares, que si bien tienen libertad para el comercio y la empresa, no pueden menoscabar intereses colectivos; siendo su deber y responsabilidad "Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular" (Art. 97 numeral 6to.), "Preservar el medio ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo sustentable" (Art. 97 numeral 16)[277].

- Respecto al deber estatal de protección, en un caso relativo a la construcción de biodigestores, la Primera Sala de la Corte Constitucional para el período de transición se refirió, de manera expresa, a los artículos 3 y 277 de la Constitución de la República del Ecuador para enfatizar que, en dichas normas ¨se consagra como deber del Estado el proteger el patrimonio natural y garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la Naturaleza¨[278].
- Sobre la aplicación de las garantías jurisdiccionales, la jurisprudencia referida en este artículo dará cuenta de la relevancia de la antigua acción de amparo para la tutela de los derechos ambientales. Esta relevancia se refleja también en la acción ordinaria de

[277] Tribunal Constitucional. Resolución No. 0335-2004-RA. Registro Oficial No. 432: 30/09/2004.
[278] Corte Constitucional para el período de transición. Primera Sala. Resolución No. 0567-08-RA. Registro Oficial No. 23. Edición Especial: 08 dec. 2009.

protección que, en palabras de Javier Dávalos es una *herramienta* ¨de enorme valor a la hora defender el derecho al ambiente sano"[279].

- En cuanto al establecimiento del marco institucional, destaca el papel de la Defensoría del Pueblo en la tutela de los derechos ambientales. En efecto, una de las primeras acciones de amparo presentadas en esta materia fue la relativa a la tutela de los derechos de las comunidades Chachi que habitan en la provincia de Esmeraldas. El caso, relativo al otorgamiento inconsulto de una concesión minera, fue promovido por la Defensoría del Pueblo. Acerca de la legitimación de la Defensoría, el Tribunal Constitucional, invocando la norma constitucional entonces vigente, concedió el amparo solicitado[280]. En la Constitución de la República del Ecuador, la Defensoría del Pueblo mantiene su función tutelar[281], la cual ha sido extendida a los derechos de la naturaleza[282].

2 Constitucionalismo Ambiental Ecuatoriano

2.1 Derecho a la salud

Hasta 1983, la Constitución no reconocía ni garantizaba el derecho a vivir en un ambiente sano. Las Constituciones de 1967 y de 1978-1979 sí reconocieron el derecho a la salud; y, sobre la base de esta perspectiva fue expedida la primera legislación relativa a la prevención y control de la contaminación ambiental.

De igual manera, la jurisprudencia adoptó la perspectiva de la salud para resolver asuntos de contaminación ambiental. Así, en un caso relativo a la contaminación del aire, por emisiones de una fábrica de cemento en la zona urbana de la ciudad de Guayaquil, la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia señaló:

> El derecho a la salud es intrínseco e inmanente a la personalidad humana, plenamente garantizado por la Constitución … por lo mismo, debe [aplicarse] de inmediato para conjurar el peligro que, como en el caso que se juzga, el de la contaminación del aire que, al circular a través de las corrientes atmosféricas, puede extenderse a otros sectores […][283].

---

279 DÁVALOS, J. El derecho al ambiente sano en la nueva Constitución. In: **Nuevas instituciones de Derecho Constitucional Ecuatoriano.** Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, 2009, p. 120.

280 Tribunal Constitucional. Resolución No. 170-2002-RA. Registro Oficial No. 651: 29/08/2002.

281 Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449: 20/10/2008. Artículo 215.

282 La Defensoría del Pueblo ejerce funciones de protección y promoción de los derechos humanos y también de los derechos de la naturaleza. Disponible en: www.dpe.gob.ec. Acceso: 29 jul. 2019.

283 Corte Suprema de Justicia. Primera Sala. Repertorio de Jurisprudencia.

En este caso, que puede considerarse como pionero en materia ambiental, la Sala dispuso la clausura inmediata de los hornos de la fábrica que, a la fecha, emitían -sin filtrar- más de cincuenta toneladas de polvo al aire de la ciudad.

2.2 Derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado

Desde 1983, la Constitución ha sido reformada y codificada en algunas ocasiones. En este proceso, los derechos, deberes y garantías ambientales fueron incorporados a la norma suprema. Desde el año 2008, el Ecuador cuenta con una nueva Constitución que también reconoce derechos de la Naturaleza. Este proceso se sintetiza a continuación[284].

2.2.1 Reformas a la Constitución Política de la República del Ecuador (1983)

El constitucionalismo ambiental ecuatoriano encuentra su punto de partida formal en la reforma constitucional de 1983, que reconoció derechos *propiamente* ambientales a las personas[285]. El texto reformado del artículo 19 numeral 2 decía:

> Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado garantiza: 2. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar por que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La Ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente[286].

Sobre la constitucionalización de este derecho, Julio César Trujillo dijo que el medio ambiente libre de contaminación fue entendido como un derecho ¨inherente a la persona, por el solo hecho de ser de naturaleza humana…¨[287]. Esta norma constitucional aportó la base normativa de una de las primeras sentencias *propiamente ambientales* de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, en una causa civil en la que la Sala de lo Civil y Comercial confirmó sentencia condenatoria al pago de daños y perjuicios causados por la administración negligente de una granja porcina, cuyas emisiones y descargas contaminantes generaron daño a los propietarios colindantes:

---

284 Vide. ECHEVERRÍA, H; SUÁREZ, J. **Tutela judicial efectiva en materia ambiental**: el caso ecuatoriano. Quito: Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, 2013.

285 La Constitución de 1979 garantizaba el derecho a un nivel de vida ¨ que asegure la salud ¨. La perspectiva tutelar de la norma suprema reflejaba el interés sanitarista entonces prevalente.

286 Reformas a la Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 569: 01/09/1983. Artículo 19 numeral 2.

287 TRUJILLO, J.C. **Teoría del Estado en el Ecuador**. Quito: Corporación Editora Nacional, 1994, p. 99.

> De lo analizado, este Tribunal llega a la conclusión de que se ha probado plenamente el daño real en los bienes de propiedad de los actores […] por parte de la Compañía demandada […] ya que ésta, al establecer una granja porcina de gran envergadura colindando con la propiedad donde se encuentra la hostería y por la negligencia de los propietarios de esta granja al no tomar las prevenciones técnicas y sanitarias para el tratamiento de las excretas y desechos orgánicos del criadero porcino ha causado los daños que los actores expresan en su demanda y ha contravenido expresas normas constitucionales como el establecido en el numeral 2 del artículo 19 de la Constitución Política […][288].

2.2.2 Constitución Política de la República del Ecuador codificada (1996)

En el año de 1996 entró en vigencia una codificación de la Constitución Política, que también incluyó importantes aspectos ambientales[289]. Al tiempo de ratificar el derecho de las personas a vivir en un ambiente libre de contaminación[290], la codificación extendió el régimen de derechos constitucionales a toda la población. El texto del primer inciso del artículo 44 numeral 2, de la Sección VI del Título II sobre derechos, deberes y garantías, decía: ¨ El Estado protege el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable…¨[291].

A través de esta reforma constitucional, se reconoció la naturaleza jurídica *supraindividual* de los derechos ambientales, que albergan *intereses difusos*, conceptualizados por la jurisprudencia ecuatoriana como aquellos en los que la ¨indeterminación de los beneficiarios adquiere importancia trascendental¨[292].

El texto constitucional también extendió el ámbito de garantía constitucional al ambiente *ecológicamente equilibrado.* Según Hernández esto significó una revisión del enfoque *netamente antropocentrista* de la reforma constitucional de 1983, para ampliar el alcance de la tutela estatal ambiental, ¨que no [podía] restringirse a la protección del ambiente en función del medio inmediato del ser humano, sino en función del objeto de protección que señala la ciencia de la ecología, esto es, el equilibrio ecológico¨[293].

---

288 Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Comercial. Juicio ordinario que, por pago de daños y perjuicios, sigue Ángel Gutiérrez en calidad de mandatario de Livia Vargas Morales en contra de la Compañía Molinos Champion. Gaceta Judicial, Serie XVI. No. 1.

289 Constitución Política de la República del Ecuador codificada. Registro Oficial No. 969: 18/06/1996. Cabe anotar que las normas codificadas correspondieron a las reformas constitucionales publicadas en el Registro Oficial No. 863: 16/01/1996.

290 Constitución Política de la República del Ecuador codificada. Registro Oficial No. 969: 18/06/1996. Artículo 22, numeral 2.

291 Constitución Política de la República del Ecuador codificada. Registro Oficial No. 969: 18/06/1996. Artículo 44.

292 Tribunal Constitucional. Tercera Sala. Resolución No. 1175-2006-RA. Registro Oficial Suplemento No. 53: 29/03/2007.

293 HERNÁNDEZ, P. Legislación Ambiental. In: **Derecho Ambiental**. Texto para la Cátedra. Quito: Corporación Latinoamericana de Desarrollo y Corporación de Gestión y Derecho Ambiental, 2005, p. 154.

La codificación de 1996 fue, además, fundamental para la aplicación del *Ius Puniendi* en materia ambiental. Así, el artículo 46 señalaba:

> La ley tipificará las infracciones y regulará los procedimientos para establecer las responsabilidades administrativas, civiles y penales, que correspondan a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, por las acciones u omisiones en contra de las normas de protección al medio ambiente[294].

Complementariamente; y, en conformidad al Principio 10 de la Declaración de Río, la norma constitucional estableció las bases procesales de la tutela judicial efectiva en materia ambiental: ¨Sin perjuicio de los derechos de los ofendidos y los perjudicados, cualquier persona natural o jurídica podrá ejercer las acciones contempladas en la Ley para la protección del medio ambiente"[295]. La Constitución de 1996 abrió paso a un interesante desarrollo jurisprudencial sobre legitimación procesal. Esto se observa, por ejemplo, en una acción de amparo para suspender la construcción inconsulta de un relleno sanitario en la que, al analizar la legitimación procesal de los accionantes, calificados por la municipalidad accionada como un 'reducido número de recurrentes que apenas representan el 0.02% de toda la población', la Segunda Sala del Tribunal Constitucional estableció:

> Los accionantes, moradores de la parroquia Ayora, cantón Cayambe en su escrito de petición inicial solicitan la defensa de ciertos derechos individuales que consideran vulnerados, como son el derecho a la consulta previa, a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, también hacen referencia a la protección del medio ambiente, en el sentido de pretender la defensa al derecho a vivir en un medio ambiente sano y libre de contaminación, a contar con los criterios de la comunidad respecto de decisiones estatales que pueden afectar el medio ambiente y las medidas que debe tomar el Estado en la materia.
>
> Al invocarse la protección del medio ambiente, que es un derecho difuso, la Ley del Control Constitucional, en su artículo 48, legitima a cualquier persona, natural o jurídica, para la interposición del amparo[296].

Finalmente, el texto constitucional de 1996 también reflejó los avances del derecho ambiental internacional[297], entre ellos la incorporación al texto constitucional de la declaratoria ambiental de interés público y el establecimiento de un sistema nacional de áreas protegidas: disposiciones que guardan conformidad con el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

---

294 Constitución Política de la República del Ecuador codificada. Artículo 46.

295 Constitución Política de la República del Ecuador codificada. Artículo 48.

296 Tribunal Constitucional. Segunda Sala. Resolución No. 157-2003-RA. Registro Oficial No. 315: 16/04/2004.

297 ALBÁN, M. El tema ambiental en el nuevo derecho constitucional ecuatoriano. **La Constitución Ciudadana**. Quito: Taurus, 2009, p. 153.

2.2.3 Constitución Política de la República del Ecuador (1998)

La Constitución Política de la República del Ecuador de 1998[298] sistematizó los avances constitucionales de las reformas de 1983 y 1996, en función del concepto de desarrollo sustentable. En tal virtud, mantuvo la declaratoria de interés público ambiental[299]; ratificó el carácter *supraindividual* de los derechos ambientales, a los que categorizó como derechos civiles[300] pero también colectivos[301]; incorporó expresamente la defensa del patrimonio natural y la protección ambiental como uno de los deberes primordiales del Estado[302]y, ratificó los fundamentos de la tutela judicial efectiva en materia ambiental[303] en términos análogos a los del texto de 1996.

La Constitución también incorporó, en el catálogo de los derechos colectivos, normas especiales de reconocimiento de derechos y garantías a los pueblos indígenas y afro-ecuatorianos, entre los que destacan derechos de contenido ambiental, incluyendo la consulta previa[304].

La Constitución de 1998 también promovió la aplicación, en nuestra materia, de garantías constitucionales, como la acción de amparo, lo cual derivó en la expedición de la primera jurisprudencia constitucional ambiental, en la que destacan las siguientes resoluciones de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional.

2.2.3.1 En un caso relativo a los efectos causados al ambiente por emisiones de una refinería de petróleo, la Sala señaló:

> No podemos olvidar que la esencia misma de los derechos humanos es la defensa de la vida y una existencia digna de hombres, mujeres y niños. El ser humano y su entorno es, y debe ser, lo más importante para el Estado y todas sus entidades; no puede ser indolente, ni debe ser cómplice de la violación de los derechos fundamentales (la vida y medio ambiente) que no son meros enunciados, y, por el

298 Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1: 11/08/1998.
299 Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1: 11/08/1998. Artículo 86.
300 Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1: 11/08/1998. Artículo 23, numeral 6.
301 Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1: 11/08/1998. Artículo 86. Con mayor exactitud, la doctrina conceptualiza los derechos ambientales como derechos difusos.
302 Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1: 11/08/1998. Artículo 3 numeral 3.
303 Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1: 11/08/1998. Artículos 87 y 91.
304 Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1: 11/08/1998. Artículo 84.

> contrario, deben ser aplicados y tener vigencia en la práctica, sin que autoridad alguna pueda violarlos[305].

2.2.3.2 En un caso relativo a las afectaciones ambientales de la construcción de obra pública municipal que no cumplió con parámetros de calidad ambiental, la Sala señaló:

> El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza la Constitución [...] entre los derechos constan el derecho a la vida, la integridad personal, el derecho a vivir en un ambiente sano, a una calidad de vida que asegure la salud; a no dudarlo estos derechos tienen una profunda significación para garantizar el futuro de la especie humana [...][306].

Cabe señalar que la Constitución de 1998 sirvió de base normativa para la promulgación de la primera legislación *propiamente ambiental*, contenida en la Ley de Gestión Ambiental y de la Ley reformatoria al Código Penal del Ecuador, que tipificó delitos ambientales al ordenamiento jurídico nacional.

De igual forma, las instituciones llamadas a la aplicación de la norma penal, como la Policía Nacional y el Ministerio Público (hoy Fiscalía) crearon sus estructuras especializadas durante la vigencia de esta carta constitucional. Eso no ocurrió, ni ha ocurrido en los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial, a pesar de que la ley así lo prevé[307].

2.3 Derechos de la Naturaleza

En el año 2008 entró en vigencia una nueva Constitución[308] que, en materia ambiental, se caracteriza por sistematizar la normativa ambiental previa; pero también por incorporar novedades jurídicas. Así, la norma suprema mantiene la estructura jurídica fundada en el deber estatal de protección del patrimonio natural[309], la declaratoria de interés público ambiental[310] y, el reconocimiento y garantía de derechos ambientales a las personas[311] y la

---

305 Tribunal Constitucional. Tercera Sala. Resolución No. 0325-2003-RA. Registro Oficial No. 195: 22/10/2003.

306 Tribunal Constitucional. Tercera Sala. Resolución No. 0222-2004-RA. Registro Oficial No. 364: 25/06/2004.

307 Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento No. 544: 09/03/2009. Artículo 246.

308 Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449: 20/10/2008.

309 Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1: 11/08/1998. Artículo 3 numeral 7.

310 Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1: 11/08/1998. Artículos 14 y 400.

311 Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1: 11/08/1998. Artículo 66 numeral 27.

población[312]. Los derechos constitucionales de los pueblos y nacionalidades también se mantienen[313].

Lo más novedoso del texto constitucional está en la sistematización de los principios de derecho ambiental[314]; la incorporación de normas de carácter procesal ambiental, como la imprescriptibilidad de las acciones por daño ambiental[315] o la inversión de la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño ambiental potencial o real[316]; y, el reconocimiento y la garantía de derechos a la naturaleza: existencia y restauración[317].

Sobre este último tema; y, tras una década, se sigue discutiendo acerca de la pertinencia del reconocimiento constitucional de derechos a la naturaleza. El debate, en líneas generales, se define entre el *simbolismo* o la *realidad* de tal reconocimiento. Para unos, los derechos de la Naturaleza no aportan ningún efecto jurídico diferenciado de los derechos ambientales. Para otros, los derechos ambientales no han sido efectivos para tutelar la Naturaleza, razón por la cual era necesario un cambio de paradigma[318]. Para unos, el reconocimiento de derechos a la Naturaleza implicaría una suerte de debilitamiento de los derechos humanos. Para otros, los derechos humanos y los derechos de la Naturaleza se complementan y se fortalecen entre sí.

Mientras la doctrina debate, los legisladores han establecido las primeras pautas sobre estos derechos, sobre todo en cuanto a legitimación procesal, otorgando a la Naturaleza la calidad de sujeto procesal. Por su parte, los jueces constitucionales están aportando las primeras líneas conceptuales, que permitirán dotar de contenido a estos derechos, sobre todo en cuanto al deber estatal de garantizar estos derechos, así como al reconocimiento de su base biocéntrica.

2.3.1 Deber estatal de garantizar los derechos de la Naturaleza

---

312 Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1: 11/08/1998. Artículo 14.

313 Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1: 11/08/1998. Artículo 57.

314 Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1: 11/08/1998. Artículo 395. Cabe anotar que la norma constitucional sistematiza otros principios, como el de prevención, precaución y participación ciudadana ambiental en los artículos 396, 397 y 398.

315 Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1: 11/08/1998. Artículo 396.

316 Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1: 11/08/1998. Artículo 397, numeral 1.

317 Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1: 11/08/1998. Artículo 10. La Constitución reconoce los siguientes derechos a la naturaleza: el derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; y, el derecho a la restauración (artículos 71 y 72).

318 Sobre los paradigmas jurídicos ambientales Vide. BRESSAN, P. Juridicidade socioambiental: paradigmas e paradoxos. Diálogo Ambiental Constitucional e Internacional, Palmas, vol. 12, p. 77-100, 2019.

Sobre el deber estatal de garantizar estos derechos, una temprana resolución de la Corte Constitucional para el período de transición, en un caso relativo a la construcción de biodigestores, señaló:

> […] no podemos dejar de lado el contenido de la protección de derechos propios de la Naturaleza, constantes en los artículos 71 y 72 de la Ley Suprema del Estado (sic) establecen que la Naturaleza tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, así como a la restauración cuando se afecten sus sistemas naturales. Más aún cuando conforme a la misma Carta Fundamental previsto en los artículos 3 y 277, se consagra como deber del Estado el proteger al patrimonio natural y garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la Naturaleza[319].

2.3.2 Base biocéntrica de los derechos de la Naturaleza

Sobre la base biocéntrica de estos derechos, la Corte Constitucional, en sentencia dictada en un caso relativo a actividades mineras no autorizadas, señaló:

> […] es evidente que la Constitución ecuatoriana tiende a una perspectiva biocéntrica de relación 'naturaleza-sociedad' en la medida en que reconoce a la naturaleza como ser vivo y como dadora de vida y, por tanto, fundamenta el respeto que le deben los seres humanos en su valoración como ente titular de derechos más allá de su utilidad para las personas[320].

Este planteamiento fue profundizado por la Corte Constitucional, en sentencia dictada en un caso relativo a la ocupación ilegal de un área natural protegida por el ecosistema manglar allí existente:

> Ahora bien, los derechos de la naturaleza constituyen una de las innovaciones más interesantes y relevantes de la Constitución actual, pues se aleja de la concepción tradicional 'naturaleza-objeto' que considera a la naturaleza como propiedad y enfoca su protección exclusivamente a través del derecho de las personas a gozar de un ambiente natural sano, para dar paso a una noción que reconoce derechos propios a favor de la naturaleza. La novedad consiste entonces en el cambio de paradigma sobre la base del cual, la naturaleza, en tanto ser vivo, es considerada un sujeto titular de derechos. En este sentido, es importante resaltar que la Constitución de la República consagra una doble dimensionalidad sobre la naturaleza y al ambiente en general, al concebirla no solo bajo el tradicional paradigma de objeto de derecho, sino también como un sujeto, independiente y con derechos específicos o propios.
>
> Lo anterior refleja dentro de la relación jurídica naturaleza-humanidad, una visión biocéntrica en la cual se prioriza a la naturaleza en contraposición a la clásica

---

319 Corte Constitucional para el período de transición. Primera Sala. Resolución No. 0567-08-RA. Registro Oficial Edición Especial No. 23: 08/12/2009.

320 Corte Constitucional. Sentencia No. 218-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento No. 629: 17/11/2015.

> concepción antropocéntrica en la que el ser humano es el centro y medida de todas las cosas donde la naturaleza era considerada una mera proveedora de recursos[321].

En este mismo caso, la Corte Constitucional también se pronunció sobre el deber estatal de garantizar estos derechos, enfatizando el papel de los jueces en su tutela efectiva:

> De tal manera, que el carácter constitucional reconocido a los derechos de la naturaleza conlleva de forma implícita la obligación del Estado a garantizar su goce efectivo, recayendo, específicamente, dentro de los órganos judiciales la tarea de velar por la tutela y protección de estos (sic), en aquellos casos sometidos a su conocimiento y donde pueden resultar vulnerados[322].

2.3.3 Integración entre derechos de la Naturaleza y otros derechos constitucionales

Este caso aportó una tercera línea conceptual, muy importante para fines de integración de los derechos de la Naturaleza conostro derechos constitucionales. Y es que el caso fue decidido por los jueces de instancia sobre la base del derecho a la propiedad y el derecho al trabajo, sin que se hayan analizado los derechos de la naturaleza. Al respecto, la Corte Constitucional conside ró que la falta de análisis sistemático de los derechos constitucionales conlleva el incumplimiento de uno de los elementos de la motivación:

> En función de lo expuesto, esta Corte evidencia que el examen realizado por los jueces provinciales dentro del presente caso se muestra totalmente apartado de la normativa constitucional desarrollada en torno al derecho a la naturaleza. Por lo tanto, al constatarse un análisis asistemático de los derechos alegados por el propietario de la camaronera …, en contraposición a los derechos a la naturaleza reconocidos en la Constitución de la República, se advierte que el estudio efectuado por los jueces de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Esmeraldas desnaturaliza los postulados constitucionales que proclaman el respeto integral a la existencia y mantenimiento de las áreas naturales, previstos específicamente en el Capítulo VII de la Norma Suprema.
> En suma, esta situación configura la ausencia de un desarrollo argumentativo ajustado a la normativa constitucional vigente; por lo que, la Corte Constitucional determina que la sentencia impugnada dentro de la presente acción extraordinaria de protección, carece de razonabilidad[323].

3 El futuro del Constitucionalismo ambiental Ecuatoriano

En 2017, David R. Boyd publicó un libro sobre los derechos de la Naturaleza, al que subtituló como ¨una revolución legal que puede salvar al mundo"[324]. La obra toma nota del reconocimiento constitucional de derechos a la Naturaleza en Ecuador, al que calificó como *pionero* a nivel mundial.

---

321 Corte Constitucional. Sentencia No. 166-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento No. 575: 28/08/2015.
322 Corte Constitucional. Sentencia No. 166-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento No. 575: 28/08/2015.
323 Corte Constitucional. Sentencia No. 166-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento No. 575: 28/08/2015.
324 BOYD, D. The rights of Nature. A legal revolution that could save the world. Toronto: ECW, 2017.

En ese mismo año, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -tomando nota del constitucionalismo ecuatoriano y de las sentencias dictadas en Colombia en los casos del río Atrato y la región amazónica- emitió una Opinión Consultiva en la advirtió una *tendencia* a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza ¨no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales¨[325].

Sin duda, el reconocimiento de derechos constitucionales a la Naturaleza ha generado la reactivación del debate sobre la relación entre el ser humano y la Naturaleza, no solo dentro del país sino en el mundo. No obstante, falta mucho camino por recorrer, sobre todo para dar contenido a estos nuevos derechos y para entender la forma en que se articularán con los demás derechos constitucionales. En mayo del 2019, esta tarea ha sido asumida por la nueva Corte Constitucional del Ecuador, la que se apresta a dictar jurisprudencia vinculante sobre estos puntos de derecho[326].

Consideraciones finales

El derecho ambiental ecuatoriano se ha edificado a partir de la progresiva integración de principios y reglas de disciplina jurídica en el ordenamiento interno. Así tenemos que *lo ambiental* está constitucionalizado en el Ecuador desde una perspectiva individual y supraindividual; desde un ámbito antropocéntrico, que trata de articularse con el emergente ámbito biocéntrico; desde una pauta de conjuga los compromisos contenidos en tratados internacionales y las bases jurídicas del derecho indígena.

Tras cuatro décadas de reformas y codificaciones constitucionales, el derecho ambiental ecuatoriano se sustenta en un esquema de derechos, deberes y garantías que son el pilar del constitucionalismo ambiental ecuatoriano. En este marco, más que los legisladores han sido los jueces quienes han aportado a su desarrollo, particularmente en cuanto a la concepción del ambiente como un bien jurídico protegido; y, a la Naturaleza como un sujeto de derechos.

Aunque el constitucionalismo ambiental ecuatoriano ha trascendido -sobre todo fuera del país- por los derechos de la Naturaleza, tal constitucionalismo abarca más que el reconocimiento de derechos de la Naturaleza. Se trata de un 'hecho trascendental' (como dijo Brañes) que, ahora, nos presenta un escenario idóneo para replantear las metas del derecho ambiental, en momentos en que es necesaria una mayor atención al componente ambiental;

325 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17: 15/11/2017.
326 Corte Constitucional del Ecuador. Sala de Selección. Caso No. 502-19-JP.

quizá el componente -hasta la fecha- más débil de la trilogía conceptual del desarrollo sustentable.

Referencias

ALBÁN, M. El tema ambiental en el nuevo derecho constitucional ecuatoriano. **La Constitución Ciudadana**. Quito: Taurus, 2009.

BOYD, D. The rights of Nature. **A legal revolution that could save the world**. Toronto: ECW, 2017.

BRAÑES, R. El acceso a la justicia ambiental en América Latina y la legitimación procesal en los litigios civiles de naturaleza ambiental en los países de la región. In: **Justicia Ambiental**: Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 317-371.

BRESSAN, P. Juridicidade socioambiental: paradigmas e paradoxos. Diálogo Ambiental Constitucional e Internacional, Palmas, vol. 12, 2019.

CAFFERATTA, N. **Los principios y reglas del derecho ambiental**. Disponible en: https://es.scribd.com/document/216166293/Los-Principios-y-Reglas-del-Derecho-Ambiental-Nestor-Cafferatta. Acceso: 20 jun. 2019.

DÁVALOS, J. El derecho al ambiente sano en la nueva Constitución. *In*: SAAVEDRA, Luis Angel Saavedra **Nuevas instituciones de Derecho Constitucional Ecuatoriano.** Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, 2009. p. 111-125.

ECHEVERRÍA, H; SUÁREZ, J. **Tutela judicial efectiva en materia ambiental**: el caso ecuatoriano. Quito: Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, 2013.

HERNÁNDEZ, P. Legislación Ambiental. In: **Derecho Ambiental. Texto para la Cátedra**. Quito: Corporación Latinoamericana de Desarrollo y Corporación de Gestión y Derecho Ambiental, 2005.

MAY, J.; DALY, E. **Global Environmental Constitutionalism**. New York: Cambridge, 2015.

TRUJILLO, J.C. **Teoría del Estado en el Ecuador**. Quito: Corporación Editora Nacional, 1994.

NORMAS VIGENTES

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449: 20/10/2008.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento No. 544: 09/03/2009. Artículo 246.

NORMAS HISTóRICAS

Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1: 11/08/1998.

Constitución Política de la República del Ecuador. Codificación. Registro Oficial No. 969: 18/06/1996.

Constitución Política de la República del Ecuador. Reforma. Registro Oficial No. 569: 01/09/1983.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional del Ecuador. Sala de Selección. Caso No. 502-19-JP: 06/05/2019.

Corte Constitucional. Sentencia No. 218-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento No. 629: 17/11/2015.

Corte Constitucional. Sentencia No. 166-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento No. 575: 28/08/2015.

Corte Constitucional para el período de transición. Primera Sala. Resolución No. 0567-08-RA. Registro Oficial No. 23. Edición Especial: 08/12/2009.

Tribunal Constitucional. Tercera Sala. Resolución No. 1175-2006-RA. Registro Oficial Suplemento No. 53: 29/03/2007.

Tribunal Constitucional. Tercera Sala. Resolución No. 0222-2004-RA. Registro Oficial No. 364: 25/06/2004.

Tribunal Constitucional. Segunda Sala. Resolución No. 157-2003-RA. Registro Oficial No. 315: 16/04/2004.

Tribunal Constitucional. Resolución No. 0335-2004-RA. Registro Oficial No. 432: 30/09/2004.

Tribunal Constitucional. Tercera Sala. Resolución No. 0325-2003-RA. Registro Oficial No. 195: 22/10/2003.

Tribunal Constitucional. Resolución No. 170-2002-RA. Registro Oficial No. 651: 29/08/2002.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala. Repertorio de Jurisprudencia.

Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Comercial. Juicio ordinario que, por pago de daños y perjuicios, sigue Ángel Gutiérrez en calidad de mandatario de Livia Vargas Morales en contra de la Compañía Molinos Champion. Gaceta Judicial, Serie XVI. No. 1

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17: 15/11/2017.

Responsabilidade ambiental e a valoração do dano

Environmental responsibility and damage recovery

Lyssandro Norton Siqueira

Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional, pela PUC/RIO. Mestre em Direito, pela Faculdade Milton Campos. Procurador do Estado de Minas Gerais. Professor dos Cursos de Graduação do Centro Universitário UNIBH, do Centro Universitário UNA, da Escola Superior Dom Helder Câmara.

Resumo: O presente trabalho tem por objeto a análise de aspectos da Responsabilidade Ambiental e da Valoração do Dano Ambiental. O ponto de partida é o surgimento do Direito Ambiental, a partir da crise ambiental, nos países que primeiro experimentaram a aceleração do processo produtivo, com o advento da Revolução Industrial. A Responsabilidade Ambiental consolida-se a partir da constatação da crise ambiental e da evolução do Direito Ambiental. No Brasil, houve a construção de um robusto sistema de Responsabilidade Civil Ambiental tanto no aspecto legal, com a previsão da responsabilidade objetiva, quanto jurisprudencial. A evolução do arcabouço jurídico não foi, entretanto, acompanhada pelo sistema de valoração econômico do dano ambiental, causando um cenário de insegurança jurídica. A adoção de critérios normativos de valoração ambiental, objetivos e seguros, poderá, ainda, diminuir o grau de imprecisão em eventual atuação do Poder Judiciário, possibilitando uma maior previsibilidade dos resultados de perícias judiciais, e, com isso, maior segurança jurídica.

Palavras-chave: **Direito Ambiental. Responsabilidade Ambiental. Valoração do Dano.**

Abstract: This paper aims to analyze aspects of Environmental Responsibility and Environmental Damage Valuation. The starting point is the emergence of Environmental Law from the environmental crisis, in countries that first experienced the acceleration of the production process, with the advent of the Industrial Revolution. Environmental Responsibility is consolidated from the observation of the environmental crisis and the evolution of Environmental Law. In Brazil, there was the construction of a robust system of Environmental Liability in both the legal aspect, with the provision of objective liability, as well as case law. The evolution of the legal framework was not, however, accompanied by the economic valuation system of environmental damage, causing a scenario of legal insecurity. The adoption of normative criteria of environmental valuation, objective and safe, may also reduce the degree of inaccuracy in the eventual performance of the judiciary, enabling greater predictability of the results of judicial expertise, and thus, greater legal certainty.

Keywords: Environmental Law. Environmental Responsibility. Damage Recovery.

Introdução

Neste trabalho, serão compartilhadas algumas reflexões sobre a responsabilidade por danos ao meio ambiente e a valoração dos danos ambientais. A análise será feita, à luz da evolução do Direito Ambiental, representada pela consolidação dos instrumentos jurídicos para a responsabilização ambiental.

Doutrina e jurisprudência contribuíram para um sistema jurídico protetivo do meio ambiente, com a criação de novos institutos e releitura de outros, sob a perspectiva da tutela de um direito fundamental, essencial à sadia qualidade de vida.

A prática dos institutos jurídicos ambientais está, contudo, distante do universo teórico. A falta de critérios objetivos para a valoração dos danos ambientais é um dos problemas enfrentados para a efetividade do sistema jurídico.

Pretende-se, assim, fazer uma abordagem da evolução da responsabilidade civil ambiental no Brasil e de alguns obstáculos para a sua efetivação.

1 Degradação ambiental e responsabilidade

O Direito Ambiental teve como fato histórico ensejador de seu desenvolvimento a denominada crise ambiental. Entende-se por crise ambiental a concentração de efeitos, no tempo e no espaço, da atividade produtiva decorrente da revolução industrial. Esses efeitos vêm sendo potencializados ao longo dos anos. Assim, os países que primeiro experimentaram os benefícios da revolução industrial foram também os primeiros a experimentar as repercussões negativas. Não obstante o surgimento do Direito Ambiental, a crise ambiental decorrente da revolução industrial prossegue em largo avanço à medida que mais países têm acesso aos seus prolongamentos:

> Tem-se freqüentemente descoberto - e com razão - no movimento da história mundial duas acelerações decisivas do seu ritmo. O motor da primeira foi o que se denomina a revolução neolítica (domesticação dos animais, agricultura, descoberta das artes da tecelagem e da cerâmica, sedentarização consequente dos grupos humanos etc.). Estamos ainda vivendo, e cada vez mais (se nos é lícita a expressão) no prolongamento da segunda aceleração, a revolução industrial do século XIX.[327]

A segunda metade do século XX foi marcada, assim, por ações que refletiam uma mudança comportamental, em relação ao meio ambiente natural, tendo como grande marco inicial, a Convenção da Organização das Nações Unidas para o meio ambiente, realizada em Estocolmo, em 1972. Os anos que se seguiram confirmaram a mudança de entendimento quanto à exploração do Planeta, atingindo certa maturidade, bem retratada por Bruno Latour:

> Em Paris, Londres e Amsterdã, neste mesmo glorioso ano de 1989, são realizadas as primeiras conferências sobre o estado global do planeta, o que simboliza, para alguns observadores, o fim do capitalismo e de suas vãs esperanças de conquista ilimitada e de dominação total sobre a natureza. Ao tentar desviar a exploração do homem pelo homem para uma exploração da natureza pelo homem, o capitalismo multiplicou indefinidamente as duas. O recalcado retorna e retorna em dobro: as multidões que deveriam ser salvas da morte caem aos milhões na miséria; as naturezas que deveriam ser dominadas de forma absoluta nos dominam de forma igualmente global, ameaçando a todos. Estranha dialética esta que faz do escravo dominado o mestre e dono do homem, e que subitamente nos informa que inventamos os ecocídios e ao mesmo tempo as fomes em larga escala.
>
> A simetria perfeita entre a queda do muro da vergonha e o desaparecimento da natureza ilimitada só não é vista pelas ricas democracias ocidentais. De fato, os socialismos destruíram ao mesmo tempo seus povos e seus ecossistemas, enquanto que os do Ocidente setentrional puderam salvar seus povos e algumas de suas paisagens destruindo o resto do mundo e jogando os outros povos na miséria. Dupla tragédia: os antigos socialismos pensam poder remediar seus dois problemas

327 CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. São Paulo: Cosac Naify, 2012. p. 12.

> imitando o oeste; este acredita ter escapado aos dois e poder, na verdade, ensinar lições enquanto deixa morrer a Terra e os homens. Acredita ser o único a conhecer o truque que permite ganhar sempre, justamente quando talvez tenha perdido tudo[328].

Como consequência da conscientização quanto aos efeitos da crise ambiental e da evolução do Direito Ambiental, consolidou-se o instituto da responsabilidade ambiental, com tratamento diferenciado aos danos causados ao meio ambiente.

A responsabilidade civil deve ter por objetivo o equilíbrio, o restabelecimento da igualdade. Tratando-se de meio ambiente, o equilíbrio deve ser buscado à luz dos princípios da equidade e do desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido, a responsabilização ambiental é importante instrumento para a efetivação da solidariedade intergeracional. O princípio do desenvolvimento sustentável, ou da solidariedade intergeracional, tem relação direta com a necessidade de responsabilização.

No Brasil, a Constituição da República prevê, em seu art. 225, a tríplice responsabilidade ambiental, ou seja, o causador do dano ambiental poderá ser responsabilizado nas esferas administrativa, penal e cível.

> Art. 225
>
> § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, **a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados**[329]. (grifo nosso)

A responsabilidade penal ambiental está regulada pela Lei nº 9.605, de 1998, com a previsão de tipos penais ambientais e com inovações, como a imputação de responsabilidade penal à pessoa jurídica, prevista no art. 3º:

> Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade[330].

---

328 LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**: ensaio de antropologia simétrica. tradução Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994, p. 14.

329 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.

330 BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1988**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 9 dez. 2019.

Já a responsabilidade administrativa ambiental consiste no exercício do poder de polícia pela Administração Pública, reprimindo condutas tipificadas pelas normas ambientais. Atualmente, a responsabilidade administrativa, no âmbito federal, tem previsão, quanto à definição dos tipos administrativos, no Decreto nº 6.514, de 2008[331].

A Constituição da República, de 1988, estabelece que a competência administrativa é comum aos entes federados para a proteção do meio ambiente, preservação das florestas, fauna e flora, conforme artigo 23, incisos VI e VII. E diverso não poderia ser. Se o meio ambiente é um bem público, perpassado por externalidades positivas e negativas, todos os entes são corresponsáveis e devem atuar no regime de cooperação federativa.

A Lei Complementar nº 140, de 2011, regulamentou o artigo 23 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988, e fixou normas para cooperação dos entes federados. Um aspecto importante disposto pela Lei Complementar consiste na vinculação da fiscalização ao licenciamento, conforme dispõe o artigo 17:

> Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada[332].

Embora o ente responsável pela fiscalização seja aquele que concedeu o licenciamento, a Lei Complementar nº 140, de 2011, manteve a competência comum e o ímpeto de coordenação e cooperação entre os entes federados. Nesse sentido, ordenou que aquele que soubesse do risco de dano atuasse imediatamente, assegurando o exercício da atribuição comum:

> § 2º Nos casos de iminência ou ocorrência de degradação da qualidade ambiental, o ente federativo que tiver conhecimento do fato deverá determinar medidas para evitá-la, fazer cessá-la ou mitigá-la, comunicando imediatamente ao órgão competente para as providências cabíveis.

---

331 BRASIL. **Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008**. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6514.htm. Acesso em: 9 dez. 2019.

332 BRASIL. **Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011**. 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 relativas 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; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm. Acesso em: 18. fev. 2017.

> § 3º O disposto no caput deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o caput[333].

Sem prejuízo da importância das responsabilidades administrativa e penal, interessa ao desenvolvimento deste trabalho tecer algumas considerações acerca da responsabilidade civil ambiental.

O sistema geral de responsabilidade civil no Brasil é, desde o Código Civil, de 1916, subjetivo, exigindo-se, para a responsabilização do autor do ilícito, a demonstração da culpa do ato antijurídico, além da prova do dano e do nexo de causalidade.

Com o advento da Lei nº 6.938, de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, foi estabelecida a responsabilidade civil ambiental objetiva, ou seja, dispensada a investigação da culpabilidade, tem-se a responsabilização com a prova do ato antijurídico, do dano e do nexo de causalidade, conforme o disposto no art. 14, § 1º:

> Art. 14.
>
> §1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente[334].

A par da sua regulamentação legal, a responsabilidade ambiental cível é seguramente um dos temas sobre o qual mais se debate em Direito Ambiental, com vasta produção doutrinária e diversas manifestações de nossos tribunais, especialmente do Superior Tribunal de Justiça.

---

333 BRASIL. **Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011**. 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 relativas 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; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm. Acesso em: 18. fev. 2017.

334 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. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 9 dez. 2019.

Apenas para mencionar alguns aspectos controvertidos acerca do tema, cumpre destacar, por exemplo, a adoção da Teoria do Risco Integral, não se admitindo as excludentes do nexo de causalidade.

A adoção da responsabilidade civil objetiva não implica necessariamente a adoção da Teoria do Risco Integral, ou seja, mesmo na responsabilização, independentemente de culpa, são admitidas as excludentes do nexo de causalidade: caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. Em matéria ambiental, contudo, tem-se adotado a Teoria do Risco Integral, não se admitindo as excludentes do nexo de causalidade, como no seguinte julgamento, sob o rito do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil (recurso repetitivo):

> RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE.
>
> 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar [...][335].

Destaque-se o voto do relator:

> Com efeito, em relação aos danos ambientais, incide a teoria do risco integral, advindo daí o caráter objetivo da responsabilidade, com expressa previsão constitucional (art. 225, § 3º, da CF) e legal (art.14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981), sendo, por conseguinte, descabida a alegação de excludentes de responsabilidade, bastando, para tanto, a ocorrência de resultado prejudicial ao homem e ao ambiente advinda de uma ação ou omissão do responsável. Por todos, Annelise Monteiro Steigler leciona que, conforme o disposto no artigo 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, tendo por pressuposto a existência de atividade que implique riscos para a saúde e para o meio ambiente, sendo o nexo de causalidade "o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato que é fonte da obrigação de indenizar", de modo que aquele que explora a "atividade econômica coloca-se na posição de garantidor da preservação ambiental, e os danos que digam respeito à atividade estarão sempre vinculados a ela"; por isso, descabe a invocação, pelo responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil [...][336].

---

335 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ. - 2ª Seção - **RESP n. 1374284/MG -** Rel.: Min. Luis Felipe Salomão - DJ 27/08/2014 - DJe 05/09/2014. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1374284+&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 23 fev. 2017.

336 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ. - 2ª Seção - **RESP n. 1374284/MG -** Rel.: Min. Luis Felipe Salomão - DJ 27/08/2014 - DJe 05/09/2014. Disponível em:

A adoção da teoria do risco integral, ao não admitir excludentes de responsabilidade, como o caso fortuito ou a força maior, favorece a imputação de responsabilidade aos responsáveis pelo empreendimento potencialmente causador do dano ambiental.

Outra questão relevante, diz respeito à adoção da tese da imprescritibilidade da reparação do dano ambiental.

Sob a justificativa de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida e, portanto, direito fundamental, tem crescido em nossos tribunais a orientação de que a pretensão de reparação do dano ambiental seria imprescritível. Nesse sentido, o seguinte julgado:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – DIREITO AMBIENTAL- AÇÃO CIVIL PÚBLICA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – IMPRESCRITIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL – PEDIDO GENÉRICO – ARBITRAMENTO DO QUANTUM DEBEATUR NA SENTENÇA: REVISÃO, POSSIBILIDADE – SÚMULAS 284/STF E 7/STJ.
>
> [...]
>
> 6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal.
>
> 7. Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer , considera-se imprescritível o direito à reparação.
>
> 8. O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental[337].

Discute-se, entretanto, o alcance do entendimento relativo à imprescritibilidade. Com efeito, a proteção pelo manto da imprescritibilidade não acobertaria as questões de ordem material, mas apenas as pretensões referentes à recuperação do meio ambiente.

Como se pode ver, houve, pelo Direito Ambiental Brasileiro, uma grande evolução no tratamento do tema. Essa evolução tem, entretanto, enfrentado algumas barreiras no que

---

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1374284+&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 23 fev. 2017.

[337] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL: **REsp 1120117 AC 2009/0074033-7**. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Recorrente: Orleir Messias Cameli e outro. Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5706626/recurso-especial-resp-1120117-ac-2009-0074033-7/inteiro-teor-11866112?ref=juris-tabs. Acesso em: 9 dez. 2019.

tange à sua implementação, especialmente quanto à dificuldade de valoração do dano ambiental.

2 Entraves à efetivação da responsabilidade ambiental: valoração ambiental

O principal objetivo do Direito Ambiental é o controle preventivo de danos ou impactos ambientais, por meio da aplicação dos Princípios da Prevenção e da Precaução. Alguns institutos ambientais estão diretamente relacionados à ideia de compensação ambiental, acarretando ônus aos empreendimentos que possam, potencialmente, causar impactos ambientais. Como exemplo, podemos listar a obrigação legal de compensação ambiental prevista no art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000. Assim, quando da concepção e planejamento do empreendimento, deverão ser contemplados todos os impactos econômicos dele decorrentes.

Há, entretanto, um grande desafio quanto à quantificação dos impactos e danos ambientais. O desafio de valoração do meio ambiente é fator de incerteza no planejamento econômico da administração pública e da atividade empresarial, por não permitir ao empreendedor a previsão do custo de instalação e operação do seu empreendimento. Seja na aplicação de institutos jurídicos como a compensação ambiental, seja na busca da reparação do ilícito ambiental, deve-se buscar a igualdade, mas, para tanto, há o grande desafio de quantificar o meio ambiente.

A utilização de distintos critérios de valoração de forma indiscriminada, tanto no licenciamento, especialmente na compensação ambiental, quanto na reparação de danos ambientais, além de gerar uma indesejada insegurança jurídica poderá afetar a livre concorrência. Com efeito, empreendimentos semelhantes poderão ter tratamentos distintos quanto a essa valoração, tendo por consequência influências diretas em seu custo.

Lado outro, caso tal tratamento distinto seja proveniente do exercício do Poder de Polícia pelos entes federados, como, por exemplo, na fixação do valor da compensação ambiental, haverá uma indevida regulação da atividade econômica. Para evitar problemas como este, há necessidade de positivação dos critérios, diminuindo a discricionariedade do Poder Público.

É comum se afirmar que os bens naturais são tão importantes e imprescindíveis para o homem que seria impossível lhes atribuir um valor econômico, mas é certo que, ao exercer o controle de atividades poluentes, protegendo mais ou menos determinados bens naturais de

acordo com os efeitos que os impactos negativos causem ao bem-estar do homem, já se faz uma valoração da natureza.

A dificuldade de conversão monetária do bem natural transforma em tarefa espinhosa, mas não impossível, a apuração do valor econômico das externalidades ambientais negativas, seja do impacto, seja do dano ambiental, gerando também incertezas para imposição de medidas compensatórias ou reparatórias[338].

Afinal, "quanto vale monetariamente uma espécie em extinção? Ou um patrimônio histórico?" Trata-se de indagações para as quais não existem respostas precisas, o que não pode, de outro modo, levar à conclusão de que se cuida de um problema sem solução. Cabe ao Direito Ambiental buscar soluções que permitam a valoração mais aproximada possível do bem natural[339].

A valoração econômica ambiental é importante não só para possível fixação dos valores de garantias, mas também para a imposição de medidas compensatórias, restauradoras ou recuperadoras do meio ambiente.

Nos termos do disposto no art. 2º da Lei nº 9.985, de 2000, restauração consiste na restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada o mais próximo possível da sua condição original. Recuperação, por sua vez, consiste na restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a uma condição não degradada, que pode ser diferente de sua condição original. Em ambos os casos, trata-se da reparação ambiental.

Nas situações em que a reparação ambiental não seja possível, via restauração ou recuperação, de forma total ou parcial, surge a possibilidade da adoção de medidas compensatórias, com o objetivo de que o patrimônio ambiental continue qualitativa e quantitativamente semelhante, compensando-se natureza por natureza[340].

Apenas nas hipóteses em que não for possível a adoção de medidas restauradoras, recuperadoras ou compensatórias ecológicas, é que se buscará, subsidiariamente, a

---

338 STEIGLEDER, A. M. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 236-237.

339 LEITE, J. R. M.; CANOTILHO, J. J. G. (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 229.

340 LEITE, J. R. M.; MELO, M. E. **Reparação do dano ambiental**: considerações teóricas e normativas acerca de suas novas perspectivas e evolução. [2016]. p. 16. Disponível em: http://www.nima.puc-rio.br/aprodab/melissa_ely_mello_e_jose_rubens_morato_leite.pdf. Acesso em: 17 mar. 2016.

indenização. Tal conclusão, na lição de José Rubens Morato Leite e Melissa Ely Melo, pode ser extraída do disposto no art. 84, § 1º, da Lei nº 8.078, de 1990, aplicada subsidiariamente às questões ambientais, e pelo qual a conversão de uma obrigação de fazer em perdas e danos somente será admissível se impossível a tutela específica da obrigação assumida ou a obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento[341].

Sendo, entretanto, impossível a reparação sob a forma de retorno ao *status quo ante*, ou sendo insuficiente a adoção de medidas compensatórias ecológicas como forma de reparação, o impacto ou o dano ambiental deverão ser indenizados. Seja para o cálculo dessa indenização, seja para o estabelecimento das medidas restauradoras ou compensatórias, é essencial a valoração do bem natural afetado.

Em ações judiciais de indenização por danos ambientais, a apuração dos valores é, em regra, estabelecida em perícia técnica, mas mesmo pela prova pericial são grandes as dificuldades para a fixação de valores exatos, exatamente porque os bens naturais não possuem valor de mercado[342].

Veja-se, por exemplo, o caso do rompimento da barragem de rejeitos da Indústria Cataguases de Papel, ocorrido em 29 de março de 2003, em que foram despejados quinhentos milhões de litros de lixívia no Córrego do Cágado, no Rio Pomba e no Rio Paraíba do Sul. O Ministério Público Federal propôs, em 2005, ação civil pública, visando à reparação do dano ambiental. Em 2007, sem que fosse devidamente encerrada a fase probatória e sem perícia para apurar o dano ou valorá-lo, foi proferida sentença, condenando solidariamente todos os réus (incluídos aí a União Federal, o Ibama e o Estado de Minas Gerais) "à prestação da quantia pecuniária de R$140.644.483,17 (cento e quarenta milhões, seiscentos e quarenta e quatro mil e quatrocentos e oitenta e três reais e dezessete centavos)"[343]. O juiz simplesmente atualizou o valor da causa, arbitrado pelo Ministério Público Federal de modo aleatório, sem que tivesse sido produzida prova para apurar os danos ou o seu valor.

No desastre ocorrido no município de Mariana (MG), com o rompimento da barragem Fundão, carreando 34 milhões de m³ de rejeitos, pelos rios Gualaxo, Carmo e Doce,

---

341 BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 9 dez. 2019.

342 STEIGLEDER, A. M. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 236.

343 Processo nº 2005.51.03.001.143-3 – 2ª Vara Federal de Campos dos Goytacazes – Seção Judiciária do Rio de Janeiro – Sentença de 28/11/2007.

houve uma grande indefinição quando à estimativa dos valores do referido dano ambiental dada a falta de parâmetros objetivos para valoração, especialmente dos bens naturais atingidos[344]. Em razão das dificuldades em quantificar os danos decorrentes no maior desastre ambiental da história brasileira, optou-se por uma composição judicial em que foram previstas obrigações de formulação e execução de programas de restauração e compensação socioeconômicos[345] e socioambientais[346]. Essa não é a melhor solução, pois a fixação de obrigações sem o correspondente valor econômico pode gerar as anunciadas dificuldades em caso de inadimplência. Neste caso específico, o potencial econômico das empresas controladoras da Samarco (Vale S.A. e BHP Billiton Brasil Ltda., as duas maiores mineradoras do mundo), também signatárias do termo[347], dá ao acordo mais garantia de cumprimento, pois a depender apenas da Samarco, que teve suas atividades suspensas no dia do desastre, haveria sérios riscos de inadimplência.

A indefinição quanto aos parâmetros necessários para a valoração econômica ambiental dá margem a cenários absurdos. Após o acordo celebrado na ação civil pública proposta por União, Estados de Minas Gerais e Estado do Espírito Santo contra Samarco,

---

344 Notícia veiculada no Jornal Folha de São Paulo, de 15/11/2015, alertava para a dificuldade de valoração dos danos ambientais: Na última sexta-feira, dia 13, a Justiça de Minas Gerais determinou o bloqueio de R$ 300 milhões na conta da Samarco. A decisão liminar decorre de ação civil pública do Ministério Público Estadual, que listou mais de 500 desabrigados pelo rompimento das barragens. O valor deve ser revertido para reparação dos danos às vítimas. Ainda assim, segundo estimativa de Alessandra Magrini, professora de planejamento energético e ambiental da Coppe–UFRJ e especialista no cálculo de prejuízos em desastres ambientais, os danos causados pelo desastre de Mariana "serão da ordem de bilhões". "É preciso contabilizar a produção sacrificada, ou seja, pesca, criações, plantações e outras atividades econômicas perdidas, mas também os danos aos recursos naturais, à fauna e à flora e às funções ambientais que eles exercem", declara. Magrini foi uma das responsáveis pelo cálculo da indenização do acidente que despejou 1,3 milhão de litros de óleo pela Petrobras na baía de Guanabara em 2000. À época, a reparação foi avaliada em cerca de R$ 350 milhões. Segundo ela, "recursos naturais são de valoração pouco trivial". "Quanto custa a perda de uma espécie, de um rio ou de um manguezal?". Ela destaca o acordo feito há menos de dez dias entre EUA e a petroleira BP, responsável pelo vazamento de óleo no Golfo do México: US$ 20 bilhões (R$ 76,7 bilhões). "Para se chegar a este valor, são necessários estudos do impacto do desastre que levem em conta não só a extensão do dano no espaço mas também o prejuízo ao longo do tempo", diz. "Isso deveria ser feito no caso de Mariana", avalia. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/11/1706510-tragedia-em-minas-gerais-deve -secar-rios-e-criar-deserto-de-lama.shtml. Acesso em: 18 mar. 2016.

345 Acordo celebrado nos autos da Ação Civil Pública n. 0069758-61.2015.4.01.3400, em trâmite na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais.

346 Acordo celebrado nos autos da Ação Civil Pública n. 0069758-61.2015.4.01.3400, em trâmite na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais.

347 O acordo foi assinado por Samarco Mineração S/A, Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda. A Samarco Mineração S/A é a operadora da barragem de Fundão e poluidora direta. Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda., na qualidade de controladoras da companhia Samarco Mineração S/A, são poluidores indiretos, figurando como corresponsáveis solidários. A Vale S/A, por despejar rejeitos de mineração na barragem de Fundão, conforme demonstrado no Processo DNPM (Departamento Nacional de Produção Mineral) n. 930.193/1982, (DNPM)- também é poluidora direta.

Vale e BHP[348], o Ministério Público Federal, argumentando que aquele acordo "não se presta à tutela adequada dos direitos coletivos afetados pelo evento", propôs nova ação civil pública[349], com petição inicial de 359 páginas, atribuindo à causa o estrondoso valor de R$ 155.052.000.000,00 (Cento e cinquenta e cinco bilhões e cinquenta e dois milhões de reais).

Enquanto na primeira ação civil pública, proposta pelo conjunto dos entes federados, a estimativa dos valores dos danos ambientas atingiu a cifra de R$ 20 bilhões de reais, na nova ação civil pública, proposta pelo Ministério Público Federal, a estimativa é de R$ 155 bilhões de reais.

Tal constatação evidencia a importância em se adotarem critérios normativos de valoração ambiental, objetivos e seguros, de modo a diminuir o grau de imprecisão em eventual atuação do Poder Judiciário.

A valoração do meio ambiente deve evoluir no sentido de haver padronização dos critérios e a sua efetiva utilização, tanto para o cálculo de impactos quanto de eventuais danos ambientais, trazendo mais segurança jurídica.

A adoção de critérios normativos de valoração ambiental, objetivos e seguros poderá, ainda, diminuir o grau de imprecisão em eventual atuação do Poder Judiciário, possibilitando mais previsibilidade dos resultados de perícias judiciais, e, com isso, mais segurança jurídica. Para tanto, mostra-se necessário o estabelecimento de parâmetros objetivos.

Considerações finais

Para assegurar uma sadia qualidade de vida para a presente e às e futuras gerações, é preciso que tenhamos o meio ambiente como um bem de uso comum do povo, adotando medidas de prevenção e precaução para evitar a ocorrência de danos ambientais.

Ocorridos os danos, tem importante papel a responsabilidade ambiental, que, no Brasil, é tríplice: administrativa, penal e cível.

Neste trabalho, foi analisada a evolução da responsabilidade civil ambiental como um importante instrumento jurídico para a busca da reparação de danos ambientais.

---

348 Acordo firmado na Ação Civil Pública n. 0069758-61.2015.4.01.3400, em trâmite na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. Homologado pela Desembargadora Maria do Carmo Cardoso, Coordenadora-Geral do Sistema de Conciliação da Justiça Federal da Primeira Região, no dia 05/06/2016.

349 Ação Civil Pública n. 0023863-07.2016.4.01.3800 – 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Belo Horizonte/MG.

A dificuldade de correta valoração dos danos ambientais foi identificada como um dos entraves à plena efetivação da responsabilidade civil ambiental.

Como forma de diminuir os entraves à efetividade da responsabilidade ambiental, sugere-se a evolução da valoração do dano ambiental, com a fixação de critérios objetivos, aptos a trazer segurança jurídica ao tema.

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. **Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008**. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6514.htm. Acesso em: 9 dez. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011**. 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 relativas 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; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm. Acesso em: 18 fev. 2017.

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. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 9 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 9 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1988**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 9 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL: **REsp 1120117 AC 2009/0074033-7**. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Recorrente: Orleir Messias Cameli e outro. Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5706626/recurso-especial-resp-1120117-ac-2009-0074033-7/inteiro-teor-11866112?ref=juris-tabs. Acesso em: 9 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ. - 2ª Seção - **RESP n. 1374284/MG** - Rel.: Min. Luis Felipe Salomão - DJ 27/08/2014 - DJe 05/09/2014. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1374284+&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 23 fev. 2017.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**: ensaio de antropologia simétrica. tradução Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994.

LEITE, J. R. M.; CANOTILHO, J. J. G. (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE, J. R. M.; MELO, M. E. **Reparação do dano ambiental**: considerações teóricas e normativas acerca de suas novas perspectivas e evolução. [2016]. p. 16. Disponível em: http://www.nima.puc-rio.br/aprodab/melissa_ely_mello_e_jose_rubens_morato_leite.pdf. Acesso em: 17 mar. 2016.

STEIGLEDER, A. M. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Vedação do Retrocesso Ambiental e "Arquitetura de Consensos" na atuação dos Poderes da República: uma luz a partir do arquivamento da PEC 65/2012

Prohibition of Environmental Setback and "Consensus Architecture" in the performance of the Powers of the Republic: a light from the filing of PEC 65/2012

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. Coordenadora Cientifica do Diálogo ACI. Instagram @dialogoaci2012.

Maria Eduarda Ferreira da Silva Cruz

Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza.

Resumo: Analisar a vedação do retrocesso ambiental e a arquitetura de consensos nas atuações dos Poderes da República: Legislativo, Executivo e Judiciário. A pesquisa faz um recorte na interpretação do arquivamento da Proposta de Emenda à Constituição nº 65, de 2012 como um caminho para legisladores e magistrados aplicarem a ponderação para a consensualidade ambiental nos conflitos com outros direitos, a exemplo, a livre inciativa, as obras públicas desenvolvimentistas municipais, a atividade empreendedora dos chefes do executivo municipal, estadual e federal. A metodologia aplicada é do tipo bibliográfica, abordagem qualitativa e quanto aos objetivos é descritiva, visto que buscou-se descrever, explicar, esclarecer e interpretar a atuação dos Poderes de República na prossecução da vedação do retrocesso ambiental a partir das suas leis, políticas ambientais e decisões consensualmente deliberadas *in dubio* pró ambiente. Conclui-se que a arquitetura de consensos é o caminho para alcançar a segurança jurídica de leis, decisões judiciais e governança ambiental não retrocedente, mas ainda é longo o caminho. De todo modo, a atuação dos Poderes da Repúblicas deve ser pautada na harmonização dos conflitos ambientais.

Palavras-chave: Vedação do Retrocesso Ambiental. Arquitetura de consensos. Poderes da República. Proposta de Emenda à Constituição nº 65, de 2012.

Abstract: Analize the prohibition of environmental setback and the architecture of consensus in the actions of the Powers of the Republic: Legislative, Executive and Judiciary. The research makes a cut in the interpretation of the filing of the Poposed Amendment to Constitution nº 65/2012 as a way for legislators and magistrates to apply the reflection for environmnetal consensual in conflicts with other rights, for instance, free initiative, developmentalists municipal public works, the entrepreneurial activity of the chiefs of the municipal, state and federal executive. The applied methodology, bibliographic type, qualitative treatment and the objective is descriptive since it aims to describe, to explain, to clarify and to interpret the performance of the Powers of the Republic in the pursuit of the prohibition of the environmental setback based on their laws, court decisions and environmnetal governance, but there is still a long way to go. Ayway the performance of the Powers of the Republic must be guided by the harmonization of the environmnetal conflict.

Keywords: Sealing the environmental setback; Consensus architecture; Powers of the Republic; Proposed amendment to the Constitution.

Introdução

A pesquisa tem o escólio de analisar as práticas cotidianas de consensos ambientais e afeitas ao Princípio da Vedação do Retrocesso Ambiental nas atuações dos Poderes da República. Faz um recorte na análise do arquivamento da Proposta de Emenda à Constituição – PEC 65, de 2012, originária do Senado Federal, cuja justificativa do proponente consistia em acrescentar um parágrafo ao art. 225 da Constituição Federal para "assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental"; dispõe que a "apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da

obra, que não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente".

O risco de retrocesso ambiental parece ter sido resolvido após o arquivamento da PEC 65, de 2012. No entanto, qualquer parlamentar, seja da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, pode vir a submeter Proposta de Emenda à Constituição que venha retroceder a proteção ambiental no Brasil.

Não menos prejudicial, o Poder Executivo pode aprovar Resoluções retrocedentes à arquitetura protecionista ambiental. Assim foi feito recentemente pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, na reunião realizada no dia 28 de setembro de 2020, onde foram revogadas regras que protegiam áreas de manguezais e de restingas. Também foi reduzida a participação da sociedade civil no Conselho. Entrementes, a Advocacia Geral da União rebate à imprensa e aos ambientalistas afirmando que as decisões deliberadas na última reunião do Conselho são destinadas a adaptar as regras do CONAMA ao Código Florestal, aprovado pela Lei nº 12.651/2012.

A arquitetura de consensos ambientais não se resume à resolução dos conflitos, mas passeia e dialoga com o controle e prevenção de retrocessos. No âmbito do legislativo chama a atenção a aprovação de leis e Emendas à Constituição retrocedentes; Decisões judiciais exaradas por magistrados, de primeiro e segundo graus, em matéria afeita ao meio ambiente devem ser fundamentadas nos princípios do Direito Ambiental sob o manto de uma hermenêutica ambiental. Do outro lado, o Executivo não pode extrapolar o seu poder discricionário para deliberar projetos e empreendimentos que representem a contramão dos avanços conquistados à proteção ambiental.

Dito isto, abordar-se-á a atuação dos três Poderes da República, de modo a analisar qual deles possui maiores condições para resolver as questões ambientais, dentro das suas respectivas competências e vislumbrando um aporte para a aplicação de medidas mais eficientes e satisfatórias. Nesse contexto, far-se-á a explanação de casos concretos para melhor análise das questões apresentadas.

A metodologia empregada no desenvolvimento da pesquisa foi bibliográfica, visto que se usou de livros, revistas, jornais, publicações especializadas, artigos, monografias e dados oficiais publicados na internet. Quanto à abordagem é qualitativa, à medida que se aprofundará na compreensão dos limites para a aprovação de Proposta de Emenda à Constituição. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, visto que se buscará descrever,

explicar, classificar, esclarecer e interpretar os limites para aprovação da PEC e, exploratória, na medida em que se objetivará aprimorar as ideias por meio de informações sobre o tema estudado.

1 Princípio da Vedação do Retrocesso

O não retrocesso é um princípio para prevenir que o legislador esvazie o comando constitucional como se dele dispusesse, por meio da revogação da norma infraconstitucional. A declaração de inconstitucionalidade no âmbito da proibição do retrocesso social não se limita apenas à revogação, mas também quando há uma afronta legislativa ao conteúdo do direito fundamental social já concretizado.

O respeito à proibição do retrocesso ambiental pode se materializar com a governança ambiental norteada pela consensualidade, proporcionalidade e razoabilidade das decisões em âmbito judiciário, na produção de leis pelo Legislativo, nas políticas sociais e concessões de licenças ambientais, ambas sob a pasta do Executivo, nos Termos de Ajustamento de Condutas (TACs) firmados pelo Ministério Público estadual e federal. Isso porque no ordenamento jurídico brasileiro está ocorrendo uma metamorfose que leva à junção dos Sistemas *civil law* e *commom law*.

Em julgado, proferido em 28.2.2018, o Supremo Tribunal Federal[350] decidiu parcialmente procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937 e a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42 e firmou entendimento:

> [...] não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, caput, CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de retrocesso ambiental, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas.
>
> [...]
>
> O Princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo.

350 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 42**. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 13.8.2019.

Em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça está estabelecida a tese de que, em matéria ambiental, deve prevalecer o princípio *tempus regit actum*, de forma a não se admitir a aplicação das disposições do novo Código Florestal a fatos pretéritos, sob pena de retrocesso ambiental[351]. No Resp. 1646193/SP, o relato Ministro Napoleão Nunes Maia Filho assenta "Ao apreciar a irretroatividade da norma ambiental, esta Corte, sem conflitar com o decidido pelo STF, não ingressa no aspecto constitucional do novo diploma legal, efetuando leitura de ordem infraconstitucional, mediante juízo realizado em campo cognitivo diverso".

No AgInt no AREsp 894.313/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão do STJ assenta que este Tribunal considera que "o mecanismo previsto no art. 15 do novo Código Florestal acabou por descaracterizar o regime de proteção das reservas legais e, em consequência, violou o dever geral de proteção ambiental"[352].

O internacionalista Valério de Oliveira Mazzuoli[353] opina "[...] a vedação do retrocesso implica aplicar a norma melhor. Aplica-se a prevalência dos direitos humanos – Princípio *pro homine, pro persona*. Se a norma interna for mais benéfica aplique! […]". George Marmelstein[354] sintetiza que o Princípio do Retrocesso Social "não deve ser visto como uma barreira intransponível para qualquer mudança no âmbito dos direitos fundamentais". Os autores apontam a luneta para os "dois lados da moeda" ante a dificuldade de uma absoluta segurança dos direitos fundamentais – o paradoxo entre retroceder e avançar.

Em tempos de crise, em que pese a conciliação das poupanças orçamentais com o equilíbrio da proteção ambiental, Jorge Miranda[355] adverte "No limite dos limites poderá ter de admitir medidas retrocedentes: quando os custos orçamentais e de proteção ambiental impeçam as políticas públicas de garantia do mínimo de existência humana condigna".

A vedação ao retrocesso, na visão de Garcez[356]

---

351 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1728244/SP**, Rel. Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 06/12/2018, DJe 08/03/2019.

352 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 894.313/SP**, Rel. Ministro Francisco Falcão. Segunda Turma, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018).

353 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle de Convencionalidade. *In*: **IV Congresso Internacional de Direitos Humanos**. Escola Superior da Magistratura Tocantinense – ESMAT. Universidade Federal de Tocantins – UFT. Instituto de Direito Brasileiro – IDB da FDU. Palmas, 04 a 06 de novembro de 2015.

354 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 276

355 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Tomo IV, 2015, p. 526.

356 GARCEZ, Grabriela Soldano. A necessidade de sustentabilidade na atual sociedade do risco em razão da vedação ao retrocesso: a orientação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade intergeracional. *In*: VEIGA, Fábio; GONÇALVES, Rubén Miranda (Diretores); SILVA, Érica Guerra da; BRITO, Paulo de. **Análise crítica do Direito Público Ibero-Americano**. Porto: Universidade Lusófona do Porto, 2020. p. 145. Disponível em: file:///C:/Users/Bleine/Downloads/Dialnet-AnaliseCriticaDoDireitoIberoamericano-769015.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

> tem por objetivo preservar as normas do ordenamento jurídico que garantem a fruição de direitos fundamentais, de maneira a impedir (ou até mesmo a garantir o controle de constitucionalidade) de eventuais outros dispositivos que tenham a intenção de provocar supressão ou restrição nos níveis já estabelecidos de efetividade vigente de tais direitos fundamentais.

Por meio dessa vedação exige-se do judiciário que torne inválida a revogação de normas regulamentadoras dos princípios que concedem ou ampliam direitos fundamentais, quando a revogação em questão não for acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente, caso contrário caracterizaria uma arbitrariedade sem precedentes.

1.1 O retrocesso ambiental visível na Proposta de Emenda à Constituição nº 65, de 2012

O arquivamento da Proposta de Emenda à Constituição nº 65, de 2012[357] que propunha acrescentar um parágrafo ao art. 225 da Constituição Federal de 1988 é um exemplo de respeito e observância ao Princípio da Vedação do Retrocesso Ambiental e do consenso entre Congresso Nacional, Ministério Público, ambientalistas e sociedade civil.

A Proposta visava "assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental". Em sua ementa dispunha que "a apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da obra, que não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente". Entrementes, a manobra legislativa para alterar o texto constitucional no tocante ao licenciamento ambiental estava eivada de inconstitucionalidade, pois violava o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, ínsito no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania emitiu parecer favorável. Em contrapartida, chegaram à Casa Legislativa a Moção de Repúdio, de 8/6/2016, da Frente Parlamentar Mista de Meio Ambiente, Segurança Alimentar e Comunidades Tradicionais. Apenso relatórios de senadores com votos pela inconstitucionalidade. Ofícios das Comissões de Meio Ambiente de algumas das Assembleias Legislativas dos estados; de Associações; do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, todos contrários à aprovação.

---

357 BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 65, de 2012**. Acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição, para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental. Situação: Arquivada ao final da Legislatura. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736. Acesso em: 16 set. 2020.

O senador proponente trouxe o argumento de que as obras públicas inacabadas ou interrompidas por decisões judiciais constituem uma das maiores dificuldades da Administração Pública, pondera que são constantes as reclamações de Prefeitos e Governadores, enfatiza "Nesses procedimentos, perde-se muito tempo e desperdiçam-se recursos públicos vultuosos, em flagrante desrespeito à vontade da população, à soberania popular [...]".

Os estados da federação não garantem a segurança das obras públicas. Entrementes, inexiste a possibilidade jurídica de afastar o Poder Judiciário da sua atuação constitucionalmente determinada. Os "procedimentos" criticados pelo senador proponente da PEC 65/2012 são os aqueles voltados à segurança jurídica, a prevenção dos danos, a lisura do procedimento administrativo e consequente legalidade da concessão da licença ambiental.

Esse pensamento é corroborado com a afirmação de George Marmelstein[358] "A ideia por detrás do princípio da proibição de retrocesso é fazer que o Estado sempre atue no sentido de melhorar progressivamente as condições de vida da população". Nesse senda, Caúla[359] pondera

> A vedação do retrocesso deriva da eficácia negativa, notadamente no que pertine aos princípios que regem os direitos fundamentais. Contudo, não constitui um fenômeno que se manifesta exclusivamente na seara dos direitos fundamentais sociais, ainda que alcance também os direitos sociais negativos.

Importa destacar que o arquivamento da PEC 65, de 2012 não ocorreu imediatamente após o rompimento da barragem da mineradora Samarco, no município de Mariana, em 5 de novembro de 2015. Somente em dezembro de 2018, após os movimentos ambientalista acerca da sua inconstitucionalidade e a exigência de audiências públicas para movimentar o debate, manter a segurança jurídica, respeitar o princípio da prevenção e estabelecer o consenso: arquive-se.

2 "Arquitetura de Consensos" Ambientais – uma construção

---

358 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, 2013, p. 275.

359 CAÚLA, Bleine Queiroz. **A Aplicabilidade das Normas Constitucionais Ambientais à Luz dos Ordenamentos Brasileiro e Português**. Orientadora: Susana Bòrras Pentinat. 2017. 602 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Rovira i Virgili, Tarragona, Catalunha – Espanha, 2017.

A judicialização do direito ambiental tem sido recorrente. No entanto, a cultura da consensualidade tem recebido adesão da sociedade. Os consensos ambientais vêm adquirindo força e espaço nas decisões políticas e judiciais. Inobstante a vulnerabilidade dos mediandos ambientais face o desequilíbrio entre as partes do conflito ambiental, a consensualidade pode evitar que o dano ocorra nas diferentes dimensões e variadas consequências. O consenso entre conflitos ambientais surge de uma construção cultural envolvendo Poder Público e instituições como o Ministério Público, Defensoria Pública, Organizações Não Governamentais.

Nessa senda, segundo Sales e Oliveira[360]

> aponta-se a construção de consensos como mecanismo adequado de gestão desses conflitos na medida em que sua utilização poderá resultar em uma maior discussão e em entendimento adequado e profundo dos problemas geradores de dissensos, com a efetiva possibilidade de sua superação pacífica através de uma construção cooperativa da melhor decisão possível a ser aplicada em uma situação conflituosa concreta.

As novas técnicas propõem a autocomposição do conflito em contraposição a insatisfação com os processos autoritários de tomada de decisão. Nelas, as partes em litígio se envolvem diretamente à procura da decisão mais satisfatória para todos os envolvidos, conseguindo assim tratar o conflito de forma paritária, sem precisar que um terceiro imponha a decisão que julgar correta. O conflito não encontra solução no confronto, mas busca edificar a superação do conflito pelo consenso[361].

A construção de consensos vem sendo aplicada aos conflitos que envolvam um número expressivo de pessoas, melhor dizendo, processos multipartes. Segundo Sales e Oliveira "O consenso buscado não se concretiza na unanimidade, mas na definição de um acordo geral com o qual todos, ou quase todos, possam conviver com satisfação e harmonia"[362].

---

360 SALES, Alessander Wilckson Cabral; OLIVEIRA, Vladia Pinto Vidal de. A construção de consensos como instrumento eficaz de gestão de conflitos socioambientais. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 444, maio/ago. 2017. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5626. Acesso em: 31 ago. 2020.

361 SALES, Alessander Wilckson Cabral; OLIVEIRA, Vladia Pinto Vidal de. A construção de consensos como instrumento eficaz de gestão de conflitos socioambientais. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 446, maio/ago. 2017. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5626. Acesso em: 31 ago. 2020.

362 SALES, Alessander Wilckson Cabral; OLIVEIRA, Vladia Pinto Vidal de. A construção de consensos como instrumento eficaz de gestão de conflitos socioambientais. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 447, maio/ago. 2017. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5626. Acesso em: 31 ago. 2020.

Fortaleza é uma capital que enfrenta vários conflitos ambientais, sejam nas escolhas políticas de mobilidade urbana, exploração ilegal de áreas protegidas, a obra pública turística do Acquário do Ceará, inacabada e embargada por determinação judicial a pedido da Procuradoria Geral de Justiça no Ceará em Ação Civil Pública cujo objeto é a imputação de improbidade administrativa dos acionados; o emblemático uso da costa litorânea que motivou, no ano de 2005, o Ministério Público Federal (MPF) e a Advocacia Geral da União (AGU) protocolarem Ação Civil Pública (nº 75/05 Ref. PA nº 0.15.000.000416/2005-18) contra 154 barracas situadas na Praia do Futuro, até o momento sem decisão transitada em julgado.

A arquitetura de consenso para o caso das barracas da Praia do Futuro pondera de um lado, o polo ativo da ação alega que as barracas estão em área de praia e que estas impedem o livre acesso dos transeuntes ao bem de uso comum do povo, previsto no inciso IV do artigo 20 da Constituição Federal de 1988. No polo passivo, empresários, donos das barracas argumental o cumprimento da função social da propriedade, negam as irregularidades apontadas com fundamento na inexistência de demarcação oficial da linha de preamar média (fundamental para delimitar os terrenos de marinha).

O conflito reclama a atuação dos Poderes da República. O legislativo precisa suprir a lacuna sobre a inexistência de demarcação oficial da linha de preamar média (fundamental para delimitar os terrenos de marinha) e atualizar a lei de zona costeira; Judiciário, intérprete da Constituição, deve fundamentar suas decisões e equacionar a colisão entre direitos fundamentais; o executivo fazer da gestão pública ambiental um exemplo de moralidade e eficiência, de modo que a administração pública seja o exemplo modelo para a gestão ambiental empresarial.

No ano de 2017, o Ministério Público Federal instalou um fórum permanente para a construção de consensos acerca da requalificação da Praia do Futuro. Essa medida reúne esforços para subsidiar o processo de tomada de decisão consensual, com consistência técnica e jurídica, de modo preservar o patrimônio ambiental, cultural, social e econômico da cidade de Fortaleza.

3 Qual dos Três Poderes tem mais condições para resolver as questões ambientais?

A pergunta em comento pretende analisar e responder qual dos três poderes tem mais condições para resolver as questões ambientais, objetiva assim, concluir qual deles se

adequaria melhor para gerenciar tais questões, de modo a possibilitar que medidas efetivas sejam tomadas, em consonância com a condição de cada um, destacando aquele que poderá resolver de maneira mais satisfatória.

Inicialmente, é necessário compreender o Meio Ambiente como um conjunto complexo de elementos que, segundo o art. 3º da Lei nº 6.938 de 1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), é "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas", o que nos faz refletir sobre diversas questões, dada a dificuldade em gerenciar todos esses elementos e manter o seu equilíbrio.

Em análise do tema, é relevante destacar o artigo 2º da Constituição Federal de 1988, que define o legislativo, o executivo e o judiciário como Poderes da União, independentes entre si, atuando harmonicamente. Essa divisão de poderes advém da ideia concebida por Montesquieu em sua obra O Espírito das Leis, como elemento básico de um Estado Democrático de Direito, no qual se objetiva evitar formas de tirania, em que se utiliza o sistema de freios e contrapesos como meio de garantir a atuação harmônica desses poderes.

Ante ao exposto, nota-se que esses três poderes são como engrenagens de uma mesma máquina e que esta seria o Estado. Cada poder atua dentro de suas funções estatais realizadas por diferentes órgãos do Estado, que se fiscalizam mutuamente. Assim, entende-se que, à sua medida, todos esses poderes exercem uma função diante da pergunta apresentada, cada um com sua respectiva competência. No entanto, no exercício de suas funções, um deles terá maior destaque para resolver essas questões.

No cenário mundial, ao longo de muitas décadas, debates acerca do meio ambiente trazem temas de grande destaque e relevância, posto que demandam uma urgência quanto às medidas cabíveis a serem adotadas para lidar com diversas situações que se mostram cada vez mais complexas, como por exemplo, a criação da Agenda 2030, um plano de ação indispensável para o desenvolvimento sustentável, abrangendo as dimensões sociais, ambientais e econômicas.

O Direito Ambiental, conforme aduz Terence Trennepohl[363], "é a ciência jurídica que estuda os princípios e normas relativas ao meio ambiente, especialmente naquilo que diz

---

363 TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 41. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553600953. Acesso em: 24 nov. 2019.

respeito a sua interação com o homem.". Dito isto, tem-se que o Direito Ambiental possui como característica uma grande interdisciplinaridade, ao passo que se relaciona amplamente com outras áreas, como por exemplo, Direito do Trabalho, Direito Tributário, Direito Penal e, especialmente, Direito Constitucional, posto que a Constituição Federal traz disposições acerca do meio ambiente, como em seu artigo 225 que consagra como direito de todos uma vida sadia em um ambiente ecologicamente equilibrado.

Este dispositivo serve de base para outras disposições normativas e coloca o meio ambiente como objeto de interesse do Estado e da sociedade. Por conseguinte, diante a possibilidade de proporcionar soluções para inúmeras problemáticas, em análise das questões ambientais como um todo, vislumbrando garantir a disposição supramencionada, introduz-se a pergunta em comento, na busca por soluções.

A partir da ideia de separação dos poderes, pode-se dizer que, em análise das competências do Poder Legislativo, é importante destacar a representatividade de seus agentes, posto que aqueles que compõem os órgãos que exercem a função legislativa, são representantes do povo. Seguindo por esta linha de raciocínio, destacando o disposto no art. 225 da CF, conclui-se que é dever do legislativo regulamentar o meio socioambiental para que esteja em acordo com o direito dever de preservação do meio ambiente.

A exemplo das competências, Luís Paulo Sirvinskas[364] aduz que "Compete ao Poder Legislativo, ainda na esfera preventiva, elaborar normas ambientais, exercer o controle dos atos administrativos do Poder Executivo, aprovar o orçamento das agências ambientais etc.", ou seja, o legislativo pode atuar de forma preventiva, de modo a se antecipar aos danos que possam ser causados.

Ademais, no decorrer do processo legislativo, os poderes passam a se interligar promovendo a atuação tanto do Poder Legislativo, por meio da deliberação parlamentar, na qual se realiza a discussão e votação, quanto do Poder Executivo, por meio da deliberação executiva, que se concretiza pela sanção ou veto. Assim, percebemos que, apesar de os poderes serem independentes, ocorrere uma relação entre eles neste processo.

A exemplo desse procedimento legislativo, pode-se citar o trecho da obra de Luís Paulo Sirvinskas[365] como transcrito a seguir:

---

364 SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 259. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547228262. Acesso em: 19 jan. 2020.

365 SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 97. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547228262. Acesso em: 19 jan. 2020.

> Após muita discussão no Congresso Nacional, veio a lume a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que disciplinou sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, **com alguns vetos presidenciais, a pedido de entidades industriais, rurais e religiosas**.

Uma crítica que pode ser feita a partir da análise desse trecho, é que nem sempre aquilo que é disciplinado, é necessariamente o mais benéfico para solucionar as problemáticas ambientais, pois envolve conveniências diversas. É comum que no processo mencionado anteriormente, principalmente no contexto das funções legislativas e executivas, dar-se uma atenção especial às pretensões que possuem caráter econômico.

No que concerne ao meio ambiente, as sanções aplicáveis são muito condescendentes em relação à amplitude dos danos causados, seja no âmbito administrativo, civel ou penal. A exemplo dessas sanções, evidencia-se o caso do art. 14, inciso II, da Lei nº 9.605 de 1998 (Lei de Crimes Ambientais), em que o "arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada" é uma atenuante da pena.

Assim, a própria legislação possui caráter pouco repressivo, o modo como é feita a sua aplicação pelo Poder Judiciário costuma ser ainda mais condescentente, não inibindo as condutas criminosas dos agentes, causando indignação de ambientalistas e da sociedade como um todo, diante da ideia de impunidade, pois as sanções carecem de eficácia tanto preventiva, quanto reparatória, como se pode observar no caso de Brumadinho, em Minas Gerais, ocorrido em 24 de janeiro de 2019, que foi um dos maiores crimes ambientais do país.

O rompimento da barragem do Córrego do Feijão teve a maior quantidade de rejeitos minerais já registrados, resultando em aproximadamente 270 mortes, uma imensurável devastação ambiental, além de muitos outros danos, como por exemplo, o abalo pisicológico e financeiro das famílias, resultando em danos ambientais e sociais, e, ainda assim, aplicam-se sanções irrisórias, diante do poder econômico da mineradora e dos danos causados.

O Poder Legislativo fez sua parte até certo ponto, mas o Poder Judiciário não foi capaz de valorar os danos, não se adequando ao caso, como se essa tragédia não fosse um fato tão significativo. Cabe destacar que no início de 2020 as buscas pelos corpos ainda estavam sendo realizadas e a lama ainda persiste na região, mesmo havendo se passado mais de um ano do ocorrido, o que gera ainda mais inconformismo com a falta de uma penalização adequada.

Outro caso ocorrido no Brasil de repercussão nacional e internacional, foi o rompimento da barragem do Fundão, no município de Mariana/MG, no ano de 2015, que possui características muito semelhantes ao caso de Brumadinho. Inclusive, aquele poderia ter sido utilizado como um alerta para que o Estado fizesse uma supervisão e uma fiscalização mais efeciente, com o objetivo de evitar que ocorressem incidentes semelhantes.

Valério de Oliveira Mazzuoli[366] aduz que muitas atividades na área da construção civil, infraestrutura, abastecimento e mineração, por exemplo, realizadas por empresas de grande porte, inclusive transnacionais, causam impactos negativos à proteção dos direitos humanos, que são sentidos com maior intensidade por populações que vivem nas proximidades, como ribeirinhos, povos indígenas e comunidades tradicionais. Tais impactos são decorrentes de mau planejamento, má gestão e ineficiência de supervisão e fiscalização estatal.

Diante disso, fica claro as questões inerentes à responsabilização dos agentes pelos danos causados, assim como do Estado em razão da sua fiscalização deficitária. Isso remete à PEC 65/2012, que claramente representava uma proposta inviável, pois mesmo com o licenciamento ambiental, independentemente de se tratar de uma atividade estatal, é necessária uma ficalização mais eficiente, visto que há sempre uma possibilidade de dano irreparável.

Quanto ao Poder Executivo, pode-se dizer que este possui grande importância em relação ao Direito Ambiental, posto que é ele o responsável pelo licenciamento ambiental, que aprova, por exemplo, o EIA/RIMA, que corresponde ao Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto do Meio Ambiente, os quais, muitas vezes também estão inseridos em um contexto de conveniências.

Para elucidar o tema, em análise do caso concreto – o aterro da Praia de Iracema, na cidade de Fortaleza –, foi alvo de muitas críticas e de movimentos de ativistas, porque neste caso em específico, mesmo com o Estudo de Impacto Ambiental inconclusivo e ultrapassado, a Prefeitura Municipal de Fortaleza pretendia dar início às obras do aterro. No entanto, com a pressão exercida pelas manifestações de ambientalistas e cobranças feitas ao Ministério Público Federal, este solicitou à Prefeitura de Fortaleza a realização de estudos complementares ao EIA, os quais foram realizados pelo LAGIZC/UECE, que cm seu

366 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 424. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988852/cfi/6/2!/4/2/2@0:0.00. Acesso em: 03 set. 2020.

diagnóstico[367] conclui não haver impactos negativos relevantes, levando o Ministério Público Federal acatar o início das obras.

Nesse entendimento, a respeito do Poder Executivo, cabe destacar o princípio do equilíbrio, um ponto fundamental neste contexto, que, segundo Terence Trennepohl[368], é utilizado para ponderar os efeitos de atos que alterem o meio ambiente, com devido respeito à manutenção dos elementos que fazem parte de um ecossistema.

Em um caso como este do aterro, o equilíbrio é utilizado para ponderar se esta intervenção no meio ambiente seria útil para a coletividade e se iria ou não importar em gravames excessivos aos ecossistemas, visando encontrar um resultado positivo e equilibrado, de modo que a necessidade econômica não fosse sobreposta à proteção ambiental.

Ocorre que, há uma crescente problematização acerca dos interesses pessoais dos envolvidos nesses processos, o que torna esta temática extremamente complicada, especialmente no Brasil, visto que os interesses de grandes empresários objetivando crescimento econômico costumam prevalecer, mesmo que isso signifique que haverá um grande prejuízo ao meio ambiente, inclusive quando se está diante de grandes crimes ambientais.

Diante dos casos concretos mencionados, acerca da problemática envolvendo os possíveis danos que seriam gerados com a realização de determinadas atividades, destaca-se o princípio constitucional da prevenção. Este tem a pretensão de se antecipar aos danos, para prevenir a ocorrência destes, quando sabe-se que irão acontecer, pois representam um perigo concreto.

Assim, perante o exposto, a prevenção se relaciona com os danos que poderiam ser causados pela obra. O fato de se ter conhecimento exige a aplicação deste princípio, com o intuito de prevenir os impactos negativos gerados com a intervenção, dado que na maioria das

---

367 CEARÁ. Governo do Estado. Secretaria de Meio Ambiente. **Diagnóstico do LAGIZC/Uece libera obras dos Aterros da Beira Mar e Praia de Iracema**. Fortaleza, 08 de outubro de 2019. Disponível em: https://www.ceara.gov.br/2019/10/08/diagnostico-do-lagizc-uece-libera-obras-dos-aterros-da-beira-mar-e-praia-de-iracema/. Acesso em: 18 out. 2019.

368 TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 49. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553600953. Acesso em: 24 nov. 2019.

vezes são irreversíveis, como seria, caso ocorresse a extinção de uma espécie que esteja ameaçada, por exemplo. Nesse sentido, segundo Fiorillo[369],

> Diante da impotência do sistema jurídico, incapaz de restabelecer, em igualdades de condições, uma situação idêntica à anterior, adota-se o princípio da prevenção do dano ao meio ambiente como sustentáculo do direito ambiental, consubstanciando-se como seu objetivo fundamental.

Ademais, os danos causados não abrangem apenas as questões ambientais, mas também os direitos humanos, pois conforme reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em seu pronunciamento referente a Opinião Consultiva 23 de 2017, a degradação do meio ambiente impacta indiscutivelmente o usufruir de tais direitos. No mesmo pronunciamento, conforme alude Valério Mazzuoli[370], a Corte afirmou que é obrigação dos Estados

> Prevenir danos ambientais significativos, dentro ou fora de seu território (princípio da prevenção), devendo regular atividades que possam danificar significativamente o meio ambiente; fiscalizar atividades sob sua jurisdição que possa gerar danos significativos ao ambiente; exigir a realização de estudos de impacto ambiental quando exista risco de dano significativo ao meio ambiente, independentemente de ação estatal ou de pessoas privadas a serem feitos previamente por entidades independentes e supervisionadas pelo Estado, respeitando os direitos humanos; estabelecer um plano de contingência; e mitigar o dano ambiental significativo, fazendo uso da melhor tecnologia e ciência disponíveis.

A partir dessas exposições, fica evidente que o princípio da prevenção é o mais importante para lidar com a temática das questões ambientais, posto que, mesmo que o judiciário aplique a legislação quanto às responsabilidades, especialmente na tentativa de reparar o dano, a recuperação natural ao *status quo ante*, que seria o ideal, é extremamente difícil de ser realizada, dada a delicadeza do equilíbrio e da preservação do meio ambiente, pois como já mencionado, em grande parte dos casos os danos são irreversíveis.

Destarte, dentre os poderes mencionados anteriormente, o Poder Executivo tem competência para atuar no âmbito preventivo, de modo que haja um controle das atividades que possam causar prejuízo ao meio ambiente. Posiciona-se nesse sentido, Luís Paulo Sirvinskas[371], conforme citação a seguir:

---

369 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 99 Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553608829. Acesso em: 24 nov. 2019.

370 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 778.

371 SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 108. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547228262. Acesso em: 19 jan. 2020.

> Compete ao Poder Executivo, na esfera preventiva, estabelecer medidas preventivas de controle das atividades causadoras de significativa poluição, conceder o licenciamento ambiental, exigir o estudo prévio de impacto ambiental e seu respectivo relatório (EPIA/RIMA), fiscalizar essas atividades poluidoras etc.

É evidente que as atribuições do Poder Executivo o levam a possibilidade, a depender de sua atuação, de fazer uma grande diferença nas questões ambientais, posto que, é por meio da utilização do princípio da prevenção que se pode efetivar a atuação ideal, pois desse modo, os danos podem ser evitados, ou seja, é possível se antecipar aos impactos negativos que possam vir a ser causados.

Uma recente conquista foi a aprovação, pelo Senado Federal, do Projeto de Lei 550 de 2019, que estabelece regras mais rígidas de segurança de barragens, proibindo a barragem a montante, o mesmo tipo que rompreu em Brumandinho, além de fazer exigências para as empresas responsáveis por essas estruturas. As substituições da estrutura proibida deve ser feita até 25 de fevereiro de 2022[372].

Quanto ao valor previsto para multas administrativas, este varia entre R$ 2 mil e R$ 1 bilhão, valor menor que o previsto quando da aprovação pelo Senado, que seria de até R$ 10 bilhões, demonstrando que ainda há dificuldades da valoração de danos, questionando-se a eficácia de multas de baixo valor. Ademais, apesar de aprovada, retirou-se da proposta a qualificação dos crimes ambientais como hediondos, o que seria um marco muito importante para atribuir uma eficácia preventiva e repressiva as sanções por estes crimes.

As questões ambientais estão em constante discussão em seus diversos aspectos, de modo que, para gerenciar as suas questões, faz-se necessário uma análise a respeito de qual poder possui mais capacidade para resolver as questões inerentes ao meio ambiente.

Diante da problemática apresentada na questão em comento, quanto às funções típicas de cada Poder, é, sem dúvida, um trabalho a ser exercido em conjunto, pois apesar de se tratar de atribuições exercidas em momentos distintos, são complementares.

Dito isto, quanto ao Legislativo, a Lei é o principal instrumento de implementação das políticas governamentais, como é o caso da Política Nacional do Meio Ambiente, que possui

---

372 BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Senado aprova regras mais rígidas para segurança de barragens**. Fonte: Agência Senado. 03/09/2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2020/09/senado-aprova-regras-mais-rigidas-para-seguranca-de-barragens. Acesso em: 07 set. 2020.

inquestionável relevância para a efetividade das disposições do art. 225 da Constituição Federal, por exemplo, além de outras atribuições já mencionadas.

Quanto ao judiciário, destaca-se que sua função é necessária para a aplicação da lei, para que a tutela ambiental seja exercida de modo adequado, o que leva ao argumento de que é necessário um grande preparo acadêmico interdisciplinar, dentre outras habilidades, para lidar com temas que envolvam meio ambiente.

Por fim, em relação ao Poder Executivo, o exercício de suas funções se mostra fundamental para efetivar práticas ambientais mais favoráveis e, se realizado com plena consciência de que a sua atuação deverá estar pautada nas diretrizes que sejam mais benéficas ao meio ambiente, poderá proporcionar uma grande redução de danos causados.

Considerações finais

Com o arquivamento da PEC 65, de 2012, destaca-se o consenso quanto à proposta, pois de acordo com o objetivo desta, o Estudo de Impacto Ambiental seria suficiente para autorizar as obras e não poderia impedir a sua descontinuação, nem por decisão judicial, a não ser que ocorresse fato superveniente, de modo que a licença ambiental seria mera formalidade. A proposta evidencia um jogo de interesses que colocava em risco a proteção ambiental no país, priorizando os interesses econômicos e representando um precedente muito preocupante, além de um enorme retrocesso na tutela do meio ambiente.

Inclusive, a PEC 65, de 2012 também envolvia questões inerentes à separação dos poderes, dado que o Poder Legislativo estaria privando o Poder Judiciário de suspender uma obra visivelmente danosa, violando o princípio da inafastabilidade da jurisdição e ampliando o poder discricionário do executivo.

Em análise do pronunciamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva 23/17, também seria uma violação à preservação do meio ambiente e ao princípio da prevenção, impactanto negativamente o usufruir dos direitos humanos.

A doutrina do Direito Ambiental é uníssona em caracterizar o licenciamento ambiental como o meio legal de proteger que o dano ocorra, assim como prevenir violação de direitos fundamentais interdisciplinares com o meio ambiente, de modo que o desenvolvimento econômico esteja de acordo com os direitos sociais e ambientais.

Desta feita, pode-se afirmar com clareza que é o Poder Executivo, por meio do princípio da prevenção, que deve se antecipar aos danos e evitar que estes aconteçam, tem maiores condições para resolver as questões ambientais por meio das políticas desenvolvidas. No entanto, precisam cada vez mais de visibilidade.

Também pode-se concluir que nenhum dos Poderes da República estão exercendo suas funções de uma forma ambientalmente satisfatória. Não raro, decisões judiciais e uso do poder discricionário têm revelado um retrocesso ambiental. Reveter esse quadro é uma questão de consenso ambiental.

A arquitetura de consensos é o caminho para alcançar a segurança jurídica de leis, decisões judiciais e governança ambiental não retrocedente, mas ainda é longo e precisa que os "mediandos ambientais" participem diretamente sem necessariamente delegar. De todo modo, a atuação dos Poderes da Repúblicas deve ser pautada na harmonização dos conflitos ambientais.

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: 22 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.938, 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 24 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Lei de Crimes Ambientais. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 24 nov. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Senado aprova regras mais rígidas para segurança de barragens**. Fonte: Agência Senado. 03/09/2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2020/09/senado-aprova-regras-mais-rigidas-para-seguranca-de-barragens. Acesso em: 07 set. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 65, de 2012**. Acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição, para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736. Acesso em: 16 set. 2020.

CAÚLA, Bleine Queiroz. **A Aplicabilidade das Normas Constitucionais Ambientais à Luz dos Ordenamentos Brasileiro e Português**. Orientadora: Susana Bòrras Pentinat. 2017. 602 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Rovira i Virgili, Tarragona, Catalunha – Espanha, 2017.

CEARÁ. Governo do Estado. Secretaria de Meio Ambiente. **Diagnóstico do LAGIZC/Uece libera obras dos Aterros da Beira Mar e Praia de Iracema**. Fortaleza, 08 de outubro de 2019. Disponível em: https://www.ceara.gov.br/2019/10/08/diagnostico-do-lagizc-uece-libera-obras-dos-aterros-da-beira-mar-e-praia-de-iracema/. Acesso em: 18 out. 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553608829. Acesso em: 24 nov. 2019.

GARCEZ, Grabriela Soldano. A necessidade de sustentabilidade na atual sociedade do risco em razão da vedação ao retrocesso: a orientação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade intergeracional. *In*: VEIGA, Fábio; GONÇALVES, Rubén Miranda (Diretores); SILVA, Érica Guerra da; BRITO, Paulo de. **Análise crítica do Direito Público Ibero-Americano**. Porto: Universidade Lusófona do Porto, 2020. p. 141-151. Disponível em: file:///C:/Users/Bleine/Downloads/Dialnet-AnaliseCriticaDoDireitoIberoamericano-769015.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988852/cfi/6/2!/4/2/2@0:0.00. Acesso em: 03 set. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle de Convencionalidade. *In*: **IV Congresso Internacional de Direitos Humanos**. Escola Superior da Magistratura Tocantinense – ESMAT. Universidade Federal de Tocantins – UFT. Instituto de Direito Brasileiro – IDB da FDU. Palmas, 04 a 06 de novembro de 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, 2015.

SALES, Alessander Wilckson Cabral; OLIVEIRA, Vladia Pinto Vidal de. A construção de consensos como instrumento eficaz de gestão de conflitos socioambientais. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 443-454, maio/ago. 2017. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5626. Acesso em: 31 ago. 2020.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547228262. Acesso em: 19 jan. 2020.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553600953. Acesso em: 24 nov. 2019.

A autocomposição no Processo Civil: um instrumento de concretização do direito fundamental ao Acesso à Justiça, à dignidade da justiça e à dignidade da pessoa humana

Self-composition in Civil Proceedings: an instrument for achieving fundamental law to access to justice, the dignity of justice and the dignity of the human person

Dayse Braga Martins

Advogada. Doutora e mestre em Direito Constitucional, pela Universidade de Fortaleza. Professora e pesquisadora da graduação e pós-graduação da Universidade de Fortaleza. Mediadora e conciliadora judicial, regulamentada nos termos da Resolução nº 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Amanda Almeida Lima

Advogada. Graduada em Direito, pela Universidade de Fortaleza

Luciana Oliveira Araújo

Advogada. Graduada em Direito, pela Universidade de Fortaleza

Resumo: O direito fundamental do acesso à justiça está consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, de 1988 (CF/1988), portanto, constitui uma garantia o fundamental, sendo este um direito humano elementar. É indispensável, pois, não só buscar a concretização desse direito, mas alcançá-lo de maneira célere e eficaz. O Código de Processo Civil (CPC) representa um marco nessa concretização do acesso à justiça, destacando-se na prioridade à autocomposição, que representa, numa série de quebra de paradigmas na prestação jurisdicional, protagonismo das partes, sentimento de satisfação e de justiça das partes envolvidas, cooperação, boa-fé processual. E esse novel arcabouço axiológico do processo civil vem fundamentar o princípio da dignidade da justiça, que, por sua vez, vem concretizar a própria dignidade da pessoa humana, por ser instrumento de defesa e efetividade dos direitos materiais. Para realização deste artigo, desenvolveu-se pesquisa do tipo bibliográfico, os resultados de maneira pura e a respectiva abordagem de maneira qualitativa com objetivo exploratório. Nesse sentido, concluiu-se que as normas fundamentais constantes no Código de Processo Civil e na Constituição Federal de estímulo à autocomposição, e a solução satisfativa e justa, com boa-fé e cooperação dos atores do processo judicial, instituem o novel princípio processual: o da dignidade da justiça, que é instrumento de concretização da própria dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Autocomposição. Processo Civil. Acesso à Justiça. Dignidade da Justiça. Dignidade da Pessoa Humana.

Abstract: The fundamental right to access to justice is enshrined in article 5, paragraph XXXV of the Federal Constitution of 1988 (CF/1988), so it constitutes a fundamental guarantee, which is an elementary human right. It is therefore essential not only to seek to achieve this right but to achieve it in a swift and effective manner. The Code of Civil Procedure (CPC) represents a milestone in this realization of access to justice, standing out in the priority of self-determination, which represents a series of paradigm breaks in the jurisdictional provision: protagonism of the parties, satisfaction and justice of the parties involved, cooperation, good faith process. And this novel axiological framework of civil procedure is based on the principle of the dignity of justice, which, in turn, concretizes the very dignity of the human person, as an instrument of defense and effectiveness of material rights. For the accomplishment of this article, a research of the bibliographic type was developed, the results of pure way and the respective approach of qualitative way with exploratory objective. In this sense, it was concluded that the fundamental norms contained in the CPC and the CF to encourage self-determination, and the satisfactory and just solution, with good faith and cooperation of the actors in the judicial process establish the novel procedural principle: that of the dignity of justice, which is an instrument for achieving the dignity of the human person.

Keywords: Autocomposition. Civil Lawsuit. Access to Justice. Dignity of Justice. Dignity of Human Person.

Introdução

Com o advento da Constituição Federal, de 1988, o Brasil passou a ser Estado Democrático de Direito, consagrando em seus artigos diversos direitos humanos, sociais, fundamentais sob proteção. O princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, conhecido como o acesso à justiça, capitulado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, de1988, constitui direito humano básico dentre todos, visto que é imprescindível para a concretização dos demais direitos elencados na Carta Magna. Evidencia-se, portanto, que o acesso à justiça caracteriza-se como um dos pilares que fundamentam a dignidade da pessoa humana, já que ele é responsável pela materialização de muitos direitos constitucionais.

Entretanto, o atual cenário diverge de o dever ser objetivado pela Constituição, resultando na inatividade do Estado na promoção dessas garantias. O Poder Judiciário, sobrecarregado de demandas, apresenta-se incapacitado de solucionar conflitos de maneira efetiva e satisfatória, resolvendo muitas vezes de maneira superficial os novos conflitos que vão surgindo cada vez mais complexos.

Com isso, faz-se necessário ultrapassar os impedimentos ao acesso à justiça e promover novos instrumentos de solução de conflitos. Esta pesquisa busca mostrar que a mediação é uma possibilidade vantajosa de tratar os conflitos, visto que obtém resultados rápidos, efetivos, alcançando soluções satisfatórias; portanto, configura-se como instrumento para a concretização do acesso à justiça e dos direitos fundamentais sociais elencados na Constituição Federal, de 1988.

1 Marco legal da autocomposição no Brasil

O acesso, de toda pessoa, à justiça no Brasil consiste numa garantia constitucional prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, de 1988, conhecido também como o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação, e se apresenta como o instrumento capaz de assegurar justiça e igualdade na esfera jurídica.

Como um princípio, este contém uma força imperativa indivisível. Ocorre que há inúmeros impedimentos à efetivação da referida garantia, restringindo o acesso real à justiça aos cidadãos que buscam solucionar seus problemas, dentre eles a sobrecarga do Judiciário pela quantidade exorbitante de demandas que chegam para serem processadas.

Houve diversas transformações na sociedade moderna durante os anos, e consequentemente surgiram mudanças na tutela jurisdicional para alcançar os novos conflitos. Nas sociedades primitivas surgiram os primeiros conflitos, tendo em vista que o homem começou a se relacionar, sendo inserido numa coletividade. Sugiram então os interesses opostos entre os homens, decorrentes de desejos, pretensões, necessidades individuais.

Nessa época não existia um estado forte que resolvesse o conflito de interesse impondo uma decisão, sendo, portanto, o uso da própria força o meio que existia para satisfazer a sua pretensão. É o que chamamos de autotutela ou autodefesa, meio pelo qual não existia um juiz, e a decisão era imposta por aquele mais forte, não havendo garantia de justiça. Passou também a existir a autocomposição, na qual as partes transigiam e renunciavam seus interesses em certa medida ou plenamente.

Com o passar do tempo foi-se percebendo que esses sistemas não eram justos, e à medida que o Estado ia se fortalecendo começava a impor decisões para resolver os litígios, seguindo procedimentos já estabelecidos, conquistando o poder de dizer o direito para resolver o conflito no caso concreto. Portanto, com a consolidação do Estado de Direito, este tomou posse da missão de alcançar a paz social, dirimindo conflitos e surgindo então a jurisdição que é exatamente o poder que o Estado tem de impor a lei abstrata no caso concreto.

Ressalta-se aqui que a técnica da Mediação não é novidade. Como visto, nos tempos primitivos, o uso de métodos consensuais já era utilizado para solucionar os conflitos entre os indivíduos, portanto, sem a intervenção do Estado. Todavia, hoje, com advento da jurisdição, há certa resistência da sociedade no uso dos referidos métodos consensuais, porque criaram a falsa concepção de que apenas o método jurisdicional é eficaz na solução de conflitos.

Ao passo que o Estado foi se firmando ao longo da história, começou a intervir nas relações e impor a sua decisão, solucionando os conflitos por meio da jurisdição. Esse modelo jurisdicional é hoje o mais buscado por toda a sociedade para resolver seus conflitos e, por esse motivo, não alcança resultados satisfatórios, devido à grande demanda.

Na atualidade, o Poder Judiciário brasileiro encontra-se numa crise relativa à entrega da prestação jurisdicional, devido à lentidão e à morosidade processual. Esta morosidade, justificada pelo assoberbamento de processos, que dificulta dirimir a lide de maneira célere e satisfatória, decorre de uma cultura de resolução de conflitos adversária e não amigável presente no tempo atual.

O Relatório de Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, de 2017, apresentando o panorama de litigiosidade, nos revela que, no final de 2016, o Poder Judiciário terminou com um volume de 79,9 milhões de demandas que tende sempre a aumentar já que o número de processos ingressados é muito superior dos que são baixados, significando que a taxa de congestionamento foi por volta de 72,2%. Portanto, 79,9 milhões de processos aguardam o julgamento na Justiça brasileira, número este que cresce continuamente até os dias atuais. Com esse cenário, mesmo não ingressando mais nenhuma demanda, seria necessário um trabalho de mais de dois anos para conseguir zerar o estoque. Esse quantitativo nos revela a dimensão da crise a que estamos submetidos[373].

[373] Relatório Justiça em Números – CNJS 2017 – Ano Base: 2016.

O Relatório informa o tempo previsto para a solução e encerramento de processos na Justiça Estadual. Segundo a informação, é necessário um tempo aproximado de três anos e um mês para sentenciar um processo no 1º grau da Justiça Comum. Sendo o caso de Execução Extrajudicial, o tempo previsto é de seis anos e quatro meses, o que revela a acentuada morosidade.

Diante desse quadro, buscam-se soluções para essa situação gravosa, incentivando a prática de extinção de conflitos por meio de métodos adequados, como mediação, que, por sua vez, desafogam o Judiciário, por sua celeridade, harmonizando e resolvendo de maneira efetiva os conflitos que surgem no seio da sociedade, efetivando o acesso à justiça e a dignidade da pessoa humana.

Como já explorado, o Poder Judiciário, sobrecarregado de demandas, apresenta-se incapacitado de solucionar conflitos tão complexos, principalmente aqueles que envolvem, além de vínculo jurídico, o vínculo emocional. Não há espaço no processo litigioso para as partes discutirem questões afetivas, mas somente as jurídicas e patrimoniais. Por tal motivo, o real conflito acaba não sendo resolvido, porque resolve de maneira superficial a situação, e não o vínculo destruído, permanecendo a lide. Nesse sentido, Bacellar[374] aduz:

> Analisando apenas os limites da "lide processual", na maioria das vezes não há satisfação dos verdadeiros interesses do jurisdicionado. Em outras palavras, pode-se dizer que somente a resolução integral do conflito (lide sociológica) conduz à pacificação social; não basta resolver a lide processual – aquilo que foi trazido pelos advogados ao processo – se os verdadeiros interesses que motivaram as partes a litigar não forem identificados e resolvidos. O Poder Judiciário, com sua estrutura atual e foco nos modelos adversariais com solução heterocompositiva, trata apenas superficialmente da conflitualidade social, dirimindo controvérsias, mas nem sempre resolvendo o conflito.

No cenário de crise, morosidade e estagnação do Poder Judiciário, ante o excesso de demandas já existentes e que surgem diariamente, os métodos de resolução de conflitos consensuais, portanto, a mediação vem despertando o interesse de muitos, como instrumento de concretização do acesso à justiça. O uso desses institutos e seus resultados positivos evidenciam a eficiência desse instrumento.

Várias normas legais foram criadas para alcançar a efetividade jurisdicional e a celeridade processual, anulando, por conseguinte, a crise do Judiciário, por meio de uma justiça conciliativa. Dentre elas, o Conselho Nacional de Justiça criou uma Resolução nº 125,

---

374 BACELLAR, Roberto Portugal. O poder judiciário e o paradigma da guerra na solução dos conflitos. *In*: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (org.). **Conciliação e mediação**: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 31-40. (Coleção ADRs), p. 35.

em 2010, que instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflitos de Interesses, selecionando para alcançar tal objetivo os meios alternativos e consensuais de resolução de conflitos, dentre eles a mediação. Essas técnicas de mediação e conciliação serão efetivadas pelos Centros Judiciários e Núcleos Permanentes de Resolução de Conflitos, os quais desenvolvem projetos com o fim alcançar a paz social e, consequentemente, o desafogamento do Judiciário com a redução do número de processos que chegam.

Importante também é destacar que a instauração dessa Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos não busca excluir ou diminuir a importância dos juízes de direito e suas decisões. De outro modo, busca encontrar amelhor maneira de trabalhar cada conflito, no caso concreto, buscando a solução mais adequada. Azevedo[375] esclarece que

> Este é o espírito da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: estimular operadores do Direito a compreenderem que um dedicado magistrado não é necessariamente aquele que muito sentencia, mas, sim, o que muito resolve, de forma satisfatória às partes.

Os quatro capítulos da Resolução nº 125 tratam da política pública para tratamento adequado dos conflitos de interesses, das atribuições do Conselho Nacional de Justiça, das atribuições dos Tribunais, dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e do Portal da Conciliação. Como anexo a Resolução traz um Código de Ética de Conciliadores e Mediadores.

Espera-se, portanto, que, com a implementação dessa política, já em vigor, se alcance a melhor forma possível de trabalhar o conflito, satisfazendo os interesses das partes, por meio dos métodos consensuais.

O Código de Processo Civil anterior era deficiente quando se tratava de outras formas de resolução de conflitos consensuais. Todavia, o Novo Código de Processo Civil demonstra, no seu texto, uma preocupação redobrada em estimular métodos adequados de solução de conflitos.

O Código de Processo Civil, de 2015, atento às novas demandas e buscando efetivar as garantias fundamentais, dá posição essencial e destacada para mediação e conciliação, estimulando o uso das referidas técnicas, destacando a criação de centros de conciliação e

---

375 AZEVEDO, André Gomma de. Desafios de acesso à justiça ante o fortalecimento da autocomposição como política pública nacional. *In*: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (org.). **Conciliação e mediação**: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.11-30. (Coleção ADRs), p. 23-24.

mediação nos tribunais, na forma do artigo 165: "[...] criarão centros judiciários de solução de conflitos responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular autocomposição".

No §3º do artigo 165, o legislador esclarece que na mediação o terceiro imparcial possui o objetivo de recuperar o diálogo entre os conflitantes para que posteriormente consigam resolver o conflito, construindo por si sós a melhor solução. Em nenhum momento o mediador assume posição ou opinião, apenas observa o diálogo das partes em busca de um acordo que beneficie os dois.

O artigo 2º da Lei nº 13.140, de 2015, Lei da Mediação, e o artigo 166 do Código de Processo Civil, de 2015, destacam princípios que regem o procedimento da mediação, quais sejam: confidencialidade, autonomia da vontade, oralidade, decisão informada, imparcialidade, informalidade e independência.

Portanto, consagram-se às partes a autonomia e a liberdade de conduzir e definir o processo. A atuação dos mediadores é imparcial, permitindo que as partes livremente encontrem uma solução para o litígio, sem decisões coercitivas. Por conseguinte, as partes têm o poder de decisão quanto ao procedimento da mediação, bem como o resultado da solução do conflito, sob a condição de não contrariar a ordem pública.

Com uso das técnicas de mediação e conciliação, o conflito é tratado a partir da sua raiz, as partes compartilham sentimentos, responsabilidades, buscam soluções viáveis e vantajosas para ambas, bem como mudança de atitudes que, consequentemente, resultam na pacificação do litígio. Portanto, nos procedimentos de mediação, a posição de adversário cai e impera a imagem do ganhador-ganhador, em que ambas as partes buscam cooperar para resolver o conflito da melhor maneira.

A mediação busca tratar o conflito de maneira simples, desburocratizando o procedimento e dando às partes a autonomia para solucionarem os litígios. Dessa forma, contribui para a mudança de cultura da sociedade, de adversária para colaborativa, que infelizmente foi acostumada a resolver seus problemas no Poder Judiciário, com a falsa ideia de que só por meio de processo judicial é possível alcançar uma decisão justa.

A oralidade é uma evidente característica, advinda da formalidade do processo, que se contrapõe ao rigor formal e escrito dos procedimentos judiciais que retardam a entrega da prestação jurisdicional. O uso da linguagem nesse procedimento é de escopo fundamental,

haja vista que é por meio dela que os conflitantes chegam a um acordo, expondo suas necessidades, suas ideias daquilo que acham justo, facilitando a compreensão entre si e permitindo que essas relações continuadas não sejam extintas, mas que perdurem.

Almeida, Pantoja e Pelajo[376] nos explicam que o princípio da oralidade na mediação possui três objetivos básicos, sendo: a) conceder a celeridade ao processo; b) concretizar a informalidade do processo; e c) firmar a confidencialidade, passando ao procedimento escrito o mínimo possível. Continuam explicando Almeida, Pantoja e Pelajo[377]:

> Por entender que é mais fácil para o mediador administrar um diálogo na forma oral e mais fácil para as partes se expressarem dessa forma, o legislador optou por positivar o princípio da oralidade, ignorado em diversas legislações e pouco mencionado pela doutrina alienígena [...] ao advogado reserva-se a função de assessor da parte, que muito contribuirá para esclarecer sobre a licitude de certos acordos e trabalhará para a melhor administração possível do conflito, evitando trazer argumentos que possam fomentar a disputa e potencializar a contenda.

O princípio da informalidade ou simplicidade nos traz como o procedimento deve ser realizado pelo mediador. Significa que este é livre de todo rigor formal e procedimental, a fim de que alcance a raiz do conflito e as oportunidades para resolvê-lo. Nesse contexto, expõe Vasconcelos[378]:

> Outro princípio da mediação consiste na informalidade do processo. Não existe uma única forma predeterminada para a realização da mediação, que pode variar de acordo com as situações apresentadas. A informalidade confere simplicidade e celeridade ao método da mediação, visto que não existem rígidos procedimentos a serem observados.

Portanto, o mediador não tem uma forma predeterminada para conduzir o processo; organiza o procedimento da melhor maneira e pode dispensar a linguagem formal e rebuscada, vestes e comportamentos impositivos, de modo a facilitar até mesmo a participação das partes na resolução do conflito.

A Lei da Mediação foi promulgada, em 26 de junho de 2015, com o fim de estimular mais um método de resolução de conflitos, que não fica adstrito somente a um processo

---

376 ALMEIDA, Diogo Assumpção de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A Mediação no Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro. Forense, 2015, p. 112.

377 ALMEIDA, Diogo Assumpção de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A Mediação no Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro. Forense, 2015, p. 113.

378 VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **A mediação como instrumento de solução de conflitos familiares**: a experiência da casa de mediação do Pirambu. Fortaleza, UNIFOR, 2005, 170p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Fortaleza, 2005. p. 79. Disponível em: http://livros01.livrosgratis.com.br/cp079348.pdf. Acesso em: 6 abr. 2018.

litigioso. Como consequência, o Poder Judiciário vai sendo desafogado do grande número de demandas, e os conflitos vão sendo resolvidos de maneira adequada.

No texto dos dispositivos da referida Lei, foi disciplinado o uso das técnicas de mediação como forma de resolução de conflitos, bem como o seu procedimento; as práticas das mediações judiciais e extrajudiciais; os princípios norteadores da mediação; e da possibilidade da mediação nos conflitos que envolvem a administração pública. O artigo 1º da referida Lei expressa o conceito de mediação:

> Art. 1º: Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. (Lei 13.140/2015, Art. 1º).

Percebe-se que a Legislação, de 2015, manteve o entendimento doutrinário de 2004 acerca da mediação extrajudicial. Conceitua Sales[379]:

> A mediação é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial, escolhida ou aceita pelas partes, age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória, sendo o mediador a pessoa que auxilia na construção desse diálogo.

Está disposta ainda na Lei a modalidade de mediação judicial e extrajudicial, esta como a possibilidade que as partes possuem de livremente se reunirem num ambiente e resolverem o conflito; aquela como uma ferramenta disponível ao Poder Judiciário. A Lei traz requisitos e procedimentos que distinguem as modalidades, mas ambas com o mesmo objetivo: resolver conflitos de maneira consensual.

Referida regulamentação, sendo promulgada, trouxe segurança jurídica para aqueles que desejam optar pelas técnicas, e para os mediadores, estimulando a escolha por ela com o advento de um conflito.

Ademais, a mediação se utiliza de diversos mecanismos na resolução de conflitos, fazendo uso de diferentes saberes e equipes diversificadas, multidisciplinar, com profissionais de diversas áreas, como Direito, Psicologia e Serviço Social.

---

379 SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 21.

Por fim, o uso dos métodos extrajudiciais conciliatórios diminui a quantidade de processos que tramitam no Judiciário. Todavia, este não deve ser o propósito fundamental, e sim alcançar a pacificação social pela composição das partes.

Os métodos consensuais se enquadram nessa postura que o Poder Judiciário vem assumindo, qual seja: a de oferecer um acesso à justiça que resolva definitivamente os conflitos com decisões acertadas e eficazes, e não apenas um acesso formal.

2 O estímulo à solução consensual de conflitos: da Dignidade da Justiça à Dignidade da Pessoa Humana

Antes de qualquer coisa, necessário se faz conceituar o que seria dignidade da pessoa humana que a Constituição Federal, de 1988, trouxe como fundamento; todavia, não conceituou nem delimitou seu alcance. Referido princípio, com o decorrer da evolução histórica, sofreu diversas modificações, passando até mesmo pelas raízes espirituais. Atualmente, após a Segunda Guerra Mundial, esse conceito passou a ser associado aos direitos humanos.

Desde então, consagrou-se o entendimento de que a pessoa tem uma finalidade própria, e não é simplesmente uma coisa, pelo simples fato de ter a condição humana. Segundo Kant[380], "o homem, como ser racional, dotado de autonomia moral, constitui sempre um fim em si mesmo e nunca um meio para o atingimento de algum outro fim, não tendo por isso preço, mas dignidade".

Com esse entendimento, é inaceitável que qualquer pessoa, sem distinção alguma, seja limitada do mínimo de garantias que lhe prestam dignidade, dentre elas o devido acesso à justiça. Com uma cultura adversária e litigiosa consagrada na sociedade atual, as partes, quando envolvidas em um conflito, buscam primeiramente a via judicial para tentar solucioná-lo. Com isso, resulta em um Poder Judiciário lento e inacessível.

O acesso à justiça está capitulado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal que diz: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Ressalta-se que essa garantia não deve ser entendida como o simples direito de peticionar. Toda pessoa deve ter o acesso efetivo à justiça, e não apenas formal.

---

380 KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Edições 70, 2007, p. 77.

A dignidade da pessoa humana, estudada como princípio, está diretamente ligada ao acesso à justiça, visto que este possibilita a concretização de outros diversos direitos guardados na Constituição. Nunes[381] defende que "é mediante o Poder Judiciário que é assegurado efetividade dos direitos conferidos constitucional ou infraconstitucionalmente, dessa forma, sem a adequada prestação jurisdicional, impede-se a realização de todos os valores éticos e jurídicos que o referido princípio visa garantir".

Segundo Pereira[382], "o princípio da dignidade humana é o pressuposto da ideia de justiça humana, pois ela dita a condição superior do homem, independentemente de qualquer tipo de merecimento pessoal ou social. A motivação de seu merecimento é a própria vida".

Portanto, a garantia de dignidade humana só será efetiva à medida que obtivermos um acesso real à justiça, e não apenas abstrato. Conclui-se que os métodos consensuais de solução de conflitos, como a mediação, que permite a autonomia das partes para resolver o conflito e favorecimento do diálogo, respeitam o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que confiam às partes a autoridade de dirimir os seus próprios conflitos.

Com a intenção de inserir uma cultura de pacificação social, o legislador trouxe no Código de Processo Civil, de 2015, em vários dispositivos, regramentos que estimulam o uso da mediação. O artigo 3º, parágrafo 2º, prevê que "O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos". Dispõe ainda, no parágrafo 3º, que sempre se deve buscar e remeter o conflito para a mediação, até mesmo no curso do processo.

No artigo 334 do Novo Código de Processo Civil, recebida a petição inicial, o magistrado irá designar a realização da audiência de conciliação. Contudo, expressamente, as partes podem manifestar o desinteresse pela audiência. Todavia, sendo as partes intimadas e não tiverem manifestado o desinteresse pela audiência, será caracterizado como ato contrário à dignidade da justiça.

Preceitua o parágrafo 8º do referido Código que o "não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado''.

---

381 NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **O princípio da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

382 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 115.

Ressalta-se que a parte faltosa tem prazo de trinta dias, da publicação da decisão sancionadora, para retirar a Guia de Recolhimento da União e realizar o pagamento da multa. Posteriormente, deve comprovar o pagamento no prazo de dez dias, sob pena de o débito ser inscrito na Dívida Ativa da União, conforme artigo 101, parágrafo 2º, do Provimento Geral da Corregedoria.

Portanto, faltando à audiência de Mediação e Conciliação, pratica-se ato contrário à ordem judicial, desrespeitando o Poder Judiciário, que agora é penalizado com multa. Verifica-se, com isso, a intenção de o legislador promover o uso dos meios consensuais de resolução de conflitos, reduzindo o número de processos que ingressam pela via jurisdicional, é o que se denomina de "dejudicialização".

Torna-se evidente que a efetividade da Justiça, almejada pela sociedade, não será alcançada somente com novos procedimentos técnicos processuais, mas também sociais. Portanto, imposta uma ordem, como a do referido dispositivo citado acima, não deve ser descumprido por deliberação própria, pois se caracteriza um desrespeito ao magistrado, e também à sociedade.

Por fim, a criação dessa medida coercitiva traduz um avanço importante, haja vista trazer consigo a objetividade de garantir o acesso à justiça, a celeridade e a efetividade por meio do uso das técnicas de mediação, além de reprimir o ato contrário à dignidade da justiça.

Considerações finais

Conforme exposto no presente artigo, o modelo jurisdicional hoje é o mais buscado pela sociedade, razão pela qual o Poder Judiciário fica assoberbado, sem conseguir alcançar resultados satisfatórios e efetivos. Encontra-se, pois, numa grande crise relativa à entrega da prestação jurisdicional, dificultando a concretização do acesso à justiça, direito fundamental contido na Constituição Federal, de 1988.

Diante desse cenário, surgem as técnicas de mediação como instrumento de acesso à justiça e, consequentemente, de efetivação dos direitos constitucionais apregoados na Carta Magna que não basta estarem apenas positivados, mas que precisam alcançar a vida de cada cidadão.

Portanto, todo cidadão tem direito ao acesso à justiça, seja por qualquer meio prestado, desde que garanta a resolução do seu conflito de maneira rápida, satisfatória e ratifique a dignidade da pessoa humana das partes.

Conclui-se que – nos tempos modernos o que impera a cultura do conflito, da disputa, do litígio – é relevante o uso dos meios de solução consensuais de conflitos, provocando o restabelecimento do diálogo entre as partes, buscando uma solução pacífica que beneficie ambos, resolvendo satisfatoriamente o conflito, de maneira célere, informal, sigilosa, num autêntico acesso à justiça e respeito aos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a justiça.

Por todo exposto, acreditamos ser dever de o Estado incentivar e promover o uso da mediação como método de resolução de conflitos, com o intuito de ajudar o Poder Judiciário, livrando-o de milhões de processos, e, consequentemente, assegurando o direito à dignidade da pessoa humana e da dignidade à justiça, com a concretização do devido acesso.

Referências

ALMEIDA, Diogo Assumpção de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A Mediação no Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro. Forense, 2015.

AZEVEDO, André Gomma de. Desafios de acesso à justiça ante o fortalecimento da autocomposição como política pública nacional. *In*: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (org.). **Conciliação e mediação**: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 11-30. (Coleção ADRs).

BACELLAR, Roberto Portugal. O poder judiciário e o paradigma da guerra na solução dos conflitos. *In*: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (org.). **Conciliação e mediação**: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.31-40. (Coleção ADRs).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017**. Brasília-DF, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf. Acesso em: 6 abr. 2018.

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. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 6 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6o da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 6 abr. 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Edições 70 Lda, 2007.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **O princípio da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **A mediação como instrumento de solução de conflitos familiares**: a experiência da casa de mediação do Pirambu. Fortaleza, UNIFOR, 2005, 170p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Fortaleza, 2005. Disponível em: http://livros01.livrosgratis.com.br/cp079348.pdf. Acesso em: 6 abr. 2018.

O que a Natureza uniu, a Senciência separa: ensaio sobre a autonomia do direito animal

What Nature has Joined, Sentience Separates: Essay on the Autonomy of Animal Law

Monique Mosca Gonçalves

Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais pela Universidade de Lisboa. Pós-graduada em Direito Penal pela UNIDERP. Professora dos cursos de pós-graduação do CERS. Promotora de Justiça/MG.

Resumo: Desde os seus primórdios, a tutela jurídica do animal está intrinsicamente vinculada ao ordenamento do ambiente. Enquanto componentes da fauna - recurso natural e bem ambiental - os animais receberam proteção reflexa da vida e da integridade física, como forma de garantia do equilíbrio ecológico e consequente proteção da qualidade de vida humana. Ocorre que, com a afirmação científica precisa da senciência animal e o fortalecimento da concepção filosófica sobre a significância moral dos animais enquanto seres dotados de sensibilidade, a identidade de objetos e a compatibilidade entre os sistemas de regulação foram postas em xeque. O reconhecimento jurídico do princípio da senciência trouxe a conformação de um sistema de tutela direcionada ao indivíduo, como reconhecimento de seu valor intrínseco e independente de qualquer benefício ecológico, o que tornou insustentável a sua permanência integrada ao Direito do Ambiente. Posta a necessidade de dissolução, a especificidade do objeto indica a emergência de um novo ramo do Direito e, a partir da conformação jurídica atual, é possível a identificação de alguns princípios fundamentais deste novo segmento. A par dessas considerações, a temática envolve intrincadas questões éticas, culturais e econômicas que, por provocarem disparidades de tratamento muitas vezes injustificáveis, conferem uma nota de complexidade única a este novo campo do saber jurídico, o que exige, ainda, sério debate literário para a afirmação precisa de seus elementos e contornos fundamentais.

Palavras-chave: direito ambiental; direito animal; natureza jurídica; princípio da senciência; ramo jurídico autônomo.

Abstract: From its origin, the legal protection of animal is intrinsically linked to the environmental law. As components of the fauna – natural resource and environmental value – animals received reflexive protection of their life and physical integrity as a way of guaranteeing the ecological balance and consequent protection of the human life quality. With the precise scientific assertion of animal sentience and the strengthening of the philosophic conception about the moral significance of animals as sentient beings, the identity of the object and the compatibility between the regulatory systems were contested. The juridical recognition of the animal sentience principle brought the conformation of a system of guardianship directed to the individual, as recognition of its intrinsic value and independent of any ecological benefit, which made unsustainable the permanence of its integration in the Environmental Law. Asserting the need of dissolution, the specificity of the object indicates the emergency of a new legal branch, based on the current legal framework, it is possible to identify some fundamental principles of this new system. Alongside these considerations, the theme involves intricate ethical, cultural and economic issues which, because of the often unjustifiable disparities in treatment, provide a unique note of complexity to this new field of legal knowledge, which also demands serious literary debate for the precise affirmation of its elements and contours.

Keywords: environmental law; animal law; legal nature; sentient principle; autonomous legal approach.

Introdução

> *Ambientalistas não podem ser libertadores de animais. Libertadores de animais não podem ser ambientalistas ... as obrigações morais para com a natureza não podem ser esclarecidas ou explicadas – não se pode sequer dar o primeiro passo – apelando para os direitos dos animais.* Mark SAGOFF. *Animal Liberation and Environmental Ethics: Bad Marriage, Quick Divorce*. *In:* ***Osgoode Hall Law Journal***. Volume 22. Nº 2 (1984). Págs. 304 e 306 (tradução nossa).

A última década tem sido marcada por uma onda mundial de expansão do sistema jurídico de proteção dos animais, decorrente da progressiva formação de uma vigorosa consciência pública sobre o dever de respeito aos animais, enquanto seres dotados de

capacidade de sentir, e o consequente reconhecimento de que a vida e o bem-estar animal constituem um valor fundamental da sociedade contemporânea.

Neste fenômeno identificam-se discussões sobre a legitimidade de condutas outrora inquestionáveis, a exemplo de práticas culturais e desportivas - farra do boi, vaquejada, tourada, tiro aos pombos, etc. -, a estrita regulamentação do setor industrial de produção animal, o reconhecimento do dever de proteção pelos poderes públicos, o endurecimento do sistema repressivo, notadamente o criminal, em face de atos de crueldade e maus-tratos e, mais recentemente, a mudança do estatuto civil para a *descoisificação* do animal.

Nada obstante, para que o sistema jurídico do animal possa evoluir de forma legítima e ancorado em bases conceituais sólidas, é preciso que se defina, antes de tudo, qual o lugar dos animais no mundo jurídico. A definição da natureza jurídica do Direito Animal, por sua vez, prende-se ao estudo crítico sobre sua atual compatibilidade e afinidade jurídica com o sistema do ambiente e a eventual emergência de um novo ramo do Direito.

É neste sentido que o presente estudo busca analisar a histórica inter-relação entre a regulação jurídica do ambiente e dos animais e o abalo desta união frente ao novo paradigma ético de tutela dos animais, com base no princípio da senciência, a indicar o dificultoso - mas inevitável - caminho da separação.

1 Laços do matrimônio jurídico

1.1 O animal e o ambiente na sua origem comum

Historicamente, a consolidação das normas de proteção dos animais na ampla maioria dos ordenamentos internos ocorreu através dos instrumentos de cariz ambiental. Tal fato se deu em razão da relação entre o animal e o ambiente, tendo em vista que o animal é um importante componente do equilíbrio ecológico e integra a fauna, como recurso natural e bem ambiental.

A evolução do Direito do Ambiente propiciou uma tutela reflexa do animal, decorrente, em especial, das normas de proteção da biodiversidade e dos instrumentos de combate à degradação dos recursos naturais e à destruição de habitats. Contudo, tradicionalmente, a proteção individual do animal, no que respeita aos seus interesses

primordiais, como a manutenção da vida e a salvaguarda da integridade física, nunca constituiu escopo central das normas ambientais[383].

A relação entre as normas de proteção do ambiente e dos animais conforma-se por alguns aspectos de ordem fática e filosófica que, ora os aproximam, ora os afastam. Como se sabe, a evolução do Direito do Ambiente motivou-se e acompanhou-se do progressivo cenário de devastação da natureza e a consequente afetação da qualidade de vida humana, em especial atenção aos efeitos cumulativos e irreversíveis dos danos ecológicos e o consequente risco às gerações futuras.

Dentro deste contexto, o ambiente identifica-se como um macrobem, de natureza imaterial e indivisível, composto por microbens, que representam os recursos naturais, como a flora, a fauna, o solo, a água e o ar. A proteção do animal, especialmente como espécie, ganha relevância em razão da sua importante função ecossistêmica e de garantia do equilíbrio ecológico. Constitui, na sua essência, uma tutela de natureza coletiva e instrumental, encarada sob uma perspectiva eminentemente utilitarista.

É fácil perceber que a proteção do animal pela via reflexa do Direito do Ambiente alinha-se especialmente com os animais selvagens, já que são estes que possuem um valor ecológico relevante[384]. A questão dos animais domésticos e sua integração no ambiente, por outro lado, sempre foi uma incógnita e a problemática agrava-se por dois fatores em especial. Primeiro, a própria noção do termo fauna[385], que, de acordo com o seu significado original, remete a uma coletividade de animais, sem maiores especificações. Segundo, em razão da incidência do instituto da propriedade privada, o que lhes traz uma conotação distinta quanto ao âmbito subjetivo dos deveres de proteção.

A ecologia e o movimento de proteção dos animais têm objetivos centrais distintos, mas se entrelaçam em diversos aspectos. A devastação da natureza, por exemplo, constitui hoje a maior ameaça aos interesses dos animais selvagens, em razão da perda do habitat. A

---

383 De acordo com Antônio Pereira da Costa, as vantagens que os animais retiram das disposições legais que lhe são favoráveis constituem efeitos secundários e reflexos da tutela jurídica que lhes é indiretamente dispensada. A proteção do animal pelo Direito do Ambiente se dá, assim, de forma indireta, já que este o valora e o protege enquanto espécie, mas desconsidera a sua relevância como indivíduo. PEREIRA DA COSTA, Antônio. **Dos animais (o Direito e os Direitos)**. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 18.

384 Helena Neves distingue entre a proteção do animal como espécie (função ecológica), enquadrada no Direito do Ambiente, e a proteção do animal como indivíduo, sob o regime do Código Civil, o que confere distinta natureza jurídica aos animais selvagens em relação aos domésticos, afastando, quanto aos últimos, o estatuto de bem difuso. NEVES, Helena Telino. **A Tutela Jurídica da Fauna Selvagem Terrestre**: uma abordagem comparada dos ordenamentos português e brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011, p. 119.

385 A palavra fauna deriva do latim *Fauna, -ae*, mitónimo (deusa romana, mulher de Fauno, deus dos rebanhos e dos pastores) e denomina o conjunto dos animais próprios de uma região ou de um ambiente ou de uma época. Fonte: Priberam dicionário – www.priberam.pt Acesso em: 11 nov. 2019.

biodiversidade, por outro lado, constitui um relevante valor ambiental, ao mesmo tempo em que implica na preservação da vida não-humana. O combate aos atuais sistemas de produção animal também representa um ponto em comum dos movimentos, tendo em vista que geram graves problemas ecológicos, especialmente ligados ao desmatamento e às alterações climáticas, ao mesmo tempo em que violam os interesses primordiais dos animais, em razão da adoção de inúmeras práticas consideradas cruéis, com intensa dose de sofrimento animal.

1.2 Fundamentos filosóficos da união: o casamento religioso

No cenário filosófico, a concepção antropocêntrica constituiu a base da formulação das normas de proteção do ambiente, em atenção ao valor dos bens ambientais e do equilíbrio ecológico para a garantia da qualidade de vida e da segurança dos seres humanos, o que fundamentou o seu reconhecimento como direito fundamental. Contudo, especialmente nas últimas décadas, o antropocentrismo como orientação jurídica dominante passou a ser alvo de contestação, com espeque em um paradigma ético que postula a proteção do ambiente e dos animais pelo seu próprio valor, independentemente da sua utilidade instrumental às necessidades humanas.

Essa corrente interpretativa tem como base fundamental os preceitos da *deep ecology*, orientação filosófica cunhada por Arne Naes na década de 1970 e que se caracteriza pela defesa do valor moral inerente a cada ser vivo e propõe uma reestruturação radical do modo de vida contemporâneo, em contraste com a ecologia rasa, típica da sociedade moderna e de cunho eminentemente utilitarista e antropocêntrico.

O combate ao antropocentrismo representa, assim, um fator em comum das modernas demandas de proteção do ambiente e dos animais, pela defesa do reconhecimento do valor inerente da natureza (ecocentrismo) e dos animais (senciocentrismo) como base fundamental para a sua tutela jurídica. Essa nova tendência já se encontra albergada de forma expressa em alguns ordenamentos internos, com especial destaque para as Constituições do Equador e da Bolívia, em um fenômeno atualmente conhecido como o novo constitucionalismo latino-americano. A Constituição da Bolívia de 2009, em seu art. 33, reconheceu direitos para além dos humanos, adotando a teoria nominada *buen vivir*, como valor que pressupõe o respeito a todas as formas de vida. No mesmo sentido, a Constituição do Equador de 2008 estabeleceu a Natureza como titular de direitos (art. 71).

Destarte, mesmo quando encarada a questão sob o aspecto da personificação e do reconhecimento de direitos subjetivos, que constituem temas centrais do atual estágio

evolutivo dos sistemas jurídicos de proteção dos animais, a referida discussão também não escapa do ordenamento ambiental, na medida em que, embora com menor intensidade de debate e respaldo doutrinário, há quem defenda o caminho da personificação jurídica das realidades naturais[386].

1.3 A união civil: afinidades no regime jurídico

A integração da proteção do animal no Direito do Ambiente encontra alguns pontos em comum e a utilização de seus institutos pode representar um importante fator para o avanço da tutela. Embora ainda constitua um ramo jurídico relativamente novo e em constante evolução, o ordenamento do ambiente possui alguns fortes instrumentos que, devidamente adaptados de acordo com as especificidades que demanda a proteção individual dos seres não-humanos, revelam-se de extrema utilidade.

O acesso à informação e a educação ambiental constituem um ponto de especial relevância para o sistema jurídico de proteção dos animais no Brasil, em razão da necessidade de maior conscientização e sensibilização pública sobre o estatuto ético dos animais, como seres capazes de sentir dor e ter sentimentos, representando um elemento essencial para o progresso das normas, especialmente quando envolver conflito de interesses com outros valores, a exemplo de práticas culturais e o consumo humano.

Uma abordagem de "boa governança" no setor animal deve passar necessariamente pela transparência e a ampla partilha de informações entre os *stakeholders*, bem como pelo empoderamento do público para a participação na tomada de decisões referentes às condutas que afetam os interesses dos animais[387]. Somente com acesso à informação, educação e participação pública é que se poderá pensar em uma efetiva mudança no tratamento dispensado aos animais, de forma a legitimar progressivas limitações legais à atividade humana.

Por outro lado, assim como a proteção do ambiente, a tutela dos animais não prescinde de instrumentos relacionados com intervenções na economia e na circulação de

---

386 A tese da personificação das realidades naturais foi levantada no famoso caso *Sierra Club x Morton*, no qual a Suprema Corte Americana discutiu a possível legitimidade processual das árvores e a referida tese foi rechaçada por apenas um voto de diferença. Ver o acórdão em: https://caselaw.findlaw.com Acesso em: 11 nov. 2019.

387 TISCHLER, Joyce; MYERS, Bruce. Animal Protection and Environmentalism: The Time Has Come to Be More Than Just Friends. *In*: ABATE, Randall S. (ed.). **What Can Animal Law Learn from Environmental Law**. Washington DC: Environmental Law Institute, 2015. p. 387-424, p. 407.

produtos, especialmente no que se refere aos animais de criação[388] e à experimentação científica. Instrumentos econômicos e fiscais[389], a rotulagem e outros mecanismos voluntários de promoção da sustentabilidade na produção e no consumo já são uma realidade nos sistemas de proteção dos animais em diversos ordenamentos jurídicos.

Estes mecanismos são relevantes para desincentivar atividades e o consumo de produtos que provocam uma carga excessiva de sofrimento animal e promover produtos "amigos dos animais". O próprio conceito de sustentabilidade, maleável que é por suas múltiplas concepções, adapta-se ao paradigma ético para considerar o bem-estar dos animais explorados como contraponto ao desenvolvimento econômico[390].

A especial vantagem do aproveitamento de institutos classicamente criados para o Direito do Ambiente para o fortalecimento da tutela jurídica dos animais não tem passado desapercebida na literatura de outros países. De Anna L. Hill[391], por exemplo, destaca as deficiências da legislação de bem-estar animal norte-americana e pontua que muitas organizações privadas têm se utilizado de provisões das leis ambientais para levar casos de crueldade animal às cortes americanas, especialmente através dos instrumentos "*Clean Water Act*", "*Migratory Bird Treaty Act*", "*National Environmental Policy Act*" (NEPA) e "*Clean Air Act*". A utilização destes diplomas, além de possibilitar ao cidadão a defesa dos animais em juízo, o que as leis de bem-estar animal não permitem, confere uma abordagem muito mais ampla e fortalecida, acabando por se mostrar favorável à defesa dos animais, ainda que se perca o foco da questão individual. Ao final, a doutrinadora reconhece que a abordagem pela via do ambiente é fundamentalmente inadequada, mas pontua que as precariedades do sistema jurídico de proteção do animal devem ser supridas com táticas legais criativas e que,

---

388 Sobre a utilização de instrumentos econômicos para a proteção dos animais de criação, ver GONÇALVES, Monique Mosca. Bem-estar e produção animal no Direito Europeu: estágio atual e novas perspectivas. *In:* MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado Gomes; PENTINAT, Susana Borràs (coord.).; CAÚLA, Bleine Queiroz; COUTINHO, Julia Maia de Menezes; LEITÃO, Rômulo Guilherme (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 10 (edição especial). Rio de janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 355-400.

389 No Brasil, como estratégia para a proteção dos animais em situação de rua, vários Municípios instituíram benefícios fiscais, especialmente através de reduções de IPTU, para quem fornece abrigo e guarda aos animais. Veja o exemplo do Município de Araquari/SC, através da Lei Municipal nº 2.917/14 (art. 9º).

390 Juarez Freitas fala em sustentabilidade ética, como um novo componente do princípio do desenvolvimento sustentável, que leva em consideração a necessidade de tratamento humanitário dos animais no âmbito da atividade econômica. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011. GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio Luiz. **Lei de Crimes Ambientais**. Comentários à Lei 9.605/1998. 2. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 34.

391 HILL, De Anna. Combating Animal Cruelty with Environmental Laws Tactics. **Journal of Animal Law**, v. IV, n. 39, p. 19-40, 2008, p. 28-39. Disponível em: https://www.animallaw.info/article/combating-animal-cruelty-environmental-law-tactics. Acesso em: 11 nov. 2019.

do ponto de vista da efetividade, enquanto novos instrumentos não forem criados, a utilização de institutos ambientais revela-se como uma poderosa tática.

Note-se, por fim, que os fatores acima analisados não se prestam a justificar a inclusão da tutela do animal no ordenamento do ambiente e a unificação do tratamento jurídico. Eles apenas indicam a compatibilidade e a especial importância da utilização de alguns institutos ambientais e da estrutura regulatória madura que apresenta o Direito do Ambiente como modelo para a evolução das normas de proteção dos animais, naquilo que for compatível.

1.4 O lugar dos animais no sistema jurídico atual

A legislação brasileira atual trata, de forma predominante, a proteção do animal, seja pelo seu aspecto coletivo, quanto aos valores ecológicos subjacentes, ou no âmbito individual, dentro dos diplomas de natureza ambiental. A Constituição da República de 1988 regulou o animal dentro do capítulo referente ao meio ambiente, estabelecendo o dever de proteção da fauna e, como um dos componentes deste dever, a vedação da crueldade contra os animais (art. 225, §1º, incisos I e VII).

No âmbito da legislação infraconstitucional, a proteção do animal dentro da legislação ambiental consubstancia-se, em especial, na Lei nº 5.197/67 (Lei de Proteção à Fauna), na tutela penal destacada na Lei nº 9.605/95 (Lei dos Crimes Ambientais) e no Decreto nº 6.514/98, que trata da responsabilidade administrativa ambiental.

Seguindo o cenário legislativo, a doutrina clássica é robusta quanto à integração do animal no estatuto jurídico do ambiente, podendo-se dizer que, de forma majoritária, os especialistas em Direito do Ambiente não desconectam a regulação jurídica dos dois setores. Neste sentido: Édis Milaré e Celso Antônio Pacheco Fiorillo.

Mesmo com relação aos animais domésticos, ante a destacada controvérsia sobre a existência de vínculo finalístico entre a garantia do equilíbrio ecológico e a proteção dos animais domésticos, a concepção doutrinária amplamente dominante é no sentido de que a fauna abrange todos os animais, independentemente de espécie ou natureza, de forma a não dissociar os animais domésticos do interesse ambiental[392].

Tradicionalmente, a jurisprudência também segue a mesma linha. No famoso caso sobre a "farra do boi"[393], o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da

---

392 Neste sentido: MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 193.

393 STF. Recurso Extraordinário nº 153531-8/SC. Acórdão de 03 de junho de 1997.

popular prática catarinense, com fundamento na vedação constitucional da crueldade animal. Em seus fundamentos, a Corte Suprema considerou a importância da proteção da natureza e o dever do Estado de sancionar condutas lesivas ao ambiente[394]. A mesma linha de entendimento foi seguida no caso da "vaquejada", que considerou a crueldade intrínseca da prática e destacou a prevalência do dever de proteção ao ambiente em face dos valores culturais da atividade[395].

2 A hora do divórcio

2.1 O despertar para a senciência animal e a insustentabilidade da vida em comum

2.1.1 A revolução filosófica em favor dos animais

A discussão sobre a autonomização da regulação jurídica dos animais em relação ao ambiente é recente e decorreu, em especial, do avanço da neurociência[396] e de grandes obras filosóficas, que despertaram a atenção do Direito para a necessidade de proteção dos animais com fundamento na sua sensibilidade e propensão à dor e ao sofrimento, o que os afasta dos contornos das normas de proteção dos bens naturais e os aproxima do sistema de proteção do próprio indivíduo.

Em 1975, foi publicada, originalmente do inglês, a obra que seria responsável por uma verdadeira guinada no pensamento filosófico tradicional sobre a relação entre os homens e os animais. Em *Libertação Animal,* Peter Singer defende o reconhecimento do interesse dos animais contra o sofrimento e a sua significância moral. Não sustenta propriamente a libertação dos animais e a consequente extinção do *status* de propriedade, mas defende que as relações entre humanos e animais devem se pautar na vedação da imposição de sofrimento desnecessário, sob a ótica utilitarista da ponderação de interesses.

O filósofo australiano defende o princípio da igual consideração de interesses como um princípio moral básico que se aplica também a membros de outras espécies. A senciência, por outro lado, seria a única fronteira defensável de preocupação com os interesses alheios, já

394 No mesmo sentido: STF. ADIN 1.856/RJ, acórdão de 14 de outubro de 2011, sobre a "briga de galos".
395 STF. ADIN 4.983/CE, acórdão de 06 de outubro de 2016.
396 Vide a Declaração de Cambridge sobre Senciência Animal, de 2012. Disponível em: http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf. Acesso em: 11 nov. 2019.

que a escolha de qualquer característica externa seria arbitrária e representaria forma inaceitável de preconceito, contrário ao princípio da igualdade[397].

A era pós-Singer foi marcada por inúmeras outras obras de peso que ajudaram a fortalecer a concepção de que a natureza de ser senciente deve justificar a reformulação da relação tradicional para com os animais. Neste contexto, destaca-se o pensamento de Tom Regan, que foi além da teoria de Peter Singer para defender verdadeiros direitos morais aos animais, inaugurando a vertente mais radical abolicionista, que sustenta a extinção de todas as formas de exploração animal.

Regan[398] faz um retrospecto sobre as teorias morais construídas sobre os direitos humanos para demonstrar a semelhança de argumentos em prol do reconhecimento de direitos para os animais. O tratamento dispensado aos animais deve então ser pautado no princípio do respeito, como vedação de qualquer forma de instrumentalização. A teoria *reganiana* parte do critério da senciência para afirmar o valor inerente dos animais, e consequente justificação da sua dignidade, o que exige a extinção de todas as formas de exploração e a verdadeira libertação dos animais.

Outra grande contribuição adveio do pensamento do psicólogo britânico e professor da Universidade de Oxford, Richard D. Ryder[399], que formulou uma teoria anti-especista[400] baseada no critério estrito da capacidade de sentir dor. Sua teoria da *dorência* - ou *dorismo*, como preferem alguns -, prescreve que valores morais são baseados em experiências individuais de dor e essa dor por si só é o único mal. Uma ciência da dor seria o único argumento convincente para a atribuição de direitos ou o reconhecimento de interesses. Consequentemente, nossa preocupação com a dor e o sofrimento dos outros deveria se estender a todos os indivíduos *dorentes*, aqueles capazes de sentir dor, independentemente de sexo, classe, raça, religião, nacionalidade ou espécie.

Com o impacto acadêmico das citadas obras e a consequente formação de considerável consenso sobre a senciência enquanto fundamento para a afirmação da

---

397 SINGER, Peter. **Libertação animal**. Tradução: Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 14.

398 REGAN, Tom. **Animal Rights, Human Wrongs**: an introduction to moral philosophy. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, 2003, p. 70-76.

399 RYDER, Richard. D. Os animais e os direitos humanos. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 3, n. 4, p. 67-70, jan./dez. 2008, p. 67. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/issue/view/893. Acesso em: 11 nov. 2019.

400 Richard D. Ryder foi quem primeiro cunhou o termo especismo, em 1970, quando em comparação com os fenômenos do racismo e do sexismo, todas estas consideradas formas de discriminação arbitrárias, posto que baseadas em características externas. Hoje, o termo – do inglês, *speciesism* - encontra-se incorporado pela Enciclopédia Britânica e designa o preconceito baseado na espécie.

relevância moral dos animais, o debate passou a ganhar intensidade a ponto de provocar maiores reflexões no mundo jurídico e alterações nas legislações internas, até a consolidação de duas correntes principais de fundamentação do tratamento normativo: 1) teoria do bem-estar animal (*welfarist approach*), originária da corrente filosófica utilitarista, que reconhece os interesses primários dos animais, decorrentes da condição de indivíduos sencientes, e estabelece deveres diretos para com eles, calcados no princípio do tratamento humanitário; e 2) teoria abolicionista (*rights approach*), que tem como princípio fundamental o reconhecimento da dignidade dos animais, como exigência de tratamento com respeito e consequente vedação de toda e qualquer forma de exploração, com a consequente e inderrogável necessidade de mudança do *status* de propriedade para sujeito de direitos.

Até hoje, a esmagadora maioria das manifestações legislativas a nível mundial em favor dos animais ancora-se nas premissas bem-estaristas, materializadas nos conceitos imprecisos de "sofrimento desnecessário" e "tratamento humanitário". A teoria abolicionista, embora conte com progressivo respaldo doutrinário, ainda carece de maior influência legal. A razão de ser deste cenário, longe de refletir deficiência teórica, decorre da insuperável barreira de concretização, já que a histórica cultura de dominação, ainda absolutamente predominante nas sociedades contemporâneas, impede a sua tradução em termos legais, pois implicaria em verdadeira convulsão cultural.

Para conciliar as incongruências de fundamentação ética do bem-estarismo, que, por vezes, fracassa na tentativa de justificação de determinadas práticas exploratórias, com a barreira de concretização da teoria abolicionista, mais recentemente, tem ganhado notoriedade uma terceira vertente, intermediária, denominada de *new welfarist*. Os novos bem-estaristas[401] defendem que a completa libertação dos animais e o reconhecimento de direitos subjetivos devem ser vistos como um ideal, mas que apenas pode ser alcançado através de reformas progressivas de bem-estar animal. Defendem o direito dos animais a longo termo e aceitam o bem-estar animal como um caminho necessário. A posição híbrida entende que há uma forte relação entre aumentar a gaiola hoje para esvaziar a gaiola no futuro.

De pronto, já se nota que há uma recíproca afinidade entre a teoria abolicionista e a defesa da autonomia do Direito Animal como ramo jurídico, da mesma forma que a

401 Como bem atentado por Carlos M. Naconecy, a expressão "novos bem-estaristas" é inadequada, já que a teoria abraça a ideia da concepção de direitos e apenas reconhece que este não é um fim alcançável na atualidade e que deve ser buscado passo-a-passo. O filósofo brasileiro então propõe uma nova denominação a essa posição: abolicionismo pragmático. NACONECY, Carlos Michelon. **Ética & animais**: um guia de argumentação filosófica. Porto Alegre: EDIPUCRJ, 2006, p. 244/248.

concepção do bem-estar animal encontra menos objeções ao tratamento da questão dentro do Direito do Ambiente. Isso porque, o reconhecimento de direitos subjetivos aos animais afasta o seu tratamento da perspectiva em relação ao ambiente, representando uma desconexão em relação à concepção antropocêntrica e a adoção do senciocentrismo como orientação interpretativa dominante.

A proteção do ambiente, por outro lado, jamais perderá por completo o seu caráter antropocêntrico, em razão da sua inafastável relação com a qualidade de vida humana, que serviu, inclusive, de fundamento para sua consagração como direito fundamental. Ademais, ainda que se possa vislumbrar a tutela da natureza por um viés biocêntrico, tal perspectiva jamais poderá ser equiparada à proteção do animal que decorre da sua condição de ser sensível, como valoração da sua identidade. A equiparação do valor inerente dos bens naturais e dos animais é perigosa, na medida em que permite valorar de forma equânime rochas, rios, plantas e seres dotados de sensibilidade, autodeterminação e consciência, gerando, consequentemente, risco de degradação da própria condição humana.

A adoção de uma ética biocêntrica no âmbito do Direito do Ambiente apresenta inúmeros benefícios, especialmente para promover uma melhor educação ambiental e assegurar o princípio da solidariedade intergeracional. Contudo, o valor inerente reconhecido à natureza deve ser distinto e de menor intensidade que o valor inerente dos seres dotados de sensibilidade, até porque os fundamentos são diferentes[402].

Destarte, independentemente da afirmação da posição subjetiva de direitos aos animais, o simples reconhecimento de que a natureza senciente importa em distinta consideração da sua valoração moral é suficiente para justificar distinto tratamento jurídico, de forma a representar proteção agregada e fundamentalmente diversa daquela tradicionalmente destinada ao ambiente.

2.1.2 A senciência como princípio jurídico

[402] Em sentido semelhante, Fábio Oliveira explica que o Direito dos Animais não compartilha do igualitarismo biosférico, não concorda com a ideia de que todos os seres vivos possuem o mesmo valor inerente. Sustenta que a vida animal é superior (e não igual) à vida vegetal e conclui que o valor inerente da Ecologia Profunda é menos forte ou protetivo do que aquele professado no campo da Ética Animal. Direitos da natureza e direitos dos animais: um enquadramento. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Direitos da natureza e direitos dos animais: um enquadramento. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, Ano 2, n. 10, p. 11325-11370, 2013. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/10/2013_10_11325_11370.pdf. Acesso em: 11 nov. 2019.

Como consequência direta da alteração do estatuto moral dos animais, tem se verificado nos últimos anos, a nível mundial, uma forte tendência de reconhecimento legal da senciência animal, como fonte de justificação da correspondente tutela.

No direito europeu, o art. 13º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), introduzido pelo Tratado de Lisboa (2007), reconhece expressamente a senciência animal, estabelecendo o bem-estar dos animais como um valor constitucional, conformador das Políticas da União e dos Estados-Membros nos domínios da agricultura, da pesca, dos transportes, do mercado interno, da investigação e desenvolvimento tecnológico e do espaço.

A modificação promovida pelo Tratado de Lisboa, com efeitos a partir de dezembro de 2009, representou um grande avanço na tutela dos animais no âmbito europeu, por conferir legitimidade constitucional à causa. A proteção do bem-estar animal passa a figurar como objetivo e limite de intervenção normativa do decisor eurocomunitário, sendo alçada à condição de política prioritária da União Europeia[403].

O reconhecimento da senciência animal tem ganhado ainda maior destaque na seara do direito privado, o que se revela na progressiva tendência de alteração dos ordenamentos civis para a *descoisificação* do animal e a definição de um inovador estatuto, dissociado da clássica dicotomia pessoa/coisa. Os animais ganham seu espaço no mundo jurídico, alçados à condição de seres vivos dotados de sensibilidade, o que já se verifica na Áustria, Alemanha, Suíça, França, Portugal, Espanha, Nova Zelândia, Canadá, México, dentre outros.

No Brasil, se ainda não se vislumbra, a nível federal[404], a existência de norma declaratória expressa da condição especial dos animais, o princípio da senciência extrai-se da alteração da interpretação tradicional das normas, refletida no pensamento doutrinário e jurisprudencial atual, além de se materializar em algumas propostas legislativas seguidoras da tendência mundial de alteração do estatuto civil do animal[405].

O próprio preceito constitucional anti-crueldade tem recebido um olhar distinto e progressivamente valorizado, o que se verifica notadamente da interpretação empregada pelo Supremo Tribunal Federal, que confere conotação ampla ao termo "crueldade", destacando o

403 DUARTE, Maria Luísa. Direito da União Europeia e Estatuto Jurídico dos Animais: uma grande ilusão? *In:* DUARTE, Maria Luísa; GOMES, Carla Amado (coord.). **Animais**: Deveres e Direitos. Conferência promovida pelo ICJP em 11 de dezembro de 2014. Lisboa, 2015. p. 33-47, p. 37. Disponível em: https://www.icjp.pt. Acesso em: 11 nov. 2019.

404 A nível estadual, o Código de Proteção dos Animais do Estado de Santa Catarina (Lei 12.854/03), reconhece aos cães, gatos e cavalos o estatuto de *seres sencientes, sujeitos de direito, que sentem dor e angústia, o que constitui o reconhecimento de sua especificidade e das suas características face a outros seres vivos* (art. 34-A, incluído pela Lei nº 17.485/18).

405 Vide Projeto de Lei da Câmara nº 27/18 e Projeto de Lei do Senado nº 631/2015.

foco na capacidade de sentir dos animais e não no juízo de valor negativo sobre a conduta humana que impinge sofrimento. A se empregar interpretação literal ao dispositivo, ter-se-ia que considerar, prioritária e obrigatoriamente, o aspecto subjetivo da conduta humana, que é inerente ao conceito de crueldade, como representação de um senso lúdico perverso. Andreas J. Krell e Marcos Vinícius Cavalcante Limadissertam com muita precisão sobre os elementos de cognição do vocábulo "crueldade":

> Em termos lexicais, ele pode ser entendido de cinco formas: prazer que se experimenta em fazer sofrer ou ver sofrer; ferocidade de um animal; dureza; rigor; que manifesta um sentimento cruel; ação cruel. Enquanto o segundo e o terceiro significados não se relacionam com o termo em análise, as duas últimas definições aproximam-se bastante, porquanto todo ato que despertar um sentimento cruel também será cruel. Destarte, o termo cruel vai além da mera condição de sofrer, para também abranger o sentimento que pode surgir das consequências de um ato qualquer ou mesmo o próprio ato que pode ter contornos de crueldade[406].

Ocorre que o aspecto subjetivo tem sido considerado secundário e até mesmo dispensável pela Corte Suprema. Veja o seguinte trecho do acórdão referente à "vaquejada":

> Tendo em vista a forma como desenvolvida, a intolerável crueldade com os bovinos mostra-se inerente à vaquejada. A atividade de perseguir o animal que está em movimento, em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo, sem os quais não mereceria o rótulo de vaquejada, configura maus-tratos. Inexiste a mínima possibilidade de o boi não sofrer violência física e mental quando submetido a este tratamento. A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. O sentido da expressão "crueldade" constante da parte final do inciso VII do §1º do art. 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada[407].

Como se pode perceber, diferentemente do que o alcance do termo sugere, o intérprete máximo da Lei Maior considera prioritariamente o sofrimento ou suplício imposto ao animal, em detrimento do estado de reprovação e de censura da prática. Nem sequer chega a discutir propriamente o elemento subjetivo da conduta, consubstanciado no sentimento de prazer decorrente do sofrimento alheio, e emprega uma interpretação com nítido caráter objetivo, voltada à análise da condição dos animais utilizados na prática contestada.

---

406 KRELL, Andreas J.; CAVALCANTE LIMA, Marcos Vinícius. A vedação constitucional de práticas cruéis contra animais e a correta interpretação das normas legais sobre vivissecção pelas comissões de ética no uso de animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 10, n. 19, p. 113-153, maio/ago. 2015, p. 134. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/issue/view/1139/showToc Acesso em: 11 nov. 2019.

407 STF. ADIN 4.983/CE, acórdão de 06 de outubro de 2016.

A partir do entendimento retratado, não é leviano afirmar, que, hodiernamente, o próprio Supremo Tribunal Federal reconhece a previsão constitucional do princípio da senciência animal, ainda que de forma implícita, como vetor interpretativo da regra de vedação da crueldade. A doutrina clássica ambiental também não tem se olvidado dessa mudança de concepção. Neste sentido, Édis Milaré[408] destaca que, ao proibir práticas cruéis contra os animais, a Lei Maior reconhece o valor, em si, dos animais, enquanto seres vivos dignos de respeito, contra qualquer molestação ou violência à sua integridade física. Para o autor, o conceito de cruel condiz com a ideia de submeter o animal a um mal desnecessário.

A doutrina animalista é ainda mais progressista. Heron Santana Gordilho[409], por exemplo, sustenta que o dispositivo constitucional fundamentou a teoria dos direitos dos animais, no instante em que reconhece que os animais são dotados de sensibilidade e impõe a todos o dever de respeitar a vida, a liberdade corporal e a integridade física do animal. Para o autor, a Constituição reconheceu ao menos uma posição mínima de direitos aos animais: a de não serem submetidos a tratamentos cruéis.

Essa mudança de concepção é ainda mais evidente nas relações de família. Nas demandas de dissolução conjugal, já não são raros os casos de disputa judicial do animal de estimação que têm ensejado a aplicação análoga das regras sobre guarda e direito de visitas referentes aos filhos menores[410], o que implica em considerar o interesse do animal como fator de análise para a decisão. Tanto que já se faz até alusão a um "princípio do melhor interesse canino" e a uma nova forma de arranjo familiar: a família multiespécie[411].

No direito penal, classicamente, predominava o entendimento que considera o ambiente como bem jurídico tutelado pelo tipo penal de maus-tratos a animais, em especial a

---

408 MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 197.

409 GORDILHO, Heron Santana. **Abolicionismo animal**. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006, p. 152. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4037. Acesso em: 11 nov. 2019.

410 Em acórdão datado de 04 de fevereiro de 2015 (*Processo nº 0019757-79.2013.8.19.0208*), a 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça/RJ, em disputa pela posse do animal de estimação "Dully", concedeu o direito de visitas ao ex-cônjuge, com fundamento na semelhança do conflito em relação à disputa pela guarda de filhos menores e na relação de afeto estabelecida com o animal. Em outro caso, em sede de disputa pela posse do buldogue francês "Braddock", a magistrada da 2ª Vara de Família da Comarca do Rio de Janeiro determinou a guarda alternada do animal de estimação, com aplicação analógica das regras sobre guarda de menores. Para tanto, considerou os vínculos emocionais com o animal para flexibilizar o *status* de bem semovente e considerar a relação de afeto como fundamento da decisão e não somente a comprovação da legitimidade da posse. Fonte: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 11 nov. 2019.

411 RODRIGUES, Nina Tricia Disconzi; FLAIN, Valdirene Silveira; GEISSLER, Ana Cristina Jardim. O animal de estimação sob a perspectiva da tutela jurisdicional: análise das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 11, n. 22, p. 83-119, maio/ago. 2016. p. 106/107. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/issue/view/1305/showToc. Acesso em: 11 nov. 2019.

fauna e sua consequente função ecológica. Contudo, é cada vez mais forte a concepção que considera a vida e o bem-estar animal como objeto jurídico do delito[412], como consequência do paradigma ético estabelecido na Constituição e das modernas teorias sobre o estatuto jurídico do animal. Este é mais um fator que fortalece o entendimento e indica a tendência acerca da independência do estatuto do animal em relação ao ambiente.

Em síntese, o princípio da senciência animal já constitui uma realidade no sistema jurídico, como princípio constitucional implícito e vetor interpretativo das normas infraconstitucionais, de forma a impor um olhar uniforme de caráter senciocêntrico à legislação e a sustentar a afirmação do valor constitucional do bem-estar animal e consequente dever de proteção e promoção, pelos poderes públicos e pela coletividade.

3 Ramo jurídico autônomo?

3.1 A autonomia científica do Direito Animal

A análise da autonomia de um ramo jurídico exige, em primeira mão, a afirmação da especificidade do objeto de regulação, ou, mais precisamente, de sua autonomia científica[413]. O reconhecimento jurídico da senciência conferiu um fundamento autônomo para a proteção do animal, desconectado dos valores ecológicos que este representa. Assim, a grande questão que envolve o enquadramento jurídico do animal na atualidade é em que medida esse fundamento principal de tutela lhe confere especificidade suficiente para justificar a separação em relação ao Direito do Ambiente. São basicamente dois vetores que serão analisados a partir de agora: 1) a autonomia da matéria, ou seja, a caracterização do objeto frente à temática ambiental; e 2) a existência de princípios próprios, constituintes da ossatura de um corpo normativo uniforme e harmônico, não identificável com as demais ramificações.

A natureza de ser sensível é uma particularidade dos animais em relação aos demais elementos do ambiente que conforma a sua tutela em diversos aspectos. Como se sabe, a

412 Neste sentido: GOMES, Luiz Flávio e MACIEL, Silvio Luiz. **Lei de Crimes Ambientais**. Comentários à Lei 9.605/1998. 2. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 162; e SANTIAGO, Alex Fernandes. O bem jurídico protegido nos crimes contra a fauna. **Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Edição Defesa da Fauna, p. 26-32, 2016. Disponível em: www.mpmg.mp.br. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 31.

413 Segundo a clássica concepção de Alfredo Rocco, a afirmação da autonomia de determinado campo jurídico deve ser analisada a partir de três critérios: 1) a existência de um campo temático vasto e específico; 2) a elaboração de teorias próprias; e 3) a observância de metodologia própria de construção e reprodução da estrutura e dinâmica desse ramo jurídico investigado. ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial –** parte geral. Tradução: Cabral de Moncada. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva & C. editores, 1934. p. 72. Disponível em: http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital. Acesso em: 11 nov. 2019.

proteção do ambiente constitui interesse difuso e contemplado sob forma de proteção por instrumentos de natureza igualmente coletiva. A proteção do animal com fundamento na senciência, por sua vez, implica no reconhecimento do valor inerente de cada animal, com base no paradigma ético, e atrai uma tutela de natureza essencialmente individual, voltada à proteção de seus interesses fundamentais (vida, liberdade, integridade física e emocional).

Destarte, do ponto de vista da proteção do animal, o que interessa é o seu bem-estar enquanto indivíduo, de forma que cada um conta e cada um importa, pois eles são seres capazes de sentir prazer, dor e experimentar outras sensações positivas e negativas, muitas vezes semelhantes à própria condição humana, e estas constituem a base dos interesses a serem tutelados pelo Direito.

Na linha do pensamento de Singer, a capacidade de sofrer e de sentir prazer é suficiente para se reconhecer que animais têm interesses[414], de forma que, se um ser sofre, não haveria qualquer justificativa moral para se deixar de levar em conta esse sofrimento. Consequentemente, somente podem ser reconhecidos interesses jurídicos às pessoas ou, de forma mais clara, aos seres sensíveis. O ambiente fica de fora desta noção.

Sob outro ponto de vista, se, por um lado, alguns institutos do Direito do Ambiente se adaptam às especificidades do paradigma ético de proteção dos animais, como o princípio do desenvolvimento sustentável e os instrumentos de mercado associados à noção de "economia verde", outros, contudo, dissociam-se da especificidade que demanda a proteção do animal, como os institutos especialmente ligados ao princípio da prevenção e da precaução, que se se relacionam com a gravidade, cumulatividade e irreversibilidade dos danos ecológicos.

Neste ponto, aliás, reside provavelmente a maior ilogicidade do nosso sistema animal. Como corolário da inclusão dos animais no sistema jurídico ambiental, a violação do interesse dos animais contra o sofrimento, materializada na prática de atos de crueldade e maus-tratos, é considerada pela lei como crime ambiental e infração administrativa ambiental. Dessa opção legislativa decorre a concepção civilista de que o mesmo ato configura dano ambiental e, pela lógica do sistema de responsabilidade civil ambiental, a reparação do dano

414 Neste ponto, tanto Singer como Regan concordam que as árvores não têm interesses, uma vez que não existem evidências de que plantas sentem dor ou prazer, não possuem um sistema nervoso e não são sencientes. Singer ainda vai além para cogitar a hipótese de se descobrir que plantas podem sofrer, e assevera que, ainda assim, tal capacidade seria obviamente inferior à dos animais, o que respaldaria uma visão diferenciada e uma tutela de menor intensidade. SINGER, Peter. **Libertação animal**. Tradução: Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 268.

ecológico ignora por completo a individualidade do animal-vítima e olvida do que deveria ser o seu foco principal: a reparação da saúde e do bem-estar do animal.

Mesmo a posição topográfica da norma de proteção dos animais na Constituição da República mostra-se incongruente. Veja-se que o *caput* do art. 225 declara o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. O §1º do dispositivo estabelece deveres ao Poder Público para assegurar a efetividade desse direito e, dentre eles, a proteção da fauna e a vedação de práticas que submetam os animais à crueldade. Ora, em qual medida a proibição da crueldade contra os animais destina-se à garantia da efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado? Como dizer que a vedação de práticas cruéis serve para garantir o equilíbrio ecológico e a sadia qualidade de vida da população? Não vemos como fazer tal relação, até porque a norma apresenta conteúdo muito mais ético do que voltado à qualidade de vida saudável da coletividade humana.

Não se olvida que a doutrina majoritária e a própria Corte Constitucional, classicamente, interpretam a tutela constitucional dos animais contra a crueldade como dependente do direito ao ambiente, justamente em razão da sua posição topográfica. Ocorre que, recentemente, já se vislumbra o fortalecimento de uma interpretação diversa, que toma a proteção dos animais como um valor constitucional autônomo.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto pela inconstitucionalidade da "vaquejada"[415], defendeu a autonomização da tutela constitucional dos animais em relação ao direito ao ambiente, com base nos seguintes fundamentos: 1. A cláusula de vedação da crueldade animal foi inserida na Constituição a partir da discussão, ocorrida na assembleia constituinte, sobre práticas cruéis contra animais, especialmente a "farra do boi", e não como mais uma medida voltada para a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado; 2. Caso o propósito do constituinte fosse ecológico, não seria preciso incluir a vedação de práticas cruéis contra animais na redação do art. 225, §1º, VII, já que, no mesmo dispositivo, há o dever de "*proteger a fauna*"; 3. Também não foi por um propósito preservacionista que o constituinte inseriu tal cláusula, pois também não teria sentido incluí-la já havendo, no mesmo dispositivo, a cláusula que proíbe práticas que "*provoquem a extinção das espécies*".

415 ADI nº 4.983/CE, voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso.

Ao final, o Ministro da Corte Constitucional defendeu a vedação da crueldade contra animais como uma norma autônoma, desconectada dos valores ambientais estabelecidos no mesmo dispositivo, como decorrência do valor eminentemente moral da norma, em benefício dos animais sencientes, valor moral este que se consubstancia na declaração de que o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilíbrio do ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie.

Neste sentido, o único viés antropocêntrico que respalda a proteção dos animais não é a sadia qualidade de vida humana, mas a prevenção da violência entre membros da nossa própria espécie e o objetivo de engrandecimento moral do ser humano, já que a proteção dos animais, ao invés de nos trazer alguma vantagem, priva-nos de benefícios usualmente usufruídos há milénios.

Em resumo, as normas jurídicas direcionadas aos animais podem ter distinta natureza jurídica, de acordo com o seu fundamento. Quando o animal é considerado fauna, relevante pela sua função ecológica, como espécie, é objeto das considerações do Direito Ambiental. Por outro lado, quando o animal é relevante enquanto indivíduo senciente, portador de valor intrínseco e dignidade própria, é objeto das considerações do Direito Animal. Dessa forma, Direito Animal e Direito Ambiental não se confundem, constituem disciplinas separadas, embora compartilhem várias regras e princípios jurídicos, dado que ambos, o primeiro exclusivamente, e o segundo inclusivamente, tratam da tutela jurídica dos animais[416].

3.2 A peculiar complexidade do objeto

Evidenciada a necessidade de dissociação das normas de proteção dos indivíduos sensíveis não-humanos em relação às normas ambientais, a conformação da temática como ramo autônomo esbarra em outras dificuldades. Carla Amado Gomes destaca a especial complexidade do objeto do Direito Animal, que decorre da intensa heterogeneidade entre os animais (anfíbios, aves, invertebrados, mamíferos, répteis, peixes) e os diferentes níveis de proteção pelo sistema jurídico, resultantes dos conflitos com interesses humanos e da tendência ao tratamento especista. A autora conclui:

> Os animais podem ser encarados, por questões culturais, religiosas, sociais, sob múltiplas perspectivas, o que torna esta temática particularmente heterogénea e plena de contradições, tornando árdua a construção de "um" Direito dos animais — de todos os animais —, com uma principiologia robusta, ou pelo menos, coerente.

416 ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao Direito Animal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 13, n. 3, p. 48-76, set./dez. 2018, p. 50. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/issue/view/1701/showToc. Acesso em: 11 nov. 2019.

> Não é, por isso, levianamente, que a doutrina especializada se refere a esta problemática como revestindo "particular complexidade"[417].

De fato, os inúmeros conflitos com interesses humanos dificultam o tratamento homogêneo da matéria e os diferentes níveis de proteção dos animais de acordo com a espécie, especialmente a tutela acrescida conformadora do especismo afetivo[418], enfraquecem o sistema e dificultam o progresso das normas de proteção e a conformação como ramo autônomo, por afrontarem o seu fundamento maior: a senciência.

Nada obstante, essa particular complexidade da temática não deve ser vista de forma absoluta. A intensa heterogeneidade dos animais deve ser levada em consideração apenas e na medida em que lhes confere distintos graus de capacidade de sentir e este fator dá legitimidade para diferentes níveis de proteção. A ciência já comprovou, por exemplo, que chimpanzés são dotados de capacidades e habilidades assustadoramente semelhantes à espécie humana e essa semelhança já foi considerada por algumas legislações para efeito de maior proteção a essas espécies[419]. Embora o fundamento seja diverso – e passível de críticas, por não encontrar fonte legitimadora – a senciência como princípio jurídico fundamenta o mesmo resultado, já que, quanto maior a autonomia, a consciência e a inteligência do ser, maior será a sua suscetibilidade ao sofrimento.

A lógica parte da assertiva de que seres complexos como chimpanzés estão sujeitos a uma maior gama de sofrimento que espécies menos desenvolvidas e mais instintivas. A análise comportamental demonstra que a vida para um cachorro é muito mais simples que para um humano, dependendo de menores fatores para a ausência de sofrimento, especialmente o sofrimento mental, já que humanos, por sua complexidade de sentimentos, afetam-se por múltiplos fatores e de formas distintas[420]. Por serem mais complexos, os

---

417 AMADO GOMES, Carla. Direito dos animais: um ramo emergente? **Revista Jurídica Luso Brasileira – RJLB**, Lisboa, Ano 1, n. 2, p. 359-380, 2015. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0359_0380.pdf. Acesso em: 11 nov. 2019, p. 362.

418 No direito português, veja-se, por exemplo, a lei de incriminação de maus-tratos (Lei nº 69/14), que limitou a tutela penal aos animais de companhia. O tipo penal é alvo de críticas pela doutrina, por realizar uma distinção com base em um critério utilitarista, refletindo a utilidade social do animal de companhia e a proteção dos sentimentos afetivos dos respectivos donos. Neste sentido: MOREIRA, Alexandra Reis. Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação. *In:* DUARTE, Maria Luísa; GOMES, Carla Amado (coord.). **Animais**: Deveres e Direitos. Conferência promovida pelo ICJP em 11 de dezembro de 2014. Lisboa, 2015. p. 153-171, p.159.

419 Atualmente, o direito europeu impõe rigorosa restrição à vivissecção em primatas não-humanos, conforme previsão do art. 8º da Diretiva 2010/63/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho. Carla Amado Gomes explica que se trata de trata de critério de sustentabilidade ética que se fundamenta na maior semelhança dessas espécies com o Homem, o que reclama mais cuidados e provoca maiores melindres éticos. Animais experimentais: uma barbárie necessária? AMADO GOMES, Carla. Animais experimentais: uma barbárie necessária? **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**, Porto, n. 26, p. 7-31, 24 jul. 2015.

420 Em sentido próximo, Martha C. Nussbaum afirma que formas de vida mais complexas têm cada vez mais capacidades complexas a serem destruídas, para que possam sofrer mais e com diferentes tipos de danos, de

humanos são também mais diferentes entre si, enquanto as outras espécies seguem mais um padrão e têm vontades e interesses mais simples. Consequentemente, as capacidades cognitivas dos primatas que as aproximam da espécie humana implicam em uma maior complexidade do seu bem-estar experimental, o que, por sua vez, acaba por exigir uma maior proteção legal.

Em síntese, na medida em que espécies mais evoluídas do ponto de vista neuropsíquico estão sujeitas a uma maior variabilidade de sentimentos, em decorrência da sofisticação das capacidades cognitivas, sensoriais, conotativas e volitivas, e, se o fundamento maior do Direito Animal é a senciência, o reconhecimento científico de diferentes graus de capacidade de sentir entre as espécies deve, por lógica de proporcionalidade, gerar distinta tutela legal. Daí porque não quer o sistema animal afirmar que um peixe azul deva merecer a mesma consideração legal que um chimpanzé. Mas, atente-se: não significa dizer que o sofrimento do chimpanzé seja mais valioso, mas que a sua maior capacidade dá ensejo a distintos interesses, que, por sua vez, exigem uma tutela legal mais rebuscada.

Consequentemente, o tratamento especista deve ser rechaçado, especialmente aquele que se mostra na forma de um especismo afetivo, pela relação de proximidade com a nossa espécie. Isso não quer dizer que os animais de companhia não devam merecer destacada proteção, mas a tônica do distinto tratamento deve se fundamentar em razões legítimas, como a relação de dependência decorrente da domesticação e, consequentemente, a sua maior vulnerabilidade[421].

Assim, na medida em que o sistema jurídico reconhece o princípio da senciência, resguarda o interesse contra o sofrimento, a princípio igualitariamente, tanto ao cão como ao porco. A distinção de tratamento, quando não encontrar justificativa na afirmação científica de distinto grau de senciência, somente poderá se justificar no conflito com interesse humano.

Por sua vez, a eleição da metodologia para a solução de conflitos desta ordem constitui árdua tarefa aos operadores do Direito, já que não pode se espelhar no sistema de

---

forma que o nível de vida é relevante não porque dá valor diferencial às diferentes espécies, mas porque o tipo e grau de dano que uma criatura pode sofrer variam com sua forma de vida. NUSSBAUM, Martha C. Beyond "Compassion and Humanity": Justice for Nonhuman Animals. *In:* SUNSTEIN, Cass; NUSSBAUM, Martha (ed). **Animal Rights, Current Debates and New Directions**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 327-394.

421 Fernando Araújo disserta que a maior proteção direcionada aos animais de companhia encontra fundamento nos elos de dependência e desnaturação que fragilizam esses animais, mas lembra que esta destacada atenção pelo legislador encontra substrato em razões menos nobres que decorrem de sentimentos antropocêntricos de preferência afetiva. ARAÚJO, Fernando. **A Hora dos Direitos dos Animais**. Coimbra: Almedina, 2003.

solução de conflitos de interesses humanos, com base no juízo de ponderação que se fundamenta no princípio da proporcionalidade. Tal impropriedade decorre da distinta valoração dos interesses que decorre, obviamente, da distinta condição dos titulares, de forma que interesses naturalisticamente semelhantes (ex: vida humana x vida animal) vão requerer distinta solução. De toda forma, a apontada dificuldade não obsta a afirmação segura de que o interesse humano trivial deve perecer perante o interesse fundamental do animal contra o sofrimento.

Ou seja, os conflitos com interesses humanos devem ser regulados por um sistema de resolução de conflitos que, como pressuposto mínimo, dê prevalência para o interesse do animal sempre que este for de natureza fundamental e o interesse humano for trivial. Este sistema obviamente colocará em xeque práticas históricas e com maciça aceitação pública, como a produção animal para fins alimentícios, mas esta dificuldade não deve ser encarada de forma absoluta. A visão abolicionista pragmática permite que sejam estabelecidas progressivas regras de bem-estar animal, combinadas com medidas legais destinadas a promover de forma efetiva a educação para o respeito da dignidade dos animais. A aceitação destas práticas não implica na afirmação da sua legitimação, mas apenas no reconhecimento de que a atual conjuntura sociopolítica não permite a sua extinção.

Recorde-se que, no sistema brasileiro, o Supremo Tribunal Federal já foi algumas vezes instado a se manifestar sobre conflitos desta ordem e, embora posta a questão sob a perspectiva do direito ao ambiente, não deixou de considerar os interesses dos animais ínsitos na norma constitucional anticrueldade, dando-lhes sobreposição sobre o direito a manifestações culturais. Ao votar pela inconstitucionalidade da lei estadual regulamentadora da "vaquejada", o Ministro Luís Roberto Barroso, com admirável coerência, proclamou:

> Ao vedar práticas que submetam animais a crueldade (CF, art. 225, §1º, VII), a Constituição não apenas reconheceu os animais como seres sencientes, mas também reconheceu o interesse que eles têm de não sofrer. A tutela desse interesse não se dá, como uma interpretação restritiva poderia sugerir, tão-somente para a proteção do meio ambiente, da fauna ou para a preservação das espécies. A proteção dos animais contra práticas cruéis constitui norma autônoma, com objeto e valor próprios[422].

Assim, tomando-se a premente necessidade de revisão do tratamento para com os animais, que se revela como uma questão de justiça interespécie, além dos deveres de mera compaixão e humanidade, pode-se entender o Direito Animal como um emergente ramo, de caráter transdisciplinar, destinado à regulação das relações entre seres humanos e animais,

422 ADI nº 4.983/CE, voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso.

com fundamento na senciência e com o objetivo de garantir, de forma progressiva e continuada, a proteção dos interesses fundamentais dos seres sencientes, notadamente a vida, a liberdade e a integridade física e emocional[423].

Além da especificidade do objeto e da existência de um campo de normas jurídicas diferenciadas das demais, como delimitação de um subsistema no interior do sistema jurídico, o reconhecimento do Direito Animal como disciplina autônoma favorece o avanço do debate, na medida em que tende a facilitar a construção de uma linguagem comum inclusiva que abarque, como objeto de estudo, todas as correntes bem-estaristas e abolicionistas, de maneira dialógica, e permita encarar o tema por uma perspectiva global, a partir de uma visão sistêmico-complexa[424].

A autonomia do Direito Animal como disciplina jurídica já é uma realidade em diversas partes mundo. Somente nos Estados Unidos, há mais de cento e quarenta universidades que destacam o Direito Animal como disciplina específica no curso de direito[425]. Também se identificam cursos específicos em algumas universidades da Espanha, Suíça e Reino Unido. Na Universidade de Barcelona, há um curso de mestrado específico sobre o tema e, na Suíça, há um programa de doutoramento nas Universidades de Zurique e da Basileia. No Brasil, a Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ criou a primeira cadeira de Direito dos Animais, a cargo do professor Daniel Braga Lourenço e tal iniciativa já tem sido seguida por outras universidades.

3.3 Alguns de seus princípios fundamentais

Dentro deste contexto, a partir da configuração atual do tema, já é possível a identificação de alguns princípios fundamentais que regem o ordenamento animal. Além do princípio da senciência, e como corolário deste, o princípio da dignidade animal exsurge

---

423 Tagore Trajano de Almeida Silva afirma que o Direito Animal enquanto ramo emergente parte do abandono da defesa da fauna como bem difuso e imaterial, em favor de uma visão que reconhece a individualidade do animal não-humano e a importância da defesa dos seus interesses fundamentais, como valor autônomo, a partir de um olhar animalista do sistema jurídico. Com base em uma visão pós-humanista que redefine os elementos básicos da relação jurídica (sujeito, objeto e fato jurígeno), o Direito Animal enquadrar-se-ia dentro do campo do direito privado, estabelecendo uma personalidade natural para os animais não-humanos. ALMEIDA SILVA, Tagore Trajano de. **Direito Animal e ensino jurídico**: formação e autonomia de um saber pós-humanista. Tese de doutorado em Direito Público. Programa de Pós-graduação de Direito da UFBA, 2013. p. 26-27. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/ Acesso em: 11 nov. 2019.

424 SPECK DE SOUZA, Rafael. **Direito Animal à luz do pensamento sistêmico-complexo**: um enfoque integrador da crise socioambiental a partir da Constituição Federal de 1988. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017. p. 141-142.Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/174922. Acesso em: 10 dez. 2019.

425 ALMEIDA SILVA, Tagore Trajano de. O Ensino do Direito Animal: Um Panorama Global. **Revista de Direito Brasileira**, v. 6, p. 232-272, 2013, p. 242/248.

como matriz axiológica do sistema, como reconhecimento do valor inerente dos animais e da autonomia da tutela em relação aos interesses humanos[426].

Tal princípio foi recentemente reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça que, em acórdão paradigmático publicado em 13 de maio de 2019 (*REsp nº 1797175*), sustentou a natureza de sujeitos de direitos aos animais com fundamento em uma nova configuração do conceito de dignidade, aplicável também aos animais não humanos, bem como a todas as formas de vida em geral, à luz da matriz jusfilosófica biocêntrica (ou ecocêntrica). Com admirável coragem e lucidez, o Ministro relator Og Fernandes afirmou:

> Sendo assim, torna-se essencial refletir, no bojo do ordenamento jurídico, em busca de caminhos para o amadurecimento da problemática e a concretização da dignidade dos animais não humanos, reconhecendo os respectivos direitos e ocasionando mudança na forma como as pessoas convivem entre si e com os demais animais não humanos.

O princípio da igualdade dos seres sensíveis não-humanos, corolário da equivalência do valor inerente entre as espécies, deve guiar o legislador a fim de evitar o tratamento especista e combater a tendência de valoração desconforme dos interesses dos animais com base no utilitarismo ou na maior proximidade com os humanos. Além do grau de senciência e eventual conflito com interesse humano, a distinção de tratamento poderá se ancorar na distinta abordagem dos animais selvagens e domésticos ou domesticados. Na regulação dos primeiros, deve-se dar primazia à normatização ambiental, no sentido de lhes garantir a preservação da espécie e do habitat, já que eles são, por natureza, autossuficientes. O ordenamento animal, nesta área, deve se basear no postulado de não intervenção. Já na seara dos animais domésticos, a relação de dependência e a maior vulnerabilidade exige que o postulado de não-maleficência seja combinado com deveres de cuidado e prestações positivas, especialmente voltadas ao proprietário/tutor e ao Poder Público.

O princípio da prevalência dos direitos humanos também é uma tônica deste setor, como lógica que reconhece o princípio da igual consideração de interesses semelhantes, mas refuta a paridade de tratamento[427]. Esse princípio aplica-se na solução dos conflitos com

---

426 Neste sentido: VIEIRA DE SÁ, Filipa Almeno de Carvalho Patrão. O novíssimo lugar dos animais no mundo do direito. Que projecto para o século XXI? Múltiplas perspectivas ou uma revolução paradigmática? **Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB**, Ano 3, n. 6, p. 111-136, 2017, p. 129/130. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_0111_0136.pdf. Acesso em: 11 nov. 2019.

427 O próprio abolicionista Gary L. Francione adverte que igualdade de consideração não quer dizer igualdade de tratamento, uma vez que o peso dos interesses não é o mesmo. O importante é que os interesses fundamentais dos animais não pereçam perante interesses humanos triviais, quando da análise da nota da "necessidade" do sofrimento. FRANCIONE, Gary L. **Introduction to animal rights**: your child or the dog? Filadélfia: Temple University Press, 2007, p. XXV e XXVI. David Favre fala no teste do substancial Sobre-

interesses humanos, como critério que favoreça o interesse humano sempre que este tiver natureza fundamental. No lado oposto, a solução do conflito deve se basear no princípio da inevitabilidade[428], como juízo de ponderação que refute práticas cruéis sempre que não se identificar um interesse humano fundamental e busque sempre o menor sacrifício possível do interesse preterido.

O substrato valorativo do princípio da prevalência dos direitos humanos é a distinta consideração do valor inerente dos animais e da pessoa humana. Se a condição sensível dos animais fundamenta sua distinta valoração em relação aos demais elementos da natureza, não pode, por outro lado, corresponder ao mesmo grau do valor inerente afirmado à condição humana, como fundamento do princípio maior da dignidade da pessoa humana. Ainda que se albergue a concepção de direitos subjetivos, jamais poderá o sistema chegar ao ponto de afirmar a igual valoração de interesses humanos e animais, sob pena violação do princípio da dignidade humana e subversão de todo o sistema jurídico.

Por fim, da adoção do abolicionismo pragmático decorrem dois princípios correlatos: o dever de contínuo progresso da tutela e a plataforma do mínimo realizável[429]. O primeiro aponta para a necessidade de constante revisão de condutas socialmente arraigadas mas teoricamente injustificáveis e respalda a criação de instrumentos de intervenção no mercado e de educação animal. O segundo indica a busca por caminhos alcançáveis, no sentido de se evitar soluções que provoquem uma convulsão cultural, como as linhas de defesa do abolicionismo e a consequente imposição legal do veganismo, que muitas vezes se revelam até contraproducentes. O Direito Animal deve ser um direito de evolução e não de revolução.

Considerações finais

A realidade jurídica atual nos permite afirmar de forma segura que já não há mais espaço para a convivência harmônica entre as normas ambientais e as normas de proteção dos

---

Valor, como critério de ponderação no caso de conflito entre os interesses de um animal e um interesse humano. E defende que a balança deve pender a favor do animal apenas quando a balança moral é claramente a seu favor, como consequência da disparidade de valor entre os interesses. Reconhecimento judicial dos interesses dos animais: um novo tipo de ato ilícito. FAVRE, David S. Reconhecimento judicial dos interesses dos animais: um novo tipo de ato ilícito. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 6, n. 6, p. 13-64, jan./jun. 2011, p. 39. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/issue/view/935/showToc. Acesso em: 11 nov. 2019.

428 AMADO GOMES, Carla. Direito dos animais: um ramo emergente? *In:* **Revista Jurídica Luso Brasileira - RJLB**. Ano 1. N° 2. Lisboa, 2015, p. 380.

429 Defensor da plataforma do mínimo realizável ("*one step at a time"*), Steven WISE pontua que os direitos dos animais devem ser alcançados gradativamente, sob pena de nenhum vir a ser alcançado. Sustenta que, apesar da coerência teórica, a teoria abolicionista não tem qualquer chance de sucesso e que advogar pela posição mais radical pode levar a que nenhum animal consiga adquirir direitos. WISE, Steven M. **Drawing the Line**: Science and the Case for Animal Rights. Cambridge/Massachusetts: Merloyd Lawrence Book, 2002, p. 235.

indivíduos sensíveis não-humanos. Não somente o objeto é distinto, como são fundamentalmente diversos os seus princípios regulatórios.

A norma constitucional que proíbe a prática de atos de crueldade resguarda o interesse dos animais contra o sofrimento, como reconhecimento da sua identidade e valoração da sua especial condição de ser dotado de capacidade de sentir. Conquanto inserida topograficamente no direito constitucional do ambiente, trata-se de norma autônoma, com objeto e valor próprios, essencialmente distintos da tutela do ambiente ecologicamente equilibrado, que tem como objetivo maior a garantia da sadia qualidade de vida humana.

Como corolário da valorização do componente ético do preceito constitucional e do consequente reconhecimento do princípio da senciência, os animais atualmente desfrutam de um peculiar estatuto jurídico, diverso do de bem ambiental e da genuína concepção civilista de coisa. São dotados de valor inerente e, por isso, recebem proteção na sua individualidade, em relação aos interesses diretamente dependentes da condição de senciente, especialmente contra molestações indevidas decorrentes de condutas humanas.

Neste contexto, conforma-se o Direito Animal como um emergente ramo, de caráter transdisciplinar, destinado à regulação das relações entre humanos e animais, com fundamento na senciência e com o objetivo de garantir, de forma progressiva, a proteção dos interesses fundamentais dos seres sencientes não-humanos, notadamente a vida, a liberdade e a integridade física e emocional.

Como princípios fundamentais deste novo campo do saber jurídico destacam-se, além do princípio matriz da senciência, o princípio da dignidade animal, corolário do valor inerente dos seres sensíveis não-humanos, o princípio da igualdade entre as espécies, como fórmula anti-especista, o princípio da prevalência dos direitos humanos, decorrente do distinto valor inerente da pessoa humana e do valor supremo da dignidade da pessoa humana, e os princípios do dever de contínuo progresso da tutela e da plataforma do mínimo realizável.

Mais do que harmonizar o sistema, espera-se que o reconhecimento da autonomia do Direito Animal enquanto ramo jurídico contribua com a valorização da temática e impulsione maiores debates na doutrina, a fim de favorecer a adoção de uma hermenêutica comprometida com os valores subjacentes à disciplina e respeitosa da unicidade e coerência do conjunto normativo.

Referências

ALMEIDA SILVA, Tagore Trajano de. **Direito Animal e ensino jurídico**: formação e autonomia de um saber pós-humanista. Tese de doutorado em Direito Público. Programa de Pós-graduação de Direito da UFBA, 2013. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/ Acesso em: 11 nov. 2019.

ALMEIDA SILVA, Tagore Trajano de. O Ensino do Direito Animal: Um Panorama Global. **Revista de Direito Brasileira**, v. 6, p. 232-272, 2013.

AMADO GOMES, Carla. Animais experimentais: uma barbárie necessária? **Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas**, Porto, n. 26, p. 7-31, 24 jul. 2015.

AMADO GOMES, Carla. Direito dos animais: um ramo emergente? **Revista Jurídica Luso Brasileira – RJLB**, Lisboa, Ano 1, n. 2, p. 359-380, 2015. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0359_0380.pdf. Acesso em: 11 nov. 2019.

ARAÚJO, Fernando. **A Hora dos Direitos dos Animais**. Coimbra: Almedina, 2003.

ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao Direito Animal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 13, n. 3, p. 48-76, set./dez. 2018. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/issue/view/1701/showToc. Acesso em: 11 nov. 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.

DUARTE, Maria Luísa. Direito da União Europeia e Estatuto Jurídico dos Animais: uma grande ilusão? *In:* DUARTE, Maria Luísa; GOMES, Carla Amado (coord.). **Animais**: Deveres e Direitos. Conferência promovida pelo ICJP em 11 de dezembro de 2014. Lisboa, 2015. p. 33-47. Disponível em: https://www.icjp.pt. Acesso em: 11 nov. 2019.

FAVRE, David S. Reconhecimento judicial dos interesses dos animais: um novo tipo de ato ilícito. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 6, n. 6, p. 13-64, jan./jun. 2011. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/issue/view/935/showToc. Acesso em: 11 nov. 2019.

FRANCIONE, Gary L. **Introduction to animal rights**: your child or the dog? Filadélfia: Temple University Press, 2007.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio Luiz. **Lei de Crimes Ambientais**. Comentários à Lei 9.605/1998. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

GONÇALVES, Monique Mosca. Bem-estar e produção animal no Direito Europeu: estágio atual e novas perspectivas. *In:* MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado Gomes; PENTINAT, Susana Borràs (coord.).; CAÚLA, Bleine Queiroz; COUTINHO, Julia Maia de Menezes; LEITÃO, Rômulo Guilherme (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 10 (edição especial). Rio de janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 355-400.

GORDILHO, Heron Santana. **Abolicionismo animal**. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4037. Acesso em: 11 nov. 2019.

HILL, De Anna. Combating Animal Cruelty with Environmental Laws Tactics. **Journal of Animal Law**, v. IV, n. 39, p. 19-40, 2008. Disponível em: https://www.animallaw.info/article/combating-animal-cruelty-environmental-law-tactics. Acesso em: 11 nov. 2019.

KRELL, Andreas J.; CAVALCANTE LIMA, Marcos Vinícius. A vedação constitucional de práticas cruéis contra animais e a correta interpretação das normas legais sobre vivissecção pelas comissões de ética no uso de animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 10, n. 19, p. 113-153, maio/ago. 2015. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/issue/view/1139/showToc Acesso em: 11 nov. 2019.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: RT, 2015.

MOREIRA, Alexandra Reis. Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação. *In:* DUARTE, Maria Luísa; GOMES, Carla Amado (coord.). **Animais**: Deveres e Direitos. Conferência promovida pelo ICJP em 11 de dezembro de 2014. Lisboa, 2015. p. 153-171.

NACONECY, Carlos Michelon. **Ética & animais**: um guia de argumentação filosófica. Porto Alegre:EDIPUCRJ, 2006.

NUSSBAUM, Martha C. Beyond "Compassion and Humanity": Justice for Nonhuman Animals. *In:* SUSTEIN, Cass; NUSSBAUM, Martha (ed). ***Animal Rights, Current Debates and New Directions***. *Oxford University Press,* 2004. p. 327-394.

NEVES, Helena Telino. **A Tutela Jurídica da Fauna Selvagem Terrestre**: uma abordagem comparada dos ordenamentos português e brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011.

NUSSBAUM, Martha C. Beyond "Compassion and Humanity": Justice for Nonhuman Animals. *In:* SUNSTEIN, Cass; NUSSBAUM, Martha (ed). **Animal Rights, Current Debates and New Directions**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 327-394.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Direitos da natureza e direitos dos animais: um enquadramento. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, Ano 2, n. 10, p. 11325-11370, 2013. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/10/2013_10_11325_11370.pdf. Acesso em: 11 nov. 2019.

PEREIRA DA COSTA, Antônio**. Dos animais (o Direito e os Direitos)**. Coimbra: Coimbra, 1998.

REGAN, Tom. **Animal Rights, Human Wrongs**: an introduction to moral philosophy. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, 2003.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial –** parte geral. Tradução: Cabral de Moncada. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva & C. editores, 1934. Disponível em: http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital. Acesso em: 11 nov. 2019.

RODRIGUES, Nina Tricia Disconzi; FLAIN, Valdirene Silveira; GEISSLER, Ana Cristina Jardim. O animal de estimação sob a perspectiva da tutela jurisdicional: análise das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 11, n. 22, p. 83-119, maio/ago. 2016. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/issue/view/1305/showToc. Acesso em: 11 nov. 2019.

RYDER, Richard. D. Os animais e os direitos humanos. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 3, n. 4, p. 67-70, jan./dez. 2008. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/issue/view/893. Acesso em: 11 nov. 2019.

SANTIAGO, Alex Fernandes. O bem jurídico protegido nos crimes contra a fauna. **Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Edição Defesa da Fauna, p. 26-32, 2016. Disponível em: www.mpmg.mp.br. Acesso em: 11 nov. 2019.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. Tradução de Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SPECK DE SOUZA, Rafael. **Direito Animal à luz do pensamento sistêmico-complexo**: um enfoque integrador da crise socioambiental a partir da Constituição Federal de 1988. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/174922. Acesso em: 10 dez. 2019.

TISCHLER, Joyce; MYERS, Bruce. Animal Protection and Environmentalism: The Time Has Come to Be More Than Just Friends. *In*: ABATE, Randall S. (ed.). **What Can Animal Law Learn from Environmental Law**. Washington DC: Environmental Law Institute, 2015. p. 387-424.

VIEIRA DE SÁ, Filipa Almeno de Carvalho Patrão. O novíssimo lugar dos animais no mundo do direito. Que projecto para o século XXI? Múltiplas perspectivas ou uma revolução paradigmática? **Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB**, Ano 3, n. 6, p. 111-136, 2017. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_0111_0136.pdf. Acesso em: 11 nov. 2019.

WISE, Steven M. **Drawing the Line**: Science and the Case for Animal Rights. Cambridge/Massachusetts: Merloyd Lawrence Book, 2002.

Emenda Aglutinativa nº 16/2015 e a (in)constitucionalidade do Processo Legislativo na Câmara dos Deputados: manobra para forçar a aprovação da PEC 171/93[430]

Aglutinative Amendment nº. 16/2015 and the (in)constitutionality of the legislative process in the chamber of deputies: maneuver to force the approval of PEC 171/93

Bleine Queiroz Caúla[431]

Doutora em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável - Universidade Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha. Professora Assistente da Universidade de Fortaleza. Coordenadora Cientifica do Diálogo ACI. Instagram @dialogoaci2012.

Francisco Lisboa Rodrigues

Procurador do Município de Fortaleza - Brasil, Mestre e Doutor em Direito Constitucional – UNIFOR, Especialista em Processo Administrativo – UFC e Professor de Direito Constitucional – FATENE. Membro da Comissão Científica do Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional. Avaliador Científico do Diálogo ACI.

Reuber Araújo Almeida

Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (2016). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza (2019). Advogado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Secção Ceará. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Processual Civil, Eleitoral, Administrativo e Consumidor.

---

430 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 171, de 1993**. Altera a redação do art. 228 da Constituição Federal (imputabilidade penal do maior de dezesseis anos). Aprovada na Câmara dos Deputados. Situação atual: aguardando apreciação pelo Senado Federal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493. Acesso em: 22 ago. 2020.

431 A ordem da autoria obedeceu ao critério alfabético. O artigo é uma adaptação e atualização da monografia de conclusão do curso de Direito de Reuber Araújo Almeida, no ano de 2016, na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Todas as alterações foram pactuadas pelos autores subscritos.

Resumo: Analisar a (in)constitucionalidade da aprovação, em primeiro turno, da Proposta de Emenda à Constituição 171/1993, originária na Câmara dos Deputados, constitui o objeto de estudo da pesquisa. Tem o escólio de analisar se houve inconstitucionalidade na "manobra" de aprovação da referida PEC utilizando-se da Emenda Aglutinativa nº 16/2015 na mesma Casa Legislativa e possível violação ao artigo 60, §5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A metodologia aplicada é do tipo bibliográfica, abordagem qualitativa e quanto aos objetivos é descritiva, visto que buscou-se descrever, explicar, classificar, esclarecer e interpretar os limites para aprovação de uma PEC, sendo também exploratória, em razão de objetivar aprimorar-se as ideias por meio de informações sobre o caso em estudo. Conclui-se que a apresentação e aprovação de Emenda Aglutinativa 16, após a votação do substitutivo, no presente caso, é inconstitucional.

Palavras-chave: Proposta de Emenda à Constituição 171/93. Emenda Aglutinativa nº 16/2015. Inconstitucionalidade formal do Processo Legislativo. Mandado de Segurança nº 33.697/DF. Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Abstract: To analyze the (in) constitutionality of the approval, in the first round, of the Proposed Amendment to Constitution 171/1993, originally from the Chamber of Deputies, constitutes the object of study of the research. It has the goal of analyzing whether there was unconstitutionality in the "maneuver" of approval of the referred PEC using the Agglutinative Amendment nº 16/2015 in the same Legislative House and possible violation of article 60, §5º, of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil The applied methodology is of bibliographic type, qualitative approach and as for the objectives it is descriptive, since it tried to describe, to explain, to classify, to clarify and to interpret the limits for approval of a PEC, being also exploratory, in order to aim to improve get ideas through information about the case study. It is concluded that the presentation and approval of Agglutinative Amendment 16, after the substitute vote, in this case, is unconstitutional.

Keywords: Proposed Amendment to Constitution 171/93. Agglutinative Amendment nº 16/2015. Formal unconstitutionality of the Legislative Process. Writ of Mandate nº 33.697 / DF. Internal Regulations of the Chamber of Deputies.

Introdução

Na "madrugada" do dia 01 de julho de 2015, foi colocada em votação a Proposta de Emenda à Constituição 171/93 (redução da maioridade penal de 18 para 16 anos de idade, em casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça, crimes hediondos, homicídio doloso, lesão corporal grave ou lesão corporal seguida de morte, tráfico de drogas e roubo qualificado). A maioria dos deputados votou contra a PEC 171/93.

Entrementes, no mesmo dia, o então residente da Câmara dos Deputados e seus aliados realizaram uma "manobra" para que referida PEC pudesse ser colocada "novamente em votação" e fosse aprovada, após seguidas reuniões para o quórum necessário que revertesse sua rejeição. O instrumento utilizado foi a Emenda Aglutinativa – espécie de emenda à proposição, onde são reunidas duas ou mais matérias de um texto principal no intuito de chegar a um texto de consenso – sendo permitido à apresentação desse tipo de emenda,

conforme disposto no Regimento Interno da Casa. Entretanto, fora apresentada após a rejeição do substitutivo enviado por comissão especial ao Plenário da Câmara dos Deputados e, praticamente, com o mesmo teor do texto rejeitado, na mesma sessão legislativa.

Destarte, a PEC 171/93, após ser apresentada por meio da Emenda Aglutinativa nº 16/2015, foi aprovada na Câmara dos Deputados com votação de 323 Sim; 155 não; abstenção 2 abstenções – totalizando 480 votos, em Sessão Deliberativa Extraordinária de 01/07/2015[432]. Para sua aprovação seriam necessários 308 votos a favor. A alteração foi apenas a retirada de alguns crimes, permanecendo crimes já existentes no texto original da PEC.

Portanto, se faz necessária a investigação para entender se a "manobra" feita com base em dispositivo do Regimento Interno da Câmara dos Deputados é ou não constitucional. Em outras palavras, se viola o disposto no artigo 60, §5º da Constituição República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, "não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa texto que já foi rejeitado".

A pesquisa tem o escólio de analisar se há inconstitucionalidade no processo legislativo da aprovação, em primeiro turno na Câmara dos Deputados, da PEC 171/93; ponderar sobre os reflexos da redução da maioridade penal mediante aprovação nas duas casas legislativas – e consequente alteração do art. 228 da CF/88 – para o ordenamento jurídico brasileiro e para a sociedade.

A investigação analisa quais são os tipos de emendas outorgadas pelo art. 118 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Conhecidos os tipos de emendas, buscar-se-á ilustrar como são utilizadas pelos Deputados Federais durante o processo legislativo de Proposta de Emenda à Constituição.

Fazem-se as seguintes indagações: Quais os limites materiais e formais para a proposta de emendas à Constituição? Quais os impactos das emendas aglutinativas na ordem jurídica brasileira? Houve inconstitucionalidade na "manobra" da aprovação da PEC 171/93?

A metodologia empregada no desenvolvimento da pesquisa foi bibliográfica, visto que se usou de livros, revistas, jornais, publicações especializadas, artigos, monografias e dados oficiais publicados na internet. Quanto à abordagem é qualitativa, à medida que se

---

[432] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emenda Aglutinativa de Plenário (EMA) 16/2015**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1549085. Acesso em: 19 set. 2020.

aprofundará na compreensão dos limites para a aprovação de Proposta de Emenda à Constituição. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, visto que se buscará descrever, explicar, classificar, esclarecer e interpretar os limites para aprovação da PEC e, exploratória, na medida em que se objetivará aprimorar as ideias por meio de informações sobre o tema estudado.

1 Processo de elaboração e emendamento das PEC's e as Emendas Aglutinativas

Durante o processo legislativo, as Propostas de Emenda à Constituição (PEC's) podem passar pelo processo de emendamento de proposições na Câmara dos Deputados, conforme o disposto no artigo 118 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados – RICD.

1.1 O processo de elaboração das Emendas Constitucionais

O processo de elaboração das Emendas Constitucionais contempla uma formalidade *sui generis*, oposto a forma de criação das leis ordinárias, sendo aquele, protocolo específico e ordenado pelo artigo 60, incisos I, II, III, e §§ 2º, 3º e 5º da CRFB/88, garantindo assim a rigidez da Constituição[433].

Trata-se esta da fase introdutória do processo legislativo para aprovação de Emenda à Constituição, à vista disso vê-se que o primeiro momento do processo legislativo para apresentação de uma PEC é mais limitado do que à propositura dos demais projetos de leis[434]. Contudo, ainda existem divergências entre doutrinadores quanto à possibilidade da iniciativa de PEC por meio popular, mais especificamente pelos cidadãos, considerados assim, aqueles que têm capacidade eleitoral ativa.

Nessa situação, Silva[435] entende ser possível atuação popular na fase inicial do procedimento de elaboração das emendas Constitucionais, demonstrando que o artigo 1º, parágrafo único, da CRFB/88, explicitamente determina que "o poder que emana do povo será exercido por meio de representantes ou *diretamente*" e complementa com base no artigo 14, incisos II e III, que a democracia será realizada da mesma forma por "referendo e iniciativa populares" e arremata em conformidade com o artigo 49, inciso XV, da Lei Suprema, é competência do Congresso Nacional permitir "referendo sem especificação", podendo assim haver "referendo facultativo Constitucional".

---

433 BULOS, UadiLammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1197.

434 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 695.

435 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 63-64.

Apesar desse tipo de iniciativa popular não constar no rol do artigo 60, da CRFB/88, poderá ser aplicado apoiado em normas gerais e princípios fundamentais, contudo sem esquecer que deverão atender as regras do artigo 61, §2º, mediante interpretação sistemática cuja proposta deverá ser assinada "por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos em cinco Estados, com não menos de zero vírgula três por cento dos eleitores de cada um deles"[436].

Novelino[437] rebate o entendimento de Silva, nessa situação empregar-se-á por similaridade o mencionado no artigo 61, §2º, da CRFB/88, referente à previsão usada para proposição de leis por iniciativa popular, logo no caso de iniciativa de PEC que é uma norma *sui generis* é preciso fazer-se uma leitura restritiva do dispositivo acima mencionado, destarte, entende o autor não ser possível a iniciativa popular nessa circunstância.

Nessa senda, concorda-se que a Emenda Constitucional por se tratar de uma norma especial que altera o texto constitucional deve-se observar o rol do artigo 60, *caput*, da CRFB/88, restritivamente, obedecendo-se o limite formal estabelecido pelo poder constituinte originário.

Passada a fase introdutória passa-se à fase constitutiva da Proposta de Emenda à Constituição que abrange a discussão entre os congressistas, cuja aprovação se dá por intermédio de 3/5 (três quintos) dos votos dos parlamentares de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. Neste momento de deliberação não há participação do Presidente da República, pois não cabe a ele sancionar ou vetar a PEC[438].

Pontua Novelino[439] "a única possibilidade de participação do Presidente da República na elaboração de proposta de emenda é no momento da iniciativa, não fazendo parte de suas atribuições sancionar, promulgar ou mandar publicá-las".

Assim sendo chega-se a fase complementar, momento da promulgação da Emenda à Constituição, conforme o artigo 60, §3º, da CFRF/88: "A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem". Está implícito que cabe ao Congresso Nacional também a publicação da Emenda. E vale lembrar, consoante o §5º do mesmo artigo, a matéria rejeitada ou vista por

---

436 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 64.

437 NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 678-679.

438 BULOS, UadiLammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1198.

439 NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 679.

prejudicada da PEC em votação só poderá ser reapreciada na próxima sessão legislativa, isso vale dizer, somente no ano seguinte[440].

1.2 O processo de emendamento das Propostas de Emendas Constitucionais

O processo de emendamento das propostas de emenda à Constituição advém do artigo 118 do RICD que disponibiliza em seu texto de emendas que podem ser usadas no procedimento de alteração de textos originais de proposições, constituindo-se estas como emendas *supressivas*, *aglutinativas*, *substitutivas*, *modificativas* ou *aditivas*.

O artigo 191, VIII, do RICD, preceitua a ordem como serão votadas essas emendas: "dentre as emendas de cada grupo, oferecidas respectivamente ao substitutivo ou à proposição original, e as emendas destacadas, serão votadas, pela ordem, as supressivas, as aglutinativas, as substitutivas, as modificativas e, finalmente, as aditivas". E reforça o artigo 189, §2º, do RICD: "A emenda que tenha pareceres divergentes e as emendas destacadas serão votadas uma a uma, conforme sua ordem e natureza".

Dessa maneira podem ser propostas as emendas disciplinadas no artigo 118 do RICD exclusivamente pelos parlamentares da Câmara dos Deputados, seja de forma pessoal ou coletiva, ou por intermédio de comissões especializadas para cada tipo de matéria, compondo-se essas pelos Deputados Federais[441].

Quanto ao emendamento em comissão, prenunciado no artigo 119 do RICD, sobrevém quanto a proposições de lei submetido à análise pelas comissões, sendo essas propostas dispensadas de avaliação pelo Plenário da Casa, nesse caso abre-se um prazo para indicação de emendas nos grupos especializados no assunto. No entanto, projetos que são imprescindíveis à atribuição do Plenário (caso das propostas de emendas à Constituição) será indicado um relator para efetuar o emendamento em comissão, de acordo com o artigo 57, IV, c/c art. 129, II, ambos do RICD[442].

---

440 BULOS, UadiLammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1199.

441 CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Claudio Alves dos; NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da. **Curso de regimento interno**. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara. 2016. 447 f. p. 278. (Série conhecendo o legislativo; n. 7). Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/19519. Acesso em: 22 ago. 2020.

442 CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Claudio Alves dos; NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da. **Curso de regimento interno**. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara. 2016. 447 f. p. 280. (Série conhecendo o legislativo; n. 7). Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/19519. Acesso em: 22 ago. 2020.

Já no caso da apresentação de Emendas em Plenário, com exceção das matérias em regime de urgência e as emendas aglutinativas, poderão ser apresentadas por qualquer parlamentar ou comissão (desde que por maioria simples), preliminarmente, em turno único ou primeiro turno, conforme o artigo 120, I, do RICD. No segundo turno, como a discussão da proposta já está mais adiantada, para que seja apresentada emenda à proposição é necessária a aprovação pela maioria absoluta da comissão e, se for por parlamentares que não compõem a comissão especial deve ser assinada por um décimo dos Deputados Federais ou líderes que representem esse número na Câmara dos Deputados[443].

Assim sendo, prosseguem Carneiro, Santos e Nóbrega Netto[444], segundo o RICD as Emendas são apresentadas na Casa Legislativa em cada caso das seguintes maneiras

> a) relator (art. 57, IV, c/c art. 129, II); b) qualquer deputado (arts. 119, I, e 120, I); c) qualquer membro da comissão (art. 119, II); d) Comissão de Legislação Participativa (art. 119, I); e) comissão, por maioria simples (art. 120, I); f) comissão, por maioria absoluta (art. 120, II, a); g) um quinto dos deputados (art. 120, § 4º); h) um décimo dos deputados (arts. 120, II, b, e 122); i) líderes de partido ou bloco parlamentar que representem 1/5 da CD (art. 120, § 4º); j) líderes de partido ou bloco parlamentar que representem 1/10 da CD (arts. 120, II, b, e 122); k) autores das emendas objeto da fusão (art. 122).

A Casa Revisora de praxe (Senado Federal) tem o direito de apresentar emendas a propostas advindas da Câmara que se processam naquela Casa, retornando assim as emendas a Casa Iniciadora para apreciação de acordo com a regra estabelecida no artigo 65 da CRFB/88 c/c o artigo 123 do RICD, como também no caso de PEC's de iniciativa da Câmara dos Deputados estando estas sob avaliação do Senado Federal, em conformidade com o artigo 203 do RICD[445].

Isto posto, evolui-se para a explanação acerca de cada uma destas proposições acessórias das principais, contudo deixando-se para o subtítulo seguinte a explicação sobre as emendas *aglutinativas*.

---

443 CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Claudio Alves dos; NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da. **Curso de regimento interno**. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara. 2016. 447 f. p. 283. (Série conhecendo o legislativo; n. 7). Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/19519. Acesso em: 22 ago. 2020.

444 CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Claudio Alves dos; NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da. **Curso de regimento interno**. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara. 2016. 447 f. p. 278-279. (Série conhecendo o legislativo; n. 7). Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/19519. Acesso em: 22 ago. 2020.

445 CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Claudio Alves dos; NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da. **Curso de regimento interno**. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara. 2016. 447 f. p. 279. (Série conhecendo o legislativo; n. 7). Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/19519. Acesso em: 22 ago. 2020.

De acordo com §2º do artigo 118 do RICD, as *Emendas Supressivas* são aquelas que mandam eliminar qualquer parte de uma preposição apresentada inicialmente e em concordância com o inciso VIII do artigo 191 do RICD serão estas as primeiras a serem votadas. Neste seguimento explica Tolentino Filho[446], o competente para exercer a função legiferante empenhou-se em observar o que primeiro poderia ser retirado do texto, evitando-se assim possíveis reaproveitamentos das partes retiradas da proposição original, com isso percebe-se que o desígnio do assunto retirado por este tipo de emenda não poderá mais ser objeto de qualquer outro artifício que possa trazer à baila o mesmo teor, partindo assim do mais para o menos limitado dos tipos de emendas a proposição.

As *Emendas* S*ubstitutivas* são aquelas que podem substituir parte de outra proposição, nomeado de "substitutivo" se alterar a substância ou a formalidade na composição da proposição anterior, consoante o §4º do artigo 118 do RICD. Ressalta Carneiro, Santos e Nóbrega Netto[447] em conformidade com o §4º do artigo supracitado, a emenda que suceder inteiramente a proposta conterá logo em seguida a sua numeração a designação "substitutivo". Deste modo, Tolentino Filho[448] explana que se vota a manutenção da redação mediante a substituição total da norma. E prosseguem Carneiro, Santos e Nóbrega Netto[449] exemplificando

> [...] em um projeto com dez artigos, o texto substitutivo poderá manter a redação original de seis artigos (transcrição) e alterar os demais (reescrita), com modificações que impliquem alteração substancial ou formal do projeto no seu conjunto.

---

446 TOLENTINO FILHO, Valdivino. **Processo de Emendamento de Proposições.** 2002. 84 f. Monografia (Especialização) - Curso de Curso de Formação de Secretário de Comissão, Câmara dos Deputados, Brasília, 2002. p. 10-11. Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2170. Acesso em: 22 ago. 2020.

447 CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Claudio Alves dos; NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da. **Curso de regimento interno**. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara. 2016. 447 f. p. 276. (Série conhecendo o legislativo; n. 7). Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/19519. Acesso em: 22 ago. 2020.

448 TOLENTINO FILHO, Valdivino. **Processo de Emendamento de Proposições.** 2002. 84 f. Monografia (Especialização) - Curso de Curso de Formação de Secretário de Comissão, Câmara dos Deputados, Brasília, 2002. p. 10-11. Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2170. Acesso em: 22 ago. 2020.

449 CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Claudio Alves dos; NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da. **Curso de regimento interno**. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara. 2016. 447 f. p. 276. (Série conhecendo o legislativo; n. 7). Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/19519. Acesso em: 22 ago. 2020.

Tolentino Filho[450] enfatiza "votada à emenda *substitutiva*, vota-se a permanência do texto com pequenas modificações do seu teor a que se remete a emenda, sendo esta *modificativa*".

Dito isto, estatui o §5º do artigo 118 do RICD, ser *modificativa* a Emenda que não altera substancialmente a proposição. Eis a diferença entre as Emendas *substitutivas* e as *modificativas*, perseverando neste assunto, Tolentino Filho[451]

> Atente-se, porém, para a proximidade de objetivos dos tipos 'modificativas' e 'substitutivas', cuja diferenciação somente se dá pela adoção de regra prática, que denomina substitutiva a emenda que reescreve o dispositivo-alvo, e modificativa a que contenha qualquer outro tipo de modificação.

Já o §6º do artigo 118 do RICD, determina ser emenda *aditiva* aquela que se introduz a outra proposição, nos deixando a entender como leciona Tolentino Filho[452] que tem uma particularidade contrária a emenda *supressiva*, isto é, propõe-se ao acréscimo da temática. Sendo assim é *aditiva* a emenda que adiciona conteúdo a proposição, ampliando o assunto por esta abordando.

O Regimento Interno do Senado Federal – RISF não conceitua nenhuma destas emendas a proposição, falando nelas apenas de forma geral e como devem ser propostas para cada caso, logo se salienta que apenas o artigo 246, II, do RISF, aborda o assunto genericamente sobre estas quatro espécies de emendas, da seguinte maneira:

> As proposições serão numeradas de acordo com as seguintes normas:
>
> [...]
>
> II – as emendas serão numeradas, em cada turno, pela ordem dos artigos da proposição emendada, guardada a sequência determinada pela sua natureza, a saber: supressivas, substitutivas, modificativas e aditivas;

Expostas estas quatro espécies de emendas, passa-se a ilustrar a espécie mais polêmica quanto a PEC 171/93, as *Emendas Aglutinativas*.

1.3 Emendas Aglutinativas

---

450 TOLENTINO FILHO, Valdivino. **Processo de Emendamento de Proposições.** 2002. 84 f. Monografia (Especialização) - Curso de Curso de Formação de Secretário de Comissão, Câmara dos Deputados, Brasília, 2002. p. 11. Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2170. Acesso em: 22 ago. 2020.

451 TOLENTINO FILHO, Valdivino. **Processo de Emendamento de Proposições.** 2002. 84 f. Monografia (Especialização) - Curso de Curso de Formação de Secretário de Comissão, Câmara dos Deputados, Brasília, 2002. p. 11. Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2170. Acesso em: 22 ago. 2020.

452 TOLENTINO FILHO, Valdivino. **Processo de Emendamento de Proposições.** 2002. 84 f. Monografia (Especialização) - Curso de Curso de Formação de Secretário de Comissão, Câmara dos Deputados, Brasília, 2002. p. 11. Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2170. Acesso em: 22 ago. 2020.

De acordo com o artigo 118, §3º, do RICD[453], *Emenda Aglutinativa* é a que surge da união de outras emendas ou até mesmo ajustando-se estas com o texto, buscando-se conformidade com os devidos objetivos. Cabe enfatizar que não existe conceito para emenda *aglutinativa* em nenhum dos artigos do RISF, sendo essa citada especificamente no RICD.

Explica Tolentino Filho[454] que esta emenda em relação às demais é um tipo especial, portanto o motivo dela não ser apresentada no momento de discussão das propostas, mas já durante a votação do teor em Plenário, valendo destacar que este é o único momento onde se apresentam emendas aglutinativas, tendo este tipo de emenda como característica o surgimento de um novo texto, sendo a mudança parcial ou total, o qual surge da fusão de emendas que foram propostas no momento da discussão da matéria e/ou ainda destas emendas com o que está em votação.

Fortalecendo este entendimento, cita-se o artigo 122 do RICD[455]:

> As emendas aglutinativas podem ser apresentadas em Plenário, para apreciação em turno único, quando da votação da parte da proposição ou do dispositivo a que elas se refiram, pelos Autores das emendas objeto da fusão, por um décimo dos membros da Casa ou por Líderes que representem esse número.

Asseverando o assunto, para Carneiro, Santos e Nóbrega Netto[456], esta é a única espécie que pode ser manifestada no momento da votação e permite-se sua votação, sendo deferido pelo Plenário, em concordância com o artigo 189, §4º, do RICD, por "*título, capítulo, seção, artigo ou grupo de artigos ou de palavras*", caso em que podem ser propostas emendas *aglutinativas* sobre cada parte da proposição ou de dispositivo especifico dela. Estas emendas podem provocar o adiamento por uma sessão da proposição em votação e por ser uma espécie especial de emenda, não se admite a apresentação dela por meio de comissão em Plenário. Destaca-se que a *aglutinativa* só é antecedida pela *supressiva* em virtude do estabelecido pelo

---

453 BRASIL. Senado Federal. Resolução nº 93, de 1970. Aprova o Regimento Interno do Senado Federal. Diário do Congresso Nacional. Seção 2. 28/11/1970. Compilação produzida com base no texto consolidado na forma do artigo 402 do RISF pela Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal, publicado no Suplemento "E" do *Diário do Senado Federal* de 22/12/2018. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/norma/563958/publicacao/16433779. Acesso em: 23 ago. 2020.

454 TOLENTINO FILHO, Valdivino. **Processo de Emendamento de Proposições.** 2002. 84 f. Monografia (Especialização) - Curso de Curso de Formação de Secretário de Comissão, Câmara dos Deputados, Brasília, 2002. p. 15. Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2170. Acesso em: 22 ago. 2020.

455 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Resolução nº 17, de 21 de setembro de 1989**. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - Suplemento - 22/9/1989. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados. Acesso em: 22 ago. 2020.

456 CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Claudio Alves dos; NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da. **Curso de regimento interno**. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara. 2016. 447 f. p. 286-287. (Série conhecendo o legislativo; n. 7). Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/19519. Acesso em: 22 ago. 2020.

artigo 118, §1º, c/c artigos 189, §2º, e 191, inciso VIII, todos do RICD. Ressalta-se, apesar do artigo 122, *caput*, do RICD, enunciar que a emendas *aglutinativas* serão apreciadas em turno único, no desempenho da atividade legislativa quando se trata de Proposta de Emenda à Constituição, é aceitável aquela espécie de emenda nos dois turnos.

A utilização das Emendas Aglutinativas pelos Deputados Federais não é prática recente, estas "manobras" políticas. Propostas de emendas aglutinativas, conforme o artigo 118, § 3º, do RICD, há muitos anos vêm sendo utilizadas por membros da Casa Legislativa com o fito de que seus projetos sejam aprovados.

As Emendas *Aglutinativas* são bastante valorizadas quando se trata de matéria que gera grande repercussão nacional. Visto que, quando vários entendimentos quanto ao assunto da proposição são abordados, oferecendo os parlamentares várias emendas, no momento de discussão da matéria, as quais acreditam serem úteis para melhoria do texto, criando-se assim uma falta de consenso entre as diferentes bancadas parlamentares em relação à matéria abordada. Com isso, as proposições de Emendas *Aglutinativas* constituem o meio utilizado para chegar a um acordo político, uma vez que esta espécie de Emenda proporciona a integração de outras Emendas entre si formando um texto harmônico e/ou com a proposição original ou com texto que a esteja substituindo, fazendo com que se atinja uma conciliação entre os Deputados e viabilize a aprovação do tema em votação[457].

Na ocasião da tentativa de aprovar a reforma previdenciária com o objetivo da retirada do adicional para o funcionalismo público, cessação da aposentadoria especial para algumas carreiras, inclusive a de magistrados, e a retirada dos trabalhadores sem carteira assinada, foi colocada em votação a PEC 33/95, sendo vencido em plenário o voto do relator, o qual obteve apenas 294 votos a favor, quando seriam necessários 308 votos para sua aprovação. Nessa situação, o então Presidente da Câmara designou outro Deputado para apresentar Emenda Aglutinativa com texto semelhante ao derrotado e, após o governo pressionar parlamentares que eram contrários à PEC 33/95, conseguiu aprová-la com 351 votos favoráveis.

Congressistas daquela Casa Legislativa recorreram ao Poder Judiciário impetrando o Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF, único precedente julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre este assunto, pronunciando-se a Suprema Corte sobre o tema em 08 de

---

457 CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Claudio Alves dos; NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da. **Curso de regimento interno**. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara. 2016. 447 f. p. 286-287. (Série conhecendo o legislativo; n. 7). Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/19519. Acesso em: 22 ago. 2020.

maio de 1996, dizendo que é possível a apreciação de *Emenda Aglutinativa* de teor semelhante ao do substitutivo rejeitado na mesma sessão legislativa, conforme a referida ementa:

> MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, **RELATIVO À TRAMITAÇÃO DE EMENDA CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DIVERSAS NORMAS DO REGIMENTO INTERNO E DO ART. 60, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. [...]. 2. Entretanto, ainda que a inicial não se refira ao § 5º do art. 60 da Constituição, ela menciona dispositivo regimental com a mesma regra; assim interpretada, chega-se à conclusão que nela há ínsita uma questão constitucional, esta sim, sujeita ao controle jurisdicional. Mandado de segurança conhecido quanto à alegação de impossibilidade de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada poder ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. II - Mérito. 1. **Não ocorre contrariedade ao § 5º do art. 60 da Constituição na medida em que o Presidente da Câmara dos Deputados, autoridade coatora, aplica dispositivo regimental adequado e declara prejudicada a proposição que tiver substitutivo aprovado, e não rejeitado, ressalvados os destaques (art. 163, V). 2. É de ver-se, pois, que tendo a Câmara dos Deputados apenas rejeitado o substitutivo, e não o projeto que veio por mensagem do Poder Executivo, não se cuida de aplicar a norma do art. 60, § 5º, da Constituição. Por isso mesmo, afastada a rejeição do substitutivo, nada impede que se prossiga na votação do projeto originário. O que não pode ser votado na mesma sessão legislativa é a emenda rejeitada ou havida por prejudicada, e não o substitutivo que é uma subespécie do projeto originariamente proposto.** 3. Mandado de segurança conhecido em parte, e nesta parte indeferido. (STF - MS: 22503 DF, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 08/05/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-06-1997). (Grifo nosso).

Nesse julgado do STF foi entendimento da maioria dos ministros que no caso das Emendas Aglutinativas e projetos substitutivos, que são acessórios à proposição originária, não faria neste caso o sentido de o acessório seguir o principal. Assim, a rejeição daqueles não implicaria na rejeição automática da proposta principal[458]. E prossegue Bustamante[459]:

> Sem embargo, as razões aduzidas pelos ministros que compuseram a maioria do STF são inadequadas para decidir a questão que se colocava sob a apreciação do tribunal, na medida em que o objeto da ação não era apenas discutir a possibilidade de prosseguimento da tramitação do projeto original, caso o substitutivo seja rejeitado. A questão verdadeiramente importante naquele processo — como também agora, no caso das PECs 182/2007 e 171/1993 — é se é possível apresentar uma emenda aglutinativa depois que o substitutivo já tenha sido rejeitado, ou se é possível apresentar uma nova emenda aglutinativa depois que a emenda aglutinativa anterior já tenha sido rejeitada. Não está em jogo aqui, portanto, saber se as novas emendas podem ser apreciadas, mas se elas podem ser propostas depois do resultado da votação. Nesse ponto, o tribunal se equivocou ao não reconhecer a violação ao artigo 60, parágrafo 5º, da Constituição. Falhou também o tribunal ao não reconhecer que a apresentação de uma nova emenda aglutinativa, propondo

[458] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Emendas aglutinativas sucessivas favorecem o autoritarismo.** 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-out-02/thomas-bustamante-emendas-aglutinativas-favorecem-autoritarismo. Acesso em: 22 ago. 2020.

[459] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Emendas aglutinativas sucessivas favorecem o autoritarismo.** 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-out-02/thomas-bustamante-emendas-aglutinativas-favorecem-autoritarismo. Acesso em: 22 ago. 2020.

> novamente o mesmo princípio político que havia sido rejeitado na noite anterior, implica uma quebra no princípio proteção da confiança e da boa-fé objetiva. [...]. É difícil imaginar, portanto, uma lesão mais grave ao princípio da autonomia parlamentar, que se soma à clara violação à norma constitucional segundo a qual as matérias rejeitadas pela Casa Legislativa não podem ser reapresentadas na mesma sessão legislativa (artigo 60, parágrafo 5º).

Com isso, vê-se que o problema está além da aprovação da PEC 171/93. A discussão deve-se pautar inclusive dentro do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, pois os dispositivos que possibilitam esse tipo de "manobra" política podem ser questionados sobre sua (in)constitucionalidade. Este será o objeto de estudo do capítulo seguinte.

2 A (In)Constitucionalidade do Processo Legislativo da PEC 171/93

A Proposta de Emenda à Constituição 171/93 foi apresentada na Câmara dos Deputados no dia 19 de agosto de 1993, onde se propunha reduzir de 18 para 16 anos a maioridade penal no Brasil, alterando-se assim o disposto no artigo 228 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Com a aprovação do texto original da PEC 171/93, o artigo 228 passaria a dispor: "São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial".

A proposição inicial diminui a maioridade penal de forma geral, sem especificar crimes, de 18 para 16 anos de idade. Tinha em mente o parlamentar que a alteração no texto do artigo 228 da CRFB/88 refrearia o índice de criminalidade no Brasil. A PEC 171/93 e as 38 propostas que se processam em apenso a ela, permaneceram praticamente paradas por mais de 20 anos na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados (CCJ), a qual é responsável pelo controle de constitucionalidade preventivo da Casa Legislativa. A temática foi apreciada por distintos relatores, apresentando estes seus pareceres, alguns pela admissibilidade, outros pela inadmissibilidade, mas o texto até então, jamais tinha sido votado. No entanto, no dia 31 de março de 2015, a admissibilidade da proposta foi aceita na CCJ e na semana subsequente o então Presidente da Casa, instituiu uma comissão especial (comissão provisória formada com o intuito de averiguar e votar PEC's, projetos de códigos e proposições que abrangem assuntos que competem a mais de três comissões da Câmara dos Deputados) para verificar o mérito da PEC[460].

[460] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Redução da maioridade penal deve ser votada em 2º turno pela Câmara em agosto. Agência Câmara Notícias.** 2015. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/492613-REDUCAO-DA-MAIORIDADE-PENAL-DEVE-SER-VOTADA-EM-2-TURNO-PELA-CAMARA-EM-AGOSTO.html. Acesso em: 15 set. 2020.

No dia 10 de junho de 2015, foi apresentado o parecer do relator na comissão especial, sendo esta reunião destacada por tumultos, integrando-se entre os desordeiros, além de Deputados, policiais do legislativo federal e estudantes que não são a favor da redução da maioridade penal. Nada obstante, no dia 17 de junho de 2015, após negociações com outros parlamentares, o parecer foi aprovado na comissão, tendo sido dessa vez a reunião fechada, com a intenção de prevenir novos conflitos durante a votação[461].

Contudo, "os protestos contra a PEC da Maioridade seguiram até o dia da primeira votação da matéria pelo Plenário, em primeiro turno, quando a proposta foi rejeitada, antes de ser aprovada na forma de emenda no dia seguinte"[462].

Todavia, o projeto original, de acordo com as regras do artigo 191, V, do RICD, teria que ser votado após a rejeição do substitutivo apresentado pela comissão especial, mas o então Presidente da Câmara afirmou após a votação que seria a proposta originária colocada em votação em agosto, após o recesso do mês de julho. Entretanto ocorreu que na mesma "madrugada" do dia 01 de julho de 2015, o Presidente da Câmara articulou para que fosse apresentada uma Emenda Aglutinativa à PEC 171/93, a qual foi colocada em votação na "madrugada" do dia 02 de julho de 2015.

Consequentemente, diante desta "manobra" a PEC 171/93 foi aprovada por meio da Emenda Aglutinativa nº 16/2015, que propõe reduzir a maioridade penal de 18 para 16 anos, em casos de crimes *hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte*. O texto anterior determinava que a maioridade fosse reduzida em casos de crimes "*praticados com violência ou grave ameaça, crimes hediondos (como estupro), homicídio doloso, lesão corporal grave ou lesão corporal seguida de morte, tráfico de drogas e roubo qualificado*"[463], assim sendo, o texto aprovado é semelhante à proposta anterior. Cabe destacar que esta PEC já foi aprovada também em segundo turno na Câmara dos Deputados e encontra-se em tramitação no Senado

---

461 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Redução da maioridade penal deve ser votada em 2º turno pela Câmara em agosto. Agência Câmara Notícias.** 2015. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/492613-REDUCAO-DA-MAIORIDADE-PENAL-DEVE-SER-VOTADA-EM-2-TURNO-PELA-CAMARA-EM-AGOSTO.html. Acesso em: 15 set. 2020.

462 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Redução da maioridade penal deve ser votada em 2º turno pela Câmara em agosto. Agência Câmara Notícias.** 2015. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/492613-REDUCAO-DA-MAIORIDADE-PENAL-DEVE-SER-VOTADA-EM-2-TURNO-PELA-CAMARA-EM-AGOSTO.html. Acesso em: 15 set. 2020.

463 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 171, de 1993**. Altera a redação do art. 228 da Constituição Federal (imputabilidade penal do maior de dezesseis anos). Aprovada na Câmara dos Deputados. Situação atual: aguardando apreciação pelo Senado Federal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493. Acesso em: 22 ago. 2020.

Federal, como PEC de n° 115/2015, localizada, atualmente, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania)[464].

Neste caso, diz o artigo 163, VI, do RICD que "consideram-se prejudicados a emenda de matéria idêntica à de outra já aprovada ou rejeitada". Desta forma, de acordo com o artigo 191, V, do RICD, "na hipótese de rejeição do substitutivo, ou na votação de projeto sem substitutivo, a proposição inicial será votada por último, depois das emendas que lhe tenham sido apresentadas".

Acontece que não tinha sido apresentada Emenda Aglutinativa em plenário antes da rejeição do substitutivo apresentado pela comissão especial, ficando evidente a afronta às regras expressas no RICD. Desta forma evolui-se ao entendimento se é ou não constitucional o uso da emenda aglutinativa disposta no artigo 118 do RICD.

2.1 A (in)constitucionalidade das Emendas Aglutinativas no Regimento Interno da Câmara dos Deputados

Em relação à Emenda Aglutinativa nº 16/2015, proposta para aprovação da PEC 171/93, essa já se apresentava prejudicada de acordo com o artigo 163, VI, do RICD, pois se tratava de matéria idêntica à outra já rejeitada. Portanto, verifica-se que tal assunto está explícito no artigo 60, §5º, da CRFB/88: "A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa".

Logo, a discussão acerca da aprovação da Proposta de Emenda à Constituição 171/93 está pautada neste limite formal objetivo, qual seja, o procedimento elencado no artigo 60, § 5º, da CRFB/88. Contudo, em relação à PEC 171/93, o que foi rejeitado foi um texto substitutivo. O que no entender de Novelino[465], na hipótese de substitutivo, que é uma subespécie do projeto original, esse limite não é aplicável, pois, o que não pode ser votado na mesma sessão legislativa é a emenda rejeitada ou havida por prejudicada, e não o substitutivo.

O entendimento do autor acima citado está correto, mas o problema é que a emenda aglutinativa nº 16/2015, só foi apresentada após a rejeição do substitutivo, e, de acordo com as regras do artigo 191, inciso V, do RICD, "na hipótese de rejeição do substitutivo, ou na votação de projeto sem substitutivo, a proposição inicial será votada por último, *depois das*

---

464 BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 115, de 2015**. Altera o art. 228 da Constituição Federal. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122817. Acesso em: 22 ago. 2020.

465 NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 83.

emendas que lhe tenham sido apresentadas" (grifo nosso). Por conseguinte, o que deveria ter sido votado na "madrugada" do dia 02 de julho de 2015, era a proposição inicial, uma vez que a emenda aglutinativa nº 16/2015 foi apresentada após a votação do substitutivo ocorrida na "madrugada" do dia 01 de julho de 2016. Com essa forma de apresentação da emenda aglutinativa surge a inconstitucionalidade, ao ferir as formalidades estabelecidas na nossa Lei Maior e no próprio Regimento Interno.

Nessa situação, os Deputados contrários à aprovação alegaram violação à limitação formal objetiva disposta no artigo 60, §5º, da CRFB/88 e impetraram o Mandado de Segurança nº 33.697/DF no Supremo Tribunal Federal – STF, tendo sido indeferido o pedido liminar pelo Ministro Celso de Mello que se encontrava em plantão judicial, em conformidade com o artigo 37, inciso I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF, sustentando na sua decisão a inexistência do *periculum in mora*, em razão do então Presidente da Câmara dos Deputados ter assumido publicamente que só colocaria a PEC 171/93 em votação no segundo turno, após o recesso do mês de julho.

Com isso ficou visível que esta decisão monocrática tomou como parâmetro o entendimento já estabelecido pelo Pleno do STF no Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF, julgado em 08 de maio de 1996, este tratava sobre assunto semelhante, visto que a questão era sobre uma PEC, em que tinha sido apresentado um substitutivo em Plenário e também foi rejeitada, contudo posteriormente foi apresentada uma emenda aglutinativa, trazendo em seu texto teor similar ao substitutivo rejeitado e dessa forma conseguiu-se atingir o quórum essencial para sua aprovação[466]. Quanto a essa questão, tem-se um trecho do voto do relator, Ministro Marco Aurélio, no Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF mencionado por Thomas Bustamante e Evanilda de G. Bustamente[467], que foi perfeito quanto ao mérito da questão arguida pelos Deputados Federais que o impetrou:

> Voltando ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados, é dado constatar disciplina toda própria de forma de votação – o artigo 191 – que reclama o cotejo com a Constituição Federal. O substitutivo de comissão tem preferência na votação sobre o projeto – inciso II; votar-se-á, em primeiro lugar, o substitutivo de Comissão e, havendo mais de um, a preferência será regulada pela ordem inversa de sua apresentação – inciso III; aprovado o substitutivo, ficam prejudicados o projeto e as

466 BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do STF. **Revista Direito e Práxis,** Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, 2016. p. 379-380. Disponível em: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350944882013. Acesso em: 23 ago. 2020.

467 BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do STF. **Revista Direito e Práxis,** Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, 2016. p. 381-382. Disponível em: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350944882013. Acesso em: 23 ago. 2020.

> emendas a este oferecidas, ressalvadas as emendas ao substitutivo e todos os destaques – inciso IV; na hipótese de rejeição do substitutivo, ou na votação de projeto sem substitutivo, a proposição inicial será votada por último, depois das emendas que lhe tenham sido apresentadas – inciso V; a rejeição do projeto prejudica das emendas a ele oferecidas – inciso VI. Depreende-se desses dispositivos que a Câmara dos Deputados a eles deu aplicação. Rejeitando o substitutivo, passou-se, muito embora com interregno, e não em sequência com cobrado no artigo 181 do Regimento Interno, ao exame do que a Norma Interna rotula como 'emenda aglutinativa' – resultado de outras emendas ou desta com o texto, por transação tendentes à aproximação dos respectivos objetos. **Ocorre que a apreciação da emenda aglutinativa pressupõe a ausência de votação da proposta inicial que tenha provocado a apresentação das emendas aglutinativas. Tanto é assim que o Regimento Interno preceitua que 'as emendas aglutinativas podem ser apresentadas em Plenário, para apreciação em turno único, quando da votação da parte da proposição ou do dispositivo a que elas se refiram, pelos Autores das emendas objeto da fusão, por um décimo dos membros da Casa ou por Líderes que representem este número' (artigo 122, caput).** Quando apresentadas pelos autores, a emenda aglutinativa implica a retirada das emendas das quais resulta. Essa é a única interpretação harmônica com as normas constitucionais que, relativamente aos projetos de lei e, no caso específico, a proposta de emenda constitucional, vedam a apreciação na mesma sessão legislativa – artigos 60, § 5º, e 67, notando-se, em relação a este último, a abertura de vir-se a apreciar a mesma matéria no curso da sessão legislativa, caso ocorra a formalização de proposta por maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional. **Ora, no caso, procedeu-se à apreciação de emenda aglutinativa quando já apreciada e rejeitada a proposição inicial. Mais do que isso, implementou-se a prática em data diversa daquela em que teve início a votação.**

Isto posto, percebe-se que a decisão proferida no Pleno do STF não entrou no mérito da questão, que é a impossibilidade de apresentação de Emenda Aglutinativa em Plenário na Câmara dos Deputados após ter sido votado e, em ambos os casos, rejeitado o substitutivo.

Não obstante, o STF negou provimento ao Mandado de Segurança nº 33.697/DF sob o argumento de que a Corte tem entendimento firmado no Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF. Entrementes, cumpre-nos lembrar que o mérito da demanda consiste em verificar que a questão não é ser inconstitucional apresentar Emenda Aglutinativa, mas sim o momento de sua apresentação em Plenário, dado que se puder ser apresentada a qualquer momento essa emenda, todo e qualquer Presidente da Casa Legislativa terá amplos poderes para aprovar PEC's a seu bel-prazer[468].

[468] Embora não tenha caráter científico e sim informativo, CARAN, Bernardo. Em 2 anos, parlamentares questionam decisões do Congresso Nacional 45 vezes no STF. **G1 Política**. Brasília. 7/3/2017. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/em-2-anos-parlamentares-questionam-decisoes-do-congresso-45-vezes-no-stf.ghtml. Acesso em: 23 ago. 2020.

Em posição crítica à postura passivista do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF, Silva e Souza[469] pontuam

> O Supremo Tribunal Federal tem assentado o entendimento da possibilidade do controle judicial preventivo de constitucionalidade a fim de assegurar ao parlamentar o direito subjetivo ao processo legislativo constitucional. No entanto, a Corte tem entendido que não cabe controle em relação aos atos políticos e aos atos *interna corporis* do parlamento, o que significaria uma proibição à interpretação das normas regimentais. Este entendimento foi consolidado quando do julgamento paradigmático do Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF que questionava o trâmite da Proposta de Emenda Constitucional nº 33/95 que modificou o sistema da Previdência Social.

Thomas Bustamante e Evanilda de G. Bustamante[470] lançam crítica à decisão do Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF

> Lamentavelmente, no entanto, a maioria dos Ministros do STF, na ocasião, revisitou a antiga tese da questão 'interna corporis' e se recusou a proceder a uma análise do funcionamento do processo legislativo, à luz do Regimento da Câmara dos Deputados. No que concerne à alegada violação ao art. 60, § 5º, da Constituição, todos os Ministros do STF, à exceção do Relator, Ministro Marco Aurélio, que foi vencido, seguiram o voto do Ministro Maurício Corrêa, de apenas duas páginas, que se limita aduzir que a rejeição do substitutivo (que é acessório) não implica a rejeição do projeto original, cuja tramitação deve prosseguir normalmente. [...]. Essas considerações do Ministro Maurício Corrêa estão obviamente corretas. Mas elas são insuficientes para decidir a questão que se colocava *sub judice*, na medida em que não se discutia a possibilidade de prosseguimento da tramitação do projeto original, caso o substitutivo seja rejeitado. **O que se discutia no processo – como também agora, no caso das PEC's 182/2007 e 171/1993 – é se é possível apresentar uma emenda aglutinativa depois que o substitutivo já tenha sido rejeitado. Nesse ponto o tribunal foi negligente ao não reconhecer a violação ao art. 60, § 5º, da Constituição. E não o foi por falta de aviso, pois o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, foi diretamente ao ponto e percebeu claramente que o problema estava na admissão de emendas aglutinativas depois que a votação do primeiro substitutivo já estava concluída.**

Da forma como o Ministro expôs em seu voto fica a ordem jurídica constitucional desprotegida de sequelas gravíssimas como a aprovações de PEC's com vícios formais. Ele avaliou os "dois lados da moeda", de um lado, procurou o Ministro evitar com que haja interferência do STF no processo legislativo, deixando claro que é possível a apresentação de emendas aglutinativas, permitindo-se uma flexibilização no procedimento legislativo, possibilitando que os Deputados cheguem a um consenso do tema a ser aprovado. De outro modo, deixa claro o Ministro que é preciso obedecer às normas constitucionais, no caso o

469 SILVA, Adriana Campos; SOUZA, Rafael Costa de. O Supremo Tribunal Federal e o processo legislativo constitucional: análise crítica da postura passivista procedimental adotada no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre. n. 36, p. 148, ago. 2017. Disponível em: file:///C:/Users/Bleine/Downloads/73148-316350-1-PB.pdf. Acesso em: 23 ago. 2020.

470 BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do STF. **Revista Direito e Práxis,** Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, 2016. p. 380. Disponível em: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350944882013. Acesso em: 23 ago. 2020.

artigo 60, §5º, da CRFB/88, devendo todas as emendas, sejam elas aglutinativas ou de outra espécie estabelecida no RICD, apresentadas antes de se iniciar a votação do projeto original ou do substitutivo, evitando-se assim imprevistos como no caso da PEC 171/93, que foi aprovada por meio de uma emenda aglutinativa apresentada um dia após a rejeição do substitutivo, algo inesperado pelos Deputados contrários à PEC, assegurando ao Presidente da Câmara dos Deputados que sua proposta fosse aceita após "manobras" políticas[471].

Sendo assim, fica perceptível uma afronta ao artigo 60, § 5º, da CRFB/88. Motivo pelo qual mesmo que seja a PEC 171/93 aprovada em dois turnos, em ambas as Casas do Congresso Nacional, e promulgada pelas suas respectivas Mesas, já nascerá essa Emenda inconstitucional por vício de formalidade desde a sua primeira aprovação na Câmara dos Deputados.

Um dos pontos polêmicos envolvendo a postura passivista do STF se refere às questões *internas corporis*, e, especificamente, em relação ao manejo das Emendas Aglutinativas durante o trâmite das Propostas de Emenda à Constituição. Nessa senda, Silva e Souza[472] ressaltam

> Em duas recentes situações – Proposta de Emenda Constitucional nº 182/2007, sobre a Reforma Política, e a P.E.C. nº 171/1993, sobre a redução da maioridade penal –, o país assistiu uma mudança drástica no resultado das votações do Plenário da Câmara dos Deputados em menos de 24 horas.

O estudo não pretendeu analisar os impactos sociais que a possível Emenda Constitucional reduzindo a maioridade penal trará para à ordem jurídica brasileira. No entanto, cumpre-nos lembrar que com a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos de idade vários outros questionamentos serão levantados quanto à aplicação das legislações infraconstitucionais como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto da Juventude.

Considerações finais

A PEC 171/93 originária da Câmara dos Deputados por meio de um substitutivo de comissão especial para votação foi rejeitada no plenário do dia 01 de julho de 2015. Horas

---

471 BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do STF. **Revista Direito e Práxis,** Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, 2016. p. 382. Disponível em: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350944882013. Acesso em: 23 ago. 2020.

472 SILVA, Adriana Campos; SOUZA, Rafael Costa de. O Supremo Tribunal Federal e o processo legislativo constitucional: análise crítica da postura passivista procedimental adotada no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre. n. 36, p. 148, ago. 2017. Disponível em: file:///C:/Users/Bleine/Downloads/73148-316350-1-PB.pdf. Acesso em: 23 ago. 2020.

depois foi protocolada na Secretaria-Geral da Mesa da Câmara dos Deputados a Emenda Aglutinativa nº 16/2015, obtendo aprovação por 323 votos favoráveis, 155 contra e 2 abstenções.

Entrementes, deputados federais contrários à redução da maioridade penal impetraram o Mandado de Segurança nº 33.697/DF no Supremo Tribunal Federal – STF, alegando violação à limitação formal objetiva, disposta no artigo 60, §5º, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, que veda a apresentação de nova proposta que contenha matéria de outra já rejeitada em uma mesma sessão legislativa, visando assegurar a segurança jurídica e evitar "manobras" políticas como no caso da PEC 171/93, mediante a apresentação da Emenda Aglutinativa nº 16 após a rejeição do substitutivo em Plenário. O pedido liminar no remédio constitucional foi indeferido pelo Ministro Celso de Mello.

Passados mais de vinte anos da interpretação equivocada do STF na decisão no Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF, mormente ser evidente o estabelecido na norma constitucional quanto ao impedimento da votação de matéria constante de proposta original ou substitutivo já rejeitado na mesma sessão legislativa, na decisão monocrática, publicada n DJE em 20/02/2017, o Ministro Gilmar Mendes negou seguimento ao Mandado de Segurança 33.697/DF sob o argumento de que a pretensão do impetrante não encontra amparo nos precedentes desta Corte e, por conseguinte.

Vale destacar que existem dois precedentes do STF sobre este tema: os acórdãos produzidos nos Mandados de Segurança nº 22.503-3/DF e nº 33.697/DF, determinando que a rejeição do substitutivo não constitua proibição da votação de Emenda Aglutinativa na mesma sessão legislativa, não violando assim a limitação formal do artigo 60, 5º, da CRFB/88.

O STF é o guardião da CRFB/88, em vista disso, não deve se esquivar de monitorar e fiscalizar os atos do poder legislativo, aduzindo tratar-se de questão *interna corporis*e a independência dos poderes, pois o processo de elaboração de normas, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, foi estabelecido pelo constituinte originário. Isto posto, "manobras" como a realizada pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, interpretando o Regimento Interno da Câmara dos Deputados – RICD pelo seu livre arbítrio ocasionam rompimento as formalidades pactuadas pelo criador da Lei Suprema.

Salienta-se que a CRFB/88 está no topo da pirâmide e todas as normas que estejam abaixo dela devem tomá-la como parâmetro, inclusive os regimentos internos dos órgãos de qualquer dos poderes.

Portanto, não se trata de querer enrijecer o processo legislativo, mas que sejam respeitados os limites formais do artigo 60, §5º, da CRFB/88, respeitando-se o pertinente processo legislativo e evitando-se uma ampliação dos poderes do Presidente da Câmara dos Deputados por meio de interpretações do RICD a sua conveniência.

Conclui-se que cabe ao STF rever sua jurisprudência. O fato de os Mandados de Segurança nº 22.503-3/DF e nº 33.697/DF não terem prosperado, não significa que a Corte, em momento oportuno, não empreste nova interpretação ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados e examine com mais cautela que a apresentação de Emenda Aglutinativa deve ocorrer momento antes da votação do substitutivo ou da proposta original em Plenário, uma vez que não sendo observada essa formalidade, todo e qualquer Presidente que passar pela Câmara dos Deputados usará de tal artifício para obter aprovação de matérias do seu interesse.

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: 22 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Redução da maioridade penal deve ser votada em 2º turno pela Câmara em agosto. Agência Câmara Notícias.** 2015. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/492613-REDUCAO-DA-MAIORIDADE-PENAL-DEVE-SER-VOTADA-EM-2-TURNO-PELA-CAMARA-EM-AGOSTO.html. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento Interno**: [Atualizado até a Emenda Regimental n. 54/2020]. Brasília: STF, 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Resolução nº 17, de 21 de setembro de 1989**. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - Suplemento - 22/9/1989. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Resolução nº 93, de 1970**. Aprova o Regimento Interno do Senado Federal. Diário do Congresso Nacional. Seção 2. 28/11/1970. Compilação produzida com base no texto consolidado na forma do artigo 402 do RISF pela Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal, publicado no Suplemento "E" do *Diário do Senado Federal* de 22/12/2018. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/norma/563958/publicacao/16433779. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição 171/1993**. Altera a redação do art. 228 da Constituição Federal (imputabilidade penal do maior de dezesseis

anos). Situação: Aguardando Apreciação pelo Senado Federal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 115, de 2015**. Altera o art. 228 da Constituição Federal. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122817. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emenda Aglutinativa de Plenário (EMA) 16/2015**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1549085. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 08 de janeiro de 1996. Diário da Justiça. Brasília, 06 jun. 1997. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85766. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 33.697/DF**. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4807625. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33697**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 10 de julho de 2015. Diário da Justiça. Brasília, 04 ago. 2015. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS_33697MC.pdf. Acesso em: 22 ago. 2020.

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do STF. **Revista Direito e Práxis,** Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, 2016. p. 346-388. Disponível em: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350944882013. Acesso em: 23 ago. 2020.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Emendas aglutinativas sucessivas favorecem o autoritarismo.** 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-out-02/thomas-bustamante-emendas-aglutinativas-favorecem-autoritarismo. Acesso em: 22 ago. 2020.

CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Claudio Alves dos; NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da. **Curso de regimento interno**. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara. 2016. 447 f. (Série conhecendo o legislativo; n. 7). Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/19519. Acesso em: 22 ago. 2020.

CARAN, Bernardo. Em 2 anos, parlamentares questionam decisões do Congresso Nacional 45 vezes no STF. **G1 Política**. Brasília. 7/3/2017. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/em-2-anos-parlamentares-questionam-decisoes-do-congresso-45-vezes-no-stf.ghtml. Acesso em: 23 ago. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Adriana Campos; SOUZA, Rafael Costa de. O Supremo Tribunal Federal e o processo legislativo constitucional: análise crítica da postura passivista procedimental adotada no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre. n. 36, p. 146-163, ago. 2017. Disponível em: file:///C:/Users/Bleine/Downloads/73148-316350-1-PB.pdf. Acesso em: 23 ago. 2020.

TOLENTINO FILHO, Valdivino. **Processo de Emendamento de Proposições.** 2002. 84 f. Monografia (Especialização) - Curso de Curso de Formação de Secretário de Comissão, Câmara dos Deputados, Brasília, 2002. Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2170. Acesso em: 22 ago. 2020.

O Escritor Fantasma no direito brasileiro: análise acerca da possibilidade de aplicação analógica no Sistema Copyright

The Ghost Writer in Brazilian law: analysis about the possibility of analogue application of the Copyright System

Mateus Rodrigues Lins

Mestrando em Direito Constitucional e Teoria Política, pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza (PPGD/UNIFOR). Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais (PPGD/UNIFOR), com concentração na linha de pesquisa em direitos autorais. Diretor técnico adjunto do Centro Interdisciplinar de Estudos Trabalhistas (CINTRA). Advogado e escritor. E-mail: mateusrlins@gmail.com

Lethicia Pinheiro Machado

Advogada. Pós-Graduanda em Direito e Processo Penal, pelo Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Integrante do Centro Interdisciplinar de Estudos Trabalhistas (CINTRA). E-mail: lethiciapinheiromachado@hotmail.com

Vanessa Batista Oliveira

Mestre em Direito Constitucional. Especialista em Direito Processual Civil. Professora da graduação da Unigrande. Advogada trabalhista. Presidente da comissão de ensino jurídico da OAB-CE. Conselheira Estadual da OAB-CE. Vice-Presidente do Centro Interdisciplinar de Estudos Trabalhistas (CINTRA). E-mail: vanessaoliveira@gaudeniosantiago.adv.br

Resumo: O presente estudo, intitulado “O escritor fantasma no direito brasileiro: análise acerca da possibilidade de aplicação analógica do sistema copyright”, tem como objetivo a compreensão dos direitos autorais à luz do direito brasileiro e do direito americano, a fim de verificar se há, ou não, a possibilidade de contratação válida de um escritor fantasma no Brasil. Assim, buscou-se compreender o tratamento dado ao escritor fantasma na ordem jurídica brasileira, bem como compreender o tratamento dado ao escritor fantasma pelo sistema do *copyright* nos Estados Unidos, para, então, traçar um comparativo entre as normas brasileiras e as americanas, com o propósito de verificar a possibilidade de aplicação do sistema *copyright* à contratação do escritor fantasma no Brasil. A metodologia utilizada é classificada como bibliográfica, pura, qualitativa, descritiva e exploratória. O estudo é embasado em obras de Lara e Zimboni, Bittar, Zanini e Accioly, dentre outros. Ao fim, conclui-se que as regras do sistema *copyright* do direito americano não são aplicáveis ao direito brasileiro. Apresenta-se, ainda, a ressalva para os casos de contratação de escritor fantasma, nos quais o autor possui a faculdade de obter o reconhecimento à autoria da obra, mas não poderá obter os lucros advindos da comercialização desta.

Palavras-chave: Escritor Fantasma. Direitos Morais do Autor. Obra por Encomenda. *Copyright*. Direito Comparado.

Abstract: The present study entitled "The ghost writer in Brazilian law: analysis of the possibility of analogical application of the copyright system" aims to understand copyright in the light of Brazilian law and American law, in order to verify if there is a possibility of valid contracting of ghostwriter in Brazil. Thus, it was sought to understand the treatment given to the ghostwriter in the Brazilian legal order, as well as to understand the treatment given to the ghost writer by the American Copyright, to then draw a comparative between Brazilian and American standards in order to verify the possibility of applying the rules of the American copyright system to hire ghostwriter in Brazil. The methodology used is classified as bibliographical, pure, qualitative, descriptive and exploratory. The study is based on works by Lara and Zimboni, Bittar, Zanini and Accioly among others. Finally, it is concluded that the rules of the American Copyright System are not applicable to Brazilian law. It also presents the caveat for cases of contracting ghostwriter, in which author has the power to obtain recognition to authorship of the work, but cannot obtain the profits from the commercialization of this.

Keywords: Ghost Writer. Author's Moral Rights. Work by Order. Copyright. Comparative Law.

Introdução

O *ghostwriter* (escritor fantasma) é um prestador de serviços que, por intermédio de um contrato, cria determinada obra intelectual e renuncia aos direitos de autor dela decorrentes em favor de outra pessoa, de forma que esta se apresenta ao mundo como autora de tal criação. O escritor fantasma, portanto, após a conclusão e entrega da criação, não pode ser conhecido pela sociedade, tornando-se oculto como um fantasma, uma vez que atribui a autoria e os frutos econômicos da obra ao seu contratante.

Tal prática é rotineira para diversos escritores em variados âmbitos de atuação. Muitos discursos políticos, obras literárias, produções científicas, composições musicais, e até mesmo petições advocatícias, por exemplo, são produzidas por escritores fantasmas

diariamente. Algumas dessas práticas são socialmente aceitas e nem sequer questionadas, como o caso dos discursos políticos e da elaboração de peças processuais. De outro modo, o crescimento dessa modalidade contratual tende a gerar árduos conflitos no âmbito da produção literária, para os quais a jurisprudência brasileira ainda não apresentou posicionamento satisfatório.

Os direitos morais do autor, solidificados no Capítulo II da Lei nº 9610, de 1998, são personalíssimos e, por consequência, inerentes ao exercício constitucional da dignidade da pessoa humana, apresentando caráter de inalienabilidade e indisponibilidade, conforme previsão do art. 27 da referida Lei e do art. 11 do Código Civil. Dessa forma, numa análise sumária, apontar-se-ia para a nulidade da contratação do escritor fantasma.

Frise-se que a figura do *ghostwriter* juridicamente reconhecida surgiu nos Estados Unidos, onde o referido contrato é válido e eficaz, tendo em vista a priorização do viés econômico da autoria e da liberdade de contratação, com a presunção de que ambas as partes se beneficiam do acordo. É nesse sentido que se apresenta a *Copyright Act of 1976* e o posicionamento americano ante os acordos internacionais que versam sobre direitos autorais.

Dessa forma, a justificativa do presente estudo é a necessidade de compreensão do tratamento dado aos direitos autorais nos Estados Unidos, em razão de este ser considerado o berço do *ghostwriter*, a fim de analisar a possibilidade de aplicação analógica do sistema do *Copyright* à contratação de um escritor fantasma no Brasil.

A pesquisa tem como objetivo geral a compreensão dos direitos autorais à luz do direito brasileiro e do direito americano, a fim de verificar a validade da contratação dos serviços de escritores fantasmas no Brasil. Como objetivos específicos, pretende-se compreender o tratamento dado ao escritor fantasma na ordem jurídica brasileira, bem como compreender o tratamento dado ao escritor fantasma pelo sistema *copyright*, para, então, traçar um comparativo entre as normas brasileiras e americanas com a finalidade de verificar a possibilidade de aplicação das normas do sistema do *copyright* à contratação do escritor fantasma no Brasil.

Quanto à metodologia, a pesquisa classifica-se como bibliográfica, pois sua elaboração decorrerá de material já publicado. Foram utilizadas, por exemplo, as obras de Lara e Zimboni, Zanini, Bittar e Accioly, além de outros livros, artigos, periódicos e revistas que analisam os temas de legislação autoral brasileira e do sistema *copyright*.

Em relação à aplicação dos resultados, a pesquisa apresenta-se como pura e qualitativa, tendo em vista sua finalidade de expansão de conhecimentos. Por fim, quanto aos objetivos, o estudo é classificado como descritivo e exploratório, uma vez que se busca analisar fenômenos jurídicos a fim de promover o aprimoramento de ideias.

1 O direito autoral brasileiro

Cunha Filho[473] propõe uma interpretação sistêmica do art. 5º, XXVII, da Constituição Federal e do art. 27, item 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos para compreender a natureza jurídica do direito autoral. Essa interpretação, com reforço do posicionamento da Unesco[474], visualiza tal ramo de direitos como objeto integrante dos Direitos Culturais.

Inspirado no sistema francês do *Droit D'auteur*, os direitos autorais no Brasil estão previstos na Lei nº 9.610, de 1998, também conhecida como Lei de Direitos Autorais (LDA), a qual teve sua construção pautada com base no princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, prioriza a proteção do autor dentro do processo criativo, conforme explica Avancini[475]. Isso se explica porque o autor, como ser subjetivo, introduz na criação da obra artística seus pensamentos, vivências, aspirações e decepções, as quais, consequentemente, pertencem a um campo muito íntimo e indissociável da pessoa do criador. Desse modo, observa-se que, por mais que duas obras possam ter uma mesma pretensão e finalidade, ressalvada a possibilidade de plágio, jamais serão concebidas de forma igual se criadas por diferentes autores, exatamente em decorrência da subjetividade adicionada à produção autoral.

Desse modo, o autor, sujeito de direitos da Lei de Direitos Autorais (LDA), é conceituado por estar em seu art. 11 como a pessoa física que é criadora de uma obra artística, científica ou literária. A expressão "criadora" utilizada pelo dispositivo legal corresponde ao exercício subjetivo do autor para a composição da obra. E é por meio da criação que o autor conecta-se à obra, a qual é objeto dos direitos autorais. Santos[476]esclarece que esse liame,

---

473 CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Reconfiguração do direito de autor: do civilismo aos direitos culturais. **Revista de Mídia e Entretenimento do IASP**, ano 1. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2015. fls. 33-53.

474 UNESCO. **Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais**. 2005. Disponível em: unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224por.pdf. Acesso em: 4 dez. 2018

475 AVANCINI, Helena Braga. Direito autoral e dignidade da pessoa humana: a compatibilização com os princípios da ordem econômica. *In*: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). **Direito de autor e direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2011.

476 SANTOS, Manuella. **Direito autoral na era digital**. São Paulo: Saraiva, 2009.

responsável pela conexão entre sujeito e objeto dos direitos autorais, recebe o nome de autoria.

A autoria é uma forma de vinculação legal da obra por meio do labor do autor. Assim, conforme Santos[477], esta passa a receber a incidência do direito autoral a partir do momento em que se torna fática e concreta, independentemente de qualquer registro, tendo em vista a disposição do art. 18 da Lei de Direitos Autorais (LDA). Íntimos a essa ideia se comportam os dois principais segmentos do direito autoral, quais sejam: os direitos morais e patrimoniais do autor.

Os direitos morais do autor se referem à proteção da ligação dele para com sua obra, como o direito ao reconhecimento de determinada construção intelectual, reivindicação da autoria, modificação da obra, conservação de obra inédita, dentre outros dispostos no art. 24 da Lei de Direitos Autorais (LDA). Assim, portanto, são direitos subjetivos existenciais, uma vez que não possuem conteúdo econômico, mas preservam a essência da autoria. Dessa maneira, Lara e Zamboni[478] visualizam o labor autoral como uma forma de exercer a dignidade da pessoa humana. Por isso, tal classe de direitos possui caráter personalíssimo.

Os direitos personalíssimos indicam direitos de cunho intransmissível, sejam eles propriamente existentes ou potencialmente existentes, que cabem a todos os indivíduos em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme leciona Sarlet[479].

Desse modo, percebe-se que o art. 27 da Lei de Direitos Autorais (LDA) deve ser interpretado de forma sistemática com o art. 11 do Código Civil, o qual dispõe que, ressalvados os casos previstos em lei, "os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária". Observa-se, que a partir do momento que uma obra é criada, momento em que nascem os direitos morais de autores, estes gozam de natureza *erga omnes*, tornando essa proteção à personalidade impositiva em face de todos.

Bittar[480], ao abordar o direito moral do autor, reforça a conexão da referida classe de direitos com a defesa da personalidade do criador e exatamente por isso o direito moral torna-

477 SANTOS, Manuella. **Direito autoral na era digital**. São Paulo: Saraiva, 2009.

478 LARA, Paula Maria Tecles; ZAMBONI, Sabrina Alves. Ghost Writer: Autonomia Privada e a Possibilidade Jurídica da Renúncia aos Direitos Morais de Autor. *In*: BARROS, Carla Eugenia Caldas; ASSAFIM, João Marcelo de Lima; LIMA, Renata Albuquerque (org.). **Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência.** Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 153-180.

479 SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

se essencial à proteção da intimidade e da identidade do autor. Assim, esses direitos permanecem do momento da materialização até mesmo depois da morte do autor, quando serão transmitidos aos herdeiros, os quais ficam obrigados a defender a integridade e paternidade da obra até o momento em que esta existir ou cair em domínio público, como bem elucida Zanini[481].

Quanto aos direitos patrimoniais de autor, estes se referem à exploração econômica da obra por parte do autor e estão previstos no art. 28 da Lei de Direitos Autorais, o qual preceitua que "cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica".

Para o direito autoral, o autor, dentro do aspecto patrimonial, é visto como um proprietário de um bem sobre o qual exerce todos os direitos de propriedade, em especial o de disposição. E é esse poder que possibilita ao criador a exploração econômica da sua obra. Por isso, ao contrário dos direitos morais do autor, os patrimoniais são disponíveis e alienáveis.

Por certo, as modalidades de utilização patrimonial das obras possuem independência entre si, ou seja, podem vir a ser negociadas com diferentes pessoas e à vontade do autor (art. 31º da Lei de Direitos Autorais), devendo os direitos patrimoniais não mencionados em contrato ou aqueles que inexistem no momento da pactuação, permanecerem com o autor, criador da obra, em razão da interpretação restritiva dada ao direito autoral (art. 4º da Lei de Direitos Autorais).

Portanto, de acordo com Costa Netto[482], assegura-se a conjunção de dois requisitos essenciais para a disposição patrimonial da obra, quais sejam: a) obrigatoriedade de autorização, licença ou cessão de direitos por parte do autor; b) delimitação das condições de uso.

O referido jurista ressalta a necessidade de uma pactuação, mesmo que a utilização da obra não tenha fins lucrativos, ou seja, exercida, v. g., pelo Poder Público em eventos públicos e a todos franqueados, com a finalidade de prevenir a utilização abusiva.

---

480 BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 6. ed. São Paulo: Forense, 2015. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-6539-6/epubcfi/6/44[;vnd.vst.idref=ch10]!/4/58/2@0:100. Acesso em: 13 dez. 2018.

481 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. São Paulo: Saraiva, 2015.

482 COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. São Paulo: FTD, 1998.

Observa-se, ainda, que a Lei nº 9.610, de 1998, criou a ficção jurídica, em seu art. 3º, de os direitos patrimoniais receberem o tratamento de bens móveis, prescritíveis e alienáveis, bem como, no que toca a sucessão, disciplinou, em seu art. 39, que os direitos patrimoniais do autor, com exceção dos rendimentos que resultarem de sua exploração, não possuem comunicação, salvo a existência de pacto antenupcial em contrário.

1.1 O escritor fantasma no direito brasileiro

O exercício da função do escritor fantasma não é disciplinado pelo direito brasileiro, cabendo ao intérprete uma ponderação acerca das disposições da lei de direitos autorais e legislações a ela inerentes. Essa visão perpassa o caráter existencial dos direitos morais de autor e as normas do art. 27 da Lei de Direitos Autorais e do art. 11 do Código Civil.

Quando tais aspectos são postos perante o requisito do comércio da autoria, que representa o aprimoramento da função do escritor fantasma, nota-se que esta é vista como ilícita pelo direito brasileiro, não devendo, *a priori*, ser tutelada. Isso porque, como já exposto, os direitos morais de autor são indisponíveis e inalienáveis.

Observa-se que, em razão de o ordenamento jurídico pátrio não proteger o exercício dessa função, num panorama lógico, não existem contratos típicos do mercado editorial que venham a disciplinar a venda da autoria de um escritor fantasma. Trata-se, em uma análise sumária, de um contrato nulo em razão de seu objeto, de acordo com a previsão dos artigos 166, II, e 169 do Código Civil.

2 O direito autoral nos Estados Unidos: a possibilidade de renúncia dos direitos morais do autor

A autoria recebe tratamento diferenciado no Brasil e nos Estados Unidos em razão dos diferentes sistemas de tratamento do Direito autoral adotados. Como exposto, a legislação brasileira tem por base o sistema francês *Droit D'auteur*, ao passo que o direito americano aplica o *Copyright*. A principal diferença dentre tais sistemas para o objeto de estudo do presente trabalho trata-se do reconhecimento e da proteção ao direito moral de autor.

Accioly[483] explica que o sistema *Droit D'auteur* aplicado nos países latinos prevê a existência de direito moral do autor, o qual tutela o vínculo entre o autor e sua criação. De

[483] ACCIOLY, Maria Inês. Comércio de autoria: um sintoma da cultura pós-moderna. **Revista Resgate**, v. 10, n. 1, p. 27-40, 2002. Disponível em: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/resgate/article/view/8645583/12884. Acesso em: 10 dez. 2018.

outro modo, o sistema de *Copyright* adotado pelos países anglo-saxônicos trata tão somente dos aspectos patrimoniais e comerciais da autoria.

Como exposto, no Brasil, os direitos autorais são regulamentados pela Lei de Direitos Autorais (LDA), que tem por escopo proteger o criador de determinada obra, ou seja, o sujeito de direitos. Ao passo que a *Copyright Act of 1976*, Lei americana que rege os direitos autorais, tutela a obra em si, isto é, o objeto sobre o qual recai o direito.

É possível verificar tal diferença, por exemplo, no momento em que a autoria nasce, conforme o regramento de cada país. No direito brasileiro, isso ocorre no momento da criação da obra, em razão de sua maior preocupação com o autor, ao passo que o sistema americano apenas reconhece sua existência após seu registro, demonstrando maior enfoque à criação em si.

Conforme fora apresentado, o ordenamento jurídico brasileiro busca proteger amplamente os direitos morais do autor, em atenção ao seu direito de personalidade, razão pela qual essa classe de direitos é inalienável. De outra banda, o direito americano prioriza a vertente econômica dos direitos autorais, com a prevalência da autonomia da vontade, sem nem sequer prever direitos morais de autor.

No Direito americano prevalece a liberdade de contratar (*freedom of contract*), pois, uma vez que os contratantes participam das negociações, presume-se que a estipulação tem condição benéfica para ambos. Assim, o ordenamento jurídico americano prioriza o aspecto negocial dos direitos de autor.

O posicionamento do Direito americano em relação aos direitos morais de autor foi verificado desde as tratativas da Convenção de Berna[484], primeiro instrumento internacional a tratar de direitos autorais, datada de 1886. Conforme Moraes[485], em 1928, a convenção foi revisada para a inclusão do artigo "6 bis", que trata dos direitos morais de autor de forma expressa. Ocorre que os Estados Unidos apresentaram forte resistência a tal revisão e, apesar da pressão dos demais países signatários da Convenção, somente aderiu à Convenção de

---

[484] UNESCO. **Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas**. 1886. Disponível em: http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_conv_berna_09_09_1886_por_orof.pdf. Acesso em: 9 dez. 2018.

[485] MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor**: repersonalizando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. Disponível em: http://www.rodrigomoraes.adv.br/arquivos/downloads/Os_Direitos_Morais_do_Autor___Rodrigo_Moraes.pdf. Acesso em: 10 dez. 2018.

Berna em 1989; contudo, somente o fez com a exclusão do artigo "6 bis", ou seja, ainda sem reconhecer os direitos morais de autor, conforme expõem Moraes[486] e Zanini[487].

Zanini[488] destaca ainda que, no Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), as discussões sobre direitos autorais se fundaram nos conflitos existentes entre os sistemas *Droit D'auteur* e *Copyright* no que diz respeito ao reconhecimento e proteção dos direitos morais de autor.

Basso[489] explica que, no acordo Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, os demais países signatários cederam aos Estados Unidos, com a previsão expressa neste acordo de ausência de direitos e obrigações decorrentes do artigo "6 bis" da Convenção de Berna aos signatários do Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, nos seguintes termos: "[...] os Membros não terão direitos nem obrigações, neste acordo, com relação aos direitos conferidos pelo artigo 6 'bis' da citada Convenção, ou com relação aos direitos dela derivados" (Artigo 9.1 do Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights).

Verifica-se, assim, a resistência dos Estados Unidos para reconhecer os direitos morais de autor, adotando o sistema *Copyright*, o qual, como exposto, busca tutelar apenas os aspectos patrimoniais e comerciais da autoria, com a primazia da liberdade de contratação. Sobre o assunto, têm-se como exemplo as obras *work-for-hire*, sobre as quais, conforme Standler[490], os direitos morais do autor não devem incidir sobre as obras, pois poderiam interferir na negociação realizada entre o proprietário dos direitos autorais e o criador da obra que foi pago para elaborá-la.

---

486 MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor**: repersonalizando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. Disponível em: http://www.rodrigomoraes.adv.br/arquivos/downloads/Os_Direitos_Morais_do_Autor___Rodrigo_Moraes.pdf. Acesso em: 10 dez. 2018.

487 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção internacional do direito de autor e o embate entre os sistemas do copyright e do droit d'auteur. **Revista Videre**, v. 3, n. 5, p. 107-128, 2011. Disponível em: http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/download/971/770. Acesso em: 10 dez. 2018.

488 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção internacional do direito de autor e o embate entre os sistemas do copyright e do droit d'auteur. **Revista Videre**, v. 3, n. 5, p. 107-128, 2011. Disponível em: http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/download/971/770. Acesso em: 10 dez. 2018.

489 BASSO, Maristela. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 196-197.

490 STANDLER, Ronald B. **Moral rights of authors in the USA**. Abril. 2012. Disponível em: http://www.rbs2.com/moral.pdf. Acesso em: 07 dez. 2018.

A expressão *work-for-hire* utilizada por Standler[491] é definida pela *Copyright Act* como uma obra desenvolvida por um empregado no âmbito de seu trabalho, ou uma criação encomendada para ser usada como contribuição a trabalhos coletivos, dentre outras situações específicas, previstas pelo respectivo diploma legal:

> § 201 · Ownership of copyright1 […] (b) Works Made for Hire.—In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all of the rights comprised in the copyright.

Diante disso, surge a necessidade de investigar o tratamento despendido pelo Direito americano em relação ao escritor fantasma, uma vez que este também é uma espécie de autor que dispõe o exercício de seus direitos morais.

Apesar de Jankowska[492] esboçar críticas em relação à possibilidade jurídica de um autor realizar trabalho como escritor fantasma, o ordenamento jurídico americano trata a profissão como lícita, viabilizando sua execução. Nesse sentido, nota-se que a formalização do vínculo entre o escritor fantasma e seu cliente é pautada em relações contratuais.

Por certo, o Direito americano propicia que as pessoas tenham ampla liberdade para construir negócios contratuais, fazendo com que suas vontades prevaleçam nas pactuações. Dessa forma, tendo em vista a priorização do elemento econômico dos direitos autorais nos Estados Unidos, se os contratantes estipulam a renúncia do aspecto moral desses direitos, essa vontade é respeitada, em razão da presunção de que os envolvidos negociam apenas o que lhes é benéfico.

O princípio da boa-fé é levado a sério pelos americanos em decorrência de questões eminentemente culturais, assim os contratantes costumeiramente estão dispostos a serem leais, transparentes e a cooperarem entre si para o êxito do contrato. Por esse viés, Timm[493] explica que nos Estados Unidos a autonomia da vontade dos contratantes é valor quase absoluto, sendo o direito contratual meramente supletivo ao contratado, sem a possibilidade

---

491 STANDLER, Ronald B. **Moral rights of authors in the USA**. Abril. 2012. Disponível em: http://www.rbs2.com/moral.pdf. Acesso em: 7 dez. 2018.

492 JANKOWSKA, Marlena. On the implications of the unalienability of the right of authorship for ghostwriting contracts. **Review of Comparative Law**, v. 18, p. 77-92, 2013. Disponível em: http://www.kul.pl/files/35/public/77-92_pdf.pdf. Acesso em: 7 dez. 2018.

493 TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, v. 871, p. 11-35, maio 2008.

de antepor a lei sobre a vontade dos contratantes, salvo pouquíssimas exceções descritas pelo autor que não dizem respeito ao objetivo deste trabalho.

Como exposto, Standler[494] defende que não é necessário o reconhecimento de direitos morais para autores que desenvolvem obras *work-for-hire.* As hipóteses que a *Copyright Act* aponta para estes autores coincidem, por vezes, com a figura do escritor fantasma. Assim, um empregado que desenvolve determinada obra no âmbito de seu trabalho e não tem sua autoria sobre aquela reconhecida, por exemplo, desenvolve *work-for-hire*, bem como se enquadra como escritor fantasma.

Sobre o assunto, Accioly[495] defende que existe uma tendência atual de enfraquecimento do sistema *Droit D'auteur* para o crescimento do *Copyright*. Explica que a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) apresenta essa tendência, a qual tem por consequência a possibilidade de disposição dos direitos morais de autor reconhecidos no sistema *Droit D'auteur*, permitindo o "comércio na esfera da autoria", termo utilizado pela autora para se referir à contratação de escritor fantasma.

3 Possibilidade de aplicação das normas do Sistema Copyright ao direito brasileiro

A expressão escritor fantasma é uma tradução literal do termo *ghostwriter*, originário dos Estados Unidos, de acordo com Lara e Zamboni[496]. Entretanto, como já destacado neste trabalho, o ordenamento jurídico americano difere do brasileiro, pois prioriza o viés econômico da criação autoral. Isso evidencia, em um primeiro momento, que a semelhança entre ambos os sistemas normativos no que refere à mencionada figura concentra-se apenas em sua denominação.

Helena Braga Avancini[497] destaca as árduas críticas de José Oliveira Ascensão acerca da postura do sistema *Copyright*, uma vez que o compreende como facilitador da instrumentalização da obra autoral, o qual visa garantir o investimento na indústria cultural e

494 STANDLER, Ronald B. **Moral rights of authors in the USA**. Abril. 2012. Disponível em: http://www.rbs2.com/moral.pdf. Acesso em: 7 dez. 2018.

495 ACCIOLY, Maria Inês. Comércio de autoria: um sintoma da cultura pós-moderna. **Revista Resgate**, v. 10, n. 1, p. 27-40, 2002. Disponível em: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/inXdex.php/resgate/article/view/8645583/12884. Acesso em: 10 dez. 2018.

496 LARA, Paula Maria Tecles; ZAMBONI, Sabrina Alves. Ghost Writer: Autonomia Privada e a Possibilidade Jurídica da Renúncia aos Direitos Morais de Autor. *In*: BARROS, Carla Eugenia Caldas; ASSAFIM, João Marcelo de Lima; LIMA, Renata Albuquerque (org.). **Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 153-180.

497 AVANCINI, Helena Braga. Direito autoral e dignidade da pessoa humana: a compatibilização com os princípios da ordem econômica. *In*: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45-75.

pouco se preocupa com a figura do criador. Já o sistema *Droit D'auteur*, no qual o direito brasileiro inspirou a criação da Lei nº 9.610, de 1998; por sua vez, prioriza a figura do autor ante a comercialização da obra. A mencionada autora esclarece que o objetivo das normas francesas é estimular a produção autoral, uma vez que, reconhecido, o criador se sentirá protegido para apresentar novos trabalhos ao público. Observa-se que a disposição do artigo 27 da Lei de Direitos Autorais reforça esse raciocínio.

Tanto o sistema *Copyright* quanto o sistema brasileiro, pautado no *Droit D'auteur* pertencem a visões constitucionais distintas, integrantes de sociedades com diferentes culturas, filosofias e mercados. Assim, a ideia da legislação, conforme pondera Foljanty[498], representa a unidade de seu povo e deve ser interpretada como tal. Tepedino[499] reforça que "ao intérprete, independentemente de sua boa intenção em favor de certos direitos fundamentais, não é dado julgar conforme sua consciência, encontrando-se vinculado à ordem jurídica como um todo". Portanto, há um liame estreito entre a aplicabilidade da legislação infraconstitucional e a adequação da regra à integralidade do ordenamento jurídico. Nesse sentido, deve haver ponderação do intérprete.

Do exposto, denota-se que o sistema brasileiro, pautado no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, afasta-se da sistemática proposta pelo *Copyright* e que, diante de uma análise do ordenamento jurídico brasileiro em sua completude, não há possibilidade de o direito de disposição patrimonial da obra prevalecer sobre o direito moral do autor. Tornar a filosofia das regras do direito americano concreta no direito brasileiro, além do aspecto contrário à legislação infraconstitucional, fere o princípio regente do ordenamento jurídico pátrio. Desse modo, o art. 27 da Lei de Direitos Autorais e o art. 11 do Código Civil devem ter ampla aplicabilidade nos casos envolvendo escritores fantasmas, priorizando sempre a identidade moral do autor.

Claro, há exceções em situações jurídicas concretas em que o autor, conhecendo todos os riscos da relação, os assume e realiza negócio jurídico para a venda de sua autoria. Nessas circunstâncias, inviável o reconhecimento da autoria para o ganho financeiro decorrente dos lucros advindos da obra, por caracterizar *venire contra factum proprium*;

---

498 FOLJANTY, Lena. Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: on the Consequences of a Metaphor. **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series**, p. 01-18, out. 2015. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2682465. Acesso em: 30 dez. 2018.

499 TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem a Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Forum, 2016. p.17-38.

porém, plenamente possível o reconhecimento da autoria sem nenhum benefício financeiro resultante dos direitos autorais percebidos após a formalização do contrato, cabendo possibilidade de indenização por eventuais danos sofridos pelo contratante em razão do reconhecimento da autoria do contratado, a partir de interpretação sistemática dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

Considerações finais

A conexão do autor com sua obra se dá por meio da autoria. É esse instituto que proporciona ao criador originário a incidência de direitos patrimoniais e direitos morais de autor, os quais surgem a partir do momento em que a criação se torna fática e concreta, independentemente de qualquer registro.

Os direitos morais de autor, exercício do princípio da dignidade da pessoa humana, são direitos personalíssimos e, portanto, inalienáveis e irrenunciáveis. Diferentemente dos direitos patrimoniais de autor que se referem à exploração econômica da obra.

Nesse raciocínio, denota-se que a função do escritor fantasma não é disciplinada no direito brasileiro e que a interpretação acerca do seu exercício deve se dar em harmonia com a organicidade do ordenamento jurídico pátrio, por meio da ponderação do intérprete. Diante dessa reflexão, compreende-se que as regras do sistema *Copyright* do direito americano são inaplicáveis ao direito brasileiro, pois valorizam a liberdade de contratar, e a *Copyright Act of 1976* tutela a obra intelectual, e não a pessoa do criador. Portanto, as unidades sistêmicas dos ordenamentos apontam em direções opostas, uma valorizando o aspecto moral e a outra o fator patrimonial, afastando, assim, qualquer aplicação do *Copyright* ao direito brasileiro.

Do exposto, conclui-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, não há possibilidade de o direito de disposição patrimonial da obra prevalecer sobre o direito moral do autor, devendo ser priorizada, sempre, a identidade do autor. Contudo, em circunstâncias que a prestação de serviços do escritor fantasma tenha sido celebrada em instrumento contratual, o autor possui a faculdade de obter o reconhecimento à autoria da obra, mas não poderá obter os lucros advindos da comercialização desta, por configurar *venire contra factum proprium*. Nesse sentido, ao contratante haverá a possibilidade de ser indenizado por quaisquer danos causados à pactuação advindos do reconhecimento da autoria do escritor fantasma.

Referências

ACCIOLY, Maria Inês. Comércio de autoria: um sintoma da cultura pós-moderna. **Revista Resgate**, v. 10, n. 1, p. 27-40, 2002. Disponível em: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/resgate/article/view/8645583/12884. Acesso em: 10 dez. 2018.

AVANCINI, Helena Braga. Direito autoral e dignidade da pessoa humana: a compatibilização com os princípios da ordem econômica. *In*: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45-75.

BASSO, Maristela. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 6. ed. São Paulo: Forense, 2015. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-6539-6/epubcfi/6/44[;vnd.vst.idref=ch10]!/4/58/2@0:100. Acesso em: 13 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 13 dez. 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. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 8 dez. 2019.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. São Paulo: FTD, 1998.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Reconfiguração do direito de autor: do civilismo aos direitos culturais. **Revista de Mídia e Entretenimento do IASP**, São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, ano 1, v. 2, n. 2, p. 33-53, jul./dez. 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf. Acesso em: 12 dez. 2018.

FOLJANTY, Lena. Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: on the Consequences of a Metaphor. **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series**, p. 01-18, out. 2015. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2682465. Acesso em: 30 dez. 2018.

JANKOWSKA, Marlena. On the implications of the unalienability of the right of authorship for ghostwriting contracts. **Review of Comparative Law**, v. 18, p. 77-92, 2013. Disponível em: http://www.kul.pl/files/35/public/77-92_pdf.pdf. Acesso em: 7 dez. 2018.

LARA, Paula Maria Tecles; ZAMBONI, Sabrina Alves. Ghost Writer: Autonomia Privada e a Possibilidade Jurídica da Renúncia aos Direitos Morais de Autor. *In*: BARROS, Carla Eugenia

Caldas; ASSAFIM, João Marcelo de Lima; LIMA, Renata Albuquerque (org.). **Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 153-180.

MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor**: repersonalizando o direito autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Disponível em: http://www.rodrigomoraes.adv.br/arquivos/downloads/Os_Direitos_Morais_do_Autor___Rodrigo_Moraes.pdf. Acesso em: 10 dez. 2018.

SANTOS, Manuella. **Direito autoral na era digital**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STANDLER, Ronald B. **Moral rights of authors in the USA**. 2012. Disponível em: http://www.rbs2.com/moral.pdf. Acesso em: 7 dez. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem a Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Forum, 2016. p. 17-38.

TIMM, Luciano Benetti. Common law e contractlaw: uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11-35, maio 2008.

UNESCO. **Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas**, 1886. Disponível em: http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_conv_berna_09_09_1886_por_orof.pdf. Acesso em: 9 dez. 2018.

UNESCO. **Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais**. 2005. Disponível em: unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224por.pdf. Acesso em: 4 dez. 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. **Copyright law of the United States and related laws contained in title 17 of the United States Code**. Disponível em: https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf. Acesso em: 7 dez. 2018.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção internacional do direito de autor e o embate entre os sistemas do copyright e do droit d'auteur. **Revista Videre**, v. 3, n. 5, p. 107-128, 2011. Disponível em: http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/download/971/770. Acesso em: 10 dez. 2018.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. São Paulo: Saraiva, 2015.

Note a margine della sentenza della Corte Costituzionale 24 maggio 2018, n. 106 (in tema di diritto all'abitazione)*

Some considerations about the constitutional court sentence of 24 may 2018, n.106 (concerning the right to housing)

Anna Ciammariconi

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

* Il presente contributo costituisce la versione scrittadella relazione presentata alla XIII edizione del Seminario Internazionale del **Diálogo Ambiental Constitucional e Internacional**, svoltosi presso l'Università di Teramo, nei giorni 11 e 12 ottobre 2018.

Sommario: L'articolo si incentra sul tema del diritto all'abitazione e si appunta, in particolare, sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. Tra le pronunce più recenti, spicca la sentenza della Corte costituzionale, n. 106 del 2018, decisione nella quale possono cogliersi le diverse dimensioni del diritto in questione. Quest'ultimo, infatti, oltre a configurarsi quale diritto sociale autonomo ovvero alla stregua di diritto fondamentale desumibile dall'art. 2 Cost., può essere analizzato tanto dalla prospettiva del riparto di competenze legislative tra diversi livelli di governo (ex art. 117 Cost.) quanto da quella relativa al tema della residenza pubblica dei cittadini extracomunitari.

Parole chiave: Diritto all'abitazione.Corte costituzionale 106/2018.Diritto fondamentale all'abitazione.Diritto sociale all'abitazione.Alloggi residenziali pubblici.

Abstract: The present paper focuses on the issue of the right to housing, examining the development of the constitutional jurisprudence. Among the most recent judgement, the Constitutional Court sentence n. 106 of 2018 – where it appears cleat that the analysed right can be understood through different aspects – seems to be rather significant. Indeed, the right to housing appears as an autonomous social right – in the same manner as the fundamental right which is assumed from art. 2 Constitution, but it can also be analysed from both the perspective of competence distribution among the different government levels and the one concerning the issue of public residential accommodation relating to non-EU immigrants.

Keywords: Right to housing. Constitutional Court, 106/2018.Fundamental right to housing. Social right to housing.Public residential accommodation.

1 La tutela costituzionale dell'abitazione: quadro generale

Alla centralità del tema del diritto all'abitazione in un contesto economico e sociale in cui è forte la persistenza della c.d. emergenza abitativa fa da contraltare il silenzio della Carta costituzionale, nella quale non si ha un riconoscimento esplicito del diritto all'abitazione. Tracce dell'istituto in analisi possono individuarsi nell'art. 47, c. 1 Cost.[1] che, tuttavia, contempla come oggetto di tutela la proprietà, nelle forme del risparmio e del credito; il medesimo articolo stabilisce, al secondo comma, che la Repubblica favorisce l'accesso del risparmio popolare — oltre alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese – alla proprietà dell'abitazione. Dunque, il bene giuridico tutelato dalla Costituzione è il risparmio – che può

[1] La parzialità della disciplina costituzionale in merito al diritto all'abitazione è stata più volte sottolineata dalla dottrina, rilevando come la mancata definizione delle caratteristiche del diritto in analisi si accompagni al silenzio circa le modalità attraverso cui dare soddisfazione alle esigenze derivanti dal bisogno di abitazione, così come circa la possibilità di ammettere forme di acquisizione della proprietà poste al di fuori del circuito del mercato. Si veda sul punto F. Pallante, Gli stranieri e il diritto all'abitazione, inCrisi e conflitti dell'Unione europea: una prospettiva costituzionale, in **Costituzionalismi.it**, fasc. 6, 2016.

essere protetto anche attraverso l'acquisto dell'abitazione – e non il diritto ad una abitazione adeguata[2].

Il contenuto del diritto all'abitazione, invero, viene innanzitutto ricavato dall'esame complessivo delle norme costituzionali[3] (prima ancora quale diritto sociale autonomo) come presupposto per l'esercizio di diritti fondamentali di libertà (eguaglianza sostanziale, libertà di domicilio, diritti della famiglia, diritto alla salute, diritto al lavoro)[4], ed è ormai pacifico che tanto la giurisprudenza quanto la dottrina riconoscano la possibilità di ricostruire l'esistenza del diritto all'abitazione dal combinato disposto di alcune disposizioni costituzionali, con particolare riferimento agli artt. 2 e 3 Cost. In tal senso, eloquenti sono le considerazioni di T. Martines, il quale ritiene che «l'abitazione costituisce punto di riferimento di un complesso sistema di garanzie costituzionali, e si specifica quale componente essenziale (oltre che presupposto logico) di una serie di valori strettamente legati a quel pieno sviluppo della persona umana che la Costituzione pone a base della democrazia sostanziale»[5].

Nel percorso di affermazione del diritto sociale all'abitazione è indubbio l'apporto fondamentale dato dalla giurisprudenza costituzionale: come è stato opportunamente rilevato, sebbene la dottrina abbia riconosciuto l'esistenza del diritto all'abitazione come "diritto sociale autonomo", esso risulta tuttora connotato da "*grandi incertezze*"[6], il cui contenuto è stato specificato dagli interventi del giudice delle leggi, in un'ottica di bilanciamento con altri diritti e interessi pubblici.

---

[2] Parte della dottrina ritiene che dall'art. 47 Cost. non si possa ricavare l'affermazione dell'esistenza del diritto all'abitazione D. Sorace, A proposito di "proprietà dell'abitazione", "diritto all'abitazione" e "proprietà (civilistica) della casa", in AA.VV., **Scritti in onore di Costantino Mortati**, III, Milano, 1977. p. 1035 ss.

[3] Secondo altra parte della dottrina l'art. 47, c. 2, Cost. isolatamente valutato non fa riferimento al diritto all'abitazione; quest'ultimo può essere ricavato dalle norme costituzionali complessivamente intese: U. Breccia, **Il diritto all'abitazione**, Milano, 1980. p. 30 ss. In proposito, M. Ciocia, **Il diritto all'abitazione tra interessi privati e valori costituzionali**, Napoli, 2009. p. 43, ritiene che «a mezzo dell'art. 47 l'abitazione si erige a diritto soggettivo pubblico, rappresentando un elemento sostanziale alla formazione e sviluppo della persona umana». Si veda, inoltre, U. Breccia, *Itinerari del diritto all'abitazione*, in A. Bucelli (a cura di), **L'esigenza abitativa**. Forme di fruizione e tutele giuridiche, Padova, 2013. p. 123 ss.

[4] Al riguardo, si vedano: A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), **Commentario della Costituzione**, Bologna-Roma, 1975. p. 107, il quale ritiene che il «diritto all'abitazione … sembra timidamente emergere sotto la spinta delle lotte sociali di questi ultimi anni»); G. Berti, Nota introduttiva, in **La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive**, Milano, I, 1986, p. 5 ss. e Id., **Aspetti costituzionali**, *ivi*, IV, 1987, p. 7, il quale, pur negando che sia individuabile un diritto soggettivo all'abitazione, afferma, tuttavia, che l'abitazione «è protetta dalla Costituzione». In particolare, sul diritto all'abitazione quale bene indispensabile o essenziale per avere una vita libera e dignitosa e se è oggetto di una pretesa costituzionalmente garantita, A. Giorgis, Il diritto costituzionale all'abitazione. I presupposti per una immediata applicazione giurisprudenziale, in **Questione giustizia**, n. 6/2007. p. 1129 ss.; T. Martines, **Il diritto alla casa**, in N. Lipari (a cura di), **Tecniche giuridiche e tutela della persona**, Roma-Bari, 1974. p. 391 ss., ora in *Opere*, IV, **Libertà ed altri temi**, Milano, 2000. p. 13. Sul tema si veda anche G. Gilardi, Abitare: un diritto, non una semplice aspettativa, in **Questione giustizia**, n. 1/2008.p. 111 ss.

[5] T. Martines, Il "diritto alla casa", in N. Lipari (a cura di), **Tecniche giuridiche e sviluppo della persona**, Roma-Bari, 1974.

[6] F. Modugno, **I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale**, Torino, 1995, p. 58.

In contrapposizione con gli arresti giurisprudenziali (seppure con i limiti sopra detti con riguardo all'ultima pronuncia della Corte costituzionale) e le conclusioni cui è giunta la dottrina in materia di diritto all'abitazione, l'attività legislativa risulta connotata da un processo di progressiva svalutazione dello stesso[7].

Il legislatore è intervenuto a disciplinare il diritto all'abitazione muovendosi principalmente lungo due direttrici, miranti rispettivamente all'incremento del numero delle abitazioni disponibili e alla garanzia di una maggiore tutela della parte debole nei rapporti contrattuali tra privati.

Avviato a partire dal 1949 con il piano Ina-casa, il percorso tracciato dal legislatore nazionale procede verso un graduale abbandono dell'impegno pubblico in materia di edilizia residenziale pubblica[8], con il graduale trasferimento di competenze alle Regioni, e provocando, contemporaneamente, un graduale «collasso del sistema»[9].

Volgendo l'attenzione alla seconda direttrice seguita dal legislatore, appare opportuno richiamare in questa sede gli interventi normativi riguardanti l'introduzione dell'equo canone con la legge n. 392 del 1978 (poi venuto meno nel 1998), che stabiliva un canone prefissato dalla legge tenendo conto delle caratteristiche dell'immobile locato, nonché quelli inerenti al c.d. blocco degli sfratti.

Come anticipato, la materia dell'edilizia popolare pubblica ha visto il progressivo abbandono da parte degli interventi normativi statali e il subentro delle Regioni che, soprattutto a seguito della riforma del Titolo V, hanno acquisito un ruolo sempre più incisivo nella definizione delle politiche abitative.

Proprio il caso esaminato dalla pronuncia della Consulta è indice, tuttavia, dello sviluppo di una tendenziale produzione legislativa regionale che impone prerequisiti per l'accesso all'esercizio del diritto stesso, quali la prolungata permanenza o addirittura lo svolgimento di un'attività lavorativa[10].

---

7 F. Pallante, Il problema costituzionale dell'attuazione dei diritti sociali (con particolare riguardo al diritto all'abitazione), in **Questionegiustizia**.*it*, 2018.

8 Nella ricostruzione del quadro normativo inerente all'edilizia residenziale pubblica, non si possonononmenzionare, tra gli altri, il piano Gescal-Gestione Case per i lavoratori (legge n. 60 del 1963); la legge n. 865 del 1971, che attua una razionalizzazione degli Istituti Autonomi Case Popolari (Iacp), istituendo contestualmente il Comitato edilizia residenziale; la legge n. 457 del 1978 sul piano decennale per l'edilizia residenziale, e la legge n. 179 del 1992 per gli interventi di recupero del patrimonio esistente, fino ad arrivare alle riforme federaliste di fine secolo scorso, compresa la revisione del Titolo V Cost.

9 Tale «collasso» muove dalla drastica contrazione delle risorse destinate all'attuazione del diritto all'abitazione: se negli anni Cinquanta le risorse destinate alle politiche abitative erano pari al 26% degli investimenti pubblici totali, oggi rappresentano solo lo 0,09% delle risorse stanziate per il sistema di*welfare* italiano, contro il 2,62% della Francia o il 2,05% della Germania.

10 In particolare, F. Pallante, **Gli stranieri e il diritto all'abitazione**, cit., p. 151, afferma che le leggi regionali in materia possono essere raggruppate nelle seguenti categorie: a) leggi che si limitano a riprodurre i

Una risposta alle pressanti esigenze abitative è da taluni individuata nel "*social housing*", inteso come «insieme di politiche dagli aspetti particolarmente innovativi»[11], che si realizza attraverso nuovi modelli di *governance* tra sfere pubblica e privata, e la realizzazione di politiche abitative ispirate a modelli di inclusione e sostenibilità[12].A tale riguardo, l'esperienza italiana appare, tuttavia, ancora acerba: il Piano Casa 2 (d.l. n. 112/2008) fa riferimento a programmi di integrazione sociale attraverso la politica abitativa; si tratta, invero, di un intervento che meglio si inquadra nei progetti di edilizia residenziale sociale, in quanto non prende adeguatamente in considerazione la promozione della coesione sociale, che – secondo l'UE – deve essere perseguita coniugando le esigenze abitative con i bisogni di determinate categorie di persone.

2 L'evoluzione giurisprudenziale: cenni

Seguendo il percorso giurisprudenziale tracciato dalla Corte costituzionale nel delineare la natura e il contenuto del diritto all'abitazione, emerge un iniziale atteggiamento di chiusura da parte del giudice delle leggi[13], che si trova a negare la configurabilità del diritto all'abitazione, anche quale posizione soggettiva strumentale alla realizzazione dei diritti fondamentali, considerandolo solo come un bene primario, degno di tutela legislativa.

---

requisiti previsti dalla legislazione statale (Liguria, Marche e Puglia); b) leggi che ai requisiti previsti dalla legislazione statale aggiungono lo svolgimento di attività lavorativa (Basilicata, Campania, Lazio, Provincia di Trento, Veneto); c) leggi che ai requisiti previsti dalla legislazione statale aggiungono la residenza o lo svolgimento di attività lavorativa pluriennale (Provincia di Bolzano, Emilia Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Lombardia, Piemonte, Sardegna, Toscana, Umbria, Valle d'Aosta); d) leggi che richiedono la condizione di reciprocità con lo Stato di provenienza dello straniero (Abruzzo, Calabria, Molise). In senso adesivo, cfr. A. Ciervo,**Il diritto all'abitazione dei migranti**, in L. Ronchetti (a cura di), **I diritti di cittadinanza dei migranti**: il ruolo delle Regioni, Milano, 2012, p. 286 ss., P. Vipiana, La tutela del diritto all'abitazione a livello regionale, in **Federalismi.it**, n. 10, 2014, M. Meo, Il diritto all'abitazione degli stranieri quale presupposto per un'effettiva integrazione, in **Costituzionalismo.it**. p. 426-436. G. Marchetti, La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni nella prospettiva del Pilastro europeo dei diritti sociali, 2018, in **Federalismi.it**, evidenzia, invece, che talune Regioni hanno introdotto misure legislative «maggiormente innovative rispetto a quelle statali, cercando di far fronte in maniera più adeguata ai cambiamenti territoriali, sociali ed economici […]» muovendosi nella «direzione di garantire il diritto alla casa» (p. 202 ss.).

[11] G. Marchetti, **La tutela del diritto all'abitazione tra Europa, Stato e Regioni nella prospettiva del Pilastro europeo dei diritti sociali**, cit., p. 206.

[12] La sessione plenaria del Parlamento europeo, ad esempio, l'11 giugno 2013, ha approvato la relazione sul *social housing*, nella quale si riconduce il diritto sociale ad un'abitazione qualitativamente degna della propria funzione e si evidenzia la centralità del diritto alla casa al fine di raggiungere gli obiettivi di coesione e giustizia sociale.

[13] Corte cost., sent. n. 252/1983: «l'abitazione costituisce, per la sua fondamentale importanza nella vita dell'individuo, un bene primario il quale deve essere adeguatamente e concretamente tutelato dalla legge»; la Corte, tuttavia, non considera il diritto all'abitazione «come l'indispensabile presupposto dei diritti inviolabili» previsti dall'art. 2 Cost.

La Consulta ha successivamente mutato il proprio indirizzo, riconoscendo l'esistenza del diritto all'abitazione quale "diritto sociale fondamentale"[14] e, in una prospettiva più generale, quale diritto fondamentale desumibile indirettamente dall'art. 2 Cost.[15].

È poi con la sentenza n. 404/1988 che la Corte, nel confermare la duplice dimensione del diritto all'abitazione poc'anzi richiamata, ribadisce il dovere «da parte della collettività intera impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione» (posizione già sostenuta in Corte cost., sent. n. 49/1987). In altri e più diretti termini, i giudici evidenziano come tra i «compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso», al fine di «creare le condizioni minime di uno Stato sociale», rientri quello di «concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale, quale quello all'abitazione», così contribuendo «a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana».

Si tratta indubbiamente di una decisiva inversione di rotta, che trova la sua ragione, oltre che nella mutata sensibilità della Corte, anche nella spinta proveniente dagli interventi normativi di diritto positivo a livello internazionale e sovranazionale. Di fatti, è la stessa Corte a richiamare nella propria pronuncia gli artt. 25 e 11 rispettivamente della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 e del *Patto internazionale dei diritti economici, sociale e culturali* del 1966, anche se il novero degli strumenti forniti dal diritto internazionale e sovranazionale va ben oltre le due convenzioni appena ricordate[16].

Seguendo il percorso tracciato dal diritto internazionale pattizio, dunque, la giurisprudenza della Corte costituzionale fa propria una visione più ampia del diritto all'abitazione, inteso quale aspettativa – di cui sarebbero titolari tutti gli esseri umani – a condurre un'esistenza realmente dignitosa; una visione nella quale l'avere una "casa" assurge a strumento particolarmente idoneo a combattere l'emarginazione sociale e la povertà.

A tali fonti, si aggiungono quelle di matrice europea secondo cui il diritto all'abitazione costituisce un elemento di contrasto a forme di discriminazione e disparità sociale nonché di tutela delle fasce deboli della popolazione e di realizzazione di forme di

---

14 Corte cost., sent. n. 217/1988, sulla quale si vedano gli approfondimenti di G.F. Ferrari, "Diritto alla casa"e interesse nazionale, in **Giur. cost**., n. 2/1988. p. 833 ss.

15 Corte cost., n. 404/1988. Il diritto all'abitazione è successivamente richiamato dalla Corte in diverse decisioni, tra le quali le sentenze nn. 166/2008 e 209/2009. Per approfondimenti, cfr. S. Scagliarini, Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale, in **Rivista Gruppo di Pisa**, n. 1/2012, p. 1 ss.

16 Appare opportuno, al fine di una maggior completezza espositiva, richiamare anche la Convenzione internazionale per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965 (art. 5), la Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donnedel 1979 (art. 14), la Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo del 1989 (art. 27) e, nell'ambito del Consiglio d'Europa, la Carta sociale europea del 1961 e 1996 (artt. 30 e 31).

coesione territoriale e sociale[17]. Indicative sono in tal senso le direttive in materia di divieto di discriminazione che menzionano anche il diritto di accesso a un alloggio: si pensi, ad esempio, alla direttiva 2000/43/CE[18], che stabilisce il divieto di discriminazione «nell'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura, incluso l'alloggio». In senso analogo, rileva la direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e prevede che siano forniti loro alloggi o altra eventuale sistemazione temporanea. Non mancano, inoltre, strumenti di *soft law* o anche raccomandazioni e comunicazioni della Commissione, in cui si esortano gli Stati membri ad adottare politiche di sostegno all'alloggio, al fine di garantire una maggiore coesione sociale[19].

Anche sul versante della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di affermare l'intangibilità del diritto all'abitazione[20], riconoscendo lo stesso – nel solco di una tendenza ad estendere, in via interpretativa, il contenuto dei diritti in una prospettiva anche sociale – in diverse occasioni; tale orientamento ha fatto leva, in particolare, su un'interpretazione estensiva degli artt. 7 e 8 CEDU che garantiscono la tutela della vita privata e familiare e del domicilio.

Ad ogni buon conto, la giurisprudenza della Corte costituzionale, al pari di quella della Corte di Strasburgo, non è ancora giunta ad affermare un obbligo positivo di fornire un'abitazione per coloro che non ne dispongono o che si trovano in condizioni di disagio economico e/o sociale, e non ha enucleato un contenuto minimo del diritto in discorso, che

---

17 Art. 3 TUE; l'art. 153, par. 1, lett. J, TFUE sancisce, al fine di conseguire gli obiettivi di politica sociale nelle materie di competenza concorrente, che l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri nella lotta contro l'esclusione sociale e prevede (art. 153, par. 2) che si possono adottare misure destinate a incoraggiare la cooperazione tra Stati membri attraverso iniziative volte a migliorare la conoscenza, a sviluppare gli scambi di informazioni e di migliori prassi, a promuovere approcci innovativi e a valutare le esperienze fatte, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

18 In particolare, art. 3, c. 1, lett. H).

19 La raccomandazione 2008/867/CE della Commissione, relativa all'inclusione attiva delle persone escluse dal mercato del lavoro, stabilisce che gli Stati membri dovrebbero fornire servizi di qualità essenziali per sostenere le politiche di inclusione sociale ed economica attiva, quali il sostegno all'alloggio e all'alloggio sociale. La raccomandazione 2013/112/UE della Commissione, dal titolo «Investire nell'infanzia per spezzare il circolo vizioso dello svantaggio sociale», nel considerare le condizioni di vita dei bambini poveri, fa riferimento alla problematica dell'abitazione. La Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni («Quadro dell'UE per le strategie nazionali di integrazione dei Rom fino al 2020») riconosce l'accesso a un alloggio come condizione essenziale per l'inclusione delle popolazioni Rom svantaggiate.

20 Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. C-34/13; nel caso di specie, la perdita dell'abitazione familiare non è solamente idonea a violare gravemente il diritto dei consumatori, ma pone «i familiari del consumatore interessato in una situazione particolarmente delicata».

rimane, di conseguenza, strettamente connesso alle disponibilità finanziarie dello Stato: si tratta, cioè, di un diritto "condizionato"[21] da fattori connessi alle risorse disponibili.

3 La sentenza della Corte Costituzionale 24 maggio 2018, n. 106

La decisione che dà il titolo a queste brevi riflessioni – benché sia piuttosto sintetica e priva di argomentazioni dettagliate – consente di cogliere come la materia del diritto all'abitazione possa essere osservatada diverseangolazioni: oltre a rilevare quale diritto sociale autonomo ovvero diritto fondamentale, essa investe anche il tema delle politiche pubbliche in tema di assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale (ad esempio nei confronti di stranieri o soggiornanti di lungo periodo) nonché la questione del riparto di competenze legislative tra enti territoriali diversi. In proposito, il venir meno di un riferimento esplicito all'edilizia residenziale pubblica nei commi 2 e 3 dell'art. 117 Cost. sembrerebbe suffragare la tesi della potestà residuale delle Regioni a proposito di detta materia (art. 117, c. 4 Cost.).Al riguardo, la Consultaha ripetutamente affermato come l'argomento in parola non potesse ricondursi esclusivamente ad un unico ambito di competenza legislativa ma intercettasse varie dimensioni: più specificatamente, esso atteneva ora alla tematica «propriamente urbanistica» ora alla programmazione e realizzazione dei c.d. lavori pubblici ora, infine, alla gestione del servizio della casa (disciplina delle assegnazioni degli alloggi, in locazione o in proprietà, etc.)[22]. Con la riforma del Titolo V e il conseguente mutamento della sistematica costituzionale sul riparto delle competenze legislative tra Stato e Regione, la materia dell'edilizia residenziale pubblica si estende su tre livelli normativi (Corte cost., sent. n. 94/2007). Il primo, quello esclusivo statale, riguarda la determinazione dell'offerta minima di alloggi destinati a soddisfare le esigenze dei ceti meno abbienti (*ex* art. 117, c. 2, lett. m); il secondo, quello relativo alla competenza concorrente, concerne la programmazione degli insediamenti di edilizia residenziale pubblica e ricade, quindi, nel "governo del territorio" (art. 117, c. 3 Cost.); infine, il terzo,concerne la gestione del patrimonio immobiliare di edilizia residenziale pubblica di proprietà degli istituti autonomi, case popolari o degli altri enti secondo quanto oggi previsto dalla legislazione regionale.

---

[21] Corte cost., sent. n. 252/1989, in cui il giudice delle leggi sottolinea «come ogni altro diritto sociale, anche quello all'abitazione è diritto che tende ad essere realizzato in proporzione delle risorse della collettività», e riconosce una «forte discrezionalità del legislatore»; analogamente, Corte cost., sent. n. 404/1988.

[22] La Corte sosteneva che «al di fuori della formulazione dei criteri generali da osservare nelle assegnazioni, è attribuita alle Regioni la più ampia potestà legislativa nella materia, e quindi la disciplina attinente alle assegnazioni e alle successive vicende dei relativi rapporti» (Corte cost., sent. n. 727/1988).

La decisione n. 106 del 2018 attiene alle controversie relative al riparto di competenza legislativa tra Stato e Regione chiamando in causa la complessa questione del diritto all'abitazione dei cittadini extracomunitari. Il giudice delle leggi, in particolare, è stato chiamato a dirimere il conflitto di attribuzione tra Stato e Regione Liguria, in relazione all'art. 4, c. 1, legge regionale Liguria 6 giugno 2017, n. 13, recante «Modifiche alla legge regionale 29 giugno 2004, n. 10 e alla legge regionale 3 dicembre 2007, n. 38 (Organizzazione dell'intervento regionale nel settore abitativo)», che modifica l'art. 5, c. 1, lett. a), della predetta legge regionale n. 10 del 2004, introducendo il requisito temporale della regolare residenza «da almeno dieci anni consecutivi, al fine dell'accesso all'edilizia residenziale pubblica», da parte di cittadini di Paesi extracomunitari, in luogo dei cinque anni e otto giorni (previsto dal d. lgs. n. 3 del 2007, il cui art. 1 ha sostituito l'art. 9,d. lgs. n. 286 del 1998, «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», che ha recepito gli artt. 4 e 11 dir. 2003/109/CE del Consiglio, del 25-11-2003, relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo).

Il prolungamento del periodo di residenza richiesto dalla norma regionalecostituisce per la Consulta – la cui giurisprudenza in tema di politiche abitative ha comunque riconosciuto la facoltà per le Regioni di prendere in considerazione l'aspetto del radicamento territoriale «quale condizione per l'accesso ad un bene di primaria importanza e a godimento tendenzialmente duraturo come l'abitazione» (sent. nn. 222 del 2013 e 432 del 2005; ord. n. 32 del 2008) – una misura illegittima, giacché impone a carico del cittadino extracomunitario, per poter accedere all'edilizia convenzionata, una ulteriore e irragionevole condizione, ritenuta non necessaria per assicurare un collegamento o radicamento dello stesso con il territorio regionale.

Viene a determinarsi, in tal modo, un *vulnus* nei confronti dell'art. 117, c. 1 Cost., in forza del mancato rispetto della norma contenuta nella citata direttiva europea[23], la quale si configura quale "norma interposta".

Così esprimendosi, laCorte costituzionale riconferma e ribadisce quanto precedentemente affermato (sent. n. 168/2014), allorché veniva censurata una norma della legge regionale della Valle d'Aosta[24]che imponeva un tempo di residenza di otto anni per accedere all'assegnazione dell'edilizia residenziale. Nella sentenza in questione, la Corte si

[23] Recepita con d.lgs.n. 3/2007, in modifica dell'art. 9, d. lgs. n. 286/1998.

[24] Trattasi della legge della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste 13-2-2013, n. 3, recante **Disposizioni in materia di politiche abitative**.

era pronunciata nel senso di considerare discriminatoria la norma nei confronti dei cittadini UE, i quali «pur godendo del diritto al pari trattamento rispetto ai cittadini degli Stati membri (art. 24, par. 1, dir. 2004/38/CE), avrebbero minori possibilità di soddisfare il requisito della residenza protratta per otto anni sul territorio regionale ai fini dell'accesso all'edilizia residenziale pubblica, in specie rispetto ai valdostani», sottoponendo i cittadini europei ad un obbligo ingiustificato nonché sproporzionato rispetto alla *ratio* della norma, consistente nel creare un legame tra il soggetto richiedente e l'ente competente all'erogazione.

L'irragionevolezza della misura normativa appare ancora più evidente, secondo il Collegio, in considerazione del fatto che il diritto all'abitazione costituisce un «diritto attinente alla dignità e alla vita di ogni persona e, quindi, anche dello straniero presente nel territorio dello Stato»; profilo, quest'ultimo, che avrebbe probabilmente meritato approfondimenti ulteriori.In questo senso, si avvertono le contraddizioni che investono la problematica relativa al diritto in esame, evidenziando le tensioni tra la spinta sociale e le resistenze all'affermazione del diritto stesso, quale diritto, appunto, "condizionato", specie in una fase storica particolare come la attuale, in cui la dimensione sociale dell'ordinamento è fortemente compromessa.

Nella pronuncia in esame, il giudice costituzionale interpreta il diritto all'abitazione nella sua accezione "forte"[25], inteso cioè come posizione soggettiva avente "contenuto essenziale", e come diritto ad avere a disposizione un'abitazione adeguata rispetto alle necessità, che sia «degna della propria funzione»[26] o, per usare l'espressione utilizzata dall'Alto Commissariato per i Diritti umani dell'Onu, che si configuri quale «right to adequate housing».

L'*iter* logico compiuto dalla Corte nella pronuncia in esame appare in un certo senso "mutilato", giacché, pur riconoscendo il diritto all'abitazione quale diritto della persona e non del cittadino, il giudice si arresta nelle argomentazioni circa l'illegittimità costituzionale della legge regionale. Omette di considerare, infatti, che, trattandosi di un diritto della persona «volto ad assicurare la soddisfazione dei bisogni essenziali»[27], quale conseguenza logica vi sarebbe l'irrilevanza dello *status* di cittadino/straniero e l'illegittimità della norma interposta. La disposizione censurata tace, infatti, sul riconoscimento del diritto all'abitazione anche agli stranieri, indipendentemente dalla sussistenza o meno di condizioni di stabilità della loro

---

25 In dottrina, F. Modugno, **I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale**, cit., p. 58, distingue le posizioni relative all'accesso e alla conservazione in termini, rispettivamente, di «accezione forte» e di «accezione intermedia» del diritto all'abitazione.

26 F. Bilancia, Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione, in**Istituzioni del federalismo**, 2010, p. 232.

27 L'espressione ricorre sia in F. Modugno, I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale, cit., p. 58, sia in P. Caretti, **I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali**, Torino, 2005. p. 424.

permanenza, rimettendo pertanto al legislatore il compito di definire gli interventi da mettere in atto al fine di assicurare al diritto in esame la piena ed effettiva realizzazione.

Come affermato da autorevole dottrina, «l'unico requisito che l'individuo e/o la famiglia devono possedere per godere del diritto in esame, al di là della condizione di oggettivo bisogno, è quello di essere sottoposti(anche secondo quanto prescrivono le norme costituzionali e di legge sul diritto di asilo e di immigrazione) alla sovranità dello Stato: altri aspetti, compreso lo stato legale di cittadinanza, non dovrebbero assumere alcun rilievo»[28].

Anche dal punto di visto pragmatico, appare evidente il cortocircuito logico in cui è caduto il legislatore nazionale, ponendo quale precondizione per l'accesso al diritto di abitazione la sussistenza di un collegamento stabile tra l'individuo e il territorio: «il sistema, per come è configurato nella sua ordinarietà, vanifica buona parte della portata protettiva del diritto all'abitazione, essendo evidente che la carenza di un alloggio adeguato è difficoltà che colpisce i migranti nella fase iniziale dell'emigrazione ben più che una volta che si sia stabilizzata la loro condizione»[29]. Una siffatta questione, nell'ottica pluralista[30] della Carta costituzionale, non può non sollecitare argomentazioni che investono il quadro dei diritti fondamentali, argomento questo che sembra, al contrario, volersi liquidare in modo sbrigativo.

Collocandolo nel contesto attuale, l'orientamento assunto dalla Corte costituzionale sotto tale prospettiva si delinea come assolutamente coerente con un complessivo *trend* volto alla riduzione delle politiche di *welfare*, ossia di quegli interventi tendenti ad assicurare l'effettività dei diritti sociali, anche alla luce delle problematiche legate ai vincoli di bilancio.Non è un caso che le risorse destinate agli interventi di edilizia pubblica (o sociale) siano state sempre più esigue e a ciò ha contribuito una serie di fattori quali la crisi

---

[28] A. Giorgis, **Il diritto costituzionale all'abitazione**. I presupposti per una immediata applicazione giurisprudenziale, cit., p. 1130, nt. 3. Le pronunce cui si fa riferimento nel testocitato sono principalmente le sentenze nn. 10 del 1993, n. 198 del 2000, n. 105 del 2001, n.252 del 2001, n. 222 del 2004, n. 224 del 2005, n. 432 del 2005 (anche in precedenza vi sono state decisioni in argomento: cfr., in particolare, le sentenze nn.120 del 1967 e 104 del 1969): tutte queste pronunce muovono dal dato letterale dell'art.2 Cost., che riferisce i diritti inviolabili all'uomo e non al cittadino. In generale, per unquadro sulla posizione costituzionale dello straniero cfr. V. Onida, Lo statuto costituzionale del non cittadino, in AA.VV., **Lo statuto costituzionale del non cittadino**, Atti del XXIV Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti. Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli 2010, pp. 3-23 (con i riferimenti ivi contenuti).

[29] F. Pallante, **Gli stranieri e il diritto all'abitazione**, cit.

[30] Secondo i giudici costituzionali (sent. n. 264 del 2012),compito della Corte costituzionale è proteggere la Costituzione come un insieme unitario, in modo da assicurare una tutela «sistemica e non frazionata» di tutti i diritti e i princìpi in essa presenti. Quel che, in particolare, non deve accadere – si precisanella sent. n. 85 del 2013 – è «l'illimitata espansione di uno dei princìpi, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette», ed è per questo che la «Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi».

economico-finanziaria[31]. Inoltre, la percentuale di famiglie italiane (5,3% nel 2008) che vivono in alloggi a canone ridotto rispetto a quello di mercato sono inferiori rispetto alla media europea (circa 7%). Anche la quota di alloggi di edilizia sociale pubblica (4%) è inferiore sia alla media europea (20%) sia a quella di altri Paesi (36% in Olanda e 22% in Gran Bretagna)[32].

4 Spunti di riflessione

L'analisi della sentenza citata consente di addivenire più che a una vera e propria conclusione, a una prima riflessione. Al fine di poter realmente verificare la realizzabilità delle pretese individuali,si rende necessario ricomporre l'articolato ventaglio dei bisogni materiali, secondo un assetto gerarchico delle reali esigenze.

Ciò rende opportuna la convergenza di tutti i livelli di governo, al fine di assicurare il pieno rispetto dei diritti della "persona" in quanto tale, attraverso l'adeguamento dei livelli di protezione e tutela al multiforme contesto sociale ed economico. Risulta altresì auspicabile un intervento del legislatore che vada a recidere il forte legame persistente tra i diritti – in tal caso il diritto fondamentale all'abitazione – e la nozione di cittadinanza, conformando pienamente l'ordinamento giuridico nazionale tanto al diritto internazionale quanto a quello sovranazionale, i quali prevedono che gli Stati operino – soprattutto con riguardo alle comprovate situazioni di grave bisogno – accantonando il criterio della nazionalità.

La decisione della Corte costituzionale qui presa in esame sembra muoversi in tale direzione, sulla scia della dottrina più sensibile al tema dei diritti che ritiene irragionevole l'introduzione di trattamenti differenziati per individui assoggettati all'autorità statale: seppure non siano mancate pronunce in cui la Corte ha ritenuto compatibile con il dettato costituzionale la previsione di limitazioni al godimento dei diritti per coloro che non abbiano un radicamento territoriale solido e continuativo, nel contempoha aperto al riconoscimento del diritto sociale all'abitazione quale diritto attinente alla dignità e alla vita di ogni persona e, quindi, spettante anche allo straniero presente sul territorio dello Stato. In altri e più diretti termini, senza approfondire le argomentazioni, i giudici si sono posti – seppure in un contesto che vede il discostarsi dell'attività legislativa dal solco tracciato dalla giurisprudenza – a salvaguardia dell'equo bilanciamento tra diritti fondamentali che andrebbero riconosciuti non solo ai cittadini italiani ma a tutti gli individui sottoposti all'autorità dello Stato.

---

31 In Italia la spesa pubblica per l'abitazione è agli ultimi posti: circa l'1%; mentre in Gran Bretagna si aggira intorno al 5% e in Francia al 2,9%.

32 Dati Cittalia, fondazione Anci: www.cittalia.it.

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 – *Universitá 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

UNIFOR ENSINANDO E APRENDENDO
CAPES
U&We Catalyst for Good Business
Lumen Juris Direito
SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS
Universitat Rovira i Virgili
cedat CENTRE D'ESTUDIS DE DRET AMBIENTAL DE TARRAGONA