





DIÁLOGO ACI

Diálogo Ambiental
Constitucional Internacional

RECURSOS ENERGÉTICOS E SOBERANIA

UMA PERSPECTIVA INTERDISCIPLINAR
(BRASIL, ESPANHA E ITÁLIA)

Coodernadores

Jorge Miranda

Carla Amado Gomes

Rômulo Guilherme Leitão

Organizadoras

Anna Carolina Alencar

Bleine Queiroz Caúla

Paula Santos Vieira



VOLUME

23

1ª Edição. Belo Horizonte 2024.
Copyright © 2024 by Bleine Queiroz Caúla
Copyright © 2024 by Sete Autores Editora

Todos os direitos reservados pela Sete Autores Editora e Distribuidora LTDA. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida, ou mesmo estocada em sistema de banco de dados, em qualquer forma ou meio, seja eletrônico, de fotocópia, gravação etc, sem a permissão do autor e da editora.

Coordenação editorial

Mariana Carvalho

Diagramação

Miller Britto

Revisão

Hugo Freitas

Capa

Ana Izabelle Silva Campos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação(CIP)

(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Diálogo ACI : diálogo ambiental constitucional internacional / organização Anna Carolina Alencar, Bleine Queiroz Caúla, Paula Santos Vieira ; coordenação Jorge Miranda, Carla Amado Gomes, Rômulo Guilherme Leitão. -- Belo Horizonte, MG : Sete Autores Editora e Distribuidora, 2024. -- (Diálogo ACI ; 23)

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-81480-12-7

1. Direito ambiental 2. Direito constitucional 3. Direito internacional 4. Direito comparado I. Alencar, Anna Carolina. II. Caúla, Bleine Queiroz. III. Vieira, Paula Santos. IV. Miranda, Jorge. V. Gomes, Carla Amado. VI. Leitão, Rômulo Guilherme. VII. Série.

24-225636

CDU-349.6

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito ambiental 349.6

Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415

Sete Autores Editora e Distribuidora

contato: (31) 9 9109-4070

www.editoraseteautores.com

Instagram: @editoraseteautores

e-mail: editora7autores@gmail.com

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 nas disciplinas 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). Leciona cursos de Mestrado e Pós-Graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

RÔMULO GUILHERME LEITÃO

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2013), com doutorado-sanduiche na Boston University, Massachusetts (EUA) e Pós-doutor em Ciência Política pela Boston University, Massachusetts, EUA (2014). Atualmente é coordenador e docente do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado e doutorado) da Universidade de Fortaleza, docente do Programa de Mestrado em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Fortaleza - UNIFOR e docente de Ciência Política do Curso de Direito da mesma universidade. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: regulação econômica, teoria política, controle judicial de políticas públicas e direito local. É procurador municipal, nível 20, da Prefeitura Municipal de Fortaleza. E-mail: romuloleitão@unifor.br.

ORGANIZADORAS

ANNA CAROLINA ALENCAR FURTADO LEITE

Doutoranda em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Especialista em Ouvidoria Pública pela Faculdade Verbo Educacional em parceria com a Controladoria-Geral da União - CGU. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Professora da Faculdade Republicana. Coordenadora Acadêmica da ABRADep. E-mail: annacarolinaalencarf@gmail.com

BLEINE QUEIROZ CAÚLA

Professora Assistente da Universidade de Fortaleza – Curso de Graduação em Direito. Doutora em Direito – linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável (Universitat Rovira i Virgili, Tarragona – Catalunha, Espanha), reconhecido pela Universidade de Marília – UNIMAR (2021). Líder do Grupo de Pesquisa Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional (cadastrado no CNPq e vinculado à Universidade de Fortaleza). Editora dos volumes 1 a 22 da obra Diálogo ACI. Pesquisadora do Grupo Transdisciplinar de Estudos e Pesquisas Institucionais – GTeia (Universidade Federal do Ceará). Coordenadora Acadêmica do CONCED. Mediadora e Conciliadora do CNJ. Advogada agraciada com o V Prêmio Innovare, 2008. Principais obras publicadas: Direito Constitucional Ambiental – aplicabilidade, conflitos e diálogo; 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; Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. E-mail: bleinequeiroz@yahoo.com.br. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-0033-8242>.

PAULA SANTOS VIEIRA

Mestranda em Relações Internacionais da UFABC. Advogada (OAB-SP). Consultora Legal Estrangeira (BAR-FL, EUA). Membro da Comissão de Direito Internacional da OAB/SP e da Comissão de Direito Internacional da ABA. Coordenadora da linha de pesquisa **Meio Ambiente, Economia e Revolução Verde** – Grupo de Pesquisa Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional, vinculado ao CNPq e à UNIFOR. E-mail: psvieira.adv@gmail.com.

Grupo de Pesquisa
Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional
(Cadastrado no CNPq vinculado à UNIFOR)

DIÁLOGO AMBIENTAL

Linha de Pesquisa: Meio Ambiente, Economia e Revolução Verde

Coordenadoras: Bleine Queiroz, Ângela Issa Haonat e Paula Santos Vieira

DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

Linha de Pesquisa: Direito Constitucional e suas múltiplas interfaces: a Constituição Federal em construção

Coordenador: Francisco Lisboa Rodrigues

Linha de Pesquisa: Democracia, transparência, informação e participação

Coordenadora: Bleine Queiroz Caúla

Linha de Pesquisa: Teoria Política, Direito Eleitoral e Sistema de Justiça Eleitoral

Coordenadores: Rodrigo Martiniano Lins, Bleine Queiroz Caúla e Júlia Maia de Meneses Rocha de Sousa

Linha de Pesquisa: A Influência da Sociologia nos movimentos em rede

Coordenadora: Júlia Maia de Meneses Rocha de Sousa

Linha de Pesquisa: Acesso à Justiça e Sistemas Multiportas

Coordenadora: Dayse Braga Martins

DIÁLOGO INTERNACIONAL

Linha de Pesquisa: Geopolítica

Coordenador: José Alexandre Althayde Hage

Linha de Pesquisa: Direito Internacional Público e Privado

Coordenadora: Andrine Oliveira Nunes

COMISSÃO CIENTÍFICA

Ângela Issa Haonat – UFT

Ana Maria D'Ávila Lopes – Universidade de Fortaleza

Ana Paula Araújo de Holanda – Universidade de Fortaleza

Anna Ciammariconi – Università degli Studi di Teramo

André Leite – Universidade de Vilnius

Beatriz Souza Costa – ESDHC

Bleine Queiroz Caúla – Universidade de Fortaleza

Bruna Souza Paula – Universidade de Lisboa

Carla Amado Gomes – Universidade de Lisboa

César Barros Leal – UFC

Claudia do Amaral Furquim – IDEM

Dayse Braga Martins – Universidade de Fortaleza

Délton Winter de Carvalho – UNISINOS

Elvira Domínguez-Redondo – Middlesex University

Fernando González Botija – Universidade Complutense de Madrid

Francisco Lisboa Rodrigues – FATENE

Horácio Wanderlei Rodrigues – UFSC

Jefferson Aparecido Dias – UNIMAR

João Pedro Oliveira de Miranda – Universidade de Lisboa

Jorge Miranda – Universidade de Lisboa

Júlia Maia de Meneses Rocha de Sousa – UniAteneu

Katherinne de Macedo Maciel Mihaliuc – Universidade de Fortaleza

Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Marco Villas Boas – ESMAT

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima – Universidade de Fortaleza

Orides Mezzaroba – UFSC

Paulo Affonso Leme Machado – Promotor de Justiça no MPSP

Paulo de Bessa Antunes – UNIRIO
Roberta Teles – Universidade de Fortaleza
Rodrigo Martiniano Ayres Lins – ABRADEP
Rômulo Guilherme Leitão – Universidade de Fortaleza
Rubén Miranda Gonçalves – Universidad de Las Palmas de
Gran Canaria
Susana Borràs Pentinat – Universitat Rovira i Virgili
Valério de Oliveira Mazzuoli – UFMT
Valter Moura do Carmo – ESMAT
Wagner Menezes – USP

PESQUISADORES

Aquilino Paulo Antunes
Bleine Queiroz Caúla
Carla Amado Gomes
Carlos Alberto Almeida Marques
Claudia do Amaral Furquim
Claudia Ribeiro Pereira Nunes
Francisco Lisboa Rodrigues
Francisco Santandreu Capón
José Eugenio Soriano García
Júlia Maia de Meneses Rocha de Sousa
Lucíola Maria de Aquino Cabral
Marcus Vinícius Amorim de Oliveira
Mayra Carolina Cambero Alvarez
Pablo Vaquero Pinto
Pedro Díaz Peralta
Rômulo Guilherme Leitão

SUMÁRIO

- 15 Prefácio – Marco Villas Boas
- 21 Apresentação – Bleine Queiroz Caúla
- 23 **Alterações climáticas como questão constitucional**
Carla Amado Gomes
- 41 **Hidrocarburos y Medio Ambiente: a propósito de la Reciente Sentencia del Tjue “Global Petroleum Ltd”**
Francisco Santandreu Capón
- 61 **Crítica e resiliência do “zonamento” como conceito urbanístico**
Carlos Almeida Marques
- 87 **Questões ambientais em tempos de guerra: um olhar sobre a influência de Hobbes, Rousseau e Kant na dicotomia entre guerra e paz**
Bleine Queiroz Caúla
Francisco Lisboa Rodrigues
Júlia Maia de Meneses Rocha de Sousa
- 111 **Convivencia ciudadana y medio ambiente**
Pablo Vaquero Pinto
- 135 **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: análise da recente decisão do STJ no RESP 1977172/PR**
Marcus Vinícius Amorim de Oliveira
- 157 **A propriedade planejada após três décadas da Constituição do urbanismo**
Claudia do Amaral Furquim

- 183 **El valor infinito de la ejecutividad inmediata de los actos del poder y sus consecuencias para la protección del medio ambiente**
José Eugenio Soriano García
- 197 **Direitos dos Animais e a Resolução da ONU de 2022**
Lucíola Maria de Aquino Cabral
- 223 **Algumas lições a retirar da pandemia por COVID-19 para a área do medicamento**
Aquilino Paulo Antunes
- 253 **Ciberpopulismo, comunicação e desinformação: caminhos tortuosos na ciberdemocracia**
Júlia Maia de Meneses Rocha Sousa
Rômulo Guilherme Leitão
- 271 **Sectores regulados y desregulación en mercados eléctricos. Estabilidad de sistemas eléctricos en aislamiento: El síndrome de texas y los casos de Brasil y MIBEL**
Pedro Díaz Peralta
- 291 **Desafios regulatórios do setor elétrico. Possibilidade de tarifário para as *Smarts Grids***
Claudia Ribeiro Pereira Nunes
- 311 **La legislación sobre energías renovables en el estado de California, Estados Unidos de América**
Mayra Carolina Cambero Alvarez

PREFÁCIO

Recebi com imensa satisfação o convite para prefaciar o volume 23 da prestigiada obra **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. O entusiasmo que me move nesta difícil missão se reveste, inicialmente, no reconhecimento aos renomados juristas brasileiros e portugueses que figuram dentre os coordenadores e organizadores da obra: Jorge Miranda, Carla Amado Gomes, Rômulo Guilherme Leitão, Anna Carolina Alencar, Bleine Queiroz Caúla e Paula Santos Vieira.

Este prefácio também me encheu o espírito de grande alegria ao me permitir prestar homenagem à Desembargadora Angela Issa Haonat, minha colega do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, em reconhecimento a uma brilhante trajetória profissional e acadêmica.

Tributários dessa homenagem, compõem a presente coletânea artigos de excelência, representando contribuições significativas para a ciência jurídica no Brasil, Portugal e Espanha.

Assim é que Carla Amado Gomes analisa as alterações climáticas como questão constitucional, suscitando exemplos de litigância climática em decisões recentes proferidas por tribunais constitucionais, com especial destaque para o caso Neubaeur vs. Alemanha, analisado no ano de 2021 pelo Tribunal Constitucional da Alemanha.

Por seu turno, Francisco Capón examina a Diretiva 94/22/CE, relativa à concessão de autorizações de prospecção, pesquisa e produção de hidrocarbonetos, e o artigo 4.º, n.ºs 2 e 3, da Diretiva 2011/92/EU, relativa à avaliação dos efeitos de projetos públicos e privados no ambiente.

Carlos Marques, no artigo Crítica e resiliência do “zoneamento” como conceito urbanístico, investiga as razões de o zoneamento continuar sendo o modelo adotado no planejamento regional e urbano, constituindo-se, nos últimos 100 anos, em uma *doutrina urbanística*.

Bleine Caúla, Francisco Rodrigues e Júlia Meneses Rocha de Sousa propõem um recorte filosófico a partir dos instrumentais de Hobbes, Rousseau e Kant para evidenciar a dicotomia entre guerra e paz, investigando se é possível restringir o direito de guerra em sopesamento do direito fundamental ao meio ambiente saudável.

Pablo Vaquero examina o conteúdo ambiental dos decretos municipais sobre convivência cidadã aprovados por municípios espanhóis nos últimos anos. Em sua pesquisa, investiga a Norma Modelo de Segurança e Convivência Cidadã da Federação Espanhola de Municípios e Províncias, abrangendo essa portaria inúmeras questões relacionadas ao meio ambiente, como a limpeza das redes viárias e outros espaços abertos, o consumo de bebidas alcoólicas, a poluição sonora, dentre outras.

A pesquisa de Marcus Vinícius Amorim traz como ponto de partida o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1977172/PR, de 2022, e a decretação da extinção da punibilidade pela incorporação da empresa Agrícola Jandelle S.A. pela Seara Alimentos Ltda, julgamento no qual a Corte entendeu que o princípio da intranscendência das penas alcança as pessoas jurídicas.

Claudia Furquim aborda as mudanças ocorridas no direito de propriedade com a introdução de princípios reitores da política urbana na Magna Carta, abrangendo diversas teorias e posicionamentos doutrinários divergentes. Para a autora, essas mudanças somente foram possíveis em virtude da plasticidade da noção de propriedade, embora ainda não se tenham consolidado em virtude da transcendência desse instituto sobre a esfera individual de interesses.

No artigo El valor infinito de la ejecutividad inmediata de los actos del poder y sus consecuencias para la protección del medio ambiente, José Eugenio García examina a característica da executoriedade do ato administrativo, constituindo a base do Direito Administrativo, investigando, a partir dessa afirmação,

se foi ou não estabelecido o valor infinito da executoriedade imediata dos atos de poder, apontando algumas consequências no que se refere à proteção do meio ambiente.

Lucíola Maria Cabral se debruça sobre o importante domínio do Direito dos Animais, trazendo como pano de fundo a Resolução da ONU de 2022. Aborda a autora a proteção da fauna pela legislação brasileira, bem como os instrumentos internacionais de proteção dos animais, com destaque para a Resolução da Assembleia das Nações Unidas para o Meio Ambiente, de 2 de março de 2022, normativa que conectou a saúde e o bem-estar dos animais, o desenvolvimento sustentável e o meio ambiente à saúde e bem-estar humanos.

Aquilino Antunes aborda os reflexos da pandemia de Covid-19, em especial os efeitos trazidos na produção de medicamentos, provocando alterações substanciais quanto à revisão de procedimentos e a necessidade de manutenção dessas mudanças em possíveis novos cenários de pandemia.

Júlia Rocha de Sousa e Rômulo Leitão investigam o fenômeno da transmutação do populismo para o *ciberpopulismo* no contexto do surgimento da sociedade em rede, dentro de um cenário de polarização de debates e ameaça à democracia, destacando os autores a influência de narrativas populistas em dimensões globais e seus reflexos na divisão da sociedade.

Pedro Diaz Peralta, por sua vez, investiga a regulação dos mercados elétricos. Para o autor, a confiabilidade do sistema de eletricidade pode ser comprometida pela falta de compensação entre a geração e a demanda de eletricidade e por distúrbios na sua distribuição, podendo levar a interrupções, desconexões e falhas estruturais, apontando ainda que eventos climáticos podem afetar a geração e a distribuição de eletricidade, colocando em questionamento a confiabilidade do sistema.

Claudia Ribeiro Nunes aborda os desafios regulatórios do setor elétrico da União Europeia a partir da transição energética. Afirma a autora que a partir do Acordo de Paris novas políticas de clima e energia promoveram um movimento de transição de energia energética para uma economia verde e de baixo carbono, culminando em um conjunto de reformas profundas na fonte energética mundial na busca de energias renováveis. Nesse cenário, apresenta a autora significativa contribuição ao apontar

três inconsistências nas políticas de transição energética no continente europeu.

Por fim, Mayra Carolina Cambero investiga a legislação sobre energias renováveis no estado da Califórnia, Estados Unidos. Para a autora, essa legislação nasceu da necessidade de melhorar a qualidade de vida dos habitantes do estado com vistas a “descarbonizar” a sua economia até o ano de 2050. São apresentados na pesquisa diversos instrumentos regulatórios, programas e pesquisas tecnológicas voltados a uma política permanente de transição para a energia limpa, constituindo essa política, na visão da autora, a pedra angular da transição para uma economia sustentável e livre de carbono.

O elevado nível acadêmico das contribuições científicas mencionadas enaltece a homenagem conferida na presente coletânea, sendo Angela Issa Haonat, jurista nacionalmente e internacionalmente reconhecida, mui dignamente merecedora.

Sua trajetória acadêmica é das mais notáveis. Após graduar-se em Direito pela Faculdade de Anápolis, Angela Haonat especializou-se em Direito do Trabalho, Direito Penal, Gestão Ambiental, Direito Ambiental, Direito dos Contratos, Teoria da Decisão Judicial e em Magistério do Ensino Superior.

A sua vocação para a vida acadêmica ainda a levou a concluir o Mestrado em Direito, pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES), o Doutorado em Direito do Estado, pela prestigiada Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), bem como o Pós-Doutorado em Los Retos Del Derecho Publico, pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha.

Em uma trajetória de décadas no ensino, testemunharam centenas de seus estudantes da graduação, especialização e mestrado ensinamentos prodigiosos sobre a ciência do Direito, tendo atuado como professora em diversas instituições de ensino, nomeadamente na Universidade Federal do Tocantins, do qual é professora efetiva, sendo, inclusive, autora de dezenas de trabalhos científicos de destaque e reconhecimento.

Sua trajetória profissional não poderia ser diferente. Angela Haonat tem o seu nome grifado na galeria das mais ilustres advogadas do estado do Tocantins, tendo angariado de seus pares reconhecimento notório pelo grande conhecimento

científico, combatividade e compromisso com os valores fundamentais da Ética e do Direito. Esse reconhecimento permitiu-lhe alcançar novos patamares no âmbito do sistema de justiça, tendo sido alçada à condição de Juíza Eleitoral no biênio 2019-2021, e, por escolha da advocacia tocantinense, à lista sêxtupla para a vaga de Desembargadora pelo quinto constitucional, culminando, após sessão do Tribunal Pleno do TJ-TO, e posterior escolha do governo do Estado, em sua condução ao cargo de Desembargadora do Poder Judiciário do Tocantins.

A homenagem que lhe prestam os coordenadores e organizadores da presente obra soma-se às inúmeras já conferidas a Angela Haonat, dentre as quais figuram: Medalha Mulher Protagonista, concedida pela Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica do Tocantins; Título de Cidadã Palmense, outorgado pela Câmara Municipal de Palmas/Tocantins, bem como Diploma e Medalha Antônio Rulli Júnior, Diploma e Medalha do Mérito Acadêmico Dr. Feliciano Machado Braga e Medalhão Esmat, ambos conferidos pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense.

Nesta especial ocasião, reporto-me às palavras da ilustre escritora inglesa Virginia Woolf, proferidas em 1931 em memorável e histórico discurso: *“Mesmo quando o caminho está nominalmente aberto - quando nada impede que uma mulher seja médica, advogada, funcionária pública -, são muitos, imagino eu, os fantasmas e obstáculos pelo caminho. Penso que é muito bom e importante discuti-los e defini-los, pois só assim é possível dividir o trabalho, resolver as dificuldades. Mas, além disso, também é necessário discutir as metas e os fins pelos quais lutamos, pelos quais combatemos esses obstáculos tremendos. Não podemos achar que essas metas estão dadas; precisam ser questionadas e examinadas constantemente. Toda a questão, como eu vejo - aqui neste salão, cercada de mulheres que praticam pela primeira vez na história não sei quantas profissões diferentes -, é de importância e interesse extraordinário. (...) Mas essa liberdade é só o começo; (...)”*.

Com essas palavras, regozijo-me em testemunhar as homenagens feitas a Angela Issa Haonat, mulher de destaque na academia e Judiciário brasileiros, materializando, profeticamente, as palavras da saudosa escritora inglesa no espaço

alcançado por uma brilhante jurista de nosso tempo.
Palmas-TO, agosto de 2024.

Marco Villas Boas

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins – TJTO; Diretor geral da Escola Superior da Magistratura Tocantinense – ESMAT, desde 2011; Presidente *do* Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura (COPEDEM); É especialista e mestre em Direito Constitucional e doutor em Ciências Jurídico-Políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Doutorando em Direito Constitucional, pela PUC-Rio.

APRESENTAÇÃO

O **XVI Diálogo ACI** – Tema Recursos energéticos e soberania – uma perspectiva interdisciplinar – foi realizado na Itália (Università degli Studi di Teramo – Facoltà di Scienze Politiche, e na Espanha (Universidad Complutense Madrid), dias 21 e 23 de junho de 2022); No Brasil foi realizado na OAB-CE e na Universidade de Fortaleza – UNIFOR, dias 15 e 16 de setembro de 2022). Agradecimentos especiais aos professores europeus Anna Ciammariconi (Itália) e Fernando González Botija (Espanha); Rômulo Guilherme Leitão (Professor e Coordenador do PPGD da UNIFOR); Vanessa Oliveira (Advogada Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB-CE).

Para a sua realização contou com o apoio das três Universidades; Coordenação de Apoio de Pessoal de Nível Superior (CAPES); Instituto de Mediação e Conciliação do Ceará – IMECC; Thales Catunda Sociedade Individual de Advocacia; Camila Barbosa, Promotora de Justiça; Transizione Ecologia, Sostenibilità e Sfide Globali da UNITE, Sendero Tours.

O DIÁLOGO ACI, reconhecendo a importância da pesquisa científica para a justiça, se compromete a promover a colaboração e a comunicação entre pesquisadores, notadamente os operadores do direito. É um projeto ambicioso e inovador que há 12 anos promove a comunicação e a cooperação entre acadêmicos e profissionais, com o objetivo de proporcionar meios de desenvolvimento de pesquisa para o melhor funcionamento do Sistema de Justiça.

O volume 23 reúne os artigos dos pesquisadores palestrantes brasileiros e europeus. A obra homenageia a Desembargadora do TJTO e professora da UFT, Dra. Ângela Issa Haonat,

pesquisadora e madrinha brasileira do Diálogo ACI que muito contribui e participa desde 2016.

O Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa é um parceiro permanente do Diálogo ACI, pois publica em seu site a versão e-Book internacional.

Boa leitura!

Bleine Queiroz Caúla
Coordenadora Científica

**AS ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS COMO QUESTÃO
CONSTITUCIONAL***

Climate change as a constitutional question

CARLA AMADO GOMES

Carla Amado Gomes

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. *Investigadora Efectiva* do Centro de Direito Público (*Lisbon Public Law Research Centre*). Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto). Coordenadora Acadêmica do Grupo de Pesquisa (CNPq) Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional.

Resumo: O texto tem por objectivo apresentar alguns exemplos recentes de litigância climática, enfatizando a abordagem pelos tribunais constitucionais, nomeadamente o Tribunal Constitucional alemão no caso *Neubaeur vs. Alemanha* (2021).

Palavras-chave: clima; litigância climática; direitos fundamentais; Constituição.

Abstract: The text aims to present some recent examples of climate litigation, underlining the Constitutional Courts approach, namely the German Constitutional Court in the case *Neubaeur vs. Germany* (2021).

Keywords: climate; climate litigation; fundamental rights; Constitution.

Introdução: existe um dever do Estado de promover um clima estável?

O clima é a temperatura da Terra e é resultado da interacção entre os componentes ambientais água, ar, solo e biodiversidade. Se existem desequilíbrios nas leis naturais que comandam tal interacção, o clima torna-se instável e dessa instabilidade podem advir riscos para a vida humana. As alterações climáticas ou o aquecimento global são prova disso: há cada vez mais eventos extremos e cada vez mais extremos, o que põe em risco vidas e modos de vida por todo o planeta, sobretudo nos Estados mais vulneráveis.

A afirmação de um direito a um clima estável foi debatida

no caso Juliana (EUA, 2015, ainda em aberto) e já foi descrita como “a questão constitucional do século XXI”¹. Porque o termo *clima* não consta, em regra, das constituições — segundo uma pesquisa do Grantham Research Institute em conjunto com o Edinburgh Centre for Constitutional Law, actualmente apenas 11 textos constitucionais incluíram o termo no seu seio² —, a argumentação sustenta-se na norma de protecção do ambiente enquanto alicerce natural de vida, humana e não humana, e nas disposições relativas a uma plêiade de direitos fundamentais. O tema vem ganhando uma exposição particularmente intensa por força do movimento da litigância climática e encontra no Acórdão *Neubauer et alli. vs Germany*, que será objecto de análise mais detida adiante, uma decisão histórica.

Cumprе referir, no entanto, que anterior à decisão *Neubauer vs Germany* (ou *Klimatschutzgesetz*), se detectam outros pontuais casos que subiram à apreciação de Cortes Constitucionais. Com efeito, os primeiros casos de decisões ao nível constitucional chegam-nos da Áustria e vão ambos no sentido da rejeição da exigência de ponderação dos efeitos das alterações climáticas nas decisões públicas.

Em junho de 2017, a Corte Constitucional austríaca recusou reconhecer a necessidade de combater as consequências das alterações climáticas como um interesse público a defender no quadro da avaliação de impactos de uma terceira pista do aeroporto de Viena. O argumento principal da Corte residiu no entendimento de que o Acto de Tráfego Aéreo (*Air Traffic Act*) apenas impõe a consideração de impactos de descolagens e aterragens e não também as emissões produzidas durante os voos. Três anos depois, em setembro de 2020, surgiu o caso *Greenpeace and others vs Austria*, o qual envolveu a apreciação da conformidade das isenções fiscais de IVA concedidas a viagens aéreas (mas não a viagens ferroviárias) com o Acordo de Paris e ao *duty of care* do Estado relativamente a direitos

¹ Carolyn Kormann, *The Right to a Stable Climate Is the Constitutional Question of the Twenty-first Century*, NY Times, 15 de Junho de 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/news/daily-comment/the-right-to-a-stable-climate-is-the-constitutional-question-of-the-twenty-first-century>. Acesso em: 18 abr. 2023.

² Algéria, Bolívia, Costa do Marfim, Cuba, Equador, República Dominicana, Tailândia, Tunísia, Venezuela, Vietnam e Zâmbia — algumas no Preâmbulo, outras no articulado. Disponível em: <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/news/the-11-nations-heralding-a-new-dawn-of-climate-constitutionalism/>. Acesso em: 18 abr. 2023.

fundamentais como a vida e a reserva da vida privada (protegidos pela Constituição, pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e pela CEDH).

A argumentação, que envolvia a premissa de que a contribuição para um clima estável, suporte do exercício de vários direitos, é um dever do Estado, era simples: ao isentar as viagens de avião de tributação, mas não as de comboio, o governo austríaco premeia comportamentos contrários à necessária redução de emissões de GEEs e desincentiva actuações ecologicamente corretas. A Corte Constitucional desatendeu liminarmente a pretensão com base em falta de legitimidade dos requerentes (a *Greenpeace* e 8.063 utilizadores do transporte ferroviário) para arguir a inconstitucionalidade do alegado tratamento preferencial do transporte aéreo.

Diferentemente da sua congénere austríaca, a Corte Constitucional alemã demonstrou uma receptividade totalmente diferente a esta problemática.

1 Reflexões em torno o Acórdão *Neubaeur vs. Alemanha* do Bundesverfassungsgericht, de 24 de Março de 2021³

Em março de 2021, a justiça climática contou a sua primeira vitória junto de um Tribunal constitucional europeu. O Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*, doravante BVerfG), um dos mais prestigiados do mundo, foi palco de um caso que pode já ser considerado um *leading case* da justiça climática em razão de vários factores, dos quais realçamos: uma argumentação jurídica robusta, sulcada na teoria dos direitos fundamentais; uma tessitura técnico-científica densa; e uma intertextualidade jurisprudencial exemplar, assentando num diálogo ímpar, tanto com tribunais congéneres (como os Supremos Tribunais holandês e irlandês mas também com o *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*), como com o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

O processo teve origem em quatro queixas constitucionais,

³ O acórdão, em versão inglesa, disponível em: http://www.bverfg.de/e/rs20210324_livr265618en.html. Acesso em: 17 abr. 2023.

movidas por distintos autores, dentre os quais: associações de defesa do ambiente e cidadãos alemães; cidadãos estrangeiros (nepaleses e bengalis); grupos de jovens alemães; e grupos de jovens alemães e cidadãos alemães residentes em localidades costeiras. Nos pedidos, os autores solicitaram a declaração de inconstitucionalidade de algumas normas da Lei de Proteção do Clima, a *Klimaschutzgesetz* (doravante, KSG) de 2019⁴.

Duas foram as alegações centrais: i) a KSG, nos §3(1), §4 (1) terceira frase, conjugados com o Anexo 2, estaria em confronto com o Acordo de Paris, quando estabeleceu meta de conter a temperatura média global em 1,75°C, revelando-se menos ambiciosa do que os 1,5°C preferenciais (ambos acima dos níveis pré-industriais) estabelecidos no artigo 2º, nº 1, a) do Acordo de Paris; e ii) embora tendo fixado o objectivo de redução de emissões de CO₂ em 55% até 2030, o legislador da KSG delegou indevidamente ao Executivo a prerrogativa de, por decreto, determinar os índices de redução anuais dali em diante, até 2050.

Quanto à primeira alegação, apontava-se um suposto decréscimo na proteção de DFs como a vida, a integridade física e a propriedade, previstos nos arts. 2(2), primeira sentença, e 14(1), em articulação com o art. 20a, todos da Lei Fundamental de Bona (*Grundgesetz*, doravante GG).

Quanto à segunda alegação, suscitava-se o desrespeito aos princípios da reserva de lei e da proporcionalidade no quadro da conformação do exercício de direitos fundamentais associados ao art. 20a da GG. Os autores alegavam que a KSG feria a ordem constitucional ao determinar de forma imprecisa o roteiro de descarbonização entre 2030 e 2050, delegando a tarefa de especificá-lo anualmente ao Executivo. O §4(6), primeira frase, da KSG, estabelecia que incumbe ao governo federal estipular o decréscimo anual de emissões para o período posterior a 2030, nada mais esclarecendo sobre os índices a cumprir após essa data. Neste ponto e por unanimidade, a Corte considerou que os artigos §3(1), segunda frase e §4(1), terceira frase, em conjugação com o Anexo 2 da KSG são incompatíveis com a GG. Note-se

⁴ A primeira queixa constitucional, de 2018, é anterior à KSG. As restantes três reportam-se a essa Lei. Note-se que esta decisão (conjunta) é também identificada como *Neubauer et al. vs Germany*, assumindo o nome dos autores da última queixa constitucional, apresentada ao BVerfG em 2020.

que estes dispositivos conferem o pretexto para a segunda alegação dos autores, no sentido de que a insuficiência de metodologia específica para a fixação de metas intermediárias de redução a partir de 2030 representa potencial ameaça a direitos e garantias fundamentais das presentes e futuras gerações.

Dos aspectos mais relevantes do acórdão *Neubaeur*, permito-me destacar cinco:

i) A afirmação da proteção do ambiente/clima como uma tarefa do Estado (e não como objeto de um direito fundamental)

Um dos principais dispositivos citados ao longo do acórdão é o art. 20a da GG⁵. A Corte assinalou que esta norma direciona um dever estatal de proteção do meio ambiente e, por conseguinte, do clima, enquanto suporte natural da vida humana (“the obligation to take climate action arising from Art. 20a GG remains decisive”, §255), mas não constitui um direito subjetivo dos demandantes.

Deve sublinhar-se que, ao considerar procedentes as alegações de potenciais violações de direitos fundamentais individualizados (como a vida, a integridade física, a propriedade), cujo exercício depende estreitamente da garantia da qualidade do “suporte natural da vida”, o Tribunal reconhece a existência da possibilidade de afetação de posições jurídicas individuais através da degradação da qualidade de uma grandeza metaindividual. Para o BVerfG, é claro que o art. 20a da GG consagra proteção constitucional a um valor comunitário — o ambiente — o qual, por um lado, condiciona de facto o exercício de direitos fundamentais e, por outro lado, incumbe ao Poder Público uma tarefa positiva de cuidado. Esta tarefa de proteção é equiparável a outras tarefas estatais de realização de direitos e valores fundamentais; porém, no contexto de emergência climática e em razão da premência de actuação, a ponderação do interesse de proteção do ambiente e da estabilidade do clima ganha um peso

⁵ Em tradução livre, o art. 20a da GG dispõe o seguinte: “Tendo em conta também a sua responsabilidade face às gerações futuras, o Estado protegerá os suportes naturais da vida e dos animais por meio de legislação e, de acordo com o direito e a justiça, por meio de ações do Executivo e do Judiciário, tudo dentro do âmbito da ordem constitucional”.

agravado (“Within the balancing process, the obligation to take climate action is accorded increasing weight as climate change intensifies”, §197).

ii) A dimensão intertemporal da tarefa de proteção do ambiente/suporte de vida e a tutela dinâmica dos direitos fundamentais

Como vimos, o art. 20a da GG consagra um dever de proteção do meio ambiente enquanto sustentáculo de vida, humana e animal, numa vertente que abarca a tutela das presentes e futuras gerações e, assim, densifica o princípio da solidariedade intergeracional no ordenamento constitucional alemão. Entretanto, não se projeta do dispositivo um mecanismo símile de tutela intergeracional de direitos fundamentais. Enquanto as gerações atuais podem buscar fundamentos de proteção na letra da norma – em conjugação com normas atributivas de direitos pessoais e patrimoniais –, as gerações futuras, porque carentes de personalidade jurídica, não dispõem ainda dos mesmos mecanismos associados à letra do art. 20a. Ou seja, na sua dimensão prospetiva, esse artigo reforça a intertemporalidade da tarefa estatal de proteger o meio ambiente, suporta de vida, no presente e no futuro.

A luta contra a crise climática acarreta fortes alterações nos hábitos contemporâneos de vida, de consumo e de produção, e sob a ordem de um agir rápido.

Quanto mais se retarda a planificação e implementação de medidas de mitigação, mais difícil se torna atingir a neutralidade carbónica em 2050 e maiores esforços serão exigidos. Dessa feita, o Estado deve, o quanto antes (*in good time, as early as possible*, §§247, 248, 253), e não apenas a partir de 2025 como proposto na KSG, traçar as metas de redução até 2050. O mesmo é dizer que quanto mais antecipado e detalhado for o roteiro de descarbonização, quanto mais hábil e operativo for o planeamento para o período posterior a 2030, e quanto mais ágil for a sua implementação, mais salvaguardado estará o núcleo essencial dos direitos fundamentais das gerações atuais e futuras. Essa antecipação *as early as possible* é essencial, “in order to

avoid future freedom being curtailed suddenly, radically and with no alternatives” (§253).

Tal avaliação de urgência de atuação redundava numa equação de proporcionalidade da qual resulta que quanto menos ambicioso for o planejamento — em precisão e antecipação —, menos agilidade terá a resposta política climática e, conseqüentemente, menos proteção será assegurada aos direitos fundamentais *pro futuro*. Esse dever de planificação “o quanto antes” prende-se a um imperativo de salvaguardar as liberdades individuais e económicas de forma equitativa, isto é, de distribuir oportunidades proporcionalmente através das gerações.

Com efeito, a intertemporalidade que exsuda do art. 20a GG, projetando-o no futuro, obriga o Estado alemão a ter em conta uma linha do tempo de exercício das liberdades, no quadro da qual a utilização dos recursos naturais/da atmosfera deve ser realizada racionalmente e de forma a “to leave them in such condition that future generations who wish to carry on preserving these foundations are not forced to engage in radical abstinence” (§193). Assim, haverá afronta ao princípio da proporcionalidade na vertente de proibição do excesso sempre que as restrições a direitos fundamentais impostas por medidas de mitigação não sejam estabelecidas e implementadas atempadamente — ou seja, o mais cedo possível —, com vista a planificar equitativamente os sacrifícios forçosamente impostos aos cidadãos, presentes e futuros.

Em suma, a proteção dinâmica dos direitos fundamentais, que se traduz na necessidade da sua tutela numa linha intertemporal, exige que o quadro geral das restrições seja gizado o mais cedo possível, para que a transição para a neutralidade carbônica seja o menos radical e o mais “*freedom-friendly*” possível. Isto é essencial para que os atuais cidadãos possam organizar-se e fazer escolhas não demasiado drásticas, nem demasiado generosas, comparativamente com as demais gerações. Quanto mais cedo forem conhecidas tais medidas, menor será o impacto da transição sobre uma única geração. Como resultado, o BVerfG confirma a insuficiência do plano de ação traçado na KSG para garantir uma segura transição climática aos direitos fundamentais das gerações presentes (e jovens) e futuras, concluindo que “as disposições contestadas violam as liberdades dos jovens reclamantes, ao descarregar irreversivelmente os principais

ônus de redução de emissões em períodos posteriores a 2030”⁶.

Note-se que a insuficiência da metodologia adotada pelo legislador na fixação das metas intermediárias vulnera a um só tempo duas dimensões de direitos fundamentais: em primeiro lugar, quando negligencia o dever de protecção desses direitos enquanto obrigações positivas encarnadas na tarefa estatal de promoção da estabilidade climática prevista no artigo 20a da GG; e, em segundo lugar, quando afecta a dimensão de salvaguarda ou garantia das liberdades individuais das futuras gerações e, assim, incumpe obrigações negativas decorrentes da abstenção estatal em interferir nesses direitos. Logo, a violação de uma obrigação positiva pelo Estado no presente – qual seja, a de proteger o sustentáculo da vida para tutelar direitos fundamentais associados – provoca irremediavelmente a quebra de uma obrigação negativa no futuro, quando esse mesmo Estado se verá obrigado a promover uma ingerência intensa nas liberdades individuais, para conseguir mitigar os danos da emergência climática. Ao omitir o desenho de um plano global (até 2050), o legislador do presente dirige a seguinte mensagem aos autores mais jovens: vocês terão “de aceitar uma grave perda de liberdade após 2030 para que as metas climáticas sejam alcançadas”.

iii) A dimensão interestatal da tarefa de protecção do ambiente/clima

Certifica a Corte, em paralelo com as considerações anteriores, que o art. 20a possui igualmente uma dimensão de meta-estatalidade, deslocando-o do plano estrito do ordenamento alemão para alcançar o âmbito internacional. É por dever ser encarada sob o prisma metaestatal que a tarefa de protecção do clima pressiona a Alemanha a contribuir para o resultado conjunto de superação da crise climática, fomentando a cooperação interna-

⁶ Ernst-Ulrich PETERSMANN, The UN sustainable development agenda and rule of law: how to limit global governance failures and geopolitical rivalries, European University Institute, EUI LAW, 2021, p. 22. Disponível em: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/72318/LAW_2021_10.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 17 abr. 2023.

cional e descartando a tese de que apenas lhe incumbe percentagem menor na responsabilidade geral de protecção. Nesse sentido, o Tribunal ressalta que “[t]he problem of climate change and the (legal)activities involved in its prevention are genuinely global in nature. No state can stop global warming on its own. Furthermore, emissions from every state contribute to climate change in the same way” (§199).

Daqui resulta uma primeira conclusão particularmente surpreendente: qualquer cidadão, nacional ou estrangeiro, poderá questionar o Estado alemão pelo incumprimento dos deveres inerentes ao art. 20a da GG (recorde-se que uma das queixas foi apresentada por estrangeiros não residentes). Todavia, o colegiado deixou consignado que, em relação aos autores estrangeiros *in casu*, a demanda fundada em violação de seus direitos fundamentais por medidas de mitigação insuficientes não merece prosperar, uma vez que os princípios da territorialidade e da não ingerência em assuntos internos impedem que a Alemanha implemente tais medidas em territórios além de sua jurisdição (§§173 a 178).

O reconhecimento da metaestatalidade da tarefa de promoção da estabilidade do clima a partir de uma disposição da Lei Fundamental desdobra a justiciabilidade da determinação do artigo 20a da GG no plano nacional e internacional (“Since the german legislator would not on its own be capable of protectig the climate as required under Art. 20a GG due to the global nature of climate change, Article 20a GG also requires solutions to be sought at the national level”, §197), e reconhece a cidadãos do mundo a legitimidade para reclamar respostas junto do Estado alemão. Ao dar este passo, o BVerfG reconhece que a protecção do ambiente/estabilidade do clima é uma obrigação dos Estados para com a comunidade internacional no seu todo e que os deveres de prevenção de uma ruptura do equilíbrio ecossistémico são invocáveis *erga omnes*.

Desde o Parecer do Tribunal Internacional sobre a legalidade da ameaça e do uso de armas nucleares (1996) que se não ouvia uma afirmação tão eloquente do dever de prevenção de danos para o ambiente natural de todos e cada Estado relativamente à comunidade internacional no seu todo. Naquele Parecer, o Tribunal de Haia sublinhou que o ambiente não é abstracção mas constitui o espaço vital e proporciona qualidade

de vida e saúde aos seres humanos, incluindo aqueles que ainda não nasceram. Por isso, os Estados devem assegurar-se de que as actividades desenvolvidas nos territórios sob sua jurisdição respeitam a integridade do ambiente de outros Estados e em espaços fora da jurisdição estatal (§29). O BVerfG foi ainda mais longe, pois não só filiou este dever numa norma de imputação de natureza constitucional, reforçando a intensidade do compromisso, como destacou o seu cumprimento de um estrito prisma territorial e o projectou no ecossistema terrestre no seu todo.

iv) A inarredável base científica das medidas de combate às alterações climáticas

A tarefa de reduzir emissões que resulta do dever de assegurar, na medida do tecnicamente possível, a estabilidade climática tem a sua implementação fortemente dependente de uma narrativa técnico-científica. Para o BVerfG, isto significa que as normas destinadas a planificar e implementar medidas de mitigação e adaptação são permeáveis a mutações decorrentes da evolução do conhecimento científico e poderão ser alteradas durante o percurso, devendo tais alterações ser tão completas e precisamente fundamentadas quanto o conhecimento científico o permita, de modo a reforçar a legitimidade das restrições que acarretarão (§212).

O Tribunal dedica o Ponto III (§§31 a 37) da sua decisão a explicar a inevitabilidade de justificação deste tipo de medidas. Sob a epígrafe “Fundamentos factuais de protecção do clima”, o BVerfG descreve o fenómeno do aquecimento do planeta e afirma que, porque as técnicas de captura de carbono são ainda muito dispendiosas, os Estados devem investir na transição para uma matriz hipocarbónica, renunciando paulatinamente aos combustíveis fósseis. Paralelamente, porque os efeitos extremos dos fenómenos climáticos se fazem sentir com cada vez mais acuidade, a implementação de medidas de adaptação impõe-se igualmente. É, todavia, na vertente da mitigação, da renúncia a opções utilizadas durante mais de um século e da criação de novas matrizes energéticas, que reside o esforço mais significativo, tanto do ponto de vista económico como comportamental.

Para complicar a tarefa, os impactos a considerar são tanto directos como indirectos. Com efeito, não são apenas as emissões imediatamente resultantes da queima de combustíveis fósseis que devem ser travadas, mas igualmente todas aquelas associadas a processos de fabrico, transporte, utilização e destruição. Numa tentativa de tornar mais explícito o seu raciocínio, o BVerfG recorreu ao exemplo da indústria têxtil: “Greenhouse gas emissions from global textile production were estimated at around 1.2 gigatonnes in 2015 – almost double the total emissions of international shipping and aviation combined [...]. Throughout their lifecycles (production, use, disposal), clothing and footwear account for approximately 8% of global greenhouse gas emissions [...]. In order to achieve climate neutrality in our current way of life – including in activities as common and mundane as the construction and utilisation of new buildings or the wearing of clothes – fundamental changes and restrictions are needed in patterns of production, consumption and everyday activity” (§37).

Este exemplo, que envolve bens de consumo acessíveis à generalidade da população, atesta os desafios de adaptação, dos processos de produção e das mentalidades, que terão de ser enfrentados. Dito de outra forma, o exemplo ilustra bem as escolhas difíceis, mas urgentes, que se colocam aos decisores políticos e o nível de ingerência em direitos fundamentais que está em jogo.

Se é verdade que cabe à política – climática – pronunciar-se sobre se e em que medida a concentração de CO na atmosfera deve ser limitada, certo é que cabe à Ciência (do Clima) fornecer modelos credíveis de projecção do aquecimento global nas condições de vida dos seres humanos no planeta. Será do entrecruzamento entre a informação científica sobre os limites da sobrevivência em face de determinados graus de aumento e a decisão política sobre a capacidade de reconversão da matriz energética dos Estados em tempo de evitar danos irreversíveis que deverá resultar a metodologia de consecução da neutralidade carbónica em 2050 e da contenção do aumento de CO na atmosfera num máximo de 2º C acima dos níveis pré-industriais. O Conselho Consultivo sobre Questões Ambientais da Alemanha (*Sachverständigenrat für Umweltfragen*) considerou que há 67% de probabilidade de o Estado alemão

con-seguir fixar o aumento em 1,75 °C, e por isso o BVerfG validou a suficiência do índice fixado pelo legislador.

v) O imperativo do respeito pelo princípio da separação de poderes

Um quinto aspecto de relevância do acórdão reside nas considerações tecidas pelo BVerfG em sede do princípio da separação de poderes, que surgem em dois momentos. Com efeito, o Tribunal de Karlsruhe considera ser função estrita do legislador fazê-lo, desde que respeitante das normas internas e internacionais. Delimitando o que lhe incumbe apreciar sem que, para isso, incorra no risco de se imiscuir na esfera deliberativa de outro poder, o BVerfG descarta que o Governo alemão tenha violado a GG por atender a um parâmetro de contenção de 1,75 °C e não 1,5 °C, relativamente a níveis de 1990.

Nesse sentido, afasta o vício de inconstitucionalidade imputado a essa parte da KSG, sustentando que uma leitura integrada da GG e do Acordo de Paris possibilita ao Estado determinar, até ao limite do aumento de 2°C, um aumento de até 1,75°C, uma vez que o nível de 1,5°C é recomendável mas não imperativo. Assim, a fixação do índice de aumento de temperatura gerado por emissões de GEEs pela KSG em 1,75 °C não viola as obrigações internacionais, tampouco carece de fundamentação técnico-científica adicional, dado que tal valor ainda é considerado adequado pelos relatórios científicos do Conselho Consultivo sobre Questões Ambientais da Alemanha (§§219 a 230).

Num segundo momento, o princípio da separação de poderes é novamente invocado e de forma ainda mais explícita, quando o BVerfG, verificando a insuficiência do plano original da KSG para o período pós-2030, devolve o diploma ao Legislativo para que o Parlamento, sem delegações, elabore plano mais preciso. Na realidade, não cabe ao Tribunal pronunciar-se sobre os planos a traçar nem sobre as medidas a tomar. A sua competência de controlo está circunscrita a avaliar se o dever de protecção foi ou não violado e, caso positiva a resposta, a determinar que essa omissão seja corrigida. O exercício de tal competência, restrita, de controlo pode apenas

ser accionado: i) se nenhuma medida foi adoptada; ii) se as medidas previstas, embora gizadas, são ostensivamente inadequadas para atingir os objectivos estipulados; ou iii) se as medidas prescritas são flagrantemente insuficientes (§§152 a 172).

Nesse sentido, o presente acórdão distancia-se da contro-versa narrativa da decisão *Urgenda*, pois em lugar de partir para uma fixação directa das metas, restringe-se, uma vez registada a existência das medidas de mitigação (redução de 55% das emissões de GEEs) no período até 2030, a dirigir uma injunção ao legislador para que explicita a metodologia que presidirá à fixação e implementação das metas (dos 45% restantes a partir de 2031) até 2050.

Por outras palavras, o BVerfG trilha “uma média via que, por um lado, responsabiliza o legislador mas, por outro lado, não transforma indevidamente o juiz em actor político”, entregando-lhe o poder de determinar, *inter alia*, as metas de redução, as quais continuam como atribuição do Legislativo. É nesse momento que entra em cena outro princípio fundamental para o desfecho do acórdão: o princípio da reserva de lei. O argumento de violação da reserva de lei baseia-se no imperativo de estatuição legislativa no que toca a opções fundamentais de política climática, competência que não deve ser delegada ao Executivo sem controlo do Parlamento. A gravidade da questão climática, sobretudo em razão da sua incidência sobre o núcleo duro dos direitos fundamentais, impede o Legislativo de delegar ao Executivo a função de traçar parâmetros essenciais do plano de redução de emissões.

O imperativo de determinabilidade da lei, corolário do princípio da reserva de lei, surge cristalino da leitura do disposto no artigo 80(1) da GG, norma que confere ao Legislativo tal incumbência. Com efeito, nem ao Executivo poderia ser transferida a responsabilidade de especificar as metas para o período remanescente, nem tão pouco (e muito menos) ao Judiciário, destituído de legitimidade democrática para desenhar tais objectivos. É no encontro inevitável entre a reserva de lei e a separação de poderes que o BVerfG funda a afirmação de que “even where the legislator is under obligation to take measures to pro-

tect a legal interest, it retains, in principle, a margin of appreciation and evaluation as well as leeway in terms of design [...]” (§152).

Enfim, esta decisão deve ser lida pelo que é, mas também pelo que representa. O acórdão *Neubauer* dirige um aviso ao legislador de que, se porventura medidas manifestamente insuficientes ou inadequadas por ele traçadas no futuro para protecção dos direitos fundamentais em face dos riscos climáticos sobrevierem, essas poderão voltar a sofrer o controlo de constitucionalidade do Tribunal, quando provocado. Paradigmático a todos os títulos, o acórdão *Neubauer* reafirma a máxima de que sempre haverá um juiz em Berlim, mas agora também a zelar para que nenhuma lei ou ausência dela coloque em xeque os direitos constitucionalmente assegurados das gerações actuais ou vindouras, se potencialmente ameaçados por insuficiente ou retardada acção climática.

O aviso foi claro: o BVerfG submeteu a declaração de inconstitucionalidade das normas da KSG a uma suspensão sob termo resolutivo – 31 de dezembro de 2022 – a fim de não criar um vazio legal (faculdade de que o Tribunal se socorre habitualmente). De imediato o *Bundestag* alemão prontificou-se a cumprir as determinações da decisão, indo mais além e aprovando a primeira emenda à KSG, meses depois, em junho de 2021. Com a alteração promovida, o legislador acrescentou uma nova secção, discriminando metas de redução de emissões específicas para cada um dos anos entre 2031 e 2040 e ousando antecipar a meta de neutralidade carbónica do país para 2045. Todavia, esta alteração pode não ser a última, pois prováveis actualizações e revisões poderão sobrevir até 2050.

Na sequência desta alteração da KSG, têm-se sucedido às réplicas ao acórdão do BVerfG e à correcção da lei. Com efeito, a sua repercussão fez-se sentir de imediato: de Junho a Setembro de 2021, sete queixas constitucionais foram apresentadas junto do BVerfG por grupos de jovens dos *Länder* de Bayern, Brandenburg, Sachsen-Anhalt, Sachsen, Saarland, Hesse e Nordrhein-Westfalen, alegando défice de protecção de direitos fundamentais nesses Estados, por incompatibilidade das leis estaduais com a reformulada KSG (Bayern) e por ausência de leis estaduais sobre o clima (todos os restantes estados). E certamente outros tribunais, nacionais e internacionais, constitu-

cionais e ordinários, buscarão neste acórdão argumentos para robustecer as suas decisões em pleitos climáticos que lhes sejam apresentados

Considerações finais

Como observamos, as repercussões da decisão *Neubauer* logo se fizeram sentir, na Alemanha: o Parlamento alterou a Lei do Clima e várias queixas constitucionais surgiram perante o BVerfG, assinalando a necessidade de conformação das leis estaduais com a máxima do acórdão: estabelecer metas de redução de GEEs nos termos do Direito Internacional e do Direito da União Europeia, cumprindo o mandato do artigo 20a da GG, o quanto antes. A eficácia deste acórdão – e da argumentação aduzida –, não pode, no entanto, ser levianamente extrapolada para outros ordenamentos do espaço europeu ou mundial. Como vimos, tribunais constitucionais como o austríaco não acolheu a causa com o mesmo entusiasmo, escudando-se em questões formais, o mesmo se tendo passado na Suíça e na Noruega. E se hipotizarmos a possibilidade de eclosão de uma decisão similar em Estados sem a robustez democrática e judiciária do Estado alemão, mais remoto se tornará tal cenário.

Se nos concentrarmos no contencioso da União Europeia, porventura a resposta pode ser diversa, uma vez que, em face da Lei Europeia do Clima e da meta ali fixada, os Estados membros que não introduzam essas metas (ou superiores) nos seus quadros internos – ou que, fazendo-o, não as acompanhem de um conjunto de medidas suficientes; ou ainda, que adotem medidas contraditórias com tal objectivo – sujeitar-se-ão, num primeiro momento, à perseguição da Comissão Europeia e, num segundo passo, à condenação por incumprimento pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Em contrapartida, se nos virarmos para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, onde pendem neste momento vários pedidos de condenação de Estados-Partes da CEDH por alegada violação de direitos como a vida, a integridade física e a reserva da vida privada em razão de inacção ou insuficiente acção climática, o desfecho poderá não se revelar tão auspicioso, dada a reticência, já manifestada

pelo Tribunal de Estrasburgo em vários momentos, em reconhecer legitimidade a autores que, ainda que invocando afectação virtual directa das suas esferas jurídicas pelos efeitos do aquecimento global, não a conseguem caracterizar como exclusiva.

Enfim, em Portugal, não sendo admissível o mecanismo da queixa constitucional, a fiscalização difusa da constitucionalidade da Lei do Clima pode ocorrer, nos termos gerais, tendo em mente o mandado de acção climática que decorre dos artigos 9º/e), e 66º, nº 2, da Constituição (os quais cumprem funções idênticas ao artigo 20a da GG alemã), lidos à luz da Lei Europeia do Clima. Deve, de resto, assinalar-se que o primeiro pedido de reenvio pre-judicial operado pelo Tribunal Constitucional português para o Tribunal do Luxemburgo – através do Acórdão 711/20, de 9 de Dezembro de 2020) –, envolve o confronto da norma do artigo 11.º, n.ºs 1 e 2, do Código do Imposto Sobre Veículos com o princípio do poluidor-pagador, ínsito no artigo 191º, nº 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o que demonstra a sensibilidade dos Juízes do Palácio Raton às questões ambientais.

A emblemática decisão *Neubauer* constitui, sem dúvida, um marco da máxima importância para o fortalecimento do acervo argumentativo dos litigantes climáticos. Além de contribuir para a sedimentação jurisprudencial, decisões como esta abrem as portas a uma nova percepção pública sobre as alterações climáticas. Sem embargo, decisões como a do BVerfG constituem também prova de que os tribunais não se devem substituir ao legislador democraticamente eleito nos processos de tomada de decisões intrinsecamente políticas e vitais sobre o clima. Indubitavelmente, são importantes fóruns de amplificação, controlo e construção de uma retórica argumentativa fundamental para o robustecimento de um arcabouço teórico que permita ancorar firmemente, da perspectiva jurídica, a luta contra a crise climática, mas não são – e nem devem ser – os construtores da malha normativa que nos levará à neutralidade carbónica em 2050. O BVerfG frisou que a inacção climática de hoje ecoará pela eternidade; cabe aos Estados responder prontamente ao desafio de actuar o quanto antes, de forma consciente e ambiciosa. “Our planet is talking to us: we must listen. And we must act”.

**HIDROCARBUROS Y MEDIO AMBIENTE: A PROPÓSITO DE LA RECIENTE SENTENCIA DEL TJUE
“GLOBAL PETROLEUM LTD”**

Hydrocarbons and Environment: Regarding the Recent Judgment of the Cjeu “Global Petroleum Ltd”

FRANCISCO SANTANDREU CAPÓN

Francisco Santandreu Capón

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Contratado Doctor en la Universidad María Cristina Complutense (San Lorenzo de El Escorial). Letrado del Ayuntamiento de Collado Villalba (Madrid). Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. E-mail: fjsantandreu@gmail .com

Resumen: La Directiva 94/22/CE sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos, y el artículo 4, apartados 2 y 3, de la Directiva 2011/92/UE relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que establece un límite máximo a la extensión de la zona abarcada por un permiso de exploración de hidrocarburos, pero no prohíbe expresamente conceder a un mismo operador varios permisos para zonas contiguas que abarquen, conjuntamente, una superficie superior a dicho límite, siempre que tal concesión permita garantizar el mejor ejercicio posible de la actividad de exploración de que se trate tanto desde un punto de vista técnico como económico, así como alcanzar los objetivos perseguidos por la Directiva 94/22.

Palabras clave: autorización; hidrocarburos; evaluación; proyecto; medio ambiente.

Abstract: Directive 94/22/EC on the conditions for granting and using authorisations for the prospection, exploration and production of hydrocarbons and Article 4(2) and (3) of Directive 2011/92/EU on the assessment of the effects of specific public and private projects on the environment must be interpreted as not precluding national legislation which lays down an upper limit on the size of the area that may be covered by a hydrocarbon exploration permits, but does not expressly prohibit granting the same operator more than one permit for adjacent regions that together cover an area exceeding that limit, provided that doing so is such as to ensure the best possible exercise of the exploration activity concerned from both a technical and economic

point of view and the achievement of the objectives pursued by Directive 94/22.

Keywords: authorisation; hydrocarbons; assessment; project; environment.

Introducción

Vamos a ver en este trabajo una reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante TJUE) sobre autorizaciones relativas a hidrocarburos y su relación con el medio ambiente. El pronunciamiento judicial se produce al hilo de una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de la Directiva 94/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos⁷. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre la Región de Apulia, Italia y el Ministerio de Medio Ambiente y Protección del Territorio y del Litoral Marítimo; en lo sucesivo, «Ministerio de Medio Ambiente», el Ministerio del Patrimonio, Actividades Culturales y Turismo, el Ministerio de Desarrollo Económico, la Presidencia del Consejo de Ministros, Comisión técnica de verificación del impacto ambiental, en lo relativo a las solicitudes presentadas por Global Petroleum Ltd con el fin de obtener permisos para llevar a cabo exploraciones en zonas contiguas entre sí, localizadas a lo largo de la costa de Apulia⁸.

El presente trabajo pretende, siguiendo una metodología descriptiva, dar noticia de este litigio por su evidente interés para el medio ambiente y para la industria del petróleo. Es evidente que este sector aporta grandes beneficios a la sociedad. Pero no lo es menos que sin un control riguroso, como ha ocurrido en otras industrias extractivas⁹, puede ocasionar daños al

⁷ DO 1994, L 164, p. 3.

⁸ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de enero de 2022, Asunto C110/20.

⁹ Para el caso brasileño resulta especialmente paradigmático el caso minero. Véase CAÚLA, Bleine Queiroz; SOUTO; Emanuelle Coelho de; ROCHA, Karine Menezes. Olhos de lince sobre as soluções mediadas no contexto dos desastres ambientais minerais. In: MIRANDA,

medio ambiente considerables. De ahí la importancia de la evaluación ambiental¹⁰.

1 Marco jurídico de la Unión Europea y de Italia

El marco comunitario viene determinado por dos Directivas¹¹.

En primer lugar debemos citar la Directiva 94/22¹². Con arreglo a su art. 2: «1. Los Estados miembros conservarán el derecho a determinar dentro de sus territorios respectivos las zonas en las que quedará autorizado¹³ el ejercicio de actividades de

Jorge; GOMES, Carla Amado; CIAMMARICONI, Anna (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2021, p. 31-64.

¹⁰ En el caso de España un excelente ejemplo puede verse en UTRERA CARO, Sebastián Félix. Régimen jurídico de las minicentrales hidroeléctricas, con especial atención a sus aspectos ambientales. In: ROSA MORENO, Juan (dir.); VALENCIA MARTÍN, Germán (dir.). *Derecho y energías renovables*. Cizur Menor (Navarra): editorial Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, p. 797-855.

¹¹ Sobre el sistema de fuentes comunitario resulta de indispensable consulta la obra de ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Sistema jurídico de la Unión Europea*. 4. ed. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2014.

¹² Sus considerandos cuarto, sexto, séptimo y noveno disponen lo siguiente: «Considerando que los Estados miembros tienen soberanía y derechos soberanos sobre los recursos de hidrocarburos situados en sus territorios; [...] Considerando que procede garantizar el acceso no discriminatorio a las actividades relacionadas con la prospección, exploración y producción de hidrocarburos y el ejercicio de las mismas, en condiciones que favorezcan una mayor competencia en este sector, contribuyendo así a una óptima prospección, exploración y producción de los recursos de los Estados miembros y a potenciar la integración del mercado interior de la energía; Considerando que, con este fin, es necesario establecer normas comunes que garanticen que los procedimientos de concesión de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos estén abiertos a todas las entidades que posean las capacidades necesarias; que la concesión de las autorizaciones se debe basar en criterios objetivos y de dominio público y que las condiciones a las que esté sometida deben asimismo ser conocidas previamente por todas las entidades que participen en el procedimiento; [...] Considerando que la extensión de las zonas cubiertas por una autorización y la duración de las autorizaciones deben quedar limitadas con el fin de evitar que una entidad tenga reservado un derecho exclusivo sobre zonas en las que la prospección, exploración y producción se puedan realizar más eficazmente por varias entidades».

¹³ El art. 1 de la Directiva 94/22 dispone que: «A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: [...] 3) “autorización”: toda disposición legal, reglamentaria, administrativa o contractual, o instrumento producido al amparo de la misma, en virtud de los cuales las autoridades competentes de un Estado miembro facultan a una entidad para ejercer, por su cuenta y riesgo, el derecho exclusivo de efectuar prospecciones o exploraciones o producir hidrocarburos en una zona geográfica. Podrá concederse una autorización para cada una de

prospección, exploración y producción de hidrocarburos. 2. Siempre que el ejercicio de las actividades mencionadas en el apartado 1 quede autorizado en una zona, los Estados miembros deberán garantizar que no haya discriminación entre entidades en lo relativo al acceso a esas actividades y al ejercicio de las mismas [...].

Por su parte su art. 3 establece:

1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para que la concesión de autorizaciones se efectúe mediante un procedimiento que permita a todas las entidades interesadas presentar una solicitud con arreglo al apartado 2 o al apartado 3. 2. Dicho procedimiento se abrirá: a) bien por iniciativa de las autoridades competentes, mediante un anuncio que invite a presentar solicitudes publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas al menos 90 días antes de la fecha límite de presentación de solicitudes, b) o bien, tras la presentación de una solicitud por parte de una entidad, mediante la publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de un anuncio que invite a presentar solicitudes, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 2. Las demás entidades interesadas dispondrán de un plazo de al menos 90 días a partir de la publicación para presentar a su vez una solicitud. En el anuncio se especificará el tipo de autorización y la zona o zonas geográficas que hayan sido

dichas actividades o para varias de ellas; [...]». Sobre la autorización administrativa se puede consultar la excelente obra de FERNÁNDEZ FARRERES, German. Sistema de Derecho Administrativo II. 5. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2020. V. II. Destaca este autor (p. 43) que la “autorización administrativa (denominada en ocasiones licencia, permiso, etc.) es una técnica característica de la actividad de limitación. Con carácter general, la autorización opera como un mecanismo que trata de asegurar que la actividad que los particulares pretenden desarrollar se lleve a cabo con sujeción a los requisitos y exigencias establecidos por la ley”.

o puedan ser objeto de una solicitud, así como la fecha o el plazo previstos para la concesión de la autorización. [...] 4. Los Estados miembros podrán decidir no aplicar las disposiciones del apartado 1 cuando y en la medida en que motivos de carácter geológico o de producción justifiquen la concesión de la autorización para una zona al titular de una autorización para una zona contigua. El Estado miembro de que se trate garantizará que en dicho caso los titulares de autorizaciones de cualquier zona contigua puedan presentar solicitudes y se les dé tiempo suficiente para hacerlo. [...].

Finalmente, destacar que su art. 4 establece:

Los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para que: a) cuando la delimitación de las zonas geográficas no obedezca a una división geométrica previa del territorio, la amplitud de cada una de ellas se determine de modo que su superficie no sobrepase la que resulte justificada para garantizar el ejercicio óptimo de las actividades desde el punto de vista técnico y económico. En caso de autorizaciones concedidas con arreglo a los procedimientos establecidos en el apartado 2 del artículo 3, se establecerán criterios objetivos al efecto, que se pondrán en conocimiento de las entidades antes de la presentación de las solicitudes; b) la duración de la autorización no sobrepase la que sea necesaria para llevar a cabo las actividades para las que haya sido concedida. Sin embargo, las autoridades competentes podrán prorrogar la duración de la autorización cuando el período estipulado en

la autorización sea insuficiente para concluir la actividad de que se trate, y siempre que la actividad se haya llevado a cabo de conformidad con la autorización; c) las entidades no sigan ostentando derechos exclusivos en la zona geográfica para la que hayan sido autorizadas, por más tiempo del necesario para llevar a cabo adecuadamente las actividades autorizadas.

En segundo lugar hay que citar la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (en lo sucesivo, «Directiva EIA».)¹⁴. Su art.4 dispone lo siguiente:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2, apartado 4, los proyectos enumerados en el anexo I serán objeto de una evaluación de conformidad con lo establecido en los artículos 5 a 10. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2, apartado 4, por lo que respecta a los proyectos enumerados en el anexo II, los Estados miembros determinarán si el proyecto será objeto de una evaluación de conformidad con lo establecido en los artículos 5 a 10. Los Estados miembros realizarán dicha determinación: a) mediante un estudio caso por caso, o b) mediante umbrales o criterios establecidos por el Estado miembro. [...] 3. Cuando se examine caso por caso o se establezcan umbrales o criterios a los efectos del apartado 2, se tendrán en cuenta los criterios pertinentes de selección establecidos en el anexo III. [...]

En lo que hace referencia al Derecho italiano se debe tener en cuenta el art. 6 de la Ley ^o 9 por la que se establecen normas

¹⁴ DO 2012, L 26, p. 1.

para la ejecución del nuevo plan energético nacional: aspectos institucionales, centrales hidroeléctricas y líneas eléctricas, hidrocarburos y energía geotérmica, autogeneración y disposiciones tributarias, de 9 de enero de 1991¹⁵. Dicho precepto establece que:

El permiso de exploración se concederá mediante decreto del Ministro de Industria, Comercio e Industrias Artesanales, oídos el Comité técnico para los hidrocarburos y la geotermia [...], de común acuerdo, dentro de sus respectivas competencias, con el Ministro de Medio Ambiente y con el Ministro de la Marina Mercante en lo que se refiere a las exigencias relativas a la actividad que debe ejercerse en el dominio público marítimo, las aguas territoriales y la plataforma continental. 2. El área del permiso de exploración deberá ser tal que permita el desarrollo racional del programa de exploración y, en cualquier caso, no podrá superar la extensión de 750 km²; el área del permiso podrá incluir zonas adyacentes de tierra y mar. 3. Si el Ministro de Industria, Comercio e Industrias Artesanales considera que el área solicitada no tiene las dimensiones suficientes ni una configuración racional en relación con la óptima finalidad de la exploración, estará facultado para denegar el permiso de exploración en tanto no se posibilite la unificación de esa misma área con áreas limítrofes. 4. La duración del permiso será de seis años. 5. El titular del permiso tendrá derecho a dos prórrogas sucesivas de tres años cada una, si ha cumplido con las obligaciones derivadas del permiso. 6. Al titular del

¹⁵ Suplemento ordinario al GURI n.º 13, de 16 de enero de 1991.

permiso se le podrá conceder una prórroga adicional en caso de que, al expirar definitivamente el permiso, todavía sigan realizándose trabajos de perforación o pruebas de producción por motivos no imputables a su inacción, negligencia o falta de pericia. La prórroga se concederá por el tiempo necesario para la conclusión de los trabajos y, en todo caso, por una duración que no excederá de un año. La programación técnica y financiera detallada del nuevo período de trabajos se aprobará junto con la decisión de prórroga¹⁶.

2 Los hechos del conflicto

“Global Petroleum” es una sociedad australiana que desarrolla su actividad en el sector de los hidrocarburos en alta mar. Presentó ante el Ministerio de Desarrollo Económico cuatro solicitudes con el fin de obtener los correspondientes permisos para realizar una exploración en zonas contiguas, situadas frente a la costa de Apulia, de una superficie ligeramente inferior a 750 km² cada una. Estaba obligada a obtener decisiones que declarasen la compatibilidad con el medio ambiente de los proyec-

¹⁶ El Decreto del Ministerio de Desarrollo Económico, de 15 de julio de 2015, sobre los procedimientos operativos para la ejecución del Decreto Ministerial de 25 de marzo de 2015 y los procedimientos para la prospección, exploración y producción de hidrocarburos líquidos y gaseosos y los correspondientes controles, en el sentido del art. 19, apartado 6, del mencionado Decreto Ministerial (GURI n.º 204, de 3 de septiembre de 2015), regula el procedimiento de publicación de las solicitudes de permisos de exploración y el de selección de los operadores. El art. 9, apartado 4, de dicho Decreto establece, en particular, que, dentro de los 90 días siguientes a la comunicación por el Ministerio del resultado motivado de la licitación a cada uno de los solicitantes o, en los casos en que no se haya presentado ninguna solicitud competidora, dentro de los 90 días siguientes a la fecha de terminación del período de licitación, el solicitante presentará a la autoridad competente una solicitud de evaluación del impacto ambiental. El art. 14, apartado 1, de dicho Decreto establece que varios permisos de investigación o títulos de concesión únicos en la fase de exploración pueden ser atribuidos a un único operador, directamente o a través de entidades que ejerzan control sobre dicho operador, o que este controle o que formen parte del mismo grupo de sociedades que dicho operador, siempre que la zona total no supere los 10 000 km².

tos de estudios sísmicos que pretendía realizar en las zonas afectadas mediante la técnica denominada «air gun»¹⁷. Por eso presentó ante el Ministerio de Medio Ambiente cuatro solicitudes dirigidas a obtener una evaluación de las repercusiones de esos proyectos sobre el medio ambiente. Mediante cuatro Decretos (en lo sucesivo, «Decretos impugnados»), el Ministerio de Medio Ambiente y el Ministerio de Patrimonio, Actividades Culturales y Turismo declararon que los proyectos controvertidos eran compatibles con el medio ambiente. La Región de Apulia interpuso recurso contra cada uno de los Decretos impugnados ante el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, solicitando su anulación, alegando que dichos Decretos infringían el art. 6, apartado 2, de la Ley n.º 9/1991, que establece que la zona abarcada por el permiso de investigación no podrá exceder de 750 km². Consideró que este límite de superficie no se aplicaba a cada permiso considerado de forma individual, sino al operador, de modo que a este no se le podían conceder varios permisos relativos, en conjunto, a una zona de una superficie total superior a dicho límite. Dicho órgano jurisdiccional

¹⁷ En https://es.wikipedia.org/wiki/Fuente_s%C3%ADsmica. Acceso en: 7 sep. 2022, se explica lo siguiente: “Una pistola de aire es utilizada para relevamientos de reflexión y refracción marinos. La misma consiste de una o más cámaras neumáticas que son presurizadas con aire a presiones entre 14 a 21 MPa. Las pistolas de aire se encuentran sumergidas bajo la superficie del agua, y son arrastradas por un barco. Al disparar una pistola de aire, se produce la abertura de una válvula solenoide, que libera aire en una cámara de disparo la que a su vez fuerza el desplazamiento de un pistón, permitiendo así que el aire escape de la cámara principal y produciendo un pulso de energía acústica”. La pistola se encuentra dentro de las fuentes sísmicas las cuales se definen del siguiente modo: “Una fuente sísmica es un dispositivo que genera energía sísmica en forma controlada, y que se utiliza para realizar relevamientos sísmicos mediante técnicas de reflexión y refracción. Una fuente sísmica puede ser simple, como por ejemplo dinamita, o puede utilizar tecnologías más sofisticadas, como por ejemplo una pistola de aire. Una fuente sísmica produce pulsos individuales o secuencias continuas de excitación de energía, que generan ondas sísmicas, que viajan a través de medios tales como agua o estratos rocosos. Algunas de las ondas se reflejan y refractan y son registradas por receptores, tales como geófonos o hidrófonos. Las fuentes sísmicas son utilizadas para investigar la estructura del suelo en cercanías de la superficie o, para caracterizar el suelo de un sitio, o para estudiar estructuras profundas sea en búsqueda de petróleo o depósitos minerales, o para investigar fallas debajo de la superficie o realizar otras investigaciones científicas. Las señales emitidas por las fuentes, que regresan a la superficie son registradas por sensores sísmicos (geófonos o hidrófonos) ubicados en posiciones apropiadas. Las señales registradas son luego procesadas mediante algoritmos matemáticos apropiados y son interpretadas por especialistas que permiten obtener información inteligible sobre las características del suelo bajo la superficie”.

onal desestimó los recursos interpuestos por la Región de Apulia. Estimó que Global Petroleum podía obtener varios permisos de exploración, incluso para zonas contiguas, a condición de que cada solicitud de permiso se refiriera a una zona de una superficie inferior a 750 km² y de que cada permiso se expidiera al término de un procedimiento separado. La Región de Apulia interpuso recurso de apelación contra dichas sentencias ante el Consejo de Estado basándose, en esencia, en la misma argumentación que había desarrollado en primera instancia.

El Consejo de Estado se preguntó, en particular, sobre la interpretación de los arts. 3, apartado 2, y 4 de la Directiva 94/22, en la medida en que esta última no tiene por objeto fomentar una mera competencia «por el mercado», consistente en seleccionar operadores mediante mecanismos competitivos, sino una competencia «en el mercado», basada en la participación del mayor número de operadores competidores. En su opinión, el referido art. 4 debía interpretarse en el sentido de que obliga a los Estados miembros a fijar una única dimensión óptima en el espacio y en el tiempo a efectos de la concesión de las autorizaciones a que se refiere dicho artículo, de modo que se evite que dichas autorizaciones se concedan a operadores poco numerosos, o incluso a un único operador. Según este órgano jurisdiccional, la supresión, por la Ley nº 9/1991, del límite de extensión máxima global de 1.000.000 de hectáreas para los permisos que podían ser concedidos a un mismo operador era contraria al objetivo de favorecer la competencia perseguido por la Directiva 94/22. Considera que carecía de pertinencia para esta apreciación el hecho de que los Decretos de 22 de marzo de 2011 y de 15 de julio de 2015 hubiesen conservado el límite máximo de 10.000 km² por operador. En esas circunstancias, el Consejo de Estado decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE una cuestión prejudicial.

3 La discusión sobre la admisibilidad del recurso

El Gobierno italiano alegó una excepción de inadmisibilidad de la cuestión prejudicial planteada. En primer lugar, explicó que el litigio planteado ante el órgano jurisdiccional remitente se refería a la legalidad de actos que afectaban a la evaluación del

impacto de los proyectos de que se trataba en el litigio principal sobre el medio ambiente, que se basaba en la aplicación de las normas en materia medioambiental, mientras que la cuestión planteada se refería a la interpretación de la Directiva 94/22. En segundo lugar, el citado Gobierno consideró que la Región de Apulia carecía de un interés directo y real en ejercitar la acción, ya que las solicitudes de permiso de que se trataba en el litigio principal se referían a zonas adyacentes a la costa que formaban parte de las aguas territoriales, cuya competencia exclusiva correspondía al Estado. En tercer lugar, el Gobierno italiano alegó que dichos permisos aún no habían sido concedidos, ya que su concesión, al igual que la de cualquier otro permiso de exploración, está suspendida hasta la aprobación previa de un instrumento de planificación general de las actividades mineras en el territorio nacional.

El TJUE no va a aceptar estos argumentos y va a declarar admisible la demanda. Comienza recordando que, según su reiterada jurisprudencia, en el marco de la cooperación entre dicho Tribunal y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante TFUE), corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio y debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar su sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse¹⁸.

La negativa del TJUE a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional solamente está justificada cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho y de

¹⁸ Ver Sentencia de 15 de julio de 2021, *The Department for Communities in Northern Ireland*, C709/20, EU:C:2021:602, apartado 54.

Derecho necesarios para responder adecuadamente a las cuestiones que se le hayan planteado¹⁹.

Aclara el TJUE que, en el caso de autos, el hecho de que la petición de decisión prejudicial se refiera a la interpretación de la Directiva 94/22, mientras que el litigio principal tiene por objeto recursos interpuestos contra los Decretos impugnados, que fueron adoptados sobre la base de la normativa nacional que transpone el art. 4, apartado 2, de la Directiva EIA, no resulta en que se deba declarar la inadmisibilidad de esta cuestión.

En efecto, el Consejo de Estado italiano ha precisado que esos Decretos se adoptaron en el contexto de un procedimiento relativo a las solicitudes de permisos de exploración de hidrocarburos, regulado por las disposiciones nacionales que transponen la Directiva 94/22. En concreto, conforme al Derecho italiano, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental llevado a cabo sobre la base de la normativa nacional que transpone la Directiva EIA forma parte integrante del procedimiento de concesión de los referidos permisos. Por lo tanto, esos dos procedimientos no se excluyen mutuamente, sino que, por el contrario, son complementarios. También ha indicado que la resolución del litigio de que conoce depende de la respuesta que dé el Tribunal de Justicia a la cuestión planteada. Dicho órgano jurisdiccional subraya que, si el TJUE respondiera a la cuestión planteada en el sentido de que la Directiva 94/22 se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, los proyectos objeto de las solicitudes de permiso de exploración destinados a abarcar una superficie total superior a 750 km² no podrían ser autorizados y los Decretos impugnados, adoptados en el marco del procedimiento de evaluación de su impacto sobre el medio ambiente, deberían ser anulados.

En cuanto a la alegación, formulada por el Gobierno italiano, de que las actividades de exploración y producción en aguas territoriales son competencia exclusiva del Estado italiano y que la Región de Apulia no acredita un interés para impugnar la legalidad de los Decretos impugnados, señala el TJUE que esta alegación se refiere a la cuestión del interés en ejercitar la acción

¹⁹ Ver sentencia de 15 de julio de 2021, The Department for Communities in Northern Ireland, C709/20, EU:C:2021:602, apartado 55.

ante los órganos jurisdiccionales italianos, que carece de pertinencia para apreciar la admisibilidad de la cuestión planteada²⁰. Asimismo, el Consejo de Estado debe apreciar las eventuales consecuencias sobre el procedimiento principal de la supuesta suspensión de todos los procedimientos en tramitación para la expedición de nuevos permisos de exploración. Finalmente, destaca el TJUE que, como hizo el Abogado General en el punto 27 de sus conclusiones, procede señalar que, dado que este procedimiento continúa su tramitación, la presente cuestión prejudicial no es de naturaleza hipotética.

4 La resolución del problema de fondo

El Consejo de Estado preguntó, esencialmente, si la Directiva 94/22 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece un límite máximo a la extensión de la zona abarcada por un permiso de exploración de hidrocarburos, pero no prohíbe conceder a un mismo operador varios permisos para zonas contiguas que abarquen, conjuntamente, una superficie superior a dicho límite. Dicho órgano jurisdiccional pregunta, en particular, si corresponde a los Estados miembros delimitar de manera óptima, en el tiempo y en el espacio, las zonas objeto de los permisos de exploración, con el fin de impedir la concentración de tales permisos en manos de operadores poco numerosos, o incluso de un único operador²¹.

La Región de Apulia subrayó, a este respecto, que la misma sociedad, a saber, Global Petroleum, presentó casi simultáneamente cuatro solicitudes de permisos de exploración, relativas a zonas contiguas. Esta Región alegó que la posibilidad de que un mismo operador presentase tales solicitudes permitía fraccionar

²⁰ Ver Sentencia de 15 de octubre de 2009, Acoset, C196/08, EU:C:2009:628, apartados 33 y 34.

²¹ En concreto la pregunta fue la siguiente: «¿Debe interpretarse la Directiva [94/22] en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la descrita que, por un lado, define como óptima para la expedición de una autorización de exploración de hidrocarburos un área de una extensión determinada, otorgada por un período de tiempo determinado —en el caso de autos, un área de 750 kilómetros cuadrados durante seis años— y, por otro lado, permite superar dichos límites mediante la expedición, al mismo sujeto, de más autorizaciones de exploración contiguas, siempre que sean expedidas al término de distintos procedimientos administrativos?»

un permiso correspondiente en realidad a un único proyecto de exploración. Tal situación implicaría eludir la normativa de la Unión, así como consecuencias perjudiciales no solo desde el punto de vista de la competencia, sino también para el medio ambiente, debido a las técnicas de exploración utilizadas.

Recuerda el TJUE que la Directiva 94/22 tiene por objeto, en particular, como enuncia su séptimo considerando, establecer normas comunes que garanticen que los procedimientos de concesión de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos estén abiertos a todas las entidades que posean las capacidades necesarias y que la concesión de las autorizaciones se base en criterios objetivos y de dominio público²².

Por lo que respecta, en primer lugar, a la extensión de las zonas geográficas abarcadas por los permisos de exploración de hidrocarburos concedidos sobre la base de la Directiva 94/22, a la luz de lo dispuesto en su cuarto considerandos cuarto y noveno y de sus arts. 2, apartado 1, y 4, letras a) y c), arriba citados, se desprende que dicha Directiva no se opone a una normativa nacional que delimite la zona geográfica y la duración para las que puede concederse una autorización, si bien estas limitaciones deben permitir garantizar el mejor ejercicio posible de las actividades tanto desde el punto de vista técnico como económico.

En segundo lugar, por lo que respecta al número de autorizaciones que pueden ser solicitadas o poseídas por una entidad, recuerda que, con arreglo al art. 1 de la Directiva 94/22, y su sexto considerando, se desprende que los Estados miembros deben garantizar el acceso no discriminatorio a las actividades relacionadas con la prospección, exploración y producción de hidrocarburos, con el fin de favorecer una mayor competencia en este sector, contribuyendo así a optimizar dichas actividades y a potenciar la integración del mercado interior de la energía.

²² Como señaló el Abogado General en los puntos 51 y 52 de sus conclusiones, las normas establecidas en la Directiva 94/22 forman parte del cuerpo normativo sobre contratación pública.

Asimismo, tras recordar el art. 2, apartado 2²³, destaca que del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 94/22 resulta que corresponde a los Estados miembros adoptar las disposiciones necesarias para garantizar que las autorizaciones se concedan al término de procedimientos transparentes que permitan a todas las entidades interesadas presentar solicitudes con el fin de tener acceso, en idénticas condiciones, a dichas actividades y a su ejercicio. Como excepción a este principio, por lo que respecta a las zonas contiguas, el artículo 3, apartado 4²⁴, de dicha Directiva exime a los Estados miembros de recurrir a dichos procedimientos en la medida allí citada. Además, por lo que respecta a la cuestión de si la Directiva 94/22 exige que el ejercicio de las actividades de prospección, exploración y producción de hidrocarburos se limite a una única zona por operador, es preciso señalar que esta Directiva no establece ninguna limitación en cuanto al número de autorizaciones o al número de entidades a las que pueden concederse las autorizaciones. No obstante, advierte el Tribunal europeo que incumbe al Estado miembro velar por que toda solicitud de autorización de explotación se someta a los procedimientos y exigencias que impone el art. 3 de la Directiva 94/22, sin perjuicio de la excepción prevista en el apartado 4 de dicho artículo, y porque, en este contexto, se respeten las exigencias de transparencia y de no discriminación, principios estos que revisten una especial importancia para alcanzar el objetivo, perseguido por las normas de adjudicación de contratos públicos, consistente en garantizar el mismo acceso al mercado a todas las entidades interesadas²⁵. Por tanto, considera que es preciso asegurarse de que la delimitación de las zonas geográficas y las normas relativas a los procedimientos y a las modalidades de concesión de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos permiten garantizar la transparencia y el acceso no discriminatorio a las actividades de prospección, exploración y producción de hidrocarburos, y su ejercicio, en condiciones que favorezcan una mayor competencia en este

²³ Ver sentencia de 7 de noviembre de 2019, *Eni y Shell Italia E & P*, C364/18 y C365/18, EU:C:2019:938, apartado 23.

²⁴ Recuerda que, como señaló el Abogado General en el punto 37 de sus conclusiones, de la disposición citada se desprende que, para las zonas contiguas, pueden concederse varias autorizaciones a un mismo operador.

²⁵ Esto lo señaló el Abogado General en el punto 51 de sus conclusiones.

sector, contribuyendo así a una óptima prospección, exploración y producción de los recursos de los Estados miembros y a potenciar la integración del mercado interior de la energía.

En el caso de autos, señala el TJUE que, cuando la normativa italiana establece que la zona abarcada por una autorización de exploración de hidrocarburos debe permitir el desarrollo racional del programa de exploración sin que pueda exceder de una superficie de 750 km², debe considerarse que esta extensión permite garantizar el mejor ejercicio posible de las actividades tanto desde el punto de vista técnico como económico, como exige el art. 4, letra a), de la Directiva 94/22. No obstante, advierte que si la normativa de ese Estado miembro admite que un mismo operador solicite varias autorizaciones, sin limitar su número, es preciso asegurarse entonces de que la superficie abarcada por esas autorizaciones, consideradas conjuntamente, permite garantizar también el mejor ejercicio posible de las actividades tanto desde el punto de vista técnico como económico, y de que no pueda, habida cuenta de los derechos exclusivos vinculados a tales autorizaciones, poner en peligro la consecución de los objetivos perseguidos por la Directiva 94/22, tal y como queda explicado antes.

Pasa a continuación el TJUE a considerar que los Decretos impugnados fueron adoptados en el contexto del procedimiento de evaluación del impacto ambiental de los proyectos objeto de las solicitudes de permisos de exploración. A este respecto, señala que de los autos que obran en su poder se desprende que la delimitación de las zonas geográficas abiertas a la prospección, exploración y producción, prevista en el art. 6, apartado 2, de la Ley nº 9/1991, se refiere tanto al procedimiento de concesión de una autorización de exploración como al procedimiento de evaluación del impacto ambiental de los proyectos de exploración, y que el procedimiento administrativo controvertido en el litigio principal tiene por objeto, en particular, proteger intereses relativos a la protección del medio ambiente.

Sobre este extremo, el Consejo de Estado italiano precisó que la técnica utilizada por Global Petroleum Limited para buscar hidrocarburos, que consistía en utilizar un generador de aire comprimido a alta presión, denominado «air gun», para generar ondas sísmicas que entran en contacto con el fondo marino, podía ser perjudicial para la fauna marina y que, por esta razón,

procedía someter esos proyectos a una evaluación del impacto sobre el medio ambiente con arreglo a la Directiva EIA.

Precisa el TJUE que, aunque la cuestión prejudicial versa sobre la interpretación de la Directiva 94/22, para dar una respuesta completa al Consejo de Estado italiano, es preciso examinar también si la facultad de conceder a un mismo operador varios permisos para zonas contiguas que abarquen, conjuntamente, una superficie superior a la que el legislador nacional considera apta para permitir el desarrollo racional del programa de exploración, se ajusta a las exigencias derivadas de la Directiva EIA. Sobre esto apunta lo siguiente:

A este respecto, procede recordar que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a esta última Directiva, la toma en consideración de los efectos acumulados de proyectos como los controvertidos en el litigio principal puede resultar necesaria para evitar que se eluda la normativa de la Unión fraccionando proyectos que, considerados conjuntamente, pueden tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente²⁶. En el caso de autos, como ha señalado la Comisión Europea, corresponde a las autoridades nacionales competentes tener en cuenta todas las consecuencias medioambientales derivadas de las delimitaciones en el tiempo y en el espacio de las zonas abarcadas por los permisos de exploración de hidrocarburos. Por lo tanto, procede considerar que, si la normativa italiana admite que un mismo operador solicite varios permisos de exploración de hidrocarburos, sin limitar su número, es preciso, en el contexto de la evaluación del

²⁶ Ver Sentencias de 21 de marzo de 2013, Salzburger Flughafen, C244/12, EU:C:2013:203, apartado 37 y jurisprudencia citada, y de 14 de enero de 2016, Comisión/Bulgaria, C141/14, EU:C:2016:8, apartado 95.

impacto sobre el medio ambiente efectuada de conformidad con el artículo 4, apartados 2 y 3, de la Directiva EIA, apreciar también el impacto acumulado de los proyectos presentados por dicho operador en sus solicitudes de permisos de exploración de hidrocarburos que pueden tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente.

Por todo ello, el TJUE concluye que, habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que la Directiva 94/22 y el artículo 4, apartados 2 y 3, de la Directiva EIA deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que establece un límite máximo a la extensión de la zona abarcada por un permiso de exploración de hidrocarburos, pero no prohíbe expresamente conceder a un mismo operador varios permisos para zonas contiguas que abarquen, conjuntamente, una superficie superior a dicho límite, siempre que tal concesión permita garantizar el mejor ejercicio posible de la actividad de exploración de que se trate tanto desde un punto de vista técnico como económico, así como alcanzar los objetivos perseguidos por la Directiva 94/22.

Consideraciones finales

El problema afrontado en este conflicto tiene una doble naturaleza: la económica y la medioambiental. En ambos casos, sin embargo, se está incidiendo de manera tácita en la defensa del principio de igualdad económica a la hora de competir en las actividades de prospección, exploración y producción con el fin de optimizar los recursos públicos y estatales por medio de la gestión indirecta de los mismos.

El Tribunal se muestra comprensivo con la misma dinámica de economías de escala de las industrias petroleras, impresas por un marcado carácter vertical en su estructuración, al permitir un agrupamiento simultáneo de las solicitudes de exploración en zonas contiguas con el fin de evitar la disuasión en la exploración de grandes compañías. Para esto se debe demostrar que

no se pierde la eficiencia buscada en la planificación original para no disminuir la competencia “en el mercado” y mutarla silenciosamente en “por el mercado”.

El impacto acumulado medioambiental juega, en el mismo plano económico, el mismo papel de evitar los efectos distorsionadores de la competencia al considerar los perjuicios sobre el sumatorio de todas las zonas sin soslayar las externalidades negativas medioambientales.

Referencias

ALONSO GARCÍA, Ricardo, Sistema jurídico de la Unión Europea, 4. ed. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2014.

CAÚLA, Bleine Queiroz; SOUTO; Emanuelle Coelho de; ROCHA, Karine Menezes. Olhos de lince sobre as soluções medidas no contexto dos desastres ambientais minerais. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; CIAMMARICONI, Anna (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 17. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2021, p. 31-64. Disponível em: http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2021/05/mi_olo-digital-dialogo-ambiental.-v.-17.-com-capa..pdf. Acesso em: 9 sep. 2022.

FERNÁNDEZ FARRERES, German. **Sistema de Derecho Administrativo II**. 5. ed. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2020. V. II.

UTRERA CARO, Sebastián Félix. Régimen jurídico de las minicentrales hidroeléctricas, con especial atención a sus aspectos ambientales. *In*: ROSA MORENO, Juan (dir.); VALENCIA MARTÍN, Germán (dir.). **Derecho y energías renovables**. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, p. 797- 855.

**CRÍTICA E RESILIÊNCIA DO “ZONAMENTO” COMO
CONCEITO URBANÍSTICO**

Criticism and resilience of “zoning” as an urbanistic concept

CARLOS ALMEIDA MARQUES

Carlos Almeida Marques

Doutor pela Universidade Complutense de Madrid e pela Universidade Técnica de Lisboa; Investigador Integrado do Centro de Investigação em Arquitetura, Urbanismo e Design, Faculdade de Arquitetura, Universidade de Lisboa; Investigador do Centro de Administração e Políticas Públicas, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Universidade de Lisboa. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0592-6537>. E-mail: ca.marques@iscsp.ulisboa.pt

Resumo: Desde o início do século 20 a divisão do solo urbano segundo os princípios do racionalismo funcional institucionalizou-se internacionalmente na figura do *zonamento*. Este conceito vai ser confrontado com o surgimento do existencialismo social que caracteriza a Europa do segundo pós-guerra. Novos conceitos e terminologias vão ser introduzidas na teoria e no vocabulário do urbanismo como a *sustentabilidade urbana*, a *coesão territorial* a *coesão social*, ou a ideia do *regresso à história e à memória dos lugares*, que assinalam o processo de transição para a uma renovada visão da fenomenologia urbana. A metodologia da pesquisa adotou dois métodos complementares, o método comparativo e o método tipológico. Embora, as insuficiências do modelo funcionalista tenham sido objeto de múltiplas críticas, o zonamento, enquanto prática urbanística, continua a ser adotado como instrumento de base, no planeamento regional e urbano e se converteu, nos últimos 100 anos, em «doutrina urbanística». Explicar a sua resiliência é a tarefa que propomos desenvolver neste artigo.

Palavras-chave: zonamento; urbano; paradigma; cidade funcional; regime jurídico.

Abstract: Since the beginning of the 20th century the division of urban soil according to principles of functional rationalism has been institutionalized in *zoning* at international level. This concept will be confronted with the emergence of social existentialism that characterizes Europe's second post-war period. New concepts and terminologies will be introduced into the theory and vocabulary of urbanism, like *urban*

sustainability, territorial cohesion, *social cohesion*, or the idea of *returning to history and the memory of places*, stressing the transition process to a renewed vision of the urban phenomenology. The research methodology adopted two complementary methods, the comparative method and the typological method. Although the shortcomings of the functionalist model have been the subject of multiple criticisms, *zoning*, as an urbanistic practice, continues to be adopted as a basic instrument in regional and urban planning and has become, in the last 100 years, an 'urbanistic doctrine'. What explains this resilience is the task we propose to develop in this paper.

Keywords: zoning; urban; paradigm; functional city; urban law.

Introdução

As dinâmicas urbanas da cidade pós-industrial, levaram os urbanistas a desenvolver novas propostas de planeamento e gestão das cidades. Tomamos como ponto de partida da nossa reflexão o conceito de «Cidade funcional» que, nos anos 30 do século passado, surge como paradigma urbanístico à escala internacional, a acompanhar as transformações que o liberalismo económico irá fazer refletir numa nova divisão social do espaço e numa intensificação do uso e da ocupação do solo. Será esse o objeto do primeiro capítulo, onde analisaremos, do ponto de vista histórico-conceptual, os princípios base do funcionalismo e do «zonamento» como metodologia e sistema operativo de classificação do solo. Hoje, a Cidade funcional enquanto modelo e o zonamento como instrumento de sistematização espacial, estão ambos associados à ideia de planeamento urbano tradicional, cujas abordagens e metodologias têm vindo a ser reavaliadas e recompostas em novas visões e políticas de cidade.

No segundo capítulo desenvolvemos, uma reflexão crítica aos constrangimentos doutrinários e fragilidades operativas deste modelo urbanístico tendo em atenção a diversidade e heterogeneidade que caracterizam as novas lógicas culturais e

económicas que se formaram no seio da sociedade contemporânea. Embora persistam diversas questões sobre os caminhos a seguir, destacamos a importância de superar uma abordagem urbanística estritamente funcionalista, considerada por muitos autores, como solução insuficiente para, de modo coerente «construir cidade» e articular com eficiência o «corpo urbano» frente às complexas dinâmicas de territorialização atuais.

No âmbito da ciência dos assentamentos humanos, no terceiro capítulo, apresentam-se algumas novas estratégias territoriais, onde é manifesta a formulação de uma teoria dos sistemas gerais e o desenvolvimento de comunicação eficaz entre as disciplinas científicas, num quadro teórico transdisciplinar que enfatiza uma abordagem holística aplicável a uma variedade de áreas de conhecimento. As agendas urbanas, emanadas por organizações internacionais, revelam a decisiva produção de novos paradigmas urbanísticos, no contexto do processo de transição de um conceito de «cidade função» para o de «cidade organização».

No quarto capítulo, procuramos mostrar alguns exemplos que evidenciam a resiliência instrumental do zonamento. Este, apesar das reinterpretações teóricas e técnicas, assinaladas nos capítulos anteriores, continua a ser incluído ao nível nacional e regional, nos regimes jurídicos de ordenamento do território no processo de divisão, classificação, e parametrização do uso e ocupação do solo em complexos padrões espaciais, dentro e fora das áreas urbanas. De tal forma o zonamento é uma constante ativa do planeamento urbano, que será válido questionar: *Em que medida o zonamento, constitui ele próprio, uma condicionante do modo como vemos a cidade, projetamos o seu espaço físico e organizamos o seu corpo social?* Uma questão que abordamos nas considerações finais, mas que terá de ser objeto de futuras investigações para uma melhor compreensão dos fatores relacionados a este fenómeno.

A metodologia de pesquisa adotada um *modelo comparativo* que parte da análise de um conceito urbano ideal, expresso nos seus aspetos significativos, os caracteres mais gerais, que se encontram regularmente no fenómeno estudado - o planeamento urbano. No passo seguinte foi adotado um *modelo tipológico* que procurou ampliar certas qualidades e

fazer ressaltar certos aspectos técnico e teóricos ligados ao conceito da “Cidade funcional”. A pesquisa foi desenvolvida com base em fontes históricas e documentais, e instrumentos legislativos, que permitiram obter dados concretos do objeto de estudo, com a finalidade de verificar similitudes e explicar divergências, e deduzir os elementos constantes, abstratos e gerais, que explicam a resiliência do conceito de “zonamento” como processo de classificação e qualificação do solo.

1 Da divisão do solo ao zonamento

“As cidades sempre foram divididas”²⁷, porém, desde o início do século 20 as cidades pós-industriais adquiriram múltiplas configurações e categorias de espaços, dando origem a uma complexa divisão funcional e social do espaço e a uma intensificação do uso e da ocupação do solo. Esta mudança levou à reconceptualização das cidades e, por consequência, das políticas públicas de urbanismo e dos sistemas estruturantes do seu ordenamento e gestão territorial.

Uma metodologia de divisão do solo institucionalizou-se a nível internacional através da figura do *zonamento*, não sendo de excluir como hipótese a necessidade de uma aproximação entre a divisão do uso do solo e os princípios de raiz económica. Essa aproximação foi, em grande parte o resultado da transposição para o planeamento urbano das teorias da administração científica de Frederick W. Taylor (1856-1915) conducentes à otimização da eficiência e competência das organizações, bem como dos princípios preconizados por Henry Ford (1863-1947) de padronização e produção em massa. Esta situação pode ser entendível se tivermos em conta que o espaço urbano irá, progressivamente, integrar a cadeia de valor económico como qualquer outro bem de consumo, de capital ou de produção.

De acordo com David Johnson²⁸, o conceito de zonamento urbano surge nos Estados Unidos entre 1911-1916, após uma

²⁷ MARCUSE, P., Van; KEMPEN, Ronald. **Of States and Cities** - The Partitioning of Urban Space, New York, Oxford University Press, 2002., p. 11.

²⁸ JOHNSON, David A. **Planning the Great Metropolis** – The 1929 Regional Plan of New York and Its Environs, Oxford, E & FN SPON, 1996, p. 39.

visita que o advogado Edward Murray Bassett fez à Alemanha em 1908, onde ficou particularmente impressionado com o método alemão de redução da densidade residencial através da divisão por áreas de uso do solo que Werner Hegemann e outros urbanistas alemães vinham a utilizar no planeamento urbano.

Em 1913, a *Fifth Avenue Commission* (Distrito de New York), submeteu o esboço de um relatório, maioritariamente trabalho por E. Bassett, o qual enfatizava a regulação dos edifícios em altura e a distribuição dos usos ou ‘*zoning*’, como passou a ser designado²⁹. Em 1916, o zonamento foi estabelecido como principal processo de controlo do desenvolvimento urbano o qual rapidamente se dispersou pelos Estados Unidos³⁰.

Na Europa, o segundo CIAM 4³¹ realizado em Berlim em 1931 foi dedicado ao tema *The Functional City*. As suas diretrizes baseavam-se nas enunciações que vinham a ser testadas desde 1929 por Van Eesteren no *Urban Development Section* (UDS) do Departamento de Obras Públicas de Amesterdão, designadamente no Plano de Expansão de Amesterdão, apresentado em 1934. O plano de Van Eesteren era semelhante aos planos de zonamento implementados na altura em diversos locais, mas foi para além deles ao tentar prever e localizar desenvolvimentos globais futuros. As estratégias habitacionais específicas foram deixadas deliberadamente vagas, sendo o plano entendido mais como uma solução “funcional” que teve em conta os “métodos de desenvolvimento racional”. “Em termos gerais, esta nova abordagem, representou uma mudança no sentido de um processo de planeamento-orientado que se baseava em dados estatísticos detalhados para projetar áreas para vários usos sem as desenhar em qualquer detalhe”³².

No 4º CIAM realizado em 1933, o conceito de Cidade funcional foi estruturado num conjunto de postulados, publicadas, anonimamente em 1941, numa obra que ficou conhecida com o título “Carta de Atenas”, a qual foi reimpressa

²⁹ JOHNSON, David A. **Planning the Great Metropolis** – The 1929 Regional Plan of New York and Its Environs, Oxford, E & FN SPON, 1996, p. 39.

³⁰ JOHNSON, David A. **Planning the Great Metropolis** – The 1929 Regional Plan of New York and Its Environs, Oxford, E & FN SPON, 1996, p. 40.

³¹ *Congrès Internationaux d'Architecture Moderne*.

³² MUNFORD, Eric P. **The CIAM Discourse on Urbanism 1928-1960**. Cambridge: The MIT Press, 2000, p. 61.

em 1942 por Le Corbusier.

Os postulados desta nova teoria, não preconizavam uma solução de continuidade, mas de ruptura com a cidade antiga, propondo uma alternativa moderna aos cânones clássicos que apresentavam a maioria das grandes cidades, no princípio do século XX.

Para o CIAM, a cidade deveria passar a ser concebida como um agregado de quarteirões, associados por *unidades de vizinhança*, num grupo ou conjunto de grupos distribuídos segundo uma hierarquia funcional realizada segundo um modelo de *zonamento*.

O zonamento consistia numa operação feita sobre o plano da cidade com o objetivo de atribuir a cada função e a cada indivíduo o seu lugar adequado, tendo por base a discriminação necessária entre as diversas atividades humanas, reclamando para cada uma o seu espaço particular segundo quatro funções dominantes: *unidades de habitar, unidades de trabalho, unidades de lazer e unidades de circulação*³³. Conceptualmente, o zonamento urbano pode ser considerado uma utopia, uma vez que é concebido fora dos constrangimentos dos lugares, sobre uma superfície vazia e plana, onde a cidade passa a ser ordenada segundo uma tipologia teórica ideal.

2 Crítica do modelo funcionalista

Nos anos 50 do século passado, emerge uma nova corrente de pensamento estético e filosófico, que vem confrontar a visão idealista do racionalismo funcional, com o existencialismo social que caracteriza a Europa do segundo pós-guerra, numa crise ideológica cujo momento culminante foi, sem dúvida, a revolução estudantil de maio de 1968. Como sempre, a cidade volta a ser o palco de mais uma revolução, só que desta vez também a cidade, como *modus vivendi*, vai manifestar uma vontade de rejeição de um qualquer modelo urbanístico ‘paternalista’³⁴.

³³ LE CORBUSIER, *La Charte d’Athènes*. Paris: Editions de Minuit, 1957, p. 39.

³⁴ FRAMPTON, Kenneth. *Historia Crítica de la Arquitectura Moderna*. Barcelona : Gustavo Gili, 1991, p. 275.

Há, no entanto, que atender ao facto de que muitas das críticas aqui assinaladas, se reportam a um modelo urbano criado nos anos 30 do século passado, sendo necessário contextualiza-lo num tempo em que um conjunto de temas não eram ainda objeto da atenção dos urbanistas, como por exemplo: i) a significativa vulnerabilidade dos ecossistemas urbanos; ii) a mudança significativa que ocorre com a percepção do território metropolitano; iii) a acessibilidade e mobilidade urbanas, eram questões que, se julgava, o transporte privado haveria de resolver; iv) as formas de participação pública só a partir dos anos 60 se converte em reivindicação e forma de empoderar a cidadania.

2.1 A cisão com a doutrina da Cidade funcional

A primeira cisão com a doutrina urbanística da Cidade funcional, deu-se no CIAM 9, que teve lugar em Aix-en-Provence, em 1953, quando um grupo de arquitetos, conhecido pelo nome de “Team X”, desenvolve uma teoria crítica das quatro categorias: *habitar, trabalhar, recrear e circular* - contrapondo quatro novas categorias - *casa, rua, distrito e cidade*. O grupo considerava que estas novas categorias estariam mais relacionadas com os princípios estruturais do crescimento urbano, mais adequadas para responder à necessidade de identidade dos locais e a uma relação mais precisa entre a forma física e a percepção social e cultural da urbanização.

Lewis Mumford, fala-nos como os jovens arquitetos Peter e Alison Smithson desafiaram abertamente o discurso CIAM sobre a Cidade funcional³⁵. No seu projeto, sobre o tema *Urban Reidentification*, os Smithson consideravam que os termos: *casa, rua, bairro, e cidade*, deveriam ser tratados não como facto, mas como ideia, sendo sua tarefa “encontrar novas equivalências para essas formas de associação na nova e não-demonstrativa sociedade”³⁶.

³⁵ MUNFORD, Eric P. **The CIAM Discourse on Urbanism 1928-1960**. Cambridge: The MIT Press, 2000, p. 225.

³⁶ FRAMPTON, Kenneth. **Historia Crítica de la Arquitectura Moderna**. Barcelona : Gustavo Gili, 1991, p. 234-235.

2.2 A dimensão social

Nos anos 60 do século passado a dimensão social passa a ser um vocábulo novo na leitura da cidade, seja de um ponto de vista económico-social, seja em termos de uma linguagem de padrões ambientais. Jean Gottmann *et al.* apontava como fator básico para a compreensão da fenomenologia urbana “a concentração de grandes massas de população formando vastas regiões urbanizadas (...) e a passagem de uma crescente parte da força de trabalho para ocupações de colarinho branco e atividades económicas “terciárias”, requerendo estilos de vida que no passado eram próprios de um pequeno número de pessoas”³⁷. Segundo Gottmann *et al.*, para responder a estas novas formas geográficas e sociais do ambiente urbanizado seria necessário desenvolver um novo pensamento e novas soluções urbanísticas.

Na ideia de Christopher Alexander, as cidades e edifícios funcionalistas não satisfaziam as necessidades humanas. Em lugar de projetos individuais produzindo linguagens privadas - cada uma desenhando parte da cidade sem nenhuma ideia de como essa parte está relacionada com todas as outras. Seria necessário ter uma linguagem pública de soluções para cada aspeto do ambiente urbano – todos eles representados como padrões a serem interligados através de uma linguagem de padrões ambientais³⁸.

Em *Death and Life of Great American Cities*, obra primeiramente publicada em 1962, Jane Jacobs afirmava que “para entender as cidades, temos de lidar como fenómeno essencial, com combinações ou misturas de usos, não de usos separados”³⁹, pondo assim em questão a dogmática segregação funcional defendida pela Carta de Atenas.

³⁷ GOTTMANN, Jean; HAUSER, P. M.; TANGE, Kenzo; JAMES, J. R. Images of the Future Urban Environment. **EKISTICS – Reviews on the problems of human settlements**, v. 25, nº 150, Urban Systems and Urban Form. Published By: Athens Center of Ekistics, maio 1968. p. 285-294.

³⁸ ALEXANDER, Christopher. The Environmental Pattern language. **EKISTICS – Reviews on the problems of human settlements**, v. 25, nº 150, Urban Systems and Urban Form. Published By Athens Center of Ekistics, maio 1968. p. 336-337.

³⁹ JACOBS, Jane. **The Death and Life of Great American Cities**. London: Ed. Pimlico, 2000, p. 155.

2.3 O regresso à história e à memória dos lugares

Talvez que a crítica mais vigorosa ao conceito da Cidade funcional, tal como preconizado na Carta de Atenas, é o da sua incapacidade para responder aos problemas críticos de igualdade social e da sua propensão para criar “espaços alienantes privados de qualquer contexto social, cultural, ou enquadramento histórico ou político”⁴⁰.

A par de toda esta problemática em torno da revisão do conceito de cidade e forma de abordar o planeamento urbano, vários autores colocaram questões novas sobre a história, o significado das cidades e da arquitetura enquanto manufato. É o caso de Aldo Rossi que sustentava a ideia da cidade como “algo que permanece através das suas transformações, e as funções, simples ou múltiplas, que a cidade sucessivamente satisfaz são momentos na existência da sua estrutura”⁴¹, colocando três proposições que julgamos oportuno citar⁴²:

[...] a primeira proposição [...] o desenvolvimento urbano está correlacionado em sentido temporal, ou seja, [...] na cidade há um antes e um depois; isso significa reconhecer que ao longo da coordenada temporal se conectam fenómenos que são estreitamente comparáveis e que pela sua riqueza são homogêneos.

[...] a segunda proposição refere-se à continuidade espacial da cidade; aceitar esta continuidade significa aceitar como factos de natureza homogênea, todos os elementos que encontramos sobre um certo território ou [...] num determinado contorno urbanizado, sem supor que exista rotura entre um facto e

⁴⁰ MEHAFFY, W. Mehaffy; LOW, Setha M. The resurgence of public space: from the Charter of Athens to the New Urban Agenda. **The Journal of Public Space**, v. 3, n. 3, p. 1-24, 2018.

⁴¹ ROSSI, Aldo. **A Arquitectura da Cidade**. Edições Cosmos, Lisboa, 1977. p. 71.

⁴² ROSSI, Aldo. **A Arquitectura da Cidade**. Edições Cosmos, Lisboa, 1977. p. 66.

outro.

[...] como terceira proposição [...] devemos admitir que na estrutura urbana existem alguns elementos de natureza particular que têm o poder de retardar ou acelerar o processo urbano e que são por natureza assaz relevantes.

Ao contrário da ruptura com a cidade antiga, preconizada na teoria da Cidade funcional, Aldo Rossi pretendia reequacionar a questão do passado histórico da arquitetura e do urbanismo, recuperando a possibilidade da sua preservação e utilização como elementos constantes do desenvolvimento integrado das cidades e das sociedades que nelas habitam.

Pela mesma altura, Nuno Portas, em *A Cidade como Arquitetura* (obra originalmente publicada em 1969), trazia o debate para o contexto nacional português, cativando a atenção para as novas realidades urbanas e para os problemas e soluções que estavam a ser equacionadas pelas várias correntes de pensamento pós-modernas. Nas palavras de Portas, era “urgente, (...) propor um estudo interdisciplinar sobre os conteúdos da cidade, devassando a evolução das relações entre funções e entre estas e o meio territorial para as diversas estruturas atuantes na cidade ... e a evolução de cada subsistema de vida”⁴³.

2.4 Questões de sustentabilidade urbana e de equidade social

2.5

De acordo com Marcuse e Van Kempen as divisões do solo por desempenho funcional “são o resultado de lógicas económicas, físicas ou organizacionais”, sendo “o zonamento a incorporação legal aceite de tais divisões”. Porém, segundo estes autores, “ainda que o zonamento funcional seja genericamente definido pelo uso económico (...)” deveriam ser exploradas outras possibilidades, como por exemplo o ‘*performance zoning*’ que “procura definir a permissão de usos do solo não

⁴³ PORTAS, Nuno. *A Cidade como Arquitectura*, Livros Horizonte, Lisboa, 2007, p. 22.

pela sua natureza económica, mas pelo seu impacto ambiental - geração de tráfego, sombras projetadas, bloqueamento da circulação do ar, espaço-verde ocupado, etc.”⁴⁴.

As questões ligadas ao acesso à habitação fizeram surgir um conceito específico de zonamento, o *‘inclusionary zoning’* que corresponde a “uma intervenção governamental de planeamento do uso do solo destinada a fornecer habitação a preços acessíveis”⁴⁵. Há duas abordagens principais de zonamento inclusivo: a *mandatária*, exigindo que habitações a preços acessíveis sejam incluídas nos empreendimentos como condição para a sua aprovação; e o modelo de *incentivo voluntário*, onde novas habitações a preços acessíveis são incentivadas através da redução de custos para os promotores. Adotando uma lógica de caráter político, distinta da preconizada pelo zonamento tradicional, o zonamento inclusivo pretende que o desenvolvimento de habitação de interesse social ocorra em boas localizações urbanas, permitindo que trabalhadores com rendimentos mais baixos possam residir em locais onde o valor dos imóveis e as rendas poderiam ser de outra forma proibitivos.

Numa outra perspectiva crítica, Peter Sloterdijk⁴⁶ coloca a questão de uma cidade genericamente subordinada a uma divisão por setores e categorias de uso do solo, em que:

a missão consistente de formar um elemento comum sobre três polos da vida urbana - trabalho, alojamento, espaço público ou de reunião (sendo este último equivalente à unidade de lazer da Carta de Atenas), implicou que os termos «tráfego» e «comunicação» se impuseram na literatura urbanística – como se quiséssemos reduzir o fenómeno da cidade às generalidades do movimento e dos fluxos de sinais.

⁴⁴ MARCUSE, P. Van; KEMPEN, Ronald. **Of States and Cities** - The Partitioning of Urban Space. New York, Oxford University Press, 2002, p. 13.

⁴⁵ AHURI, Australia Housing and Urban Research Institute. BRIEF: What is Inclusionary zoning, and how does it help deliver affordable housing, 29 Aug. 2023.

⁴⁶ SLOTERDIJK, Peter. **Ecumes** – Sphères III, Paris, Maren Sell Éditeurs, 2005, p. 578-579.

De facto, pese as crescentes potencialidades das comunicações virtuais, o transporte urbano é atualmente um dos maiores desafios à sustentabilidade do ambiente urbano e a qualidade de vida dos cidadãos.

O propósito de criar uma utopia urbana futura, tinha intenções revolucionárias, mas também intenções orientadas pelo capital. Por essa razão, um dos fatores mais sublinhados pelos defensores da Cidade funcional, é o da flexibilidade que o zonamento confere ao planeamento de novos empreendimentos e a capacidade de acomodar a mudança de padrões e usos do solo de fase para fase, como preconizava Van Eesteren (1934). Porém, a flexibilidade não pode ser infinita e o zonamento não deixa de obrigar a compromissos na medida em que o solo é consumido e o seu uso consolidado com edificações.

A problemática em torno das ineficiências do zonamento na gestão equitativa do espaço urbano é apresentada num artigo, publicado no número de abril de 2015, da Revista *The Economist*, intitulado *Space and the City*⁴⁷. No artigo, o editor refere que “os códigos do *zoning* foram concebidos como forma de equilibrar o bem social de uma cidade produtiva em crescimento e os custos privados que o crescimento impõe frequentemente [...]”. Porém, continua o editor, “os regulamentos do uso do solo evoluíram para algo pernicioso - um mecanismo através do qual se gera a escassez artificial do solo com elevados custos económicos resultantes do seu fraco aproveitamento em consequência da aplicação de códigos de zonamento incapazes de equilibrar o interesse social e o crescimento urbano”.

3 Mudanças de paradigma urbanístico: da cidade função à cidade organismo

Procurando responder a todas estas novas problemáticas anteriormente elencadas, uma vasta produção de agendas, declarações e programas internacionais, publicados nas últimas décadas, desdobraram-se na formulação de um novo paradigma e pensamento urbanístico, capaz de acompanhar as dinâmicas

⁴⁷ THE ECONOMIST. Space and the city - Poor land use in the world's greatest cities carries a huge cost, Apr 4th, 2015.

sociais e culturais transformativas das cidades.

Sobre esta matéria analisam-se alguns textos selecionados a partir de agendas e declarações da União Europeia e da UN-habitat. Nestes textos são apresentados, de um modo propositivo, novos paradigmas urbanísticos, na sua grande maioria, focados no conceito de *sustentabilidade*, ao qual se associam os conceitos de *coesão territorial* e de *coesão social*, todos eles constituindo uma renovada visão da fenomenologia urbana.

Em 2003, foi apresentada pelo *European Council of Town Planners* a “Nova Carta de Atenas”⁴⁸, a qual, embora mantenha a “marca” do nome original, é, sobretudo, uma carta de princípios de cidadania, necessários para garantir a qualidade de vida em comunidade através de um desenvolvimento integrado e sustentável do ambiente urbano. Na Nova Carta de Atenas a visão para as cidades do século 21 focava-se no conceito de *Connected City*, cuja formulação assentava em dez perspetivas da cidade, que citamos de forma resumida, correspondendo aos diversos componentes que ilustram a variedade das futuras cidades Europeias.

1. Uma cidade para todos, cujo governo alcance a coesão social e uma verdadeira inclusão das suas comunidades;

2. A cidade participada, em que o planeamento urbano deve criar relações de vizinhança que reforcem o conceito de identidade local e o sentido de pertença e atmosfera humana.

3. A cidade segura, com áreas urbanas e não áreas de combate.

4. A cidade saudável, onde seja possível promover igualdade de oportunidades de acesso aos equipamentos públicos de saúde.

5. A cidade produtiva, planeada de

⁴⁸ A *Nova Carta de Atenas*, foi adotada pelo *European Council of Town Planners / Conseil Européen des Urbanistes - Vision for Cities in the 21st century*, na conferência internacional que teve lugar em Atenas em 1998. O presente texto foi publicamente apresentado em Lisboa em novembro de 2003 pelo grupo de trabalho que procedeu à sua revisão.

forma a fortalecer a base económica e que forneça trabalho local aos seus cidadãos.

6. A cidade inovadora, que encoraje as melhores possibilidades de uso das tecnologias de informação e comunicação, com acesso igual para todos.

7. A cidade com acesso e movimento racionais, onde a necessidade dos cidadãos se deslocarem seja reduzida e sejam criadas possibilidades de melhores interconexões dos transportes públicos e zonas livres de automóveis.

8. A cidade ambiente, em que todos os planos e programas tenham, como base, princípios do desenvolvimento sustentado.

9. A cidade da cultura, que envolva o princípio dos usos mistos que introduza mais variedade e vitalidade no tecido urbano.

10. A cidade com continuidade de carácter, que é, simultaneamente, fonte e repositório da civilização humana, e requer que o planeamento inicie o processo de integrar e desenvolver a identidade do todo urbano com o seu local de estabelecimento.

Os princípios enunciados revelam as tendências que atualmente se observam, descrevem a maneira de encontrar soluções para os problemas atuais e os papéis e compromissos que os urbanistas europeus devem avocar para a sua resolução. A nova carta propõe uma visão da cidade baseada nas potencialidades do processo de governança urbana, em alternativa a uma visão mais pragmática do documento original forjado no CIAM de 1933.

A New Leipzig Charter⁴⁹, editada em 2020 sob o tema “O Poder Transformativo das Cidades Europeias”, responde, segundo os seus responsáveis, à necessidade de acompanhar, na área do planeamento urbano, os processos transformativos sublinhados pela Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, em especial o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 11, que se dedica a tornar as cidades inclusivas, seguras, resilientes e sustentáveis, os princípios da Nova Agenda Urbana (UN-Habitat III) ou as metas ambientais do Acordo de Paris (2015). Destacamos o referido no seu capítulo *B.2 Três Dimensões das Cidades Europeias: A cidade justa / A cidade verde / A cidade produtiva*.

A *Cidade Justa*, significa que o poder transformador das cidades deve proporcionar igualdade de oportunidades e justiça ambiental para todos, independentemente do sexo, status socioeconómico, idade e origem – não deixando ninguém para trás. Uma cidade justa oferece oportunidades para que todos se integrem na sociedade. Todos os grupos sociais, incluindo os mais vulneráveis, devem ter acesso igualitário a serviços de interesse geral, incluindo educação, serviços sociais, saúde e cultura.

A segunda dimensão, a *Cidade Verde*, coloca a questão do papel das cidades para combater o aquecimento global e garantir a qualidade ambiental do ar, da água e do uso do solo. As cidades são chamadas a proteger e regenerar os ecossistemas ameaçados e usar soluções baseadas na natureza, onde um correto desenho das infraestruturas verdes e azuis podem acomodar condições para ambientes saudáveis de vida, capazes de se adaptar às mudanças climáticas ao mesmo tempo que proporciona o acesso aos espaços verdes e recreacionais.

A terceira dimensão, a *Cidade Produtiva*, defende a ideia de que as cidades como locais de negócios atraentes, inovadores e competitivos precisam de uma mão de obra qualificada, infraestrutura social, técnica e logística, bem como espaço a custo acessível e com acessibilidade. O facto do deslocamento crescente da produção para uma economia digital, orientada a

⁴⁹ The New Leipzig Charter. The transformative power of cities for the common good, adopted at the Informal Ministerial Meetings organized on 30 November 2020 under the German Presidency, European Commission. A primeira Carta de Leipzig foi publicada em 2007.

serviços e construída por uma sociedade baseada no conhecimento e indústrias culturais, torna possível transformar as áreas centrais em espaços “para o desenvolvimento urbano através de usos mistos para viver, trabalhar e recrear-se, e onde as manufaturas, o comércio a retalho e os serviços podem ser encontrados lado a lado com a habitação⁵⁰.”

A ideia de recolocar a função habitacional nos centros urbanos já em 2016 havia sido tratada no âmbito das políticas de habitação da Nova Agenda Urbana⁵¹, com base nos princípios da inclusão social, ao apoiar “o uso efetivo dos recursos públicos para a habitação economicamente acessível e sustentável, incluindo terrenos em áreas centrais e consolidadas das cidades com infraestrutura adequada, e incentivaremos o desenvolvimento de empreendimentos de renda mista para promover inclusão e coesão social” (§106).

Na Declaração de Viena⁵², esta visão sobre a importância da ativação das áreas centrais, é abordada numa perspectiva económica e no contexto da crise financeira de 2008, que provocou a ruptura do sistema bancário e das bolsas de valores, com efeitos devastadores nas economias de muitos países europeus. A Declaração veio reconhecer o papel fundamental do património no desenvolvimento e implementação de políticas de recuperação em período de recessão económica, destacando que “o investimento no património produz um impacto direto no crescimento do turismo cultural que, por sua vez, conduz a benefícios económicos e sociais a longo prazo”.

Na *Toledo Declaration*⁵³, assinala-se a importância da “regeneração urbana integrada para alcançar um desenvolvimento urbano mais inteligente, sustentável e inclusivo.” Em função desta estratégia e do ponto de vista arquitetónico, cultural e do planeamento urbano, as “cidades e património são

⁵⁰ The New Leipzig Charter - The transformative power of cities for the common good, adopted at the Informal Ministerial Meetings organized on 30 November 2020 under the German Presidency, European Commission.

⁵¹ Nova Agenda Urbana, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Urbano Sustentável (Habitat III), realizada em Quito (Equador), em 20 de outubro de 2016. Foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) no 68º encontro plenário para a sua 71ª sessão em 23 dez. 2016.

⁵² Declaração de Viena, 4.º Encontro do Fórum Europeu de Responsáveis pelo Património (FERP), que reuniu 28 países em Viena, em maio de 2009.

⁵³ *Toledo Declaration*, Informal Ministerial Meeting on Urban Development, Toledo, 2010.

elementos-chave e repositórios da rica e variada história e cultura europeia” razão pela qual “a necessidade de preservar o património histórico e cultural das cidades, particularmente o património arquitetónico e a 'Baukultur'⁵⁴, é dada como forma de manter viva a memória coletiva característica das cidades europeias”.

No caso concreto da transformação dos centros históricos, existe hoje, como sabemos, uma visão completamente distinta, se não mesmo oposta, àquela do CIAM de 1933 que defendia que “a demolição das construções pobres no entorno dos monumentos históricos fornecia a oportunidade para a criação de áreas verdes” (§69)⁵⁵.

Na prática, estas estratégias territoriais correspondem a uma mudança de paradigma urbanístico, fundado num conjunto de princípios que, embora de ordem subjetiva, refletem as tendências da sociedade e identificam outras potencialidades teóricas e conceituais em resposta aos desafios da urbanização, entendida como modo de vida.

4 Resiliência do zonamento como metodologia de planeamento urbano

Embora as insuficiências metodológicas e conceituais ao modelo funcionalista proposto no CIAM 4 tenham sido objeto de múltiplas abordagens críticas, que expusemos no capítulo anterior, *o zonamento, enquanto metodologia urbanística, continua, hoje, a ser adotado como instrumento de base, no planeamento regional e urbano.*

Diremos mesmo que, o zonamento se converteu, nos

⁵⁴ A *Baukultur*, como aspeto da identidade cultural e da diversidade, abraça holisticamente todas as atividades humanas que mudam o ambiente construído, incluindo todos os ativos construídos e projetados que estão incorporados e se relacionam com o ambiente natural. A *Baukultur* pede que a criação contemporânea e a infraestrutura de edifícios existentes e o espaço público, incluindo, mas não se limitando a, monumentos do património cultural, sejam entendidos como uma única entidade. Assim, *Baukultur* refere-se tanto a métodos de construção detalhados quanto a transformações e desenvolvimentos em larga escala, adotando habilidades de construção tradicionais e locais, bem como técnicas inovadoras. Declaração de Davos 2018. Disponível em: <https://davosdeclaration2018.ch/context/>. Acesso em: 29 set. 2022.

⁵⁵ LE CORBUSIER. La Charte d'Athènes. Paris: Editions de Minuit, 1957. p. 90.

últimos 100 anos, numa doutrina e numa cultura urbanística. A resiliência deste modelo pode em parte ser explicada pelo facto de que os fundamentos gerais do urbanismo funcionalista, corresponderam a uma significativa evolução da ciência urbanística, através de mecanismos conceituais e metodológicos que influenciaram de maneira indelével e a nível global o pensamento teórico e as políticas públicas sobre os quais assenta o planeamento das cidades.

Essa influência é um facto recorrente no Direito urbano, de que apresentamos a seguir alguns exemplos. Nos diversos regimes jurídicos, sobre matéria de ordenamento do território, vamos encontrar a ideia do *zonamento como processo legislativo para dividir o solo em zonas para diferentes usos*, consubstanciado em proposições normativas ou regulamentares a observar, tanto no domínio público como no privado.

Em Itália, a *Legge Urbanistica Statale 17 agosto 1942, n. 1150, e susseguenti integrazioni*, que continua a ser adotada, com algumas modificações, estabelece no seu Art. 7. (*Contenuto del piano generale*):

2) la divisione in zone del territorio comunale con la precisazione delle zone destinate all'espansione dell'aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna zona;

Em Espanha, a *Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana*, determinava, no Artículo noveno:

— 1. que, *Los Planes generales de ordenación urbana municipal o comarcal contendrán estas determinaciones*:

a) División del territorio en zonas y destino de cada una según las necesidades del programa urbano;

Se tomarmos um diploma recente, como por exemplo, a *Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial y Urbanística Sostenible de Extremadura*, verificamos, na redação do Artículo 5. (*Definiciones legales*), que o termo

‘zona’ foi substituído pelo termo ‘sector’, embora na prática, o seu significado seja o mesmo, como descrito no número 3. *A efectos de ordenación, se definen los siguientes ámbitos:*

*b) **Sector** es cada ámbito delimitado en los instrumentos de ordenación para definir la ordenación detallada de cualquier tipo de suelo. Su delimitación se hará atendiendo a la racionalidad y funcionalidad de la ordenación urbanística y territorial.*

No caso português a referência ao zonamento surge em 1971, com o *Decreto. n.º 561/71, de 17 de dezembro*⁵⁶, onde no n.º 1 do seu *Artigo 1.º* os planos gerais ou parciais de urbanização devem indicar, para a área do território por eles abrangida:

*b) O **zonamento primário**, definindo as áreas destinadas à habitação, à indústria, ao comércio, à agricultura, a espaços livres públicos e a outros usos;*

Também no caso português esta opção jurídica vai manter-se na publicação atual do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão do Território (Decreto-lei n.º 80/2015 de 14 de maio) onde a figura do zonamento continua a ser aplicada aos planos de urbanização, como se estabelece no *Artigo 99.º (Conteúdo material)*:

*c) A **definição do zonamento para localização das diversas funções urbanas, designadamente habitacionais, comerciais, turísticas, de serviços, industriais e de gestão de resíduos, bem como a identificação das áreas a recuperar, a regenerar ou a reconverter;***

⁵⁶ Determina que as câmaras municipais do continente e ilhas adjacentes sejam obrigadas a promover a elaboração de planos gerais de urbanização das sedes dos seus municípios e de outras localidades, em ordem a obter a sua transformação e desenvolvimento segundo as exigências da vida económica e social, da estética, da higiene e da viação, com o máximo proveito e comodidade para os seus habitantes.

Nos Estados Unidos, onde, como vimos antes, David Johnson refere ter surgido o conceito de “zoning” urbano, verificamos que o modelo funcionalista, conserva o seu papel, tanto como elemento estruturante da prática do planeamento urbano, tanto quanto na manifestação de interesse sobre a gestão, comercial e económica do solo. Tomamos como exemplo uma empresa do sector do imobiliário, da cidade de Los Angeles, a PropertyMetrics, que fornece *web-based software* na área do *commercial real estate*. Em 2017 esta empresa publicou na sua plataforma digital o *Practical Guide to Understanding Zoning Laws*, da autoria de Neal Hefferren⁵⁷, onde são descodificadas, em vários passos, algumas das noções mais complexas, associadas ao zonamento urbano, tais como: i) os propósitos básicos do zonamento; ii) a criação dos documentos orientadores; iii) o seu enquadramento jurídico; ou iv) quem toma as decisões sobre o plano urbano. O objetivo do guia é o de proporcionar aos interessados informações sobre a importância do zonamento na redefinição do uso de cada propriedade recorrendo a meios “didáticos” para comunicar as informações e os procedimentos que permitem interpretar e interagir como as conformidades do zonamento urbano.

Os exemplos aqui apresentados mostram que a figura do zonamento continua a ser uma constante dos processos de ordenamento do território, permitindo acomodar na cidade as políticas públicas, a economia e o uso/consumo intensivo do solo, ou seja, os principais fatores que estiveram na origem da sua formulação como modelo urbano. Para Michel Agier, o zonamento urbano tornou-se um “zonamento planetário”, levando “os atores e conceitualistas das políticas públicas a preferir um pensamento urbano mais processual que estrutural”⁵⁸.

⁵⁷ HEFFERREN, Neal. *A Practical Guide to Understanding Zoning Laws*, PropertyMetrics, January 3, 2023.

⁵⁸ AGIER, Michel. *Esquisses d’une anthropologie de la ville – Lieux, situations, mouvements*, Ed. Bruylant-Academia S.A., Louvain-la-Neuve, 2009, p. 81.

Considerações finais

Em *Where have all the wild men gone?* Graham Ashworth⁵⁹ recorda-nos, ao longo do processo de desenvolvimento dos assentamentos humanos, “aqueles cujo olhar conseguiu ver mais longe que os dos outros”, aos quais chamou *Wild Men* – pela sua atitude selvagem, que poderíamos apelidar de revolucionária ou de contestação ao *status quo*, em relação com o tempo em que viveram.

Tanto os protagonistas do CIAM quanto muitos dos seus críticos, alguns aqui apresentados, são os *Wild Men* a que Graham faz referência, na medida em todos eles fizeram avançar o conhecimento científico sobre o planeamento urbano. Em boa medida, das suas ideias, teorias e técnicas, emergiram o conjunto de formas urbanas e funções que configuram a cidade pós-industrial em que vivemos.

Num momento mais recente desta longa história do urbanismo, a função criadora e crítica destes *Wild Men* foi sendo assumida por organismos internacionais que passam a representar a ideia de um coletivo anónimo, institucionalizando o pensamento teórico e programático do urbanismo nas suas Cartas, Agendas e Declarações. Em boa medida, esta assunção, institucionalizada, da função de formular novos paradigmas sobre as cidades, confere ao urbanismo um carácter civilizacional, também ele em relação ao tempo em que vivemos.

Do ponto de vista técnico e operativo, podemos explicar a resiliência do zonamento por este continuar a responder à vontade de divisão do solo na lógica do neoliberalismo económico e pela sua flexibilidade adaptativa às políticas públicas de ordenamento do território, o que faz dele um instrumento atrativo para os governos nacionais, regionais e municipais. Nesta perspectiva, o poder económico vê o zonamento como meio para satisfazer os seus interesses sobre o uso e a ocupação do solo, enquanto o poder político encontra na flexibilidade e abstração do conceito, um facilitador para a tomada de decisão.

⁵⁹ ASHWORTH, Graham. *Where Have all the Wild Men Gone?* **EKISTICS – Reviews on the problems of human settlements**, v. 25, nº 150, Urban Systems and Urban Form. Published By: Athens Center of Ekistics, maio 1968. p. 280-284.

Face a todos estes desenvolvimentos, cujas implicações e interpretações teóricas nem sempre compreendemos completamente, o “zonamento” continua a conseguir expressar de forma técnica e tangível aquilo que as pessoas procuram ver materializado num Plano: tanto a representação das suas práticas sociais e culturais, como a síntese hierarquizada dos seus interesses no processo de uso e ocupação do solo, mesmo que a cidade em que vivem não lhes agrade.

Referências

AGIER, Michel. **Esquisses d’une anthropologie de la ville – Lieux, situations, mouvements**. Louvain-la-Neuve: Ed. Bruylant-Academia S.A., 2009.

ALEXANDER, Christopher. The Environmental Pattern language. **EKISTICS – Reviews on the problems of human settlements**, v. 25, nº 150, Urban Systems and Urban Form. Published By: Athens Center of Ekistics, maio 1968. p. 336-337. Disponível em: the Environmental Pattern Language (gregbryant.com). Acesso em: 19 fev. 2024.

AHURI, Australia Housing and Urban Research Institute, BRIEF: What is Inclusionary zoning, and how does it help deliver affordable housing, 29 Aug. 2023. Disponível em: <https://www.ahuri.edu.au/analysis/brief/what-inclusionary-zoning-and-how-does-it-help-deliver-affordable-housing> . Acesso em: 20 fev. 2024.

ASHWORTH, Graham. Where Have all the Wild Men Gone? **EKISTICS - Reviews on the problems of human settlements**, v. 25, nº 150, Urban Systems and Urban Form. Published By: Athens Center of Ekistics, maio 1968. p. 280-284. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/43619162> . Acesso em: 20 fev. 2024.

DECLARAÇÃO DE VIENA. **Um Incentivo ao Património em Período de Recessão Económica**, maio de 2009. Disponível em: https://culturanorte.gov.pt/wp-content/uploads/2020/07/2009-declaracao_de_viena.pdf. Acesso em: 19 fev. 2024.

FRAMPTON, Kenneth. **Historia Crítica de la Arquitectura Moderna**. Barcelona: Gustavo Gili, 1991.

GOTTMANN, Jean; HAUSER, P. M.; TANGE, Kenzo; JAMES, J. R. Images of the Future Urban Environment. **EKISTICS – Reviews on the problems of human settlements**, v. 25, n^o 150, Urban Systems and Urban Form. Published By: Athens Center of Ekistics, maio 1968. p. 285-294. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/43619163> . Acesso em: 20 fev. 2024.

HEFFERREN, Neal. A Practical Guide to Understanding Zoning Laws. **PropertyMetrics**, January 3, 2023. Disponível em: <https://propertymetrics.com/blog/zoning-laws/>. Acesso em: 19 fev. 2024.

JACOBS, Jane. **The Death and Life of Great American Cities**. London: Pimlico, 2000.

JOHNSON, David A. **Planning the Great Metropolis – The 1929 Regional Plan of New York and Its Environs**. Oxford: E & FN SPON, 1996.

LE CORBUSIER. **La Charte d’Athènes**. Paris: Editions de Minuit, 1957.

MARCUSE, P. Van ; KEMPEN, Ronald. **Of States and Cities - The Partitioning of Urban Space**. New York: Oxford University Press, 2002.

MEHAFFY, W. Mehaffy; LOW, Setha M. The resurgence of public space: from the Charter of Athens to the New Urban Agenda. **The Journal of Public Space**, v. 3, n. 3, 2018, p. 1-24. Disponível em: <https://www.journalpublicspace.org/index.php/jps/article/view/1134/697>. Acesso em: 19 fev. 2024.

MUNFORD, Eric P. **The CIAM Discourse on Urbanism 1928-1960**. Cambridge: The MIT Press, 2000.

MUNFORD, Lewis. **La Cité à travers l’histoire**. Paris: Editions du Seuil, 1964.

NOVA AGENDA URBANA. **UH-Habitat III**. Quito, 2016. Disponível em: <https://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2024.

NOVA CARTA DE ATENAS. **Conselho Europeu de Urbanistas**, Lisboa, 2003. Disponível em: https://apu.pt/wp-content/uploads/2024/02/Nova-Carta-de-Atenas_2003_pt.pdf. Acesso em: 19 fev. 2024.

PORTAS, Nuno. **A Cidade como Arquitectura**. Lisboa:

Livros Horizonte, 2007.

ROSSI, Aldo. **A Arquitectura da Cidade**. Lisboa: Edições Cosmos, 1977.

SLOTERDIJK, Peter. **Ecumes** – Sphères III. Paris: Maren Sell Éditeurs, 2005.

THE ECONOMIST. **Space and the city** - Poor land use in the world's greatest cities carries a huge cost, Apr 4th, 2015.

THE NEW LEIPZIG CHARTER . The transformative power of cities for the common good, adopted at the Informal Ministerial Meetings organized on 30 November 2020 under the German Presidency. European Commission. Disponível em: https://ec.europa.eu/regional_policy/en/information/publications/brochures/2020/new-leipzig-charter-the-transformative-power-of-cities-for-the-common-good. Acesso em: 19 fev. 2024.

TOLEDO DECLARATION. **Informal Ministerial Meeting on Urban Development**, 2010. Disponível em: https://www.ccre.org/docs/2010_06_04_toledo_declaration_final.pdf. Acesso em: 19 fev. 2024.

Documentos Legais

ESPANHA. **Ley de 12 de mayo de 1956**, sobre régimen del suelo y ordenación urbana. Disponível em: <https://www.boe.es/gazeta/dias/1956/05/14/pdfs/BOE-1956-135.pdf>. Acesso em 19 fev. 2024.

ESPANHA. [Comunidad Autónoma de Extremadura]. Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial y Urbanística Sostenible de Extremadura. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es-ex/l/2018/12/21/11/con>. Acesso em: 19 fev. 2024.

ITALIA. **Legge Urbanistica Statale 17 agosto 1942, n. 1150**. Come modificata ed integrata da: legge 21 dicembre 1955, n. 1354; legge 6 agosto 1967, n. 765; legge 19 novembre 1968, n. 1187; legge 1^o giugno 1971, n. 291; legge 22 ottobre 1971, n. 865; legge 28 gennaio 1977, n. 10; d.l. 23 gennaio 1982, n. 9, convertito in legge 25 marzo 1982, n. 94; legge 28 febbraio 1985, n. 47; d.l. 23 aprile 1985, n. 146, convertito in legge 21 giugno 1985, n. 298; legge 24 marzo 1989, n. 122; legge 17 febbraio 1992, n. 179. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1942/10/16/244/sg/pdf>. Acesso em: 19 fev. 2024.

PORTUGAL. **Decreto. nº 561/71, de 17 de dezembro**. As

câmaras municipais são obrigadas a promover a elaboração de planos gerais de urbanização nas sedes dos seus municípios. Disponível em: <https://files.diariodarepublica.pt/1s/1971/12/29400/19211923.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2024.

PORTUGAL. Decreto-lei nº 80/2015 de 14 de maio. Aprova a revisão do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/80-2015-67212743>. Acesso em: 19 fev. 2024.

**QUESTÕES AMBIENTAIS EM TEMPOS DE GUERRA:
UM OLHAR SOBRE A INFLUÊNCIA DE HOBBS,
ROUSSEAU E KANT NA DICOTOMIA ENTRE
GUERRA E PAZ⁶⁰**

Environmental Issues in Times of War: a look under the influence of Hobbes, Rousseau and Kant in the dichotomy between War and Peace

BLEINE QUEIROZ CAÚLA

⁶⁰ A ordem da autoria subscrita seguiu o critério de ordem alfabética.

Bleine Queiroz Caúla

Professora Assistente da Universidade de Fortaleza – Curso de Graduação em Direito. Doutora em Direito – linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável (Universitat Rovira i Virgili, Tarragona – Catalunha, Espanha), reconhecido pela Universidade de Marília – UNIMAR (2021). Líder do Grupo de Pesquisa Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional (cadastrado no CNPq e vinculado à Universidade de Fortaleza). Editora dos volumes 1 a 22 da obra Diálogo ACI. Advogada agraciada com o V Prêmio Innovare, 2008. E-mail: bleinequeiroz@yahoo.com.br.

Francisco Lisboa Rodrigues

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (1989), Especialista em Processo Administrativo - UFC, Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2007 e 2013). Atualmente, é Procurador Judicial do Município de Fortaleza, Professor de Direito Constitucional e de Direito Processual Civil - FATENE. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e Direito Processual Civil, Ciência Política e Teoria do Estado, atuando, principalmente, nos seguintes temas: Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais, Jurisdição Constitucional, Processo Civil, Estado e Democracia. Possui vários artigos publicados no Brasil e no exterior. Foi Juiz de Direito do Estado do Pará e Defensor Público do Estado do Ceará. Desenvolve, atualmente, pesquisa junto à FATENE, atuando como Coordenador do Grupo Direito e Novos Direitos: a visão do Supremo Tribunal Federal em perspectiva multidisciplinar, bem como pesquisa no Grupo de Pesquisa Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, sendo Coordenador da Linha de Pesquisa Direito Constitucional e suas múltiplas interfaces: a Constituição Federal em construção, vinculado ao CNPq e à Universidade de Fortaleza - UNIFOR. E-mail: lisboarodrigues@yahoo.com.br

Júlia Maia de Meneses Rocha de Sousa

Pós-doutoranda pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Doutora e Mestre em Direito Constitucional Público e Teoria Política

pela Unifor. Autora das obras: a) Fidelidade Partidária e Separação de Poderes: conflitos e insuficiências na democracia brasileira e b) Lawfare e Mídia: sobre Democracia, Direito Digital e Teoria da Comunicação. Coordenadora Geral da Nuvem Editora e Eventos Científicos. Professora de Direito Digital, Eleitoral e disciplinas propedêuticas. Empresária. E-mail: juliamaiameneses@gmail.com

Resumo: A pesquisa analisa as questões ambientais advindas da guerra e explana a dicotomia entre guerra e paz a partir de um recorte filosófico. O direito de paz está assentado na Constituição brasileira. Contudo, fala-se em direito de guerra, direito de conflitos armados. A Carta da ONU dispõe que a decisão de ir à guerra deve ser calcada no pressuposto de reagir a uma agressão externa sob o manto da legítima defesa. A pesquisa buscou responder ao seguinte questionamento: é possível restringir o direito de guerra em sopesamento do direito fundamental ao meio ambiente saudável? Para o desenvolvimento do artigo, desenvolveu-se pesquisa de natureza qualitativa, do tipo bibliográfica, com análise exploratória e descritiva uma vez que se destina analisar da influência de Hobbes, Rousseau e Kant na dicotomia entre guerra e paz. Conclui-se que há uma desarmonia entre a paz que se busca e as razões que legitimam a guerra, pelo que deve o meio ambiente ser elevado ao quarto elemento constitutivo do Estado junto da população, território e governo soberano, em respeito ao princípio da integridade territorial que impõe uma “estabilidade” do território.

Palavras-chave: questões ambientais; tempos de guerra; Hobbes; Rousseau; Kant; dicotomia.

Abstract: Research analyzes the environmental issues arising from war and explains the dichotomy between war and peace from a philosophical perspective. The right to peace is established in the Brazilian Constitution. However, there is talk of the law of war, the right of armed conflict. The UN Charter provides that a decision to go to war must be calculated without the premise of reacting to external aggression under the cover of legitimate defense. The research sought to answer the following

question: is it possible to restrict the right to war while weighing the fundamental right to a healthy environment? To develop the article, qualitative, bibliographical research was carried out, with exploratory and descriptive analysis as it aims to analyze the influence of Hobbes, Rousseau and Kant on the dichotomy between war and peace. It is concluded that there is a disharmony between the peace that is sought and the reasons that legitimize war. The environment must be elevated to the fourth constituent element of the State together with the population, the territory and the sovereign government, respecting the principle of territorial integrity that imposes “stability” of the territory.

Keywords: environmental issues; war times; Hobbes; Rousseau; Kant; dichotomy.

Introdução

“É fato que a tragédia de uma guerra atinge todos envolvidos e como não poderia deixar de ser, a nossa própria casa, o planeta Terra”.

No Brasil, o estado de defesa pode ser decretado para preservar, ou prontamente restabelecer a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza – estas podem surgir durante o estado de guerra, também considerado um direito.

Ao longo de vários estudos filosóficos e até de outras ciências, a Guerra e a Paz sempre se portaram como instrumentos dicotômicos em diversas fontes de pesquisa tanto da Ciência Política quanto do Direito Internacional, mas neste artigo o viés de aplicabilidade do aprofundamento destas temáticas é resguardado por marcos referenciais da Filosofia Política.

Nessa linha de orientação, propõe-se o aperfeiçoamento dialógico de autores como Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, por meio de uma opção de cunho proposital sob o ponto de vista de seus estudos acerca da guerra e da

paz, porém, em alguns momentos do texto, faz-se necessário acrescentar o posicionamento de outros filósofos como um pressuposto de complementaridade.

Guerra e Paz são temas amplamente discutidos desde a filosofia antiga, por se tratarem de inquietações que fazem parte das relações sociais, já que a guerra pode ser considerada como um duelo em larga escala, no intuito de forçar que o inimigo faça a vontade de um dominador. Neste tino, a guerra se torna um importante instrumento de manutenção do poder estatal, já que “[...] Dela depende a conservação ou a ruína do império”⁶¹.

Ainda que diversos estudiosos se debruçam sobre a temática da guerra, é preciso ressaltar que tantos outros se aprofundaram em fundamentar o conceito de paz, como ocorreu na filosofia medieval, com São Thomas de Aquino, na questão 29 (Da Paz), da Suma Teleológica, pois ele acredita que a paz representa a “tranquilidade da ordem”⁶². Assim, é possível prescrever que a ausência de paz, acarreta uma possibilidade de guerra.

A discussão acerca dessas temáticas se faz necessária, pois tanto a preservação da vida, quanto o comportamento agressivo dos homens em situações de cunho adversativo, é por diversas vezes, fato gerador de inquietação social, ambição, interesse internacional e amplitude de cenários.

O debate acerca de guerra e paz jamais será interrompido, pois a cada nova fase histórica da humanidade é possível visualizar essas questões, como é o caso atualmente tanto das guerras nucleares, biológicas e cibernéticas, por exemplo. E, ainda que essas formas de se fazer guerra ou buscar a paz sejam consideradas novas, alguns clássicos da filosofia política como Hobbes⁶³ em *O Leviatã*, Rousseau⁶⁴ no *Contrato Social* e Kant na *Paz Perpétua*⁶⁵, já se dispuseram a averiguar sobre isso. Entrementes,

⁶¹ SUN, Tzu. **A arte da guerra**. Porto Alegre: L&PM, 2000. p. 12.

⁶² AQUINO, São Tomás. **Suma Teológica**. Madrid: Biblioteca de autores Cristianos, 2001.

⁶³ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

⁶⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

⁶⁵ KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua**. Galiza: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006. v. 5. [Ensaio sobre paz e conflitos].

esses pensadores, de certo modo, discutiram também a antropologia humana de desagregação social e a necessidade da busca da paz na ordem interna e internacional.

O que o mundo ainda não atentou é que as questões ambientais devem estabelecer restrições ao que se chama “direito de guerra”. Os interesses que motivam ou impulsionam a tomada de decisão de uma guerra – religião, política, território, propriedade, poder – de alguma maneira contrariam a arquitetura jurídica ambiental dos países envolvidos no conflito. São postos a risco ou à destruição o patrimônio ambiental natural, artificial e cultural. É neste contexto que se considera a natureza como um dos elementos do Estado.

1 Questões ambientais impõem restrições ao direito de guerra?

A guerra está na essência de todo ser vivo. A sobrevivência é o mister de toda espécie. Entrementes, é um evento catastrófico e inerente às sociedades que infelizmente ainda está presente nos dias de hoje.

Como toda e qualquer relação social, as guerras deixam marcas duradouras, traumáticas e quase indelévels. Impossível esquecer, senão apagar, cicatrizes de uma guerra. Com o aumento do poder de destruição das armas suas marcas e cicatrizes aumentaram proporcionalmente. O campo de batalha de uma guerra moderna resta quase inabitável e certamente inóspito após o cessar das hostilidades.

O meio ambiente é a vítima menos pranteada após uma guerra. Seja propositadamente ou por desconhecimento, o Homem não inclui ainda nas suas equações de cálculo do custo da guerra, o meio ambiente. Entre as décadas de 40 e 50 os americanos fizeram de um pequeno atol no meio do Oceano Pacífico, um campo de testes de armas nucleares. Cerca de 67 bombas atômicas foram detonadas no Atol de Bikini acabando com toda a vida num raio de dezenas de quilômetros. As consequências ainda podem ser percebidas até os dias de hoje.

Na década seguinte foi a vez do Vietnã, onde foram despejados milhares de litros do agente laranja, um desfolhante que dizimou centenas de milhares de árvores com o intuito de localizar o inimigo.

Mesmo nos anos 70 quando a consciência ecológica despontou como uma pauta importante e inadiável para a sociedade, as guerras regionais pelo mundo deixaram marcas indelévels no meio ambiente. É fato que o mundo jamais viveu um período sem guerras. A paz nunca prevaleceu!

Ainda nos anos 90, com a Guerra do Golfo, toneladas de carbono foram jogadas na atmosfera fruto da queima de poços de petróleo, prática usada como arma pelos iraquianos. Os mesmos poços de petróleo despejaram milhares de toneladas de óleo cru nas areias do deserto tornando estéril toda a região atingida. Uma tragédia ambiental que o mundo resolveu ignorar.

O Direito Ambiental norte-americano, brasileiro e português acolheram um conceito amplo na regulação jurídica do meio ambiente, diferentemente do alemão. Isso para dizer que esse ramo do Direito representa o conjunto de princípios e regras impostos pelo Poder Público competente de modo a disciplinar todas as atividades direta ou indiretamente relacionadas com o uso racional dos recursos naturais (ar, águas superficiais e subterrâneas, águas continentais ou costeiras, solo, espaço aéreo e subsolo, espécies animais e vegetais, alimentos, bebidas em geral, luz, energia), bem como a promoção e proteção dos bens culturais (de valor histórico, artístico, arquitetônico, paleontológico, ecológico, científico), tendo por objeto a defesa e a preservação do patrimônio ambiental (natural e cultural) e por finalidade, a incolumidade da vida em geral, no momento presente e futuro⁶⁶.

Entender como as questões ambientais podem restringir o direito de guerra perpassa pela tentativa de definir sua origem e as principais motivações. Nessa senda, Mota⁶⁷ leciona:

⁶⁶ CUSTÓDIO, Helita Barreira. Legislação ambiental no Brasil. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (org.). **Direito ambiental**: doutrinas essenciais. São Paulo: RT, 2011.

⁶⁷ MOTA, Rafael Gonçalves. **A guerra cibernética e a estrutura constitucional brasileira de proteção da soberania nacional**: estado de emergência cibernética e o enfrentamento de conflitos bélicos e outras ameaças virtuais. 2018. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Unifor. Fortaleza, p. 71.

A guerra, nas suas mais diversas espécies, é um fenômeno que sempre esteve intimamente relacionado com a história da humanidade, desde suas mais remotas origens até a modernidade. Por motivos distintos (e muitas vezes plurais), o homem sempre esteve compelido ao conflito, quer no plano individual ou familiar ou mesmo coletivo. O desejo de impor sua vontade, conquistar terras ou bens, ou simplesmente a impulso de morte muitas vezes intrínseco ao homem, o fez e faz guerrear [...].

Indubitavelmente, a guerra é o evento humano mais destrutivo, caro e nocivo à sociedade. São despendidos os mais preciosos recursos naturais e bens humanos, especialmente a vida e a saúde de civis⁶⁸. Porém os interesses envolvidos – poder, religião, política, propriedade, economia são sopesados em detrimento da destruição de recursos ambientais, comprometimento da segurança jurídica dos direitos fundamentais.

Acredita-se que a Carta da ONU, em seu art. 2, n. 4, ao utilizar a expressão “integridade territorial” de forma análoga deve tentar respeitar o meio ambiente e seus recursos. Mas, indubitavelmente, meio ambiente ainda não foi elevado ao *status* de prioridade dos Estados – um quarto elemento constitutivo do Estado ao lado dos três preestabelecidos: população, território e governo soberano – entre os quais rutila uma forte interdependência⁶⁹.

A integridade territorial é um princípio estruturante do ordenamento jurídico internacional, pois está consagrado em inúmeros documentos e instrumentos normativos internacionais, de que se destacam a Carta das Nações Unidas, bem como as

⁶⁸ MOTA, Rafael Gonçalves. **A guerra cibernética e a estrutura constitucional brasileira de proteção da soberania nacional**: estado de emergência cibernética e o enfrentamento de conflitos bélicos e outras ameaças virtuais. 2018. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Unifor. Fortaleza, p. 73.

⁶⁹ O presente artigo não aprofunda esse recorte de pesquisa. Porém, o tema Meio Ambiente como elemento constitutivo do Estado será aprofundado em outra pesquisa.

cartas constitutivas da Organização dos Estados Americanos e da União Africana⁷⁰. Para Almeida⁷¹

De um ponto de vista teleológico, o governo deve revelar-se apto a garantir o cumprimento dos fins próprios do Estado, prodigalizando aos cidadãos (nacionais ou estrangeiros) que se encontrem sob a sua jurisdição os serviços públicos idóneos à satisfação das suas necessidades fundamentais (*concepção funcional do Estado*).

Há uma ligação umbilical entre Estado e território. Por conseguinte, dentro do território estão os bens ambientais. Na visão de Kloepfer⁷² “é fato que os bens ambientais são públicos (no sentido de livremente acessíveis e aproveitáveis), mas não estão disponíveis de forma ilimitada, ou seja, em terminologia de ciência econômica devem ser designados como “escassos”. Porém, segundo o autor⁷³

a questão se torna bem mais complicada quando os direitos fundamentais visam a servir de direitos de defesa contra danos ao meio ambiente que poderiam, por causa da autorização e fiscalização estatais da ação danosa ao meio ambiente, ser avaliados como (também) causados pelo Estado [...]. Na medida em que os efeitos fáticos de ações rele-

⁷⁰ ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de. Integridade territorial, autodeterminação, secessão e reconhecimento. **De Legibus – Revista de Direito da Universidade Lusófona Lisboa**, n. 0, 2020, p. 76.

⁷¹ ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de. Integridade territorial, autodeterminação, secessão e reconhecimento. **De Legibus – Revista de Direito da Universidade Lusófona Lisboa**, n. 0, 2020, p. 77.

⁷² KLOEPFER, Michael. **A caminho do Estado Ambiental?** A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica, 2008. p. 8.

⁷³ KLOEPFER, Michael. **A caminho do Estado Ambiental?** A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica, 2008. p. 9-10.

vantes ao meio ambiente forem suficientemente prognosticáveis e delas resultarem riscos inadmissíveis para futuras gerações, existe um dever do Estado de contrapor-se (hoje) a esses riscos.

Não é irrazoável afirmar que a guerra é um desses riscos à medida que traz consequências ambientais imensuráveis. Em sendo o Estado o patrono decisivo do futuro, cujas falhas e imperfeições – em parte inevitáveis – do planejamento estatal fixam limites naturais à previdência estatal do futuro, carrega, em termos amplos, a responsabilidade exclusiva pela continuidade a longo prazo da comunidade⁷⁴.

Conforme a doutrina de Gomes⁷⁵

[...] a necessidade de proteção do ambiente surge como uma restrição à soberania do Estado sobre os recursos naturais situados no seu território, conforme o precedente relativo ao caso Trail Smelter (1938/41) que opôs Estados Unidos ao Canadá a propósito da poluição transfronteiriça. Estabelecendo a restrição da soberania dos Estados quanto ao uso dos recursos naturais: a Declaração de Estocolmo (Princípio 21) e a Carta das Nações Unidas sobre os Direitos e Deveres Económicos dos Estados (artigo 30), aprovada em 1974.

Subtrai-se do pensamento de Gomes que se a soberania do Estado sofre restrições por força da proteção do ambiente, logicamente implica dizer que a tomada de decisão de um Estado optar pela guerra deve ser guiada pela ponderação dos valores

⁷⁴ KLOEPFER, Michael. **A caminho do Estado Ambiental?** A transformação do sistema político e económico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica, 2008. p. 11.

⁷⁵ GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**, 2007. p. 28.

ambientais. A autora⁷⁶ adverte que o distanciamento da Alemanha à questão da proteção ambiental tinha razões históricas profundas. “No início da década de 50 do século XX, data da entrada em vigor da Lei Básica alemã, a proteção do ambiente não era de forma alguma uma prioridade na Alemanha, em virtude da premente necessidade de reconstrução do país, arrasado pelos bombardeamentos aliados da II Guerra”. Dito de outro modo, a dimensão da destruição do patrimônio natural, cultural e artificial impedia o Estado alemão de formular uma arquitetura jurídica do meio ambiente.

As incoerências do capitalismo na sua fase atual ainda não atingiram a consciência política em geral. Grandes gestores da economia à escala mundial poderão permanecer cometendo os mesmos erros, pois não será percebida a correlação deste modelo de gestão com o crescimento tão perigosamente evidente dos nacionalismos, causadores de guerras e conflitos⁷⁷.

Os países (Brasil, Portugal, Espanha, Equador, Bolívia, e tantos outros) se viram pressionados a consagrarem normas de valor fundamental do ambiente em suas respectivas Constituições – assegurar o direito a um ambiente sadio e equilibrado para as gerações presentes e futuras e, conseqüentemente, uma questão de “razão pública” que pode ser contextualizada a partir dos princípios⁷⁸. No entender de Jorge Miranda⁷⁹, “os direitos fundamentais presentes incorporam como limites (imanescentes), se não mesmo restrições, a responsabilidade dos seus atuais titulares para com todos aqueles que lhes hão de suceder nessa posição”.

A Constituição brasileira traz como competência do Conselho de Defesa Nacional a proposição de critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e **nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo** (grifado).

⁷⁶ GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**, 2007. p. 51.

⁷⁷ CORM, Georges. **A nova desordem económica mundial**: na origem dos fracassos do desenvolvimento, 1996. p. 213.

⁷⁸ ARAÚJO, Giselle Marques de. A razão pública como filtro dos argumentos em matéria ambiental no âmbito do STF, 2012. p. 2.

⁷⁹ MIRANDA, Jorge. O meio ambiente e a Constituição, 2013. p. 29.

Entrementes, é também o Conselho de Defesa Nacional que opina sobre **as hipóteses de declaração de guerra** e de celebração da paz; opina sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal, nos termos da Constituição Federal de 1988, art. 91.

Empós tais considerações, notadamente de Direito Positivo, urge explorar alguns conceitos (*rectius*, realidade) de natureza enquanto existência presente em todo Estado. Longe de ser uma constatação óbvia ser o homem parte da natureza, percebe-se que, com o passar dos tempos e o advento da civilização, ocorreu um distanciamento, alheamento e coisificação da natureza. culminando com a subjugação dos recursos naturais e de todo ser vivo, fato que foi potencializado pela tradição judaico-cristã⁸⁰.

Aceitar a natureza como rede de ecossistemas interconectados, onde cada componente atua como ator principal na manutenção de um meio ambiente equilibrado⁸¹ ou buscar conciliar a existência da natureza com a sustentabilidade e o desenvolvimento⁸² são caminhos que não a afastam de qualquer concepção de vida na terra. A propósito, Krenak⁸³, ao citar uma história ocorrida numa aldeia Hopi, nos Estados Unidos, apresenta um magnífico exemplo de comunhão entre todos os seres animados e inanimados componentes da natureza, pelo que vale a transcrição:

Li uma história de um pesquisador europeu do começo do século xx que estava nos Estados Unidos e chegou a um território dos Hopi. Ele tinha pedido que alguém da quela aldeia facilitasse o encontro dele com uma anciã que ele queria entrevistar. Quando foi encontrá-la, ela estava parada perto de uma rocha. O

⁸⁰ Deus os abençoou e lhes disse: "Sejam férteis e multipliquem-se! Encham e subjuguem a terra! Dominem sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu e sobre todos os animais que se movem pela terra" (Gênesis 1:28).

⁸¹ ROCKSTROM, Johan *et al.* A safe operating space for humanity. *Nature*, v. 461, p. 472-475, 24 set. 2009.

⁸²MENDONÇA, Francisco. **Aspectos da interação clima-ambiente-saúde humana: da relação sociedade-natureza à (in)sustentabilidade ambiental.** *Revista RA'EGA – O Espaço Geográfico em Análise*, Curitiba, n. 4, p. 85-99. 2000.

⁸³ KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2020. p. 17.

pesquisador ficou esperando, até que falou: “Ela não vai conversar comigo, não?”. Ao que seu facilitador respondeu: “Ela está conversando com a irmã dela”. “Mas é uma pedra.” E o camarada disse: “Qual é o problema?”

Indiscutível, portanto, a centralidade da natureza quando o tema exige abordagem sobre a vida e a convivência dos homens entre si e suas relações com a natureza, bem como sobre o funcionamento salutar de suas instituições. Neste contexto, desdavidosamente a guerra é acontecimento comprometedor desta harmonia.

2 Dicotomia entre guerra e paz na visão dos filósofos

Diante da ordem cronológica, o primeiro autor a ser trabalhado é Hobbes, que viveu a época da Inglaterra como um país de grande expansão marítima a partir do século XVI no cenário internacional, e, no campo nacional estava em um momento de graves rompimentos políticos, portanto, este cenário externo e interno serviu de plataforma para a teoria hobesseniana, haja vista que o seu maior escrito, demonstra uma séria malevolência à insegurança ocasionada pelas revoluções constantes à época da sua escrita, ocasionadas pelos conflitos entre o parlamento e o poder religioso.

Na obra *O Leviatã*, várias concepções que englobam a figura do Estado como poder soberano, carregam consigo a necessidade do pensamento lógico para se construir uma razão e isto revela nas pessoas, instintos de preservação, ou seja, de fugir daquilo que não é agradável, e para Hobbes, o homem possui o privilégio de poder raciocinar sobre muitas questões, por serem criaturas racionais, mas estes também se encontram em situação de falibilidade quando são domados por paixões como a vanglória, a competição e a desconfiança⁸⁴. Um exemplo disso, pode ser ilustrado por uma competição por território, em que um país

⁸⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 43.

passa atacar o outro para alcançar tal fim, que garantiria além da anexação territorial, a glória e uma boa reputação em termos de estratégia de guerra.

Com este cenário, é possível prescrever que sem a sociedade civil, as pessoas estariam condicionadas ao estado de natureza, um ambiente ladeado pela discórdia e pela luta de todos contra todos, que de maneira análoga pode ser visualizado como um estado de guerra em que o medo da morte e a desconfiança fazem parte do cotidiano. Essa perspectiva é latente a partir da leitura de Hobbes quando ensina que “[...] Desta guerra de todos os homens contra todos os homens também isto é consequência: que nada pode ser injusto. [...] Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei, não há justiça”. Observa-se, portanto, que a guerra passa a nortear a igualdade entre os homens, já que sem um soberano a perspectiva de ocorrência de uma guerra fica ainda mais latente, pois a figura do Leviatã é quem reprime a guerra sob a condição de imposição da paz, sob o prisma do controle e punição dos impulsos humanos.

O Leviatã exerce o papel de legislador, que estabelece regras e limitações, e, sem esta figura, não haveria delimitação das ações do homem, o que acarretaria a ausência da paz e da segurança, ou seja, não haveria a autopreservação. Na perspectiva de Hobbes⁸⁵, os homens autorizam os atos do Estado como se fossem do povo para viver com segurança e paz, tal qual é possível auferir, quando o filósofo colaciona que o Estado passa a ser autorizado por nós tanto para garantir a paz, quanto a luta contra inimigos estrangeiros. Leia-se⁸⁶:

Assinalo assim, em primeiro lugar, como tendência geral de todos os homens, um perpétuo e irrequieto desejo de poder e mais poder, que cessa apenas com a morte. E a causa disto nem sempre é que se espere um prazer mais intenso do que aquele que já se alcançou, ou que cada um não possa contentar-se com um poder moderado, mas o fato de

⁸⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 126.

⁸⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 36.

não se poder garantir o poder e os meios para viver bem que atualmente se possuem sem adquirir mais ainda. E daqui se segue que os reis, cujo poder é maior, se esforçam por garanti-lo no interior através de leis, e no exterior através de guerras.

O Filósofo em epígrafe avalia que ao travarem guerras, os Estados se submetem a uma tensão e desconfiança constante, bem como em um ambiente incapaz de haver manutenção da ordem, ou seja, na perspectiva dele, não significa que os países viveriam condição de guerra, mas eles precisariam estar sempre aptos a entrar numa. O argumento, portanto, se funda no acúmulo de poder, já que a busca do poder é a causa da guerra. Neste tino, Hobbes resolve os conflitos internos sob a ingerência do Leviatã, mas será que ele estaria apto a resolver os conflitos internacionais?

De outra sorte, Jean-Jacques Rousseau, no século XVII, sob a influência da perspectiva iluminista, com inúmeras lutas sociais e ascensão da burguesia, ficou consagrado pelo viés de luta pelos ideais da Revolução Francesa, ainda que inúmeras tensões e conflitos tenham ocorrido.

É diante desse roteiro histórico, que o Filósofo compreende os obstáculos inerentes à vida do homem e seus deslindes naturais, ou seja, ele parte do pensamento crítico acerca das questões sociais numa espécie de crítica ao capitalismo, por meio de uma reflexão atemporal, já que para ele,, o homem é movido pela dicotomia entre compaixão e competitividade (que ele chama de amor próprio, e considera estar diretamente relacionado à vaidade e à inveja).

Percebe-se que o grande tino de Rousseau⁸⁷ é revalorar todos os valores humanos, haja vista que ele propõe a reconstrução das relações sociais a partir da perspectiva da natureza humana, concebida por meio do mito do bom selvagem, ou seja, existem dois momentos, o primeiro é de felicidade humana e liberdade, onde os homens são guiados pelos seus instintos; no segundo,

⁸⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ele passa a conviver com a socialização e suas convenções, além da desigualdade, que torna o homem parte de um ciclo vicioso.

O ciclo vicioso instaurado foi capaz de fazer com que os homens aceitassem sair do estado de natureza onde se encontrava o bom selvagem rousseauiano para aceitar as leis, acreditando que elas assegurariam a sua liberdade, quando na verdade ocasionavam a escravidão. Desse pressuposto, nasce a maior contribuição de Rousseau⁸⁸, pois o contrato social é ocasionado pela união de interesses que ele denomina de vontade geral, momento em que cada membro é parte indivisível do todo do Estado.

Em contraponto a teoria de Hobbes, Rousseau⁸⁹ afirma que o homem em seu estado de natureza possui uma predisposição ao pacifismo, ou seja, ele é medroso e, portanto, não busca a guerra. Neste tino, é possível auferir que a guerra nasce da relação entre estados e não entre pessoas⁹⁰.

O Filósofo⁹¹ genebrino também aduz que a paz perpétua é uma utopia, e, ainda que as lições sejam destinadas à Europa do período, é possível indicar que qualquer país preferiria tal espírito de generosidade do que a devastação de uma guerra, mas o cenário das relações internacionais é por si só deveras conflituoso e faz com que o homem acabe aplicando a belicosidade do cenário externo ao contexto interno do Estado, ou seja, as guerras acabam incitando a crueldade dos crimes cometidos em sociedade. Será que as esferas internacional e nacional estariam dispostas a pagar o preço da paz?

Rousseau assinala “[...] a guerra nasce da paz, ou pelo menos das precauções tomadas pelos homens para garantir uma

⁸⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

⁸⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Estado de Guerra Nascido do Estado Social. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau e as Relações Internacionais**. Brasília: UNB, 2003a. p. 49-54. [Coleção Clássicos IPRI].

⁹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Fragmentos Sobre a Guerra. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau e as Relações Internacionais**. Brasília: UNB, 2003b. p. 61-68. [Coleção Clássicos IPRI].

⁹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Extrato e Julgamento do Projeto de Paz Perpétua de Abbé de Saint-Pierre. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau e as Relações Internacionais**. Brasília: UNB, 2003c. p. 69-100. [Coleção Clássicos IPRI].

paz duradoura”⁹². Nesse sentido, é importante frisar uma espécie de realismo nessa lição, já que é possível perceber que a guerra, ainda que indiscutivelmente ruim, é capaz de trazer vantagens para diversas áreas, a exemplo do comércio. Ademais, algumas nações passam a ter interesse na guerra para que os chefes de estado sejam indispensáveis para a população. É nessa linha orientação, que se percebe que até os melhores Estados são incapazes de manter uma paz duradoura.

Acresce-se que Rousseau critica a guerra, pois as disputas entre Estados ocasionam perdas humanas e econômicas, que não são capazes de superar os ganhos oriundos de conquistas territoriais e poder. Portanto, as guerras, podem até ser inevitáveis, mas a vontade geral rousseauiana pode ser capaz de administrar as vontades estatais e funcionar como instrumento de gestão de conflitos. Entrementes, o filósofo indica que inexistente a belicosidade hobbesiana e também a paz duradoura, portanto o caminho para o equilíbrio em conflitos é a instituição da vontade geral no objeto do conflito. Com tal direcionamento, Rousseau⁹³ cita a Polônia como exemplo, por meio de sua localização geográfica conflituosa tendo em vista a vizinhança belicosa, para retratar que a paz pode sim ser uma condição utópica em determinadas situações.

Por fim, é possível prescrever que para Rousseau a guerra é uma convenção social, assim como uma legislação oriunda do próprio contrato social e não uma necessidade plenamente humana, já que se tratam de competições estatais.

O último filósofo a ser destacado nesta fase do artigo, é Immanuel Kant⁹⁴, em virtude do imperativo categórico para a paz duradoura. Ele também foi influenciado pelo Iluminismo e a obra que será marco referencial deste escrito é *Para a Paz Perpétua*, pois ela trouxe uma trilogia essencial: guerra, paz e ho-

⁹² ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Estado de Guerra Nascido do Estado Social. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau e as Relações Internacionais**. Brasília: UNB, 2003a. p. 49-54. [Coleção Clássicos IPRI]. p. 57.

⁹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Considerações Sobre o Governo da Polônia e a sua projetada Reforma In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau e as Relações Internacionais**. Brasília: UNB, 2003d. p. 221-310. [Coleção Clássicos IPRI].

⁹⁴ KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua**. Galiza: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006. v. 5. [Ensaio sobre paz e conflitos].

mem. Portanto, o estudioso buscou corrigir a falta de relação jurídica entre estados internacionais, no sentido de dizer que, a ausência dessa relação implicaria no estado de natureza e na impossibilidade da paz.

Kant reflete o pensamento segundo o qual é necessário romper a paz passageira, para se chegar a paz duradoura, com isso, o Filósofo elenca alguns artigos necessários para se concretizar e se perpetuar a paz no contexto internacional. Esses artigos funcionam como uma espécie de receita do que é permitido ou proibido nas relações internacionais para que se consiga alcançar a paz. Dentre os artigos, objetiva-se elencar os mais importantes para o contexto do escrito. Veja-se o rol dos artigos preliminares:

Quadro 1: artigos preliminares da Paz Perpétua.

ARTIGO	OBJETIVO	RESULTADO
1	Não se deve celebrar nenhum tratado de paz que sujeite o Estado a uma guerra futura.	Representa uma falácia para quem quer de fato instituir a paz perpétua.
2	Nenhum Estado pode adquirir outro mediante herança, permuta, compra ou doação.	Resguardo para guerras futuras.
3	Exércitos permanentes devem desaparecer com o tempo.	Parece inviável para a segurança no cenário internacional. Mas, para Kant, eles seriam dicotômicos, pois ao mesmo tempo que celebram a paz eles fomentam também a guerra.
4	Não se deve emitir dívida pública em assuntos de política exterior.	O endividamento dos Estados é um empecilho para a paz, pois financiam a guerra.
5	Nenhum Estado deve interferir através da	Princípio da não-intervenção.

	força no governo de outro.	
6	Nenhum Estado em guerra com outro deve permitir hostilidades que impossibilitem a paz futura.	A condução da guerra pode resultar na possibilidade de uma paz futura.

Fonte: KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua.** Galiza: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006. v. 5. [Ensaio sobre paz e conflitos], p. 57-60.

Ademais, faz-se necessário elencar também os principais artigos definitivos:

Quadro 2: artigos preliminares da Paz Perpétua.

ARTIGO	OBJETIVO	RESULTADO
1	A Constituição civil deve ser republicana.	Liberdade, dependência de todos a uma legislação e igualdade.
2	O Direito das Gentes deve ser fundamentado em estados livres.	Objetiva a não incidência das guerras.
3	O Direito Cosmopolita deve se limitar à hospitalidade universal.	Estrangeiro não pode ser tratado com hostilidade quando sair de um Estado para outro.

Fonte: KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua.** Galiza: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006. v. 5. [Ensaio sobre paz e conflitos], p. 62-65.

Veja-se que para Kant o homem obedece ao imperativo advindo da conduta moral, portanto, é possível prescrever que ele busca a paz. É certo que para Rousseau a sociedade é um ele-

mento corruptível do homem, mas para Kant ela é uma possibilidade de desenvolvimento moral; assim, na perspectiva kantiana, governos republicanos, podem abdicar da guerra como recurso internacional para viver em paz; ou seja, é preciso sair de uma certa anarquia internacional para se chegar até a sociedade civil cosmopolita (internacional), para quem o Direito é capaz de trazer condições para a celebração da paz.

Considerações finais

Os três filósofos trazem aspectos relevantes sobre a instituição da guerra e a manutenção da paz. O que é comum em todos eles é que tanto a paz quanto a guerra se tratam de cenários oriundos da transição do estado de natureza para a sociedade civil. Ademais, eles percebem a paz como um desejo humano pautado na segurança, que nem sempre é possível quando se remete a esfera internacional.

Hobbes acredita que a paz é oriunda da ruptura do estado de natureza para a sociedade civil, todavia, a guerra só poderá ser sanada na esfera interna, já que na externa continua valendo a máxima de todos contra todos, como ocorre em cenários anárquicos.

Rousseau ilustra que o estado de natureza apresenta o homem como alguém pacífico, igual e livre. Nestes termos, a sociedade o torna refém de um contrato, que não é capaz de manter uma paz duradoura na esfera internacional, um ambiente que por si só já é de conflito.

Por fim, Kant evidencia que é preciso atentar para algumas condições que se fazem necessárias para a manutenção da paz, já que esta deve ser duradoura. É nesse momento que ele apresenta o Estado como instrumento de preservação da paz, da liberdade e da igualdade entre os homens. O diferencial do mesmo é que ele acredita que a guerra existe, mas a que a durabilidade da paz também é uma possibilidade. Veja-se que os ensinamentos de autores que influenciaram os séculos XVII e XVIII ainda continuam atuais, pois servem de base para relações internacionais e para se gerir conflitos persistem até hoje seja no Oriente Médio, na África ou no globo todo.

No tocante às questões ambientais defende-se a restrição ao direito de guerra em sopesamento do direito fundamental ao meio ambiente saudável com base na interpretação análoga do art. 91 da Constituição Federal de 1988 e a partir do conceito amplo na regulação jurídica brasileira sobre meio ambiente. Entretantes, defende-se que o meio ambiente deve ser elegível a um quarto elemento constitutivo do Estado.

Referências

ALMEIDA, Francisco António de M. L. Ferreira de. Integridade territorial, autodeterminação, secessão e reconhecimento. **De Legibus – Revista de Direito da Universidade Lusófona Lisboa**, n. 0, 2020, p. 73-95. Disponível em: <https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus/issue/view/767>. Acesso em: 21 jul. 2024.

AQUINO, São Tomás. **Suma Teológica**. Madrid: Biblioteca de autores Cristianos. 2001. Disponível em: <http://biblioteca.campusdominicano.org/1.pdf>. Acesso em: 08 maio 2024.

ARAÚJO, Giselle Marques de. A razão pública como filtro dos argumentos em matéria ambiental no âmbito do STF. In: **XXI Congresso Nacional do CONPEDI**. 31 out. 2012. UFF/Niterói-RJ. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7f7c351ee977c765>. Acesso: 22 jul. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações

Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça,

assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de

Organização Internacional das Nações Unidas. Rio de Janeiro: Presidência da República,

MIRANDA, Jorge. O meio ambiente e a Constituição. *In*: CA-ÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional, internacional**. Fortaleza: Premium, 2013, p. 25-44. v. 1. Disponível em: www.dialogoaci.com.br. Acesso: 21 jul. 2024.

MOTA, Rafael Gonçalves. **A guerra cibernética e a estrutura constitucional brasileira de proteção da soberania nacional**: estado de emergência cibernética e o enfrentamento de conflitos bélicos e outras ameaças virtuais. 2018. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Unifor, Fortaleza. Disponível em: <https://biblioteca.sophia.com.br/terminal/9575/Resultado/Listar?guid=1721188149689>. Acesso em: 17 jul. 2024.

ROCKSTROM, Johan *et al.* A safe operating space for humanity. **Nature**, v. 461, p. 472-475, 24 set. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/461472a>. Acesso em: 17 jul. 2024.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Estado de Guerra Nascido do Estado Social. *In*: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau e as Relações Internacionais**. Brasília: UNB, 2003a, p. 49-54. [Coleção Clássicos IPRI].

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Fragmentos Sobre a Guerra. *In*: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau e as Relações Internacionais**. Brasília: UNB, 2003b, p. 61-68. [Coleção Clássicos IPRI].

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Extrato e Julgamento do Projeto de Paz Perpétua de Abbé de Saint-Pierre. *In*: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau e as Relações Internacionais**. Brasília: UNB, 2003c, p. 69-100. [Coleção Clássicos IPRI].

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Considerações Sobre o Governo da Polônia e a sua projetada Reforma *In*: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau e as Relações Internacionais**. Brasília: UNB. 2003d, p. 221-310. [Coleção Clássicos IPRI].

KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua**. Galiza: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006. v. 5. (Ensaios sobre paz e conflitos).

SUN, Tzu. **A arte da guerra**. Porto Alegre: L&PM, 2000.

CONVIVENCIA CIUDADANA Y MEDIO AMBIENTE

Citizen coexistence and the environment

PABLO VAQUERO PINTO

Pablo Vaquero Pinto

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Master en Derecho público con especialidad en Derecho administrativo por la Universidad Complutense de Madrid. Ha desempeñado diversos puestos en la Administración Pública como Técnico de Administración General del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes (Madrid), Técnico Superior en Derecho del Ayuntamiento del Real Sitio de San Fernando de Henares (Madrid) y Letrado Consistorial del Ayuntamiento de Alcobendas (Madrid). E-mail: pablovaq@ucm.es

Resumen: Este artículo examina el contenido ambiental de las ordenanzas municipales sobre convivencia ciudadana aprobadas en los últimos años por numerosos municipios españoles. Por ello, se analiza el Modelo de Ordenanza sobre Seguridad y Convivencia Ciudadana de la Federación Española de Municipios y Provincias. La influencia de este modelo de ordenanza sobre el resto de ordenanzas municipales de convivencia ciudadana es enorme. El modelo de Decreto se refiere a varios temas relacionados con el medio ambiente: limpieza de la red vial y otros espacios libres; graffiti y otras expresiones gráficas; consumo de bebidas alcohólicas; árboles y plantas; y contaminación acústica.

Palabras clave: ordenanza; municipal; convivencia; infracción y sanción.

Abstract: This article examines the environmental content of the municipal ordinances of citizen coexistence approved in recent years by numerous Spanish municipalities. For this reason, the Model Ordinance of Security and Citizen Coexistence of the Spanish Federation of Municipalities and Provinces is analyzed. The influence of this Model Ordinance on the rest of the municipal ordinances of citizen coexistence is enormous. The Model Ordinance refers to several matters related to the environment: cleaning of the road network and other free spaces; graffiti and other graphic expressions; consumption of alcoholic beverages; trees and plants; and noise pollution.

Keywords: ordinance; municipal; coexistence; infraction and sanction.

Introducción

Este estudio se centra en el análisis del contenido ambiental presente en las recientes ordenanzas municipales de convivencia ciudadana, adoptadas por numerosos municipios españoles. Se examina específicamente el Modelo de Ordenanza sobre Seguridad y Convivencia Ciudadana de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), el cual ejerce una influencia considerable en la elaboración de otras ordenanzas municipales.

El modelo aborda una variedad de aspectos relacionados con el medio ambiente, destacando la limpieza de la red vial y otros espacios públicos como prioridad para mantener la calidad ambiental en las ciudades. Además, se analiza la regulación de prevenir la degradación ambiental, como graffiti y otras expresiones gráficas; consumo de bebidas alcohólicas; árboles y plantas; y contaminación acústica. La gestión de árboles y plantas urbanas también se examina, considerando su importancia para la salud ambiental y la calidad de vida de los ciudadanos.

Finalmente, se aborda la prevención y su impacto en la salud pública y el bienestar de la comunidad. Estos aspectos muestran la relevancia de las ordenanzas municipales en la promoción de prácticas sostenibles y la protección del medio ambiente a nivel local.

El estudio utiliza la metodología de revisión literaria y apunta los principios y las normas y los reglamentos sobre las cuestiones abordadas y asociadas dentro del escopo del Modelo de Ordenanza sobre Seguridad y Convivencia Ciudadana de la Federación Española de Municipios y Provincias.

1 Aspectos generales

La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local manifestaba en su Exposición de Motivos que *el nuevo título XI de la RBRL viene a tratar otro*

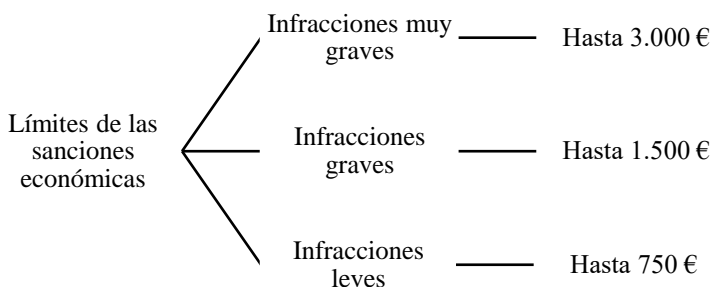
aspecto ineludible del régimen jurídico de las entidades locales, al regular la tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias. En efecto, no podía demorarse por más tiempo la necesidad de colmar la laguna legal que existe en materia de potestad sancionadora municipal en aquellas esferas en las que no encuentren apoyatura en la legislación sectorial, estableciendo criterios de tipificación de las infracciones y las correspondientes escalas de sanciones para que las funciones de esta naturaleza se desarrollen adecuadamente, de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad adaptadas a las singularidades locales, y siempre en defensa de la convivencia ciudadana en los asuntos de interés local y de los servicios y el patrimonio municipal, conforme a la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio»⁹⁵.

Desde entonces la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRRL) incluye un breve Título XI compuesto por tres artículos: art. 139 (Tipificación de infracciones y sanciones en determinadas materias), art. 140 (Clasificación de las infracciones) y art. 141 (Límites de las sanciones económicas) y art. 139⁹⁶.

⁹⁵ BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Á. Comentarios al Proyecto de Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local. El Consultor de los Ayuntamientos. n. 23-24. p. 9, 2003. LA LEY 2891/2004; CHOLBI CACHÁ, F. A. Estudio descriptivo sobre el contenido de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la Modernización del Gobierno Local y de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre y su incidencia en la Ley 7/1985, de Régimen Local. El Consultor de los Ayuntamientos. n. 9, p. 23-25, 2004. LA LEY 2978/2004; FAMILIAR SÁNCHEZ, A. El derecho sancionador en la Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local de 16 de diciembre de 2003. El Consultor de los Ayuntamientos. n. 7, p. 4-8, 2005. LA LEY 5742/2005; GARCÍA RODRÍGUEZ, A. M. La potestad sancionadora municipal. El Consultor de los Ayuntamientos. n. 9, p. 15-16, 2006. LA LEY 1977/2006; ORDUÑA PRADA, E. Sobre la potestad normativa local y la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Actualidad Administrativa. n. 2, p. 8-9, 2016. LA LEY 498/2016 y PARRA MUÑOZ, J. F. La potestad sancionadora de la Administración Local. El Consultor de los Ayuntamientos. n. 4, p. 6-11, 2005. LA LEY 5721/2005.

⁹⁶ La STSJ Castilla y León, de 15 de diciembre de 2006 (JUR\2007\245725) expone que: *«declara el art. 106 de la Constitución que "los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican". (...) el principio de taxatividad, lo cierto es que la parte recurrente no ha acreditado que con la concreta tipificación de las infracciones y sanciones que en relación al ámbito y materia de actuación municipal se disciplina en la ordenanza impugnada, se vulnera la tipificación establecida en la normativa sectorial específica (de ámbito estatal o autonómico), ni que el citado ámbito no comprenda la "defensa de la convivencia*

Esquema 1. Límites de las sanciones económicas



Según el art. 149.1.23 Constitución

el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias⁹⁷.

Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 148.1.9 del texto constitucional cuando señala que *“las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: La gestión en materia de protección del medio ambiente”*. Por cuestiones prácticas, todas las referencias a la

ciudadana en los asuntos de interés local y de los servicios y el patrimonio municipal”, materias sobre las que el art. 139, de la citada LBRL aporta la necesaria cobertura legal sancionadora, siempre que se respeten los criterios establecidos en el art. 140 de la citada Ley a la hora de tipificar las infracciones. A lo expuesto se añade que dada la remisión que se efectúa en el art. 127 de la Ley 30/92, cuando se trate de entidades locales, a lo dispuesto en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, no se aprecia que la Ordenanza vulnere el principio de legalidad recogido en aquel artículo».

⁹⁷ Art. 27.7 Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid: *«En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución de las siguientes materias: Protección del medio ambiente, sin perjuicio de la facultad de la Comunidad de Madrid de establecer normas adicionales de protección. Contaminación biótica y abiótica. Vertidos en el ámbito territorial de la Comunidad»*

normativa autonómica realizadas a lo largo de este artículo han de entenderse efectuadas a la normativa autonómica madrileña.

Por todo ello, cabe plantearse si de conformidad con lo dispuesto por la LRBRL los entes locales pueden regular asuntos relacionados con el medio ambiente en virtud de esa adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local. Lo cierto es que con independencia de la respuesta a esa cuestión, en los últimos años se han venido aprobando unas ordenanzas denominadas de convivencia ciudadana que presentan un contenido manifiestamente vinculado a cuestiones medioambientales⁹⁸. La Ordenanza Tipo de Seguridad y Convivencia Ciudadana (en adelante OTSC) de la Federación Española de Municipios y Provincias ha constituido un documento de influencia decisiva para la redacción de aquellas ordenanzas por parte de los entes locales.

2 Aspectos materiales

La OTSC presenta la siguiente estructura: 1) Disposiciones generales 2) Limpieza de la red viaria y de otros espacios libres 3) Normas de conducta en el espacio público, infracciones, sanciones e intervenciones específicas 3) Normas básica de conducta y cuidado de la vía pública, infracciones y sanciones específicas 4) Instrucciones comunes sobre régimen sancionador y otras medidas de aplicación y 5) Instrucciones comunes sobre régimen sancionador y policía, responsabilidad y otras medidas de aplicación.

De la lectura de la OTSC, se desprende que existen cinco categorías con incidencia en el medio ambiente⁹⁹: 1) Limpieza de

⁹⁸ CANO CAMPOS, T. El poder normativo local y la crisis de la ley. Documentación Administrativa. n. 6, p. 28-31, 2019; CHAVES GARCÍA, J. R. Márgenes de las imprescindibles ordenanzas municipales. El Consultor de los Ayuntamientos. n. 8, p. 3-4, 2021. LA LEY 7942/2021; GONZÁLEZ BOTIJA, F. **Orden público y libertad**. Barcelona: Atelier, 2018. p. 380-384; PEMÁN GAVÍN, Juan María. Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona. REALA. n. 305, p. 51-52, 2007. Disponible: <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/9356/9405> y RUIZ-RICO RUIZ, C. Las Ordenanzas Locales de Convivencia y su impacto constitucional (a propósito de la STS de 14 de febrero de 2013). Actualidad Administrativa, n. 1, p. 3-4, 2014. LA LEY 10874/2013.

⁹⁹ La creciente importancia del medio ambiente en el ordenamiento jurídico, puede apreciarse en la STS 8 de junio de 2012 (RJ 2012\8870).

la red viaria y otros espacios libres 2) Grafitos, pintadas y otras expresiones gráficas 3) Consumo de bebidas alcohólicas 4) Árboles y plantas y 5) Contaminación acústica.

2.1 Limpieza de la red viaria y otros espacios libres

Conforme al art. 139 LRBRL, como normativa sectorial deben citarse la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (en adelante LR)¹⁰⁰ y en la Comunidad de Madrid la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Residuos de la Comunidad de Madrid (en adelante LRCAM).

En ese marco legal estatal en materia de residuos, destaca por su importancia para las entidades locales el art. 111.3 LR al sostener que

en el supuesto de abandono, vertido o eliminación incontrolados de los residuos cuya recogida y gestión corresponde a las entidades locales de acuerdo con el artículo 12.5¹⁰¹, así como en el de su entrega sin cumplir las condiciones previstas en las ordenanzas de las entidades locales, la potestad sancionadora corresponderá a las entidades locales¹⁰².

Asimismo, se definen los responsables (art. 107 LR), las infracciones (art. 108 LR), las sanciones (art. 109 LR), etc.

En el marco legal autonómico, ha de resaltarse la importancia para los ayuntamientos del art. 73.b) LRCAM¹⁰³ al clasificar como infracción leve «*el abandono o vertido en espacios públicos de residuos derivados del consumo privado*». Para esta clase de infracciones el art. 75.3 LRCAM prevé

por la comisión de las infracciones leves podrá imponerse la sanción de

¹⁰⁰ Que deroga la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

¹⁰¹ Art. 12.5 Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular.

¹⁰² CRESPO POVEDA, J. Nueva Ley de Residuos: efectos sobre la Administración Local. El Consultor de los Ayuntamientos. n. 7, p. 12, 2022. LA LEY 5820/2022.

¹⁰³ Que desarrollaba la actualmente derogada Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos.

multa de hasta 601 euros, excepto en residuos peligrosos, en que podrá ser de hasta 6.019 euros. En el supuesto de la infracción tipificada en el apartado b) del artículo 73 los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid podrán establecer en sus Ordenanzas, como alternativa a la multa, la posibilidad de que el infractor realice, con carácter voluntario, una prestación personal de servicios de limpieza en la vía pública.

Sin embargo, la OTSC afronta una serie de conductas sobre residuos desde una perspectiva de convivencia ciudadana: residuos voluminosos como muebles, enseres y electrodomésticos (art. 125 OTSC), residuos de mercados, galerías de alimentación, comercios e industrias (art. 126 OTSC), tierras y escombros (art. 127 OTSC), etc.

2.2 Grafitos, pintadas y otras expresiones gráficas

Debe hacerse mención a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por la que *«desaparecen las faltas consistentes en el deslucimiento de bienes muebles e inmuebles del artículo 626»*¹⁰⁴.

Conforme al art. 139 LRBRL, como normativa sectorial deben citarse la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante LOPSC) y la Ley 3/2007, de 26 de julio, de medidas urgentes de modernización del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (en adelante LGACAM).

Actualmente se regula como infracción leve en el art. 37.13 LOPSC que *«los daños o el deslucimiento de bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público, así como de bienes muebles o inmuebles privados en la vía pública, cuando no constituyan*

¹⁰⁴ MAGRO SERVET, V. La actividad del grafiti: ¿Arte o ilícito penal? ¿Delito, falta de daños o falta de deslucimiento? Diario La Ley. n. 7306, p. 1-4, 2009. LA LEY 20634/2009.

infracción penal»¹⁰⁵.

En ese marco legal estatal en materia de grafitos, destaca por su importancia para los ayuntamientos, el art. 32.3 LOPSC cuando recoge que

los alcaldes podrán imponer las sanciones y adoptar las medidas previstas en esta Ley cuando las infracciones se cometieran en espacios públicos municipales o afecten a bienes de titularidad local, siempre que ostenten competencia sobre la materia de acuerdo con la legislación específica. En los términos del artículo 41¹⁰⁶, las ordenanzas municipales podrán introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y sanciones tipificadas en esta Ley.

Asimismo, se definen las infracciones (arts. 35, 36 y 37 LOPSC), la prescripción de las infracciones y sanciones (arts. 38 y 40 LOPSC), las sanciones (art. 39 LOPSC)¹⁰⁷, etc.

Mientras la legislación estatal se dicta principalmente al amparo del art. 149.1.29 Constitución (Disposición final segunda

¹⁰⁵ GUILLÉN ÁLVAREZ, Í. Estudio y análisis jurídico de la nueva Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana. Diario La Ley. n. 8633, p. 20, 2015. LA LEY 6032/2015; MACIÁ GÓMEZ, R. Apuntes sobre la llamada «Ley Mordaza». Diario La Ley. n. 8649, p. 5-12, 2015. LA LEY 6607/2015; MUERZA ESPARZA, J. JA. Sobre la nueva Ley de Seguridad Ciudadana. Actualidad Jurídica Aranzadi. n. 905/2015, p. 2, 2015. BIB 2015\1651.

¹⁰⁶ Art. 41 LOPSC: «Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y sanciones tipificadas en esta Ley que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar su naturaleza y límites, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes».

¹⁰⁷ Art. 39 LOPSC: «1. Las infracciones muy graves se sancionarán con multa de 30.001 a 600.000 euros; las graves, con multa de 601 a 30.000 euros, y las leves, con multa de 100 a 600 euros. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33.2, los tramos correspondientes a los grados máximo, medio y mínimo de las multas previstas por la comisión de infracciones graves y muy graves serán los siguientes: a) Para las infracciones muy graves, el grado mínimo comprenderá la multa de 30.001 a 220.000 euros; el grado medio, de 220.001 a 410.000 euros, y el grado máximo, de 410.001 a 600.000 euros. b) Para las infracciones graves, el grado mínimo comprenderá la multa de 601 a 10.400; el grado medio, de 10.401 a 20.200 euros, y el grado máximo, de 20.201 a 30.000 euros».

de la LOPSC)¹⁰⁸, la legislación autonómica se aprueba al amparo de otras habilitaciones competenciales¹⁰⁹. En el marco autonómico, ha de resaltarse la importancia para los ayuntamientos del art. 20 LGACAM al recoger que

1. Con el fin de proteger el paisaje urbano y evitar la degradación arquitectónica, así como contribuir al embellecimiento de nuestras ciudades, se prohíbe la realización de graffitis o pintadas en la vía pública, monumentos, estatuas, mobiliario urbano, arbolado, cierres de obras, espacios publicitarios, así como en las fachadas de los edificios y construcciones.

No obstante, la OTSC afronta esta conducta de realización de grafitos desde una perspectiva de convivencia ciudadana: está prohibido realizar todo tipo de grafito, pintada, mancha, garabato, escrito, inscripción o grafismo, con cualquier materia (tinta, pintura, materia orgánica, o similares) o bien rayando la superficie, sobre cualquier elemento del espacio público, así como en el interior o el exterior de equipamientos, infraestructuras o elementos de un servicio público e instalaciones en general, incluidos transporte público, equipamientos, mobiliario urbano, árboles, jardines y vías públicas en general y el resto de los elementos descritos en el artículo 3 de esta Ordenanza. Quedan excluidos los murales artísticos que se realicen con autorización del propietario o con autorización municipal (art. 42.1 OTSC).

¹⁰⁸ Art. 149.1.29 Constitución: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica».

¹⁰⁹ Preámbulo LGACAM: «Con el fin de proteger el paisaje urbano, y ante la creciente sensibilidad social existente en este ámbito, la Ley establece la prohibición de graffitis y pintadas en la vía pública, sin perjuicio de la habilitación por los Ayuntamiento de espacios para realizar graffitis de valor artístico. Se definen las infracciones y sanciones aplicables, cuya instrucción y resolución se realizará por los Ayuntamientos, pudiéndose sustituir la correspondiente multa por la limpieza de pintadas».

2.3 Consumo de bebidas alcohólicas

Conforme al art. 139 LRBRL, como normativa sectorial deben citarse la LOPSC y la Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos (en adelante, la LDTACAM)¹¹⁰.

En ese marco legal estatal en materia de consumo de bebidas alcohólicas, se define como infracción leve en el art. 37.17 LOPSC «*el consumo de bebidas alcohólicas en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos cuando perturbe gravemente la tranquilidad ciudadana*»¹¹¹.

Nuevamente puede apreciarse que mientras la legislación estatal se dicta principalmente al amparo del art. 149.1.29 Constitución (Disposición final segunda de la LOPSC), la legislación autonómica se aprueba al amparo de otras habilitaciones competenciales¹¹². En el marco legal autonómico, ha de resaltarse la importancia para las entidades locales del art. 30.3 LDTACAM cuando señala que «*no se permitirá la venta ni*

¹¹⁰ HERRERA DEL REY, J. J. Botellón. Alcohol y ruido: ¿son los Ayuntamientos, jurídicamente, responsables y competentes? n. 6578, p. 4–5, 2006. LA LEY 3053/2006.

¹¹¹ AYUSO GARCÍA, I. M. Las competencias sancionadoras de los alcaldes en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. El Consultor de los Ayuntamientos. n. 13, p. 9, 2015. LA LEY 4599/2015.

¹¹² Apartado II Exposición de Motivos de la LDTACAM: «*La presente normativa responde al mandato que el artículo 43.1 de la Constitución Española hace a los poderes públicos para que velen por el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud, lo cual debe articularse mediante medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios. Asimismo, los preceptos legales de esta Ley se apoyan en la Carta Magna, que en sus artículos 43.3 y 51 establecen que compete a los poderes públicos fomentar la educación sanitaria y así como garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces la seguridad y la salud de los mismos. En cuanto a la habilitación competencial de la Comunidad de Madrid, la presente Ley sobre Drogodependencias y otros trastornos adictivos, se dicta en uso de la competencia exclusiva establecida en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid aprobado mediante Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, reformada por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, en su artículo 26.1, apartado 12, en materia de publicidad, sin perjuicio de las normas dictadas por el Estado para sectores y medios específicos, de acuerdo con las materias 1.ª, 6.ª y 8.ª del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución; apartado 23, en materia de promoción y ayuda de grupos sociales necesitados de especial atención incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación; apartado 24, en materia de protección y tutela de menores y desarrollo de políticas de promoción integral de la juventud; y apartado 30, en materia de espectáculos públicos. Todo ello en relación con la comparecencia de desarrollo legislativo, potestad reglamentaria y ejecución establecida en el artículo 27 del referido Estatuto, en sus apartados 4 (Sanidad e Higiene) y 10 (Defensa del consumidor y del usuario)*».

*el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública, salvo terrazas, veladores, o en días de feria o fiestas patronales o similares regulados por la correspondiente ordenanza municipal*¹¹³.

El art. 52.5 LDTACAM prevé que “*las sanciones por infracción del artículo 30.3 de la presente Ley, referida al consumo de alcohol en la vía pública, consistirán: a) Si la infracción hubiera sido cometida por un menor de dieciocho años, en multa de 500 euros*”.

Pese a ello, la OTSC afronta esta conducta de consumo de bebidas alcohólicas desde una perspectiva de convivencia ciudadana: consumir bebidas alcohólicas y otras drogas en los espacios públicos (art. 70.1 OTSC).

2.4 Árboles y plantas

Conforme al art. 139 LRBRL, como normativa sectorial deben citarse la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid (en adelante LSCAM) y la Ley 8/2005, de 26 de diciembre, de protección y fomento del arbolado urbano de la Comunidad de Madrid (en adelante LFPAUCAM).

No existe un marco legal estatal como tal sobre árboles y plantas¹¹⁴. En el marco legal autonómico, hay que contemplar un doble punto de vista urbanístico y medioambiental.

En un plano urbanístico, se confiere una cierta protección a

¹¹³ La STS, de 3 de enero de 2010 (RJ\2011\294) propugna que «*esta Sala considera que los argumentos expuestos por la parte recurrente no son suficientes para considerar que la Ley de la Comunidad de Madrid 5/2002 no establece una prohibición de venta y consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública. (...) La promoción de la salud es contemplada por la CE como un principio rector de la política social y económica, pero esto no significa que la salud solo tenga relieve constitucional desde este punto de vista, pues el daño a la salud afecta a derechos fundamentales de primer orden, como son el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. La parte recurrente no ha justificado que el efecto de protección de la salud que la Ley de la Comunidad de Madrid 2/2005 pretende conseguir limitando el daño que genera la publicidad en la vía pública del consumo del alcohol pueda conseguirse por otros medios menos restrictivos de los derechos económicos de las empresas afectadas, por lo que nada autoriza a suponer que el juicio de proporcionalidad realizado sea incorrecto. La sentencia recurrida se atiene en todo a estas consideraciones jurídicas, por lo que no se advierte en ella la infracción que se denuncia*».

¹¹⁴ Apenas se encuentra referencia alguna en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

los ejemplares recogidos en la LSCAM¹¹⁵. Según el art. 231.1 LSCAM *«los municipios y la Comunidad de Madrid son competentes, para incoar e instruir los procedimientos para la sanción de infracciones urbanísticas»*. Se clasifica como infracción del régimen específico la tala y derribo de árboles (art. 226 LSCAM). El art. 226.1 LSCAM prevé que

se sancionará con multa de 600 a 30.000 euros las talas y los abatimientos de árboles que constituyan masa arbórea, espacio boscoso, arboleda, parque y aquellos ejemplares aislados que por sus características específicas posean un interés botánico o ambiental especial y se realicen sin la preceptiva licencia.

En un plano medioambiental, se otorga una mayor protección a los ejemplares recogidos en la LFPAUCAM¹¹⁶ que se circunscriben a los *«de cualquier especie arbórea con más de diez años de antigüedad o veinte centímetros de diámetro de tronco al nivel del suelo que se ubiquen en suelo urbano»*. Según el art. 15.1 LFPAUCAM *«los municipios, en su ámbito territorial, son competentes para iniciar, instruir y resolver los procedimientos sancionadores y de reparación e indemnización de los daños causados»*. Las infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves (art. 11 LFPAUCAM). El art. 12.1 LFPAUCAM prevé que las sanciones serán de multa de 300 a 10.000 euros para las infracciones leves, de multa de 10.001 a 100.000 euros para las infracciones graves y de multa de 100.001 a 500.000 euros para las infracciones muy graves.

Pese a ello, la OTSC afronta una serie de conductas sobre árboles y plantas desde una perspectiva de convivencia ciudadana: se prohíbe talar, romper y zarandear los árboles,

¹¹⁵ Art. 152.e) LSCAM: *«Únicamente estarán sujetos a licencia urbanística municipal los siguientes actos de uso del suelo, construcción y edificación: Las talas y el trasplante de árboles, de masas arbóreas o de vegetación arbustiva»*.

¹¹⁶ Preámbulo LFPAUCAM: *«En consecuencia, la Comunidad de Madrid, en el uso de su cobertura competencial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.23 de la Constitución española, y en el artículo 27.7 de su Estatuto de Autonomía, asume como urgente necesidad la especial tutela y protección del arbolado urbano existente en sus municipios, así como la puesta en práctica de medidas que aseguren su fomento y mejora»*.

cortar ramas y hojas, grabar o raspar su corteza, verter toda clase de líquidos, aunque no fuesen perjudiciales, y arrojar o esparcir basuras, escombros y residuos en las proximidades de los árboles, plantas y alcorques situados en la vía pública o en parques, jardines y montes, así como en espacios privados visibles desde la vía pública (art. 90 OTSC).

2.5 Contaminación acústica

Conforme al art. 139 LRBR, como normativa sectorial debe citarse la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido (en adelante LRu)¹¹⁷. Esta materia actualmente no se encuentra legislada por la Comunidad de Madrid, puesto que el Decreto 55/2012, de 15 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el régimen legal de protección contra la contaminación acústica en la Comunidad de Madrid señala en su art. 2 que «*el régimen jurídico aplicable en la materia será el definido por la legislación estatal*»¹¹⁸.

Resulta ilustrativa la STSJ Madrid 20 de febrero de 2013 (RJCA 2013\418) cuando mantiene que «*en relación con la descripción del marco jurídico de protección frente al ruido debemos, en primer lugar, destacar la importancia y trascendencia que en este ámbito ha tenido y tiene la Directiva 2002/49/CE del Parlamento y del Consejo (LCEur 2002, 1983), sobre evaluación y gestión del ruido ambiental.*

En ese marco legal estatal en materia de ruido destaca por

¹¹⁷ ESCRICHE MONZÓN, C. Contaminación acústica: deber de protección administrativa. Diario La Ley. n. 9235, p. 3-5, 2018. LA LEY 6819/2018; GIMÉNEZ ONTAÑÓN, V. La nueva Ley del Ruido. Diario La Ley. n. 6009, p. 11-12, 2004. LA LEY 844/2004; HERNÁNDEZ DE MARCO, S. Los ruidos, los olores y otras molestias sobre los ciudadanos y la ciudad, su protección por los poderes públicos y su prevalencia o no sobre actividades económicas y ejecución de infraestructuras. El Consultor de los Ayuntamientos. n. 10, p. 14-16, 2012. LA LEY 5701/2012; HERRERA DEL REY, J. J. El Ruido: estado de la cuestión. Diario La Ley. n. 7326, p. 3-5, 2010. LA LEY 144/2010; HERRERA DEL REY, J. J. La Ley del Ruido: Ley urbanística de escasa aplicabilidad. Diario La Ley. n. 6295, p. 15-19, 2005. LA LEY 3562/2005 y JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S. La criminalización del ruido. La Ley Penal. n. 6, p. 8-9, 2004. LA LEY 971/2004.

¹¹⁸ Que deroga el Decreto 78/1999, de 27 de mayo, por el que se regula el régimen de protección contra la contaminación acústica de la Comunidad de Madrid.

su importancia para las entidades locales el art. 28.5 LRU¹¹⁹ al sostener que

las ordenanzas locales podrán tipificar infracciones en relación con: a) El ruido procedente de usuarios de la vía pública en determinadas circunstancias; b) El ruido producido por las actividades domésticas o los vecinos, cuando exceda de los límites tolerables de conformidad con los usos locales.

Para esta clase de infracciones el art. 29.2 LRU recoge que *«las ordenanzas locales podrán establecer como sanciones por la comisión de infracciones previstas por aquéllas las siguientes: a) Multas. b) Suspensión de la vigencia de las autorizaciones o licencias municipales en las que se hayan establecido condiciones relativas a la contaminación acústica, por un período de tiempo inferior a un mes»*¹²⁰.

Asimismo, se define la inspección (art. 27 LRU), las infracciones (art. 28 LRU), las sanciones (art. 29 LRU), etc.

Sin embargo, la OTSC afronta una serie de conductas sobre el ruido desde una perspectiva de convivencia ciudadana: sistemas de avisos acústicos de establecimientos y edificios (art. 112 OTSC), ruidos desde vehículos (art. 113 OTSC), publicidad sonora (art. 114 OTSC), etc.

3 Aspectos formales

¹¹⁹ Apartado VIII Exposición de Motivos LRU: *«esta ley se dicta de conformidad con las competencias que al Estado otorga el artículo 149.1.16.ª y 23.ª de la Constitución, en materia de bases y coordinación de la sanidad y de protección del medio ambiente. Ello sin perjuicio de que la regulación sobre saneamiento y vicios ocultos en los inmuebles se fundamente en el artículo 149.1.14.ª, que las tasas que puedan establecer los entes locales para la prestación de servicios de inspección se basen en el artículo 149.1.14.ª y que la regulación de servidumbres acústicas de infraestructuras estatales y el régimen especial de aeropuertos y equipamientos vinculados al sistema de navegación y transporte aéreo se dicte de conformidad con lo establecido en los párrafos 13.ª, 20.ª, 21.ª y 24.ª del apartado 1 del citado artículo 149»*.

¹²⁰ MANTECA VALDELANDE, V. La Ley del Ruido. Diario La Ley. v. 6497, p. 6-9, 2006. LA LEY 1459/2006.

Respecto a los aspectos formales o procedimentales, estas ordenanzas municipales deben aclarar si se remiten a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) o en el caso de la Comunidad de Madrid al Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid (en adelante REPSCAM). Este Decreto se dicta como especialidad autonómica en aplicación de la previsión del art. 149.1.18 Constitución

*el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas*¹²¹.

La LPACAP nos recuerda en el apartado V de su Exposición de Motivos que «*el título IV, de disposiciones sobre el procedimiento administrativo común*¹²². Cabe destacar que según el art. 58 LPACAP, «*los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros*

¹²¹ SERRANO PATIÑO, A.; TOSCANO RAMIRO, C. La potestad sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid después de las Leyes 39/2015 y 40/2015. El Consultor de los Ayuntamientos. n. 4, p.1-3, 2018. LA LEY 2439/2018.

¹²² Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

órganos o por denuncia»¹²³. Asimismo, el art. 63.1 LPACAP dispone

los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente y establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos. Se considerará que un órgano es competente para iniciar el procedimiento cuando así lo determinen las normas reguladoras del mismo.

Igualmente vigente ha de tomarse en consideración el REPSCAM cuando en su art. 1.2 señala

este Reglamento será de aplicación supletoria por las entidades locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid para aquellas materias cuya competencia normativa corresponda a ésta, en defecto total o parcial de procedimientos sancionadores específicos previstos en los ordenamientos sectoriales o en las ordenanzas locales.

El procedimiento administrativo sancionador se compone fundamentalmente por dos modalidades: de tramitación ordinaria y de tramitación simplificada.

La modalidad de tramitación ordinaria se produce cuando el órgano competente para iniciar el procedimiento considere que no existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve, o considerando lo contrario opte por no ejercitar esa potestad. Esta tramitación se compone fundamentalmente por una iniciación, una propuesta de

¹²³ LUZ, Ebe Pimentel Gomes; LUZ, Lucas Pimentel Gomes; VIEIRA, Lara Fernandes. O Princípio da Participação Popular e a Denúncia como Mecanismo de Controle da Administração Pública. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 223-244. v. 3, Tomo I.

resolución y una resolución.

Tabla 1. Diferencias entre el procedimiento administrativo sancionador de tramitación ordinaria de la LPACAP y el REPSCAM

Procedimiento administrativo sancionador de tramitación ordinaria LPACAP	Procedimiento administrativo sancionador de tramitación ordinaria REPSCAM
<p>El acuerdo de iniciación se comunicará al instructor del procedimiento, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, y se notificará a los interesados, entendiéndose en todo caso por tal al inculcado. Asimismo, la incoación se comunicará al denunciante cuando las normas reguladoras del procedimiento así lo prevean (art. 64.1 LPACAP)</p>	<p>Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 9.2, los interesados podrán, durante el plazo de quince días desde la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento, formular las alegaciones y presentar los documentos que tengan por conveniente. Igualmente podrán proponer, en el mismo plazo, la práctica de las pruebas que estimen pertinentes (art. 6.3 REPSCAM)</p>
<p>En el caso de procedimientos de carácter sancionador, una vez concluida la instrucción del procedimiento, el órgano instructor formulará una propuesta de resolución que deberá ser notificada a los interesados. La propuesta de resolución deberá indicar la puesta de manifiesto del procedimiento y el plazo para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que se estimen pertinentes (art. 89.2 LPACAP)</p>	<p>La propuesta de resolución se notificará a los interesados a los que, durante el plazo de los quince días siguientes, se les pondrá de manifiesto el expediente para que, en dicho plazo, efectúen las alegaciones y presenten los documentos e informaciones que tengan por conveniente (art. 12.2 REPSCAM)</p>
<p>El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será de tres meses (art. 21.3)</p>	<p>El plazo para dictar resolución será de seis meses contados desde la fecha del acuerdo de iniciación, salvo</p>

LPACAP) ¹²⁴	que una norma con rango de ley establezca uno mayor (art. 14.6 REPSCAM)
------------------------	---

La modalidad de tramitación simplificada se produce cuando el órgano competente para iniciar el procedimiento considere que existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve y ejerza esa facultad. Esta tramitación se compone sustancialmente por una iniciación, una propuesta de resolución y una resolución aunque con una reducción de plazos¹²⁵.

Tabla 2. Diferencias entre el procedimiento administrativo sancionador de tramitación simplificada de la LPACAP y el REPSCAM

Procedimiento administrativo sancionador de tramitación simplificada LPACAP	Procedimiento administrativo sancionador de tramitación simplificada REPSCAM
Inicio del procedimiento de oficio y alegaciones formuladas al inicio del procedimiento durante el plazo de cinco días (art. 96.6.a y c) LPACAP)	En el plazo de los diez días siguientes a la notificación del referido acuerdo, los interesados podrán formular alegaciones y presentar los documentos que estimen pertinentes, así como proponer la práctica de las pruebas que consideren convenientes (art. 17.2 REPSCAM)
Trámite de audiencia (art. 96.6.d) LPACAP)	Realizadas las actividades señaladas en el apartado

¹²⁴ Art. 21.3 LPACAP: «Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:

a) En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.

b) En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para su tramitación».

¹²⁵ NAVAJAS REBOLLAR, M. Las novedades en la regulación del procedimiento administrativo común en la Ley 39/2015. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. n. 63, p. 52-53, 2016. RI §417738.

	<p>anterior, el órgano instructor formulará propuesta de resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12.1 o, si apreciase que los hechos pudieran ser constitutivos de infracción grave o muy grave, acordará que continúe la instrucción por los trámites del procedimiento ordinario, notificándose así a los interesados para que en el plazo de cinco días propongan prueba si lo estiman conveniente (art. 17.4 REPSAM)</p>
<p>Salvo que reste menos para su tramitación ordinaria, los procedimientos administrativos tramitados de manera simplificada deberán ser resueltos en treinta días, a contar desde el siguiente al que se notifique al interesado el acuerdo de tramitación simplificada del procedimiento (art. 96.6 LPACAP)</p>	<p>El procedimiento simplificado deberá resolverse en el plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha del acuerdo de iniciación (art. 17.5 REPSAM)</p>

Sin duda, en los años venideros los órganos jurisdiccionales tendrán que desarrollar una labor interpretativa de estas ordenanzas municipales, puesto que no ha de olvidarse que el art. 128 LPACAP reconoce en su apartado primero que

el ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde al Gobierno de la Nación, a los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo establecido en sus respectivos Estatutos, y a los órganos de gobierno locales, de acuerdo con lo previsto en la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local» y

en su apartado segundo, que «los reglamentos y disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, exacciones parafiscales u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.

Consideraciones finales

Únicamente en ausencia de normativa sectorial específica cabe el establecimiento por parte de los entes locales de un régimen sancionador para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios público.

Existiendo una extensa normativa medioambiental que en numerosas ocasiones nace de directivas de la Unión Europea, resulta conveniente cerrar los diferentes bloques normativos mediante las correspondientes ordenanzas municipales (ordenanzas de residuos, ordenanzas de seguridad ciudadana, ordenanzas de protección y fomento del arbolado urbano y ordenanzas de contaminación acústica).

Sin embargo, estas ordenanzas de convivencia ciudadana pueden presentar gran utilidad en dos circunstancias: 1) Cuando no exista la normativa sectorial pertinente y la entidad local considere necesaria la regulación de determinadas conductas; 2) Cuando se considere necesario por parte de la entidad local aglutinar en un solo texto reglamentario el cierre de algunos de esos bloques normativos.

Referencias

AYUSO GARCÍA, I. M. Las competencias sancionadoras de los alcaldes en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. **El Consultor de los Ayuntamientos**. n. 13, p. 1-11, 2015. LA LEY 4599/2015.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Á. Comentarios al Proyecto de Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local. **El Consultor de los Ayuntamientos**. n 23-24. p. 1-9, 2003. LA LEY 2891/2004.

CANO CAMPOS, T. El poder normativo local y la crisis de la ley. **Documentación Administrativa**. n. 6, p. 26-42, 2019. Disponible:

<https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10763/11679>. Acceso en: 24 jul. 2024.

CHAVES GARCÍA, J. R. Márgenes de las imprescindibles ordenanzas municipales. **El Consultor de los Ayuntamientos**. n. 8, p. 1-12, 2021. LA LEY 7942/2021.

CHOLBI CACHÁ, F. A. Estudio descriptivo sobre el contenido de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la Modernización del Gobierno Local y de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre y su incidencia en la Ley 7/1985, de Régimen Local. **El Consultor de los Ayuntamientos**. n. 9, p. 1-28, 2004. LA LEY 2978/2004.

CRESPO POVEDA, J. Nueva Ley de Residuos: efectos sobre la Administración Local. **El Consultor de los Ayuntamientos**. n. 7, p. 1-13, 2022. LA LEY 5820/2022.

ESCRICHE MONZÓN, C. Contaminación acústica: deber de protección administrativa. **Diario La Ley**. n. 9235, p. 1-5, 2018. LA LEY 6819/2018.

FAMILIAR SÁNCHEZ, A. El derecho sancionador en la Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local de 16 de diciembre de 2003. **El Consultor de los Ayuntamientos**. n. 7, p. 1-9, 2005. LA LEY 5742/2005.

GARCÍA RODRÍGUEZ, A. M. La potestad sancionadora municipal. **El Consultor de los Ayuntamientos**. n. 9, p. 1-20, 2006. LA LEY 1977/2006.

GIMÉNEZ ONTAÑÓN, V. La nueva Ley del Ruido. **Diario La**

Ley. n. 6009, p. 1-16, 2004. LA LEY 844/2004.

GONZÁLEZ BOTIJA, F. **Orden público y libertad**. Barcelona: Atelier, 2018. p. 380–384.

GUILLÉN ÁLVAREZ, Í. Estudio y análisis jurídico de la nueva Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana. **Diario La Ley**. n. 8633, p. 1-28, 2015. LA LEY 6032/2015.

HERNÁNDEZ DE MARCO, S. Los ruidos, los olores y otras molestias sobre los ciudadanos y la ciudad, su protección por los poderes públicos y su prevalencia o no sobre actividades económicas y ejecución de infraestructuras. **El Consultor de los Ayuntamientos**. n. 10, p. 1-16, 2012. LA LEY 5701/2012.

HERRERA DEL REY, J. J. La Ley del Ruido: Ley urbanística de escasa aplicabilidad. **Diario La Ley**. n. 6295, p.1-22, 2005. LA LEY 3562/2005.

HERRERA DEL REY, J. J. Botellón. Alcohol y ruido: ¿son los Ayuntamientos, jurídicamente, responsables y competentes? **Diario La Ley** n. 6578, p. 1–20, 2006. LA LEY 3053/2006.

HERRERA DEL REY, J. J. El Ruido: estado de la cuestión. **Diario La Ley**. n. 7326, p. 1-9, 2010. LA LEY 144/2010.

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S. La criminalización del ruido. **La Ley Penal**. n. 6, p. 1-15, 2004. LA LEY 971/2004.

LUZ, Ebe Pimentel Gomes; LUZ, Lucas Pimentel Gomes; VIEIRA, Lara Fernandes. O Princípio da Participação Popular e a Denúncia como Mecanismo de Controle da Admiistração Pública. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 223-244. v. 3, Tomo I. Disponible: www.dialogoaci.com.br. Acceso en: 23 jul. 2024.

MACIÁ GÓMEZ, R. Apuntes sobre la llamada «Ley Mordaza». **Diario La Ley**. n. 8649, p. 1-13, 2015. LA LEY 6607/2015.

MAGRO SERVET, V. La actividad del grafiti: ¿Arte o ilícito penal? ¿Delito, falta de daños o falta de deslucimiento? **Diario La Ley**. n. 7306, p. 1-10, 2009. LA LEY 20634/2009.

MANTECA VALDELANDE, V. La Ley del Ruido. **Diario La Ley**. n. 6497, p. 1-10, 2006. LA LEY 1459/2006.

MUERZA ESPARZA, J. JA. Sobre la nueva Ley de Seguridad Ciudadana. **Actualidad Jurídica Aranzadi**. n. 905/2015, p.

1-2, 2015. BIB 2015\1651.

NAVAJAS REBOLLAR, M. Las novedades en la regulación del procedimiento administrativo común en la Ley 39/2015. **El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho**. n. 63, p. 50-59, 2016. RI §417738.

ORDUÑA PRADA, E. Sobre la potestad normativa local y la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. **Actualidad Administrativa**, n. 2, p. 1-13, 2016. LA LEY 498/2016.

PARRA MUÑOZ, J. F. La potestad sancionadora de la Administración Local. **El Consultor de los Ayuntamientos**. n. 4, p. 1-12, 2005. LA LEY 5721/2005.

PEMÁN GAVÍN, Juan Maria. Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona. **REALA**. n. 305, p. 9-55, 2007. Disponible:

<https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/9356/9405>. Acceso en: 18 feb. 2024.

RUIZ-RICO RUIZ, C. Las Ordenanzas Locales de Convivencia y su impacto constitucional (a propósito de la STS de 14 de febrero de 2013). **Actualidad Administrativa**, n. 1, p. 1-9, 2014. LA LEY 10874/2013.

SERRANO PATIÑO, A.; TOSCANO RAMIRO, C. La potestad sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid después de las Leyes 39/2015 y 40/2015. **El Consultor de los Ayuntamientos**. n. 4, p.1-21, 2018. LA LEY 2439/2018.

**RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA:
ANÁLISE DA DECISÃO DO STJ NO RESP 1977172/PR**

Criminal Liability of Legal Entities: analysis of the STJ decision in REsp 1977172/PR

MARCUS VINÍCIUS AMORIM DE OLIVEIRA

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Ceará, titular da 9^ª Promotoria de Justiça de Fortaleza. Doutor em Direito, ramo Ciências Jurídico-Criminais, pela Universidade de Coimbra. Professor na FACINE e na ESMP - Escola Superior do Ministério Público do Ceará. E-mail: marcus.amorim@mpce.mp.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9252-8707>.

Resumo: Este trabalho, sob o método indutivo, promove uma análise do Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1977172/PR, de 24 de agosto de 2022, em que se confirmou a decretação da extinção da punibilidade em decorrência da incorporação da empresa Agrícola Jandelle S.A. pela Seara Alimentos Ltda., ocorrida em 2018. Em analogia ao disposto no artigo 107, inciso I, do Código Penal, a Corte considerou correta a equiparação da incorporação de uma pessoa jurídica por outra à morte de uma pessoa natural, por entender que o princípio da intranscendência das penas alcança as pessoas jurídicas. Em 2018, a empresa Agrícola Jandelle S.A. havia sido acusada pelo Ministério Público do Estado do Paraná da prática do crime de poluição atmosférica.

Palavras-chave: responsabilidade penal da pessoa jurídica; crime ambiental; extinção da punibilidade; incorporação de empresas.

Abstract: This paper, using the inductive method, promotes an analysis of the Decision of the Superior Court of Justice in Special Appeal no. 1977172/PR, of August 24, 2022, in which the decree of the extinction of punishment as a result of the incorporation of the company Agrícola Jandelle S.A. by Seara Alimentos Ltda., which occurred in 2018, was confirmed. In analogy to the provisions of article 107, item I, of the Criminal Code, the Court considered it correct to equate the incorporation of a legal entity by another with the death of a natural person, as it understood that the principle of the intranscendence of penalties affects legal entities. In 2018, the company Agrícola Jandelle S.A. had been accused by the Public Ministry of the State of Paraná of committing the crime of air pollution.

Keywords: criminal liability of the legal entity; environmental crime; extinction of punishment; incorporation of companies.

Introdução

Este trabalho é resultado da comunicação oral que fizemos no XVI Diálogo ACI Brasil, evento ocorrido em 15 de setembro de 2022, na UNIFOR – Universidade de Fortaleza, com base num caso concreto então recentemente submetido a julgamento no Superior Tribunal de Justiça.

Problema de pesquisa diz respeito ao REsp 1977172/PR, impenetrado no Superior Tribunal de Justiça – STJ pelo Ministério Público do Estado do Paraná.

A metodologia recorreu ao método indutivo, pois promove uma análise do Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1977172/PR, de 24 de agosto de 2022, em que se confirmou a decretação da extinção da punibilidade em decorrência da incorporação da empresa Agrícola Jandelle S.A. pela Seara Alimentos Ltda., ocorrida em 2018.

1 Apresentação do Problema: o Caso no REsp 1977172/PR

No dia 7 de agosto de 2018, o Ministério Público do Estado do Paraná denunciou em juízo a empresa Agrícola Jandelle S.A., situada na cidade de Arapongas/PR, pela prática do crime de poluição ambiental, em sua forma qualificada¹²⁶. Segundo a peça acusatória, dez anos antes, no dia 16 de julho de 2008, agentes de fiscalização do Instituto Ambiental do Paraná realizaram vistoria naquela filial da empresa e constataram o lançamento de resíduos sólidos, consistentes em material particulado, derivado

¹²⁶ Nos termos do art.54, §2º, inciso V, da Lei n.º 9605/98: “Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: (...) §2º. Se o crime: (...) V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos: Pena - reclusão, de um a cinco anos”.

de milho e soja, tudo isso em desacordo com as exigências estabelecidas na legislação ambiental, em nível tal que seria capaz de causar danos à saúde humana. A denúncia foi recebida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Arapongas/PR em decisão de 24 de agosto de 2018. A defesa, para a qual compareceu a empresa Seara Alimentos Ltda., apresentou questões preliminares em sua resposta à acusação, todavia, rejeitadas pelo Juízo processante, que ratificou a decisão de recebimento da denúncia.

Diante disso, a empresa Seara Alimentos Ltda. impetrou um Mandado de Segurança junto ao Tribunal de Justiça paranaense. Ratificando as alegações feitas na primeira instância, sustentou que o crime narrado na denúncia correspondia a atividades industriais da administração e sócios da empresa Agrícola Jandelle S.A. à época do fato e, em destaque, que a empresa fora vendida ainda em 2014 e naquele mesmo ano de 2018 incorporada por ela própria, Seara Alimentos Ltda. Assim, pleiteou o reconhecimento da extinção da punibilidade em aplicação analógica à situação de morte do agente¹²⁷, ao argumento de que a extinção da pessoa jurídica equivale à morte da pessoa física, e ainda, de que o princípio jurídico-penal da intranscendência obsta a sucessão da empresa incorporadora nas obrigações assumidas pela incorporada, aplicável somente na esfera civil. Ao julgar a causa, em 10 de dezembro de 2020, com parecer favorável da Procuradoria de Justiça oficiante no processo, a 2ª Câmara Criminal acolheu a impetração por unanimidade e concedeu a segurança, para extinguir a punibilidade em face de Agrícola Jandelle S.A. e encerrar a ação penal.

Em face da abrupta interrupção da ação penal, o Ministério Público do Estado do Paraná interpôs, primeiro, embargos declaratórios, e na sequência, porque indeferidos, em novembro de 2021, Recurso Especial contra o Acórdão do Tribunal de Justiça local. Nesta via recursal excepcional, regularmente admitida, o Ministério Público argumentou junto ao Superior Tribunal de Justiça que a decisão da segunda instância da justiça paranaense violara o artigo 107, inciso I, do Código Penal, combinado com os artigos 4º e 24, da Lei n.º 9.605/98, isto é, que o princípio da

¹²⁷ Como previsto no art.107, inciso I, do Código Penal: “Art. 107 - *Extingue-se a punibilidade: I – pela morte do agente*”.

intranscendência ou pessoalidade das penas incide somente sobre pessoas naturais¹²⁸.

O Recurso Especial, sob a relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, tramitou inicialmente na 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça. Em parecer, datado de 31 de março de 2022, o Ministério Público Federal se posicionou favoravelmente ao provimento do Recurso Especial. Entretanto, em junho de 2022, a 5ª turma decidiu por bem afetar o julgamento à 3ª Seção da Corte, que reúne a 5ª e a 6ª turmas daquele Tribunal. Finalmente, em 24 de agosto do mesmo ano, a 3ª Seção conheceu do Recurso Especial, e, por maioria de 5 votos a 4, que contou com voto de desempate do Presidente daquele colegiado, negou-lhe provimento¹²⁹.

Sem entrar nos meandros da tramitação processual, este trabalho tem como objetivo travar uma discussão acerca do Acórdão da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça nesse Recurso Especial, cuja ementa tem o seguinte teor, e porque imprescindível para a explanação em torno do caso, aqui reproduzido na íntegra:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL.
RECURSO ESPECIAL. CRIME DE POLUIÇÃO (ART. 54, § 2º, V, DA LEI 9.605/1998). CONDUTA PRATICADA*

¹²⁸ Veja-se o que dispõe o art.5º, inciso XLV, da Constituição Federal: “Art.5º (...). XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

¹²⁹ É o que detalha a certidão de julgamento: “Após o voto do Sr. Ministro Relator, negando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT) e Sebastião Reis Júnior, e o voto antecipado divergente do Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik, dando provimento ao recurso especial para reformar os acórdãos proferidos na origem, cassar a declaração de extinção de punibilidade da pessoa jurídica e determinar o prosseguimento da ação penal, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, João Otávio de Noronha e Rogerio Schietti Cruz, e o voto desempate do Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Presidente da Terceira Seção), acompanhando o Relator, a Terceira Seção, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram vencidos os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Antonio Saldanha Palheiro, João Otávio de Noronha e Rogerio Schietti Cruz. Os Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sebastião Reis Júnior e Reynaldo Soares da Fonseca (Presidente da Terceira Seção) (voto desempate) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente justificadamente a Sra. Ministra Laurita Vaz”.

POR SOCIEDADE EMPRESÁRIA POSTERIORMENTE INCORPORADA POR OUTRA. EXTINÇÃO DA INCORPORADA. ART. 1.118 DO CC. PRETENSÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA INCORPORADORA. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 107, I, DO CP. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE MANTIDA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A conduta descrita na denúncia foi supostamente praticada pela sociedade empresária AGRÍCOLA JANDELLE S.A., posteriormente incorporada por SEARA ALIMENTOS LTDA. 2. A incorporação gera a extinção da sociedade incorporada, transmitindo-se à incorporadora os direitos e obrigações que cabiam à primeira. Inteligência dos arts. 1.116 e 1.118 do CC, bem como do art. 227 da Lei 6.404/1976. 3. A pretensão punitiva estatal não se enquadra no conceito jurídico-dogmático de obrigação patrimonial transmissível, tampouco se confunde com o direito à reparação civil dos danos causados ao meio ambiente. Logo, não há norma que autorize a transferência da responsabilidade penal à incorporadora. 4. O princípio da intranscendência da pena, previsto no art. 5º, XLV, da CR/1988, tem aplicação às pessoas jurídicas. Afinal, se o direito penal brasileiro optou por permitir a responsabilização criminal dos entes coletivos, mesmo com suas peculiaridades decorrentes da ausência de um corpo biológico, não pode negar-lhes a aplicação de garantias fundamentais

utilizando-se dessas mesmas peculiaridades como argumento. 5. Extinta legalmente a pessoa jurídica ré – sem nenhum indício de fraude, como expressamente afirmou o acórdão recorrido –, aplica-se analogicamente o art. 107, I, do CP, com a consequente extinção de sua punibilidade. 6. Este julgamento tratou de situação em que a ação penal foi extinta pouco após o recebimento da denúncia, muito antes da prolação da sentença. Ocorrendo fraude na incorporação (ou, mesmo sem fraude, a realização da incorporação como forma de escapar ao cumprimento de uma pena aplicada em sentença definitiva), haverá evidente distinção em face do precedente ora firmado, com a aplicação de consequência jurídica diversa. É possível pensar, em tais casos, na descon sideração ou ineficácia da incorporação em face do Poder Público, a fim de garantir o cumprimento da pena. 7. Diversamente, a responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente ou a terceiros, bem como os efeitos extrapenais de uma sentença condenatória eventualmente já proferida quando realizada a incorporação, são transmissíveis à incorporadora. 8. Recurso especial desprovido”.

O Ministério Público do Estado do Paraná insistiu na demanda com a interposição de novos embargos declaratórios. Entretanto, tal como ocorrera em segunda instância, foram rejeitados¹³⁰. O Ministro Ribeiro Dantas, Relator do Recurso Especial,

¹³⁰ Em 26 de outubro de 2022, a mesma 3ª Seção proferiu o seguinte Acórdão: “PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES AMBIENTAIS. PRETENDIDA TRANSFERÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PENAL À PESSOA JURÍDICA INCORPORADORA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS

colocou a questão nos seguintes termos: “A *controvérsia objeto de julgamento situa-se no campo da responsabilidade penal da pessoa jurídica e pauta-se em duas indagações principais: ocorrendo a operação societária de incorporação de sociedade empresária, é possível imputar à incorporadora a responsabilidade penal por ato praticado pela incorporada? Ou cabe, nesse cenário, aplicar analogicamente o art. 107, I, do CP, para declarar a extinção da punibilidade pelo fim da existência da incorporada, como fez o acórdão recorrido?*”. Este, portanto, o problema que se apresenta. Nos tópicos seguintes, far-se-á uma análise das questões jurídicas, tanto na esfera cível quanto na penal, empregadas argumentativamente para a tomada de decisão da 3ª Seção, e além disso, pretende-se apontar para a natureza constitucional da causa e seus previsíveis reflexos na persecução penal de pessoas jurídicas porventura submetidas a incorporação ou fusão e que tenham sido acusadas de cometer crime ambiental.

2 Ainda a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

Não é segredo para ninguém que o Direito Penal do século XX, em seu sentido dogmático e de política criminal, encontra-se voltado para a pessoa física ou natural como sujeito da punição. Ela, afinal, é a destinatária da norma penal e sobre a sua responsabilização foi construído o edifício do direito penal que se tem atualmente no ordenamento brasileiro. Dito isto, a intro-

INTEGRATIVOS NO ACÓRDÃO EMBARGADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. 1. O acórdão embargado pronunciou-se adequadamente sobre todos os temas discutidos no recurso especial, não padecendo de nenhum dos vícios integrativos listados no art. 619 do CPP. A discordância do Parquet quanto às conclusões do aresto não autoriza o manejo dos aclaratórios. 2. O aresto embargado destacou expressamente que, ao contrário do que ocorre na esfera cível, não há lei autorizando a transferência de responsabilidade criminal entre pessoas jurídicas, nem no aspecto material, nem no processual. Considerações sobre a necessidade de proteger o meio ambiente e evitar a impunidade, relevantes como são, não autorizam o Judiciário a suprir esse vácuo legislativo e atuar como legislador positivo. 3. O acórdão embargado não deixou desguarnecido o meio ambiente, pois ressaltou a possibilidade de responsabilização da incorporadora nos casos de fraude ou, de modo geral, de incorporação voltada a frustrar os objetivos do processo penal. 4. Embargos de declaração rejeitados”.

dução da responsabilidade penal da pessoa jurídica no arcabouço constitucional de nosso País¹³¹ provocou um efeito tsunâmico na doutrina e na jurisprudência que até hoje se faz sentir, de tal modo que não se pode dar essa questão como resolvida ou superada. Pelo contrário! Se em matéria ambiental, tributária ou de consumidor, a responsabilização da pessoa jurídica já encontra um pensamento bem assentado, embora um tanto quanto impreciso, em outros campos do direito penal a matéria permanece gerando ainda tantas outras dúvidas e inquietações. Afinal, tem-se um instituto jurídico a exigir um grande esforço de compatibilização, por meio de reformas legislativas e interpretações judiciais condizentes, capaz de permitir um ajuste, um alinhamento, uma conformação desse novo instituto com os alicerces normativos do Direito Penal. Afinal, não se pode imaginar que, por exemplo, a disciplina legal da culpabilidade de uma pessoa natural tenha os mesmos contornos daquela destinada à pessoa jurídica.

Mesmo se tratando de crime ambiental, a responsabilização da pessoa jurídica vem enfrentando problemas. A regra segundo a qual a responsabilização da pessoa jurídica em crime ambiental necessariamente implica a da pessoa física que com ela ou por meio dela, realiza a conduta típica, o que se convencionou chamar por aqui de “teoria da dupla imputação”¹³², foi relativizada pelo Supremo Tribunal Federal. No Recurso Extraordinário nº 548181/PR, julgado em agosto de 2013, a 1ª turma da Corte Suprema explicitou o entendimento de que “o art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla

¹³¹ Diz o §3º, do art.225, da Constituição Federal: “§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”.

¹³² Nos termos do art. 3º, da Lei n.º 9605/98: “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. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”.

imputação”. Isto porque “as organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta”. Assim, “condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental (...). A identificação dos setores e agentes internos da empresa, determinantes da produção do fato ilícito, tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual”.

A relativização da dupla imputação em crime ambiental, segundo o Supremo Tribunal Federal, não viola o princípio da indivisibilidade da ação penal. A propósito, no caso concreto em exame, a denúncia do Ministério Público paranaense, aparentemente já lastreada no entendimento da 1ª turma da Corte, imputou o crime de poluição atmosférica apenas à pessoa jurídica, porém, indicando o sócio-proprietário da incorporadora como seu responsável legal.

Outro aspecto que merece ser trazido para reflexão é o instituto da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), aplicável quando tal condição se mostrar um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados à qualidade do

meio ambiente¹³³, ou seja, quando se evidenciar que a empresa não possui recursos financeiros suficientes para fazer frente à obrigação de reparar o dano ambiental. No caso em estudo, a conduta típica imputada à empresa Agrícola Jandelle S.A. consistiu em emitir ilegalmente material particulado na atmosfera que, em seguida, precipitou sobre telhados de casas, automóveis e vias públicas nas cercanias da fábrica. Logo, em tese, tanto na esfera civil quanto na penal, a personalidade jurídica da empresa acusada poderia ser afastada, de modo que a responsabilização poderia recair sobre determinada pessoa física. Ocorre que, no nosso caso concreto, o Ministério Público acusou apenas uma pessoa jurídica que já havia sido vendida e, principalmente, incorporada por uma outra empresa.

Finalmente, de se ter em devida conta a incidência do princípio da subsidiariedade, como um dos elementos, junto com o princípio da fragmentariedade, do chamado Direito Penal mínimo. Se é consensual a ideia de que o ambiente, como tal entendido um certo direito a um equilíbrio ecossistêmico, é um bem jurídico digno de tutela penal, para Passos de Freitas, “o *Direito Penal mínimo não deve ser aplicado em tema de infrações ambientais, onde os danos são muitas vezes de consequências graves e nem sempre conhecidas, e a preservação é um dever a ser levado com o máximo empenho e seriedade, não apenas para esta, mas principalmente para as futuras gerações*”¹³⁴.

É nesse terreno pantanoso que o problema apresentado neste trabalho se movimenta, o que só contribui para intensificar a controvérsia que envolve o caso em análise.

¹³³ Tal como disciplinado no art. 4º, da mesma Lei nº 9605/98: “*Art. 4º. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente*”. Steigleder explica que há duas teorias acerca da desconsideração da personalidade jurídica: uma “maior”, que exige a comprovação do dolo de fraude, abuso ou uso ilícito da autonomia patrimonial da empresa em benefício de seus integrantes ou administradores; e outra “menor”, que dispensa a demonstração desse dolo, acolhida tanto no art.28, §5º, do Código de Defesa do Consumidor como no art. 4º, da Lei nº 9605/98. Cf. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Desconsideração da Pessoa Jurídica (artigo 4º)**. In: MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (org.). **Crimes Ambientais** – Comentários à Lei 9605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 82.

¹³⁴ Cf. FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a Natureza**. 9. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 36.

3 Incorporação é o mesmo que Morte?

Uma vez visualizado o panorama do problema aqui debatido e as implicações dos institutos ligados à responsabilização penal da pessoa jurídica, podemos enfrentar as questões que emergem da tese central do caso concreto: a equiparação da incorporação de uma pessoa jurídica com a morte da pessoa física e que resultou na decretação da extinção da punibilidade pelo crime ambiental. Isto faz sentido? Para o Relator do caso, Ministro Ribeiro Dantas, *“a sentença de morte ideal da incorporada, decretada pelo art. 1.118 do CC, é a situação fática mais próxima, para as pessoas jurídicas, da causa de extinção de punibilidade prevista no art. 107, I, do CP. Ausente em nossa vetusta legislação penal um regramento específico sobre tal circunstância, e considerando a plena aplicabilidade do princípio da intranscendência da pena às pessoas jurídicas, a incidência analógica do art. 107, I, do CP é a medida que resolve o conflito de maneira mais técnica e impede a responsabilização penal objetiva da recorrida por fatos de terceiros”*.

No direito civil brasileiro, os institutos da incorporação, cisão, fusão¹³⁵ e dissolução são distintos. Em comum, pode-se afirmar que todos eles constituem modos de extinção de uma pessoa jurídica¹³⁶. Contudo, seus protocolos legais e efeitos jurídicos são diversos. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos¹³⁷. Com base nisso, as

¹³⁵ Dada a sua relevância e porque em situação assemelhada à incorporação, veja-se o art.1119, do Código Civil: *“Art. 1.119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações”*.

¹³⁶ Nos dizeres do art.219, da Lei n.º 6404/76 (Lei das S.A.).

¹³⁷ Cf. art.1116, do Código Civil e art.227, da Lei n.º 6404/76 (Lei das S.A.). Nesse sentido, Calças esclarece que *“a incorporação é a operação de natureza complexa pela qual uma sociedade, chamada incorporadora, absorve ou agrega uma ou várias sociedades, que são denominadas incorporadas. As sociedades incorporadas se extinguem, pois, ao serem absorvidas pela incorporadora, esta as sucederá em todos os seus direitos, obrigações e negócios pendentes. Pode-se afirmar que a incorporação implica a extinção da sociedade ou das sociedades incorporadas. A extinção da personalidade jurídica da sociedade incorporada decorre da própria lei, constituindo efeito legal que ocorre sem a necessidade de se aplicar o instituto da dissolução e da extinção. A incorporação configura uma modalidade de ato de concentração econômica e deverá ser aprovada em deliberação tomada por cada uma das sociedades envolvidas na operação, sendo, portanto, um ato*

partes envolvidas no processo debateram a aplicabilidade do princípio da intranscendência das penas: para a defesa, isto impede que a empresa incorporadora venha a ser acusada de um crime ambiental que teria sido cometido pela empresa incorporada, haja vista que o ato reputado criminoso teria sido cometido por uma pessoa jurídica não mais existente; para a acusação, tal princípio se restringe à pessoa natural, isto porque, para além de se tratar de um direito fundamental de primeira dimensão, a regra constitucional excepciona a extensão da obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens aos sucessores até o valor do patrimônio transferido, o que seria aplicável a crimes ambientais praticados por pessoas jurídicas.

A morte física de alguém faz desaparecer os vestígios materiais do corpo humano, porém, seus direitos e obrigações podem ser transmitidos a terceiros, a quem a lei chama de herdeiros, num processo jurídico conhecido como sucessão¹³⁸. Numa incorporação, o patrimônio, e junto com ele, também os direitos e obrigações da empresa incorporada se transmitem para a empresa incorporadora. É como se as “células” (bens) da pessoa jurídica incorporada sobrevivessem no “corpo” (patrimônio) da pessoa jurídica incorporadora, algo que, evidentemente, não se coaduna com a condição natural do ser humano. Na incorporação, a pessoa jurídica não “morre”; ela “revive” em outro “corpo”¹³⁹. É isso que, para nós, significa o emprego do

colegial complexo". Cf. CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Capítulo IX – Da Liquidação da Sociedade. In NANNI, Giovanni Ettore *et al.* **Comentários ao Código Civil**: direito privado contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 5340. Veja-se, ainda, o art.1118, também do Código Civil: “Art.1.118. *Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada, e promoverá a respectiva averbação no registro próprio*”.

¹³⁸ Nos termos do art.1784 e seguintes do Código Civil.

¹³⁹ Citado pelo Ministro Relator Ribeiro Dantas em seu voto, Mamede expõe a situação da seguinte maneira: “*Como resultado da incorporação, todos os direitos e obrigações da sociedade incorporada passarão a ser direitos e obrigações da sociedade incorporadora. O artigo 1.116 do Código Civil fala em sucessão de direitos e obrigações, no que privilegia o aspecto nominal da incorporação: incorporada deixa de existir, sendo extinto o respectivo registro, incorporadora continua existindo e, assim, seria sucessora da incorporada. É uma meia verdade: na incorporação há apenas extinção do nome e registro da incorporada; o corpo social preservou-se: pessoas e patrimônio, ainda que absorvido por outra sociedade. Ora, o patrimônio é o conjunto de direitos e deveres. Se o patrimônio foi incorporado, não há sucessão, mas uma transformação (metamorfose) patrimonial e pessoal. Não há, em sentido jurídico, uma transferência de bens, nem uma circulação de*

verbo “absorver” no dispositivo legal. Portanto, vale notar que, em se tratando de crime ambiental imputado a pessoa jurídica, a aplicação da pena não é corporal, por motivos óbvios, mas essencialmente de cunho patrimonial ou, pelo menos, restritiva de direitos, isto sem falar no efeito da pena consistente na obrigação de reparação do dano ambiental. Em outras palavras, se a uma pessoa natural o Direito Penal pode impor tanto uma pena corporal (pena privativa de liberdade) como patrimonial (penas restritivas de direitos e multa), a uma pessoa jurídica, à vista da estrutura normativa atual do Direito Penal brasileiro, só se pode aplicar esta última¹⁴⁰.

Em essência, é por este motivo que entendemos exagerada, incongruente e desarrazoada a equiparação de uma incorporação – cujo raciocínio se estende à fusão de pessoas jurídicas – à morte da pessoa natural. Ou como assinalou o Ministro Joel Ilan Paciornik, que abriu divergência no julgamento do Recurso Especial “*apesar de serem muitas as formas pelas quais a pessoa humana pode morrer, irrefutável que só há uma forma de morte, que é o esvaimento completo da vida, distintamente do que ocorre em relação aos entes morais, que podem se extinguir pela dissolução e liquidação, por fusão ou incorporação*”. E com outras palavras, arremata: “*A morte e a extinção implicam, igualmente, a sucessão dos direitos e obrigações do indivíduo e do ente moral. Os negócios jurídicos transferíveis sucederão aos herdeiros e aos incorporadores. Porém, percebe-se o nítido paradoxo no qual a morte do ser humano é a causa da sucessão e, inversamente, a sucessão da empresa é a causa de sua ‘morte’*”.

E no caso em exame, nem calha alegar a aplicação de analogia *in bonam partem*, posto que nem de analogia caberia cogitar, se acolhida a tese de que o princípio da intrascendência ou pessoalidade das penas se limita à pessoa natural bem como em face do que dispõem as regras sobre desconsideração da pessoa jurídica e dupla imputação de crime ambiental. Em seu parecer junto à 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, o

mercadoras. Há mera alteração nominal do titular, já que ao corpo de uma sociedade acrescentou-se o corpo de outra”. Cf. MAMEDE, Gladston. **Direito Societário**. 14. ed. Barueri: Atlas, 2022, p.171.

¹⁴⁰ Seja como for, não deixa de ser desafiador especular sobre as implicações jurídico-penais da sociedade unipessoal, prevista no art.1052, do Código Civil.

Ministério Público Federal externou:

No caso, as regras dos arts. 4º e 24 da Lei n. 9.605/98 expressamente evidenciam o tratamento penal da pessoa jurídica diverso daquele destinado à pessoa física. Pelo teor do art. 4º, a pessoa jurídica poderá ser desconsiderada quando apresentar obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao meio ambiente. Cite-se que o art. 5º, XLV, da CF, que alude à “pessoa do condenado”, ao tratar do princípio penal da intranscendência da pena, admite que as sanções patrimoniais possam ir além, alcançando os sucessores, de forma que o princípio da personalidade ou intranscendência da pena do art. 107, I, do CP volta-se ao ser humano como singularidade. Daí porque não cabe analogia, pois os pressupostos da responsabilidade penal da pessoa jurídica são distintos da pessoa física, não podendo, como argumenta [o] recorrente, “transpor garantias destinadas aos seres humanos em moldes equivalentes aos entes coletivos.

Tampouco escapou à observação do Ministério Público Federal o conteúdo normativo do artigo 173, §5º, da Constituição Federal¹⁴¹. Com efeito, a proteção dos direitos da personalidade se aplica às pessoas jurídicas somente no que couber¹⁴². No entanto, para o Ministro Relator Ribeiro Dantas:

trata-se de leitura equivocada do art. 5º, XLV, da CR/1988, o qual não apresenta nenhuma incompatibilidade em abs-

¹⁴¹ Diz o art.173, §5º, da Constituição Federal: “*Art.173 (...) §5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular*”.

¹⁴² De acordo com o art.52, do Código Civil.

trato com a natureza ideal das pessoas jurídicas. A compreensão sistemática da norma constitucional também aponta nessa direção: se o sistema criminal admite a punição de pessoas jurídicas, em que pesem as peculiaridades que derivam da ausência de um corpo físico, não pode o sistema valer-se dessas mesmas peculiaridades como fundamento para restringir garantias penais cujo exercício pela pessoa jurídica é, na prática, possível.

Para a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, não há norma que autorize a transferência da responsabilidade penal à incorporadora, haja vista que, tal como exposto pelo Ministro Ribeiro Dantas, *“as sanções criminais não se equiparam a obrigações cíveis, porque o fundamento jurídico de sua incidência é em todo distinto. Na relação entre o Ministério Público e o réu em uma ação penal, inexistem os três elementos obrigacionais [partes ativa e passiva – elemento subjetivo; objeto, que consiste em prestações patrimoniais de dar ou fazer; vínculo jurídico que os une], justamente porque a pretensão punitiva criminal não é uma obrigação, dela divergindo em suas fontes, estruturas e consequências”*. Entretanto, a nosso ver, a questão merecia ser enfrentada sob ângulo diverso, numa perspectiva do Direito Penal e não do Direito Societário, isto é, a partir do princípio da intranscendência das penas e da regra de desconsideração da personalidade jurídica.

Além de uma solução assimétrica, por assim dizer, ou seja, que não faz mesmo muito sentido, não se pode olvidar que a legislação prevê a possibilidade de liquidação da pessoa jurídica. A liquidação deve ser disciplinada em seu estatuto, hipótese em que os próprios sócios previamente deliberam acerca da extinção da pessoa jurídica e a destinação de seu patrimônio¹⁴³, e no entanto, isto pode ocorrer também de modo forçado¹⁴⁴. Qual a

¹⁴³ Cf. art. 46, inciso VI, do Código Civil.

¹⁴⁴ Consoante o disposto no art.24, da Lei n.º 9605/98: *“Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será*

implicação dessa “pena de morte” da pessoa jurídica na sua responsabilidade penal? Para Rothenburg¹⁴⁵

o processo de extinção da pessoa jurídica não inibe nem sua capacidade de cometer infrações penais, nem sua sujeição às penas respectivas. O que pode acontecer é alguma inviabilidade prática. Apenas se a pessoa jurídica não mais existir de fato terá desaparecido o sujeito, o que conduz à extinção da punibilidade, como no caso de morte de pessoa física (...). É certo que a pessoa jurídica pode cometer crimes mesmo após a dissolução, ainda durante a fase de liquidação e, durante esse período, está sujeita ao processo e à execução. Com efeito, durante a extinção, pode subsistir a pessoa jurídica, ou algum de seus elementos (como o patrimônio), o que daria lastro a certas modalidades sancionatórias, em particular a pena de multa. Nem mesmo a alteração da estrutura da pessoa jurídica (com a incorporação a outra ou a constituição de outra) inibe necessariamente a persecução penal.

Em reconhecimento ao que aqui identificamos como uma assimetria, o direito penal em outros países já estabeleceu regras específicas no tocante à incorporação e fusão de pessoas jurídicas e que, em linhas gerais, impedem a decretação da extinção da punibilidade da conduta que lhes é imputada. Nesse sentido, o artigo 130.2 do Código Penal espanhol preconiza “*la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasla-*

considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional”.

¹⁴⁵ Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica (artigo 3º). In: MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (org.). **Crimes Ambientais** – Comentários à Lei 9605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 69-70.

dará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión". E de maneira que nos parece bastante prudente, completa:

El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

Referindo-se apenas a cisão e fusão, o artigo 11º, item 8, do Código Penal português diz que *“a cisão e a fusão não determinam a extinção da responsabilidade criminal da pessoa coletiva ou entidade equiparada, respondendo pela prática do crime: a) a pessoa coletiva ou entidade equiparada em que a fusão se tiver efetivado; e b) as pessoas coletivas ou entidades equiparadas que resultaram da cisão”*.

Nada obstante, o Código das Sociedades Comerciais português equipara a incorporação à fusão¹⁴⁶. Por sua vez, o direito italiano é bem explícito ao assinalar, nos artigos 28 e 29 do Decreto legislativo nº 231, de 8 de junho de 2001, que *“nel caso di trasformazione dell'ente, resta ferma la responsabilita' per i reati commessi anteriormente alla data in cui la trasformazione ha avuto effetto”*. E mais: *“Nel caso di fusione, anche per incorporazione, l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti alla fusione”*.

¹⁴⁶ Nos termos de seu art.116º.

Como se percebe, enquanto alguns países avançaram na aproximação entre o direito penal e o direito societário, a legislação penal brasileira possui um *gap* normativo, algo que, todavia, não significa que, ampliando o foco de análise para o todo do ordenamento, a incorporação possa ser compreendida como uma “morte” da pessoa jurídica a ponto de justificar a decretação de extinção da punibilidade quando a empresa incorporada tenha cometido algum crime ambiental. De revés, são tantas as possibilidades de transformação de uma pessoa jurídica que simplesmente considerar que ela “morreu” ao ser incorporada por outra ou fundida com uma terceira parece uma solução simplista e contraditória em face do que devem ser, na lição de Bobbio, a completude e a coerência de um ordenamento jurídico.

Considerações finais

Postas as coisas dessa maneira, podemos agora expor algumas reflexões sobre o problema apresentado. E a primeira delas diz respeito ao caminho a percorrer para a integração entre as questões penais e ambientais, tendo como ponto de intersecção o direito societário. Direito Penal Ambiental ou Direito Ambiental Penal? À primeira vista, pode parecer uma tola discussão terminológica, porém, preferimos crer que essa indagação toca fundo na perspectiva sobre o melhor desses caminhos: se partindo do direito ambiental sancionador e suas categorias, fortalecendo a busca pela reparação do dano e a aplicação de multas e outras sanções administrativas, no que abriria espaço para uma ampla recorrência da subsidiariedade penal; ou se do direito penal e seus conceitos formatados para a responsabilização da pessoa humana, impondo uma profunda reforma em algumas de suas concepções mais importantes e garantindo a relevância da tutela penal em prol do bem jurídico-ambiental. E seguindo essa esteira, dentro mesmo do Direito Penal, o caso concreto trazido ao debate neste trabalho nos conduz à percepção de que, permanecendo o Direito Penal afeito às pessoas naturais, as velhas categorias efetivamente precisam ser reformuladas e ajustadas às especificidades da pessoa jurídica.

A decisão da 3^a Seção do Superior Tribunal de Justiça objetivou uma tese jurídica com a qual não concordamos. Independentemente disso, é preciso pensar sobre as consequências práticas dessa decisão.

Portanto, uma outra reflexão tem que ver com política criminal e negócios. Parece claro que se torna mais uma dificuldade a de perscrutar se houve má-fé na incorporação da empresa acusada de crime ambiental¹⁴⁷, como deixa entrever o julgado do Superior Tribunal de Justiça, configurando uma hipótese em que, aí sim, a incorporação poderia ser ignorada. Os negócios são feitos em salas privadas, não raras vezes, por motivos econômicos, de modo absolutamente reservado ou confidencial.

O fato da pessoa jurídica, a ser incorporada ou submetida à fusão, ser acusada de crime ambiental é um dado que, de supor, haverá de entrar nos cálculos do negócio em termos de risco e oportunidade. E resta claro que isso, vindo à tona, poderia interferir na persecução penal. Parece-nos, enfim, que a persecução penal não pode ficar à mercê das contingências de negócios jurídicos entabulados entre particulares.

O Ministério Público do Estado do Paraná não se conformou com o julgado do Superior Tribunal de Justiça e interpôs Recurso Extraordinário. Esta nova irrisignação se encontra hoje sob a relatoria do Ministro André Mendonça¹⁴⁸. Aguardemos, pois, o desfecho deste caso.

Referências

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 548181/PR**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2518801>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1451261/PR**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>

¹⁴⁷ Veja-se o que diz o art.50, do Código Civil. Diante disso, e considerando o disposto no art.24, da Lei n.º 9605/98, pode-se levantar uma outra questão, consistente em saber se é mesmo preciso comprovar o dolo de desvio de finalidade da pessoa jurídica.

¹⁴⁸ Trata-se do Recurso Extraordinário nº 1451261/PR.

processos/detalhe.asp?incidente=6709859. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1977172/PR**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202103792243&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm. Acesso em: 21 dez. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 21 dez. 2023.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Capítulo IX – Da Liquidação da Sociedade. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil**: direito privado contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado. **Código Penal y Legislación Complementaria**. Disponível em: file:///C:/Users/profm/Downloads/BOE-038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf. Acesso em 21 dez. 2023.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a Natureza**. 9. ed., São Paulo: RT, 2012.

ITÁLIA. Gazzetta Ufficiale. **Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231**. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2001/06/19/001G0293/sg>. Acesso em: 21 dez. 2023.

MAMEDE, Gladston. **Direito Societário**. 14. ed. Barueri: Atlas, 2022.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Desconsideração da Pessoa Jurídica (artigo 4º)**. In: MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (org.). **Crimes Ambientais** – Comentários à Lei 9605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PEPPE, Leo. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Uma Resenha de Prospectivas e Problemas. **Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 2., n.1, jan./dez.2011, p. 257-295. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistaespgesp/article/download/216/191/1579>. Acesso em: 10 jan. 2024.

PORTUGAL. Diário da República. **Código das Sociedades Comerciais**. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1986-34443975>. Acesso em: 21 dez. 2023.

PORTUGAL. Diário da República. **Código Penal**. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>. Acesso em: 21 dez. 2023.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica (artigo 3º). In: MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (org.). **Crimes Ambientais** – Comentários à Lei 9605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

**A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA PLANIFICADA APÓS
TRÊS DÉCADAS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO
URBANISMO**

Real estate property planned after three decades of the
constitutionalization of urbanism

CLAUDIA DO AMARAL FURQUIM

Claudia do Amaral Furquim

Doutora em Direito e Máster em Direito Público pela Universidad Complutense de Madrid/Espanha. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília. Subprocuradora-Geral do Distrito Federal. cfurquimaddress@gmail.com

Resumo: Este trabalho tem como objetivo analisar a significativa mudança experimentada pelo direito de propriedade com a introdução dos princípios reitores da política urbana na Constituição Federal de 1988. Nele, procede-se uma revisão bibliográfica dos motivos, desafios e perspectivas do instituto, abordando-se descritivamente os principais aspectos teóricos e conceituais e explorando-se as divergências doutrinárias existentes. A importância do tema é inegável, especialmente, porque dela surge a concepção de propriedade urbana planejada, submetida ao cumprimento de uma função social, mas garantida como um direito fundamental. Conclui-se que essa virada formal de concepção somente foi possível em razão da plasticidade típica da noção de propriedade, mas, concretamente, ainda não se consolidou, em razão da dificuldade de se compreender o instituto como algo que transcende a esfera individual de interesses.

Palavras-chave: direito de propriedade; delimitação; atributos; Constituição; planejamento urbano.

Abstract: This paper aims to analyze the significant change experienced by property rights with the introduction of the guiding principles of urban policy in the Federal Constitution of 1988. In it, a bibliographic review of the motives, challenges and perspectives of the institute is carried out, descriptively addressing the main theoretical and conceptual aspects and exploring the doctrinal divergences. The importance of the theme is undeniable, especially because it gives rise to the conception of planned urban property, submitted to the fulfillment of a social function, but guaranteed as a fundamental right. It is concluded that this formal change of conception was only possible due to the typical plasticity of the notion of property, but, concretely, it has not yet been consolidated, due to the difficulty of understanding the institute as something that transcends the individual sphere of interests.

Keywords: property; constitution; delimitation; attributes; urban planning.

Introdução

Ao longo da história, poucos institutos têm sofrido alterações tão significativas em sua concepção como a propriedade, a fim de responder aos influxos, necessidades e conveniências de cada época, o que a torna um eixo das relações sociais e, conseqüentemente, um importante componente das relações jurídicas.

A intensa juridicização da propriedade, envolvendo as suas múltiplas expressões do termo (imobiliária, mobiliária, intelectual, autoral etc.), levou Grossi a reconhecer a existência de uma pluralidade de estatutos jurídicos incidentes sobre os bens, o que culminou “na edificação de uma pluralidade de propriedades”¹⁴⁹. Mas, a despeito de todas as mudanças ocorridas na concepção do instituto da propriedade, o próprio Grossi observa que a mentalidade proprietária tem permanecido hígida¹⁵⁰, donde se conclui que a relação de poder entre o indivíduo e a coisa é inerente à nossa condição humana.

Deveras, é conhecida a visão de Bevilacqua¹⁵¹ no sentido de que a noção geral de apropriação encontra estofa na aspiração humana biopsíquica de satisfação de suas necessidades tanto presentes (emergência) quanto futuras (previdência). Isso demandou a estabilização da noção de domínio e a sua proteção frente às ameaças à sua titularidade, bem como a sua consagração como um direito subjetivo.

Entretanto, como dito antes, a conformação do domínio sempre esteve suscetível à influência das diferentes externalidades que se apresentaram ao longo da história, porque não contém atributos estáticos, o que permite que a sua concepção seja constantemente modificada sem que se tenha descaracterizado como instituto. Essa

¹⁴⁹ GROSSI, Paolo. **La Propiedad y las Propiedades**. Un análisis histórico. Madrid: Civitas, 1992. p. 21.

¹⁵⁰ GROSSI, Paolo. **La Propiedad y las Propiedades**. Un análisis histórico. Madrid: Civitas, 1992. p. 21.

¹⁵¹ BEVILÁQUA, Clovis. **Direito das Coisas**. Edições Históricas. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 114-115.

capacidade de adaptação às mudanças históricas tem conferido à propriedade a característica da plasticidade e não é contraditória à sua natureza jurídica de direito subjetivo.

Isso é assim porque, como explica Ross, o conceito de um direito subjetivo “es un instrumento para la técnica de presentación que sirve exclusivamente a fines sistemáticos”¹⁵², não tendo um significado em si mesmo. Nessa conformidade, tem sido natural ajustar o conceito do direito de propriedade à realidade, aos valores sociais e econômicos e ao tipo de Estado imperantes em cada época.

Seu caráter plástico tem possibilitado, inclusive, mudanças estruturais no conceito do instituto, as quais, embora tenham sido formalmente admitidas, têm implicado virtuais mudanças na estrutura de pensamento que o permeia e, provocado intensos debates, nos quais o Direito sempre foi chamado a intervir.

Em razão dessas circunstâncias, empregou-se neste trabalho a metodologia descritivo-qualitativa, levada a cabo a partir da busca do tema e dos subtemas em livros e periódicos, a fim de proceder o seu esclarecimento conceitual, identificar as principais divergências doutrinárias sobre o tema e as dificuldades da consolidação do entendimento da comunidade jurídica especificamente sobre a propriedade urbana planejada, contudo, sem o propósito de exaurir o tema.

1 A proteção constitucional da propriedade

Apesar de não se desconhecer a riqueza histórica peculiar ao desenvolvimento da concepção da propriedade, interessa a este artigo centrar a análise de seu tratamento no constitucionalismo, porque é o sistema sobre o qual se erigem os ordenamentos jurídicos ocidentais na atualidade, apresentando os aspectos de maior interesse.

No seu princípio, o constitucionalismo cunhou a noção de que a propriedade é um direito fundamental, inerente à condição humana, da mesma forma que a vida e a liberdade, todos eles precedentes à ideia de sociedade politicamente organizada. É dizer, conformou a ideia de que o direito de propriedade integra o rol dos direitos de liberdade, de defesa frente ao Estado.

¹⁵² ROSS, Alf. **Tû-Tû**, Quartier Latin, São Paulo, 2004. p. 54.

A despeito dessa carga de fundamentalidade emprestada à propriedade, Ferrajoli¹⁵³ observa que ela se difere estruturalmente dos demais direitos fundamentais, pois o que se reconhece ao indivíduo é a capacidade de se converter em proprietário e manter-se nesta condição enquanto assim o desejar. Em outras palavras, não se reconhece um direito fundamental a ter bens, o que depende de sua própria iniciativa e condição de cada cidadão, mas a converter-se e manter-se na posição de proprietário.

Também a comparando com os demais direitos fundamentais, Pérez Luño afirma que, “de todos los derechos fundamentales, con inmediata repercusión en la estructura y funcionamiento de la actividad económica, sigue revistiendo importancia prioritaria el derecho a la propiedad privada”¹⁵⁴. Essa ideia é confirmada pelo fato de que a proteção da propriedade em muitas constituições não está relacionada apenas no rol dos direitos individuais, senão no capítulo dedicado à ordem econômica, uma vez que resulta claro que a propriedade é um dos institutos em que mais repercutem as opções econômicas¹⁵⁵.

A doutrina liberal, imperante nos primórdios do constitucionalismo, alicerçou-se sobre essa noção e conferiu ao domínio uma característica essencialmente individualista, o que estabeleceu uma ordem de valores identificada por Gomes Canotilho como “individualismo possessivo”¹⁵⁶. O direito de propriedade em tal momento histórico era exercido unicamente para satisfazer os interesses do seu detentor, concepção genuinamente individualista, de perfil quase ilimitado, que se viu reforçada pelas revoluções do final do século XVIII. Não é demais lembrar que isso culminou com o artigo 544 do Código Civil Napoleônico, o qual consagrou a tese *jusnaturalista* de que o domínio é inerente à condição humana, um direito absoluto, e serviu de inspiração para os mais diversos ordenamentos jurídicos ocidentais.

¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999. p. 45.

¹⁵⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 188.

¹⁵⁵ RIPERT, G. A criação do Direito *apud* MACHADO NETO, Antonio Luiz; MACHADO NETO, Zahidé. **O direito e a vida social**. Leituras Básicas de Sociologia Jurídica. Série 2, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966. p. 371. v. 18.

¹⁵⁶ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 30.

Em uma tal concepção, ao Estado lhe cabia somente intervir no exercício de tal direito para conformar as relações jurídicas de vizinhança, impor limitações sanitárias e edilícias, coibir as situações de abuso de direito, bem como para levar a cabo desapropriações fundamentadas pelo interesse público. Isso significa atribuir-lhe unicamente a função de garantir a sua existência e conciliar o exercício simultâneo do direito de propriedade por seus diversos titulares.

Paralelamente, foram surgindo diversas teorias socioeconômicas versando sobre o domínio, umas acirrando o caráter individualista, outras, o refutando e propondo uma revisão nessa concepção para tornar a propriedade um meio de satisfação individual dos anseios de seu titular também com operatividade social. A teoria do abuso do direito, por exemplo, de cunho civilista, aplicada no exercício dos direitos dos proprietários, paulatinamente, promoveu um enfraquecimento do caráter individualista por representar um meio de contenção da exploração da propriedade a qualquer preço, demandando posturas socialmente menos nocivas no exercício do domínio.

2 A função social da propriedade como marco da mudança de sua concepção

Ainda sob a visão constitucionalista, o passo histórico seguinte foi a assunção da ideia de que o indivíduo, ao ser parte da sociedade, tem que estabelecer com ela uma relação de trocas recíprocas, à qual não serve a exacerbação do caráter individualista até então reinante. Eram os augúrios de um novo constitucionalismo, voltado para a noção de solidariedade social.

Isso não representou propriamente uma inovação, pois resgatou o pensamento antes expressado remotamente por Aristóteles e, logo mais, por Santo Tomás de Aquino, de que sobre indivíduo recaia uma natural subordinação moral ao meio social em que está inserto e que sobre suas aspirações individuais se levantava a supremacia do bem comum. Coube a Comte, no final do século XIX resgatar e sistematizar essa tese, mas foi Duguit¹⁵⁷ que a tornou célebre substituindo o termo solidariedade por interdependência

¹⁵⁷ DUGUIT, Leon. *Las Transformaciones del Derecho Público y Privado*. Granada: Comares, 2007. p. 156 e segs.

social e defendendo a ideia da inexistência de direitos do homem, senão de funções que este tem o dever de desempenhar.

Especialmente no que diz respeito à propriedade, considerando o cariz capitalista do instituto, defendeu a sua conversão em uma função social desprovido-a da natureza jurídica de direito subjetivo¹⁵⁸. Foi nesse contexto que surgiu o conceito de função social da propriedade.

Importa destacar na presente análise que Duguit¹⁵⁹ sustentou que o exercício do direito de propriedade não se deve pautar somente para atender às expectativas individuais do proprietário, mas sobretudo para promover e respeitar o bem-estar coletivo, cunhando a noção de exercício justo das faculdades inerentes ao instituto. Nessa perspectiva, a propriedade assume um duplo caráter: é um direito do proprietário, submetendo-se à satisfação de seus interesses individuais, e uma obrigação, pois seu exercício deve adequar-se aos interesses da coletividade.

A despeito das inúmeras críticas que geraram, máxime por se contraporem à imperante noção de que o direito de propriedade encerrava os atributos ilimitados de usar, gozar e dispor, fixados pelo mencionado Código Napoleônico, essas ideias foram difundidas com rapidez e logo foram positivadas. Com efeito, são conhecidos os precursores artigos 123 da Constituição do México de 1917 e 153 da Constituição da República de Weimar de 1919, a qual teve o mérito de cunhar a afirmação de que “a propriedade impõe obrigações”, retratando a importância que a nova maneira de conceber a propriedade assumiu nos ordenamentos ocidentais.

É verdade que a função social como um elemento essencial não permeia exclusivamente o direito de propriedade, sendo comum a outros direitos fundamentais, pelo que adverte Häberle que a função social significa uma ruptura da visão unilateral da liberdade e da perspectiva individualista liberal¹⁶⁰. Argumenta, ademais, que “también para éstos tiene vigencia la concepción de Hauriou, de que no hay ningún derecho detrás del cual no exista, a través del

¹⁵⁸ DUGUIT, Leon. **Las Transformaciones del Derecho Público y Privado**. Granada: Comares, 2007. p. 215.

¹⁵⁹ DUGUIT, Leon. **Las Transformaciones del Derecho Público y Privado**. Granada: Comares, 2007.

¹⁶⁰ HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Dykinson Constitucional, 2003. p. 11.

interés que lo satisface, una función social”¹⁶¹.

Do ponto de vista estritamente da funcionalização do domínio, que é o que interessa a esta análise, a nova concepção alterou a sua própria estrutura do instituto da propriedade, o que inicialmente se interpretou como uma limitação, ao serem impostos deveres a seus titulares com o fito de se conciliar os direitos de liberdade com os direitos sociais. Entretanto, como o conteúdo do direito de propriedade é essencialmente abstrato e está vinculado direta-mente a valores socialmente consagrados em um dado momento histórico, sua funcionalização sempre foi difícil de conceituar.

Acerca do tema, Ascensão¹⁶² leciona que, ao se comparar a precedente teoria do abuso do direito com a da função social da propriedade, esta última representou um significativo avanço, pois não representa uma simples limitação externa do direito de propriedade, mas a prevalência de interesses relevantes para a coletividade sobre as conveniências individuais de cada proprietário.

Nesse contexto de tanta imprecisão, o qual atrapalhou desde logo a aplicação do conceito, é louvável a tentativa de Rodotà de defini-lo minimamente, sustentando que função significa o “concreto modo de operar de un instituto o de un derecho”¹⁶³. A qualificação social, na ótica do autor, significa que o exercício dos poderes que lhes são inerentes deve atender a uma finalidade que transcende o interesse individual do seu titular, satisfazendo também exigências gerais da sociedade.

Sustenta, ademais, que a vinculação social da propriedade repercute de três modos distintos na esfera de interesses do proprietário: priva-o do exercício de certas faculdades, condiciona o exercício de seus poderes sobre o bem; e, finalmente, impõe-lhe

¹⁶¹ HÄBERLE se refere ao pensamento de HAURIUO segundo o qual a essência do direito compõe-se de tríade interesse, poder e função, sustentando que os direitos fundamentais representam uma intercessão essencial entre o indivíduo e a comunidade (HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Dykinson Constitucional, 2003. p. 11).

¹⁶² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Reais**. 5. ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 191.

¹⁶³ RODOTÀ, Stefano. Poteri dei privati e disciplina de la proprietà. In: RODOTÀ, Stefano (cur.) **Il diritto privato nella società moderna**. 2. ed. Bologna: Società editrice il Mulino, 1973. p. 379.

o dever de exercer certos direitos inerentes ao domínio¹⁶⁴. Além disso, afirma que a função social constitui o próprio conteúdo do direito, pensamento que ainda nos dias atuais é duramente criticado pela doutrina civilista, para a qual a função social é uma limitação ao direito de propriedade, embora seja amplamente defendido, por exemplo, pela doutrina urbanista¹⁶⁵, para quem a vinculação da propriedade ao cumprimento de uma função social é uma das formas de imprimir sustentabilidade ao espaço urbano.

O que é certo é que, embora muitos ordenamentos jurídicos ocidentais o tenham consagrado, as críticas e a imprecisão do conceito de função social contribuíram para que, nas mais diversas sociedades, durante muito tempo, não se tenha produzido uma mudança de mentalidade cultural sobre os valores vinculados à noção de propriedade.

3 O conteúdo jurídico do direito de propriedade

Ainda que se esteja em um estágio mais avançado da concepção dos direitos subjetivos, a função social da propriedade subsiste sendo muito combatida no meio jurídico, sobretudo pela doutrina civilista, ao argumento de que limitaria o direito de propriedade e retiraria do seu titular algumas faculdades sem que se lhe fossem indenizadas. Nesse contexto, é bastante comum o entendimento de que atua como uma verdadeira afronta à condição de direito fundamental conferida pelo constitucionalismo ao domínio privado.

Contudo, é importante lembrar que a proteção constitucional da propriedade opera em duas frentes: por um lado, protege-se a sua condição institucional, ou seja, a sua existência como instituto jurídico, o que impede a sua exclusão do mundo jurídico e cria para o Estado a obrigação jurídica de garantir aos proprietários os meios

¹⁶⁴ RODOTÀ, Stefano. Poteri dei privati e disciplina de la proprietà. In: RODOTÀ, Stefano (cur.) **Il diritto privato nella società moderna**. 2. ed. Bologna: Società editrice il Mulino, 1973. p. 379.

¹⁶⁵ Muñoz Guijosa defende que é possível considerar que a propriedade representa uma função social, mas «en la medida en que esta última queda configurada como elemento estructural, interno, de aquella», algo que não elimina a sua condição de direito subjetivo (MUÑOZ GUIJOSA, Maria Astrid. **El derecho de propiedad del suelo**: de la Constitución a la ordenación urbana. Cizur Menor: Civitas, 2009. p. 128).

materiais e as condições fáticas que possibilite o efetivo exercício das liberdades fundamentais¹⁶⁶.

Assim sendo, a fim de conferir operatividade ao direito de propriedade, resulta necessária sua disciplina infraconstitucional para definir o seu conteúdo e sua delimitação, isto é, para configurar o seu estatuto jurídico, bem como para a viabilização no meio social do exercício simultâneo dos diversos direitos e bens protegidos constitucionalmente.

O fato de o direito de propriedade necessitar uma previsão legislativa infraconstitucional do seu conteúdo provoca a discussão sobre quais os limites dessa disciplina, sendo certo que a tentativa de definir isso deve ter como ponto de partida o exame da teoria geral dos direitos fundamentais. Veja-se que, ao enfrentar o desafio de reconhecer tais limites, Díez-Picazo defendeu que os direitos fundamentais exprimem um verdadeiro paradoxo, pois embora sirvam de proteção frente ao Estado - legislador (vinculação negativa), para seu exercício, reclamam deste mesmo Estado-legislador o desenvolvimento de seu conteúdo (vinculação positiva), sem o qual não têm plena eficácia¹⁶⁷.

Dito isso, é importante ressaltar que a controvérsia ocasionada pela disciplina infraconstitucional do direito de propriedade, fundamentalmente, origina duas correntes teóricas: como antes mencionado, uma parte significativa da doutrina defende que tal resulta em uma limitação do exercício do direito pelo Estado e à própria proteção constitucional, debilitando e até mesmo esvaziando o seu conteúdo¹⁶⁸. Ao legislador caberia restringir o exercício do direito por seu titular para conciliá-lo com o exercício do mesmo direito de igual grau pelos demais indivíduos, exercendo um papel tipicamente constritor.

Essa visão, segundo entendo, somente teria cabimento se o direito de propriedade tivesse um caráter absoluto e ilimitado, ou seja, se ainda prevalecesse a proteção constitucional essencialmente liberal, que não é o caso no presente. Mais do que isso. Häberle, criticando tal entendimento, aduz não ser possível des-

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e Direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 217-218.

¹⁶⁷ DíEZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de Derechos Fundamentales**. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p. 95.

¹⁶⁸ SÁEZ, José Fulgencio Angosto. **El jus Aedificandi y el Derecho de Propiedad sobre el suelo urbano**. Murcia: Universidad de Murcia, 1998. p. 89-90.

considerar que «los derechos fundamentales sólo se extienden hasta donde no lesionen o no pongan en peligro bienes jurídicos de igual o superior rango»; ou seja, «con la concretización de sus límites conformes a la esencia no se les priva de nada que no les corresponda “per se”»¹⁶⁹.

Em contraponto a essa ideia, parte da doutrina entende que, por ter a garantia da propriedade um caráter mais complexo, uma vez que protege uma instituição e uma posição jurídica, a sua disciplina legislativa infraconstitucional constitui mera delimitação do seu conteúdo. Isso, porque lhe cabe estabelecer os seus atributos, viabilizar o seu exercício pelo titular e, inclusive, estabelecer o regime de proteção frente aos demais entes sociais. Dessa forma, a legislação infraconstitucional resulta em um elemento configurador do direito de propriedade, não tendo a natureza jurídica de restrição¹⁷⁰.

Esse poder conformador da legislação infraconstitucional, é claro, tem limites estabelecidos pela própria constituição, os quais são capazes de proteger a essência do direito de propriedade e de impedir a sua descaracterização. Assim sendo, ao legislador «promulgar complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade, a utilidade privada desse direito»¹⁷¹, noção essa que revela o caráter constitutivo da legislação infraconstitucional regente do direito de propriedade e induz a compreensão de que o seu âmbito de proteção é puramente normativo¹⁷².

Obviamente, não se pode perder de vista que a legislação que disciplina um direito protegido pela Constituição, tanto se se considera que impõe uma restrição, quanto se se entende que meramente dispõe sobre a sua configuração, deve observar os parâmetros ditados pelo próprio texto constitucional ou pelos valores nele consagrados, especialmente, deve observar a proporcionalidade. Isso significa que suas prescrições, necessariamente,

¹⁶⁹ HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson Constitucional, 2003. p. 57.

¹⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 156.

¹⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 158.

¹⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e Direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 211.

terão que ser adequadas, necessárias e proporcionais¹⁷³, de sorte a preservar a essência do direito protegido, ou melhor dizendo, de forma a preservar a sua característica imanente, aquilo que o identifica como propriedade.

De sorte que o legislador, a pretexto de discipliná-lo, não poderá eliminar o direito de propriedade, tampouco poderá delimitá-lo de forma a lhe desfigurar, pois é precisamente o regime constitucional que determina as bases de sua atuação. Esse regime restringe efetivamente a discricionariedade do legislador ordinário ao exercer o seu poder de configuração do direito de propriedade, sendo certo que a reserva de lei incidente sobre a propriedade, além de servir ao interesse geral e de garantir a sua própria existência e funcionalidade, deve garantir al proprietário a sua utilidade privada, o seu poder de dispor e gozar.

Acerca do tema, Mendes¹⁷⁴ fundamentando-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sustenta que a ponderação deve ser exercida mediante o cotejo do significado que tem a propriedade na ordem constitucional em vigor e a função social que deve cumprir. E conclui que, ao fim e ao cabo, o seu núcleo essencial reside na preservação da sua utilidade privada e no poder de disposição de seu titular.

Díez-Picazo parece corroborar essa assertiva quando defende que à garantia da propriedade é inerente a sua capacidade de servir à dignidade, à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade do titular, de permitir-lhe a sua inserção no processo econômico do livre mercado¹⁷⁵. Dessa ideia se infere com facilidade que, para esse autor, tais elementos integram o conteúdo mínimo da propriedade e a sua inobservância caracterizaria desapropriação do direito.

Finalmente, analisando tal problemática em contraste com a teoria da função social da propriedade, Muñoz Guijosa afirma que ao fixar a destinação de um bem, a função social opera delimitando

¹⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 159.

¹⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 160-161.

¹⁷⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis. Algunas reflexiones sobre el Derecho de propiedad privada en la Constitución. In: BAQUER, Sebastián Martín-Retortillo (coord.). **Estudios sobre la Constitución Española**: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. v. II. De los derechos y deberes fundamentales, Madrid: Civitas, 1991. p. 1257-1270.

o conteúdo do direito. E considera que essa delimitação parte de uma “previa operación de armonización de intereses” levada a cabo pelo legislador, o qual não somente está vinculado ao conteúdo mínimo do direito de propriedade, mas também às “exigencias privadas del principio de proporcionalidad”¹⁷⁶.

4 A propriedade imobiliária na Constituição Federal de 1988

No Brasil, o direito de propriedade experimentou uma umdança copernicana com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) porque, apesar de ser consagrado como um direito fundamental atrelado ao cumprimento da função social, também foi destinado a compor a noção de bem-estar social, ser instrumento de solidariedade intergeracional e submeter-se aos ditames de preservação ambiental.

A vinculação ao cumprimento de uma função social não representou inovação na ordem jurídica brasileira, uma vez que o legislador constituinte originário a havia estabelecido anteriormente na Constituição de 1937, sem, contudo, ter indicado parâmetros para defini-la. Essa ausência de parâmetros, infelizmente, foi determinante para que o conceito não tenha adquirido qualquer operatividade jurídica, nada alterando na mentalidade social até então adstrita ao direito de propriedade.

De fato, durante um longo tempo, a vinculação da propriedade privada a uma função social foi ignorada pelos intérpretes da ordem jurídica não surtindo efeito algum no meio social, ainda que tenha sido repetida no texto das Constituições de 1945 e 1967 e no Ato Institucional de 1969. Mas essa realidade mudou com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual a conceituou expressamente e estabeleceu a sua natureza jurídica de conceito de direito urbanístico, apesar de não se ter firmado sem problemas.

Por um lado, é verdade que, embora isso tenha sido um grande avanço, tal definição objetiva e expressa não foi suficiente para mudar a mentalidade social e mesmo jurídica sobre o termo, não sendo raros os casos em que, mediante argumentos vazios, os

¹⁷⁶ MUÑOZ GUIJOSA, Maria Astrid. **El derecho de propiedad del suelo**: de la Constitución a la ordenación urbana. Cizur Menor: Civitas, 2009. p. 214.

intérpretes legais o tentem desvirtuar. Isso ocorre, inclusive, para justificar situações de abuso do direito, embasando a introdução de parcelamento irregulares do solo e de edificações desprovidas de licença urbanística.

Para que tenha plena capacidade de produzir efeitos, a função social também necessita contar com uma mínima delimitação na legislação infraconstitucional, especificamente, no plano diretor de ordenamento territorial, que é o eixo do planejamento urbano, tal como estabelece o artigo 182 da CF/1988. A definição de um conceito tão significativo não pode constituir um exercício de cada um dos intérpretes da lei, sendo imprescindível a existência de balizas claras, sob pena de cair no ostracismo ou na interpretação conveniente de alguns atores sociais. Por outro lado, não há como se negar que atualmente no Brasil, a função social da propriedade é o mais importante fundamento para o estabelecimento do regime jurídico da ordenação urbana, a qual é uma função pública impostergável e indeclinável, também estabelecida no artigo supramencionado.

Nesse ponto, resulta importante lembrar que, ao disciplinar a política urbana, o artigo 182 estabeleceu: 1) a ordenação urbana como um direito difuso; 2) o planejamento urbano como o modo central do *pensar a cidade*, o qual tem como eixo plano urbanístico; 3) a função pública exclusivamente estatal de ordenar o uso e a ocupação do solo, que significa atribuir ao Estado fazer as opções jurídicas fundamentais do urbanismo; 4) a obrigação jurídica de cumprimento da função social da propriedade pelo proprietário, a qual conceituou expressamente (cumprimento das normas de planejamento urbano).

O constituinte originário, ao conceituar a função social da propriedade objetivamente e com densidade normativa absoluta, conferiu-lhe um alto grau de certeza, dando-lhe finalmente a operatividade que sempre lhe faltou, como antes mencionado, ao determinar que o seu conteúdo será delimitado pela norma de planejamento urbano.

A forma como a propriedade foi estabelecida na Constituição Federal induz o entendimento de que sua disciplina infraconstitucional é que comporá o plexo de seus atributos, bem como as suas características e as obrigações jurídicas sobre ela incidentes. De fato, à legislação infraconstitucional cabe definir o conteúdo do direito de propriedade (plexo de atributos), a

delimitação de seu exercício, as consequências jurídicas próprias da posição protegida (proprietário), o que a consagra como, já dito, como um verdadeiro direito estatutário, regido por um plexo de legislações (urbanística, tributária, civil, ambiental etc.)

Não há dúvidas de que, na condição de direito real, suas definições elementares de índole essencialmente privada (modos de aquisição, de perda, de convivência entre os proprietários etc.), são determinadas pelo direito civil. Entretanto, é o direito ambiental o que confere a disciplina jurídica dos impactos que a sua utilização provoca no meio ambiente e, por seu turno, compete ao direito tributário estabelecer as consequências fiscais derivadas da condição de proprietário um bem imóvel, por exemplo.

No campo do direito urbanístico, que, do ponto de vista da propriedade, é o mais inovador na ordem constitucional vigente é notório e não muito refletido, que o artigo 182 atribui ao Estado e ao proprietário a obrigação jurídica de compor a cidade ordenadamente, infirmando a noção de que ao proprietário pode tudo e que ao Estado resta exercer o poder de polícia limitando essa “liberdade”.

Na verdade, o exercício do direito de propriedade está totalmente delimitado pelas normas de planejamento urbano, as quais lhe atribuirão os índices urbanísticos, os coeficientes de aproveitamento, os usos e as faculdades gratuitas e onerosas, enfim, os modos de fruição do direito. Não há limitação na conduta estatal, senão determinação do cumprimento da função social em favor de promover o bem-estar e as funções da cidade para a boa conformação do meio ambiente artificial, que é um dos componentes da noção geral de meio ambiente.

Aqui resulta importante destacar que, talvez levado pelo próprio lócus em que a política urbana foi inserida na Constituição Federal, no título “Da Ordem Econômica e Financeira”, a noção de meio ambiente urbano não conseguiu ainda se firmar como um componente do conceito geral de “meio ambiente”.

Essa posição pode sugerir, infelizmente, que a nossa política urbana é, de fato, para a sustentação do mercado, não para servir ao cidadão, ao vizinho urbano, ao cidadão, o que nos levaria diretamente ao conceito de Direito à Cidade (tão difícil de conceituar na nossa realidade), na verdade, ela serve ao proprietário, como uma fórmula para geração de riqueza.

A ruínosa separação da política urbana da política de preservação do meio ambiente, isto é, a quebra da noção meio ambiente natural/meio ambiente artificial, fez com que a sustentabilidade do meio ambiente urbano seja um princípio derivado de uma interpretação sistemática. Explica-se: o artigo 225 da Constituição Federal consagrou determinações sobre a problemática ambiental que contam com um notável e amplo alcance.

Por um lado, plasmou a maior parte das teorias preservacionistas defendidas ao tempo de sua edição, de modo que não só ficou estabelecido o direito de todos a um meio ambiente equilibrado; por outro lado, impôs a solidariedade entre as gerações presentes e futuras, a responsabilidade objetiva, a precaução e, o que mais importante, o dever de todos (não só dos Poderes Públicos) de preservar e defender o meio ambiente.

As noções que neste artigo se consagram, em primeiro lugar, são a de que todo o ordenamento jurídico deve reger-se pelos princípios de preservação ambiental, e, em segundo lugar, a de que todas as atividades, sejam elas privadas ou públicas, devem exercer-se reduzindo os riscos e danos. Essa imposição repercute na propriedade e na forma de seu exercício já na fonte de seus atributos: na formulação da política urbana pela norma de planejamento (plano urbanístico).

É que a consequência direta das naturezas jurídicas de direito difuso tanto da ordenação urbana, quanto da proteção do meio ambiente, é o entendimento de que ambos devem ser conciliados na elaboração do plano urbanístico e de seus instrumentos de atuação. Isso deve ocorrer também na formulação das políticas públicas urbanísticas, o que, em outras palavras, conforma o direito de propriedade planificada com um cariz menos individualista e supõe a transcendência da proteção do meio ambiente natural e artificial.

O cenário constitucional de proteção em que está inserida a propriedade planificada também é composto pelas disposições do artigo 216, que estabelece a proteção ao patrimônio cultural e histórico. Isso, na linha do que preconizava lá atrás nos anos 60, a recomendação da UNESCO relativa à proteção da beleza e do caráter dos lugares, a qual reconheceu que a paisagem urbana constitui um patrimônio com influência determinante na vida das comunidades e que é tão digna de proteção quanto o meio

natural.

É dizer, em favor de dita preservação é preciso controlar as atividades antrópicas potencialmente danosas e isso impacta diretamente no exercício de alguns atributos do direito de propriedade (como, por exemplo, na faculdade de construir).

Como asseverado antes, da forma como estabelecido no artigo 182 da Constituição Federal de 1988, o exercício do direito de propriedade imobiliária determina um nível de organização social que busca a adequação das necessidades individuais dos titulares ao interesse geral da coletividade. Esse interesse deve estar representado num planejamento urbano que nos conduza ao desenvolvimento ordenado do uso e da ocupação do solo da cidade, à preservação dos atributos naturais e à recomposição do que degradado, como um exercício inerente ao processo urbano.

Aptos a desempenhar essa tarefa estatal, muitos são os instrumentos de Direito Urbanístico, mas, sem dúvida, o principal é o plano diretor de ordenamento territorial, exigido pela CF/1988 para as cidades com população superior a vinte mil habitantes ou, à luz do Estatuto da Cidade, para as cidades com especial interesse turístico ou ambiental.

O reflexo na propriedade decorre do fato de que, como menciona Correia¹⁷⁷, apoiado na doutrina alemã, o conjunto normativo do planejamento urbano conforma o direito de propriedade do solo urbano, é dizer, é elemento constitutivo do domínio. Sendo assim, é um reforço na sua garantia, já que o plano estabelece regras e princípios endereçados tanto à Administração Pública, quanto aos proprietários.

Essa função, a teor do que disciplinam os artigos 182 e seguintes da Constituição Federal, é desempenhada, sobretudo, pelo plano diretor de ordenamento territorial e urbano; norma a partir da qual todas as demais devem decorrer e grande responsável pela atual conformação do direito de propriedade do solo urbano. E a norma regulamentadora do artigo 182, a Lei nº 10.257/01, conhecida como Estatuto da Cidade, tratou de dar efetividade a esse comando, aclarando as funções do planejamento urbano respectivo tratamento normativo.

¹⁷⁷ CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. v. I, Coimbra: Almedina, 2001. p. 521.

Nessa ordem de ideias e pela ótica da diversidade de propriedades existentes, hoje o que se tem na urbe é uma propriedade imobiliária planejada, com peculiaridades e regência próprias, submetida a uma utilização conforme o plano¹⁷⁸. E o mais relevante comportamento regido pelo plano de ordenamento de uma cidade é a atividade edificatória, embora não a única.

Essa circunstância, reitere-se para enfatizar, contrariamente ao propugnado por muitos, não limita a propriedade, visto que as medidas restritivas não constituem regra nas normas de planejamento urbano. Na verdade, tais normas conferem faculdades agregadas à utilização privada do bem, não limitam sua *posición básica de liberdade* do proprietário, como ressaltado pela doutrina espanhola¹⁷⁹.

Isso ocorre, de ordinário, no ato de conversão do solo rústico em solo urbano e prolonga-se na fixação das faculdades de aproveitamento, as quais concebe serem inexistentes antes do plano e, após a edição dessa norma, terem nela sua gênese e a fixação de seu conteúdo.

A importância da exigência da elaboração de um plano diretor, em contraposição às simplórias normas de gabarito e de edificações, manifesta-se no fato de ser aquele uma norma geral, estável, voltada para o presente e com uma visão firme e clara do que se está preparando para o futuro da cidade. É certo que, em apoio ao plano e em alguns casos, coexistirão normas de gabarito e de construção que deverão ser ajustadas aos princípios e preceitos ditados na norma urbanística geral.

A segurança conferida ao direito de propriedade decorre no fato de que o plano diretor traça, geralmente, as diretrizes de políticas públicas de uso e ocupação do solo, protegendo os cidadãos contra a flexibilização extremada da ordenação urbana que as simples normas de gabarito e de edificações poderiam dar vazão, já que podem ser modificadas mais facilmente e não têm a garantia da participação popular na elaboração de seu projeto.

O plano urbanístico, seguindo os princípios de direito urbanístico que o informam, apresenta um caráter mais estável, pois

¹⁷⁸ A utilização conforme o plano é um princípio do direito urbanístico que vincula as pretensões de utilização dos particulares àquilo que estabelecido pelo plano diretor.

¹⁷⁹ COLLADO, Escribano. **La Propiedad Privada Urbana**. Encuadramiento y Régimen. Madrid: Montecorvo, 1979. p. 165.

há prazos adrede estabelecidos para sua revisão e também para modificações pontuais. Isso reforça a segurança jurídica do proprietário contra os humores da administração pública.

Além disso, é princípio que inspira a elaboração dos planos diretores o da participação da comunidade interessada, principalmente para garantir o conhecimento das reais demandas sociais, a justa ponderação pelo Estado dos interesses daí oriundos, com a também a justa distribuição dos benefícios e encargos da planificação, bem como a superação dos conflitos¹⁸⁰ porventura existentes. Isso tudo se traduz em garantia para o proprietário, quando bem exercido.

É que, com a previsão constitucional, entende-se que não há mais lugar para improviso: a ordenação da cidade precisa fazer parte de uma política pública integral, harmônica, ampla, que prime pela técnica e seja capaz de conformar o interesse de todos e de cada um e possibilitar um desenvolvimento que não comprometa seu próprio futuro. Entretanto, a despeito toda essa formatação, é preciso refletir se não prejudica as noções de proteção à propriedade e de igualdade frente aos encargos públicos o fato de não termos uma Lei Federal que discipline o procedimento de elaboração do plano diretor.

Segundo entendo, isso pode comprometer a efetividade da igualdade frente aos encargos públicos e a posição jurídica dos proprietários pelo simples fato de que o plano é naturalmente um instrumento de criação de desigualdade entre os cidadãos abrangidos. Isso é pode e deve ser corrigido na formulação do plano urbanístico, mediante o estabelecimento de instrumentos de distribuição equitativa de benefícios e encargos.

Ocorre que, se é verdade que tais correções geralmente constam do projeto elaborado pelo Poder Executivo, não há garantias de sua manutenção quando da apreciação pelo Poder Legislativo para apreciação pelo Poder Legislativo, o qual pode alterar significativamente o projeto que lhe foi submetido, por ser o detentor da máxima discricionariedade. Assim sendo, o direito de propriedade fica extremamente vulnerável frente às forças que atuam e exercem influência no meio legislativo.

¹⁸⁰ Justa ponderação dos interesses envolvidos - da doutrina alemã *gerechte Abwägung* [CORREIA, 2003, p. 109] e superação dos conflitos, bem assim a justa distribuição dos encargos públicos também são princípios informadores do direito urbanístico.

Situações iguais podem ser disciplinadas de modo diferente a depender da força que cada grupo social disponha para exercer a sua pressão.

Finalmente, há também diferenças que são ocasionadas pela própria formatação do território estabelecida pelo plano e que terão que ser objetos de correção endolegislativas.

5 A propriedade planificada passados mais de trinta anos da sua constitucionalização

Apesar de todos os avanços trazidos no âmbito da política urbana, a ponto de se poder afirmar que há uma verdadeira ordem constitucional urbanística, e cumpridos mais de trinta anos da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o Direito Urbanístico ainda não logrou firmar as suas bases conceituais e metodológicas.

Tampouco sua autonomia está completamente reconhecida no meio jurídico, a despeito da literalidade do artigo 24, inciso I, o elencar como um ramo autônomo do Direito. Igualmente, até os dias de hoje é perceptível a dificuldade enfrentada pelos profissionais do Direito ao se depararem com seus conceitos, bens jurídicos, princípios e instrumentos de atuação.

O próprio artigo 182, que inaugura o capítulo dedicado à política urbana, levou treze anos para ser regulamentado, o que somente ocorreu com a entrada em vigor do Estatuto da Cidade no ano de 2001, suprindo o vácuo legislativo infraconstitucional ao definir minimamente aspectos primordiais da ordenação urbana, alguns deles vivamente voltados para a problemática da propriedade. É que adotando como diretrizes gerais o planejamento do crescimento urbano, a correção de suas distorções, a ordenação e o controle do uso do solo, de forma a evitar seu esgotamento, o estatuto condiciona notoriamente o exercício do direito de propriedade pelo seu titular.

Igualmente, ao constituir como princípio reitor da ordenação urbana a justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização, que nada mais representa do que a igualdade frente aos encargos públicos e a criação do solo, atribuiu ao proprietário tanto algumas obrigações legais, como a possibilidade

da aquisição de faculdades urbanísticas. Para viabilizar isso, estabeleceu instrumentos como a outorga onerosa do direito de construir (ampliação do potencial construtivo) e a outorga onerosa de alteração de uso.

Ocorre que esse mesmo letargo na regulamentação legislativa dos conceitos peculiares da política urbana cunhados pela Constituição Federal também se verifica na seara de sua concretização. Percebe-se muita dificuldade de compreensão dos instrumentos e princípios típicos do Direito Urbanístico pelos seus intérpretes, mesmo quando supostamente qualificados para tanto. Há muita perplexidade no enfrentamento da formatação da propriedade planificada, compreendendo-se a sua delimitação, pelas normas de planejamento urbano e demais normas urbanísticas, como uma limitação ou mesmo como a expressão do poder de polícia do Estado.

Da mesma forma, ainda espanta a muitos intérpretes a afirmação de que o direito de construir é outorgado pelas mesmas normas de planejamento urbano, não sendo inerente à propriedade, e que o descumprimento da função social da propriedade pelo titular terá consequências jurídicas. Também impacta a realidade de que fora do plano urbanístico e das demais normas urbanísticas não há como se exercer atributos econômicos da propriedade que importem a sua edificação.

Mas o mais importante é a falta de compreensão, inclusive pela massiva maioria dos profissionais do Direito, de que não é da essência do direito de propriedade urbana planificada a imutabilidade dos atributos legais que se lhe são originalmente outorgados, uma vez que a temporalidade da norma urbanística é uma realidade que se impõe.

De fato, haja vista a revisibilidade periódica do plano urbanístico, eixo da política urbana, e das demais normas urbanísticas para ajustá-las de acordo com as demandas coletivas. Logo, os seus índices, faculdades e atributos urbanísticos definidos pela norma de planejamento urbano não são perenes e somente podem permanecer imutáveis quando materializados na vigência da norma, não bastando a aprovação do projeto para configurar direito subjetivo.

A perpetuação indefinida no tempo não se compraz com a característica da temporalidade das necessidades urbanísticas e

do próprio conjunto normativo urbanístico, tanto porque o plano diretor é periodicamente revisado, como porque as demandas sociais relativas à ordenação urbana não são estáticas. Assim sendo, o proprietário urbano deve conviver com a ideia de que, com o passar do tempo, o conteúdo urbanístico de sua propriedade planejada poderá mudar.

Obviamente, essa noção causa muitas perplexidades. É que, infelizmente, persiste a advertência feita por Fernandes e Alfonsin, há anos atrás, de que impera o desconhecimento da ordem jurídico-urbanística estabelecida pela Constituição Federal por juristas, urbanistas e habitantes da cidade. Sobre os profissionais do Direito, sustentam que a deficiência inicia no âmbito de sua formação, porquanto o estudo do Direito Urbanístico ainda não é obrigatório nas graduações e porque a doutrina existente ainda não tem uma significativa produção.

Essa realidade, segundo eles, induz o Poder Judiciário a resolver as demandas envolvendo discussões urbanísticas com fundamento em princípios e conceitos de outros ramos do Direito¹⁸¹. E, uma vez que o direito urbanístico não tenha se firmado sobre uma base sólida, igualmente, escapa do mundo jurídico o conceito de propriedade planejada, é dizer, de propriedade que se submete aos quadrantes da norma de planejamento urbano e que, por assim ser, tem os seus atributos, modo de exercício e índices incidentes definidos pelo direito urbanístico.

Por essa razão, nas mais de três décadas da nova ordem constitucional ainda claudica a noção de que o direito de construir não seja imanente à propriedade, mas, sim, conferido ao proprietário pela norma de planejamento urbano. Do mesmo modo, o parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios estabelecidos pelo artigo 182 da Constituição Federal de 1988 não formam parte da realidade da gestão municipal.

Os instrumentos de distribuição equitativa, marcadamente as outorgas onerosas, são mal compreendidos pelos magistrados, pelos peritos judiciais e até pelos legisladores municipais. Mais do que isso: não são raras as decisões judiciais que ampliam o conceito de função social da propriedade, emprestando-lhe um

¹⁸¹FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. **Coletânea de Legislação Urbanística** – Normas Internacionais, Constitucionais e Legislação Ordinária. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 14.

alcance que a alta densidade normativa estabelecida pelo artigo 182 da Constituição Federal de 1988 não permite, com o fim de cumprir expectativas privadas de acesso transversal ao direito à moradia.

Deste modo, contrariando a legislação urbanística vigente e obstaculizando o exercício pelo Estado de sua função pública de ordenar o uso e a ocupação do solo, o Poder Judiciário não raras vezes tem respaldado invasões, parcelamentos e edificações irregulares do solo, sob o argumento de que, dessa forma, é garantida a função social da propriedade.

Considerações finais

De tudo o que aqui dito, resulta importante destacar: a Constituição Federal Brasileira fez subsistir a proteção à capacidade de o particular tornar-se proprietário, manter-se e ver-se respeitado nessa condição. Entretanto, impôs-lhe a obrigação jurídica de cumprir com a função social, que consiste na submissão às normas de planejamento urbano, as quais devem atender ao imperativo de preservação ambiental e cultural, além de terem como norte o bem-estar da coletividade cidadina.

Ao assim conformar o direito de propriedade imobiliária, a Constituição Federal de 1988 cunhou a propriedade imobiliária planejada, dotada de atributos urbanísticos que definem o seu conteúdo econômico e submetida a obrigações específicas ditados pela legislação urbanística.

O exercício desse tipo de propriedade não se compraz mais com a noção de exercício do direito para a satisfação individual de seu titular; ela deve atender a interesses que transcendem a órbita individual e que são comuns à coletividade urbana, alinhados de forma a dar sustentabilidade à convivência dos múltiplos direitos protegidos e à ordenação do espaço urbano de forma a atender a todos e a cada qual.

Referências

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil** – Reais. 5. ed. Reimpressão Coimbra: Coimbra, 2000.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Edições Históricas. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: UNB, 1992, v. 2.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2024.
- COLLADO, Escribano. **La Propiedad Privada Urbana**. Encuadramiento y Régimen. Madrid: Montecorvo, 1979.
- CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**. Coimbra: Almedina, 2001. v. I.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de Derechos Fundamentales**. Madrid: Thomson Civitas, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. Algunas reflexiones sobre el Derecho de propiedad privada en la Constitución. *In*: BAQUER, Sebastián Martín-Retortillo (coord.). **Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría**. v. II. De los derechos y deberes fundamentales, Madrid: Civitas, 1991. p. 1257-1270. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1273770>. Acesso em: 17 abr. 2024.
- DUGUIT, Leon. **Las Transformaciones del Derecho Público y Privado**. Granada: Comares, 2007.
- FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. **Coletânea de Legislação Urbanística** – Normas Internacionais, Constitucionais e Legislação Ordinária. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.
- GROSSI, Paolo. **La Propiedad y las Propiedades**. Un análisis histórico. Madrid: Civitas, 1992.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Dykinson Constitucional, 2003.

MACHADO NETO, Antonio Luiz; MACHADO NETO, Zahidé. **O direito e a vida social**. Leituras Básicas de Sociologia Jurídica. Série 2, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966, v. 18.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e Direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MUÑOZ GUIJOSA, Maria Astrid. **El derecho de propiedad del suelo**: de la Constitución a la ordenación urbana. Cizur Menor: Civitas, 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

ROSS, Alf. **Tû-Tû**, Quartier Latin, São Paulo, 2004.

RODOTÀ, Stefano. Poteri dei privati e disciplina de la proprietà. *In*: RODOTÀ, Stefano (cur.) **Il diritto privato nella società moderna**. 2. ed. Bologna: Società editrice il Mulino, 1973.

SÁEZ, José Fulgencio Angosto. **El jus Aedificandi y el Derecho de Propiedad sobre el suelo urbano**. Murcia: Universidad de Murcia, 1998.

**EL VALOR INFINITO DE LA EJECUTIVIDAD
INMEDIATA DE LOS ACTOS DEL PODER Y SUS
CONSECUENCIAS PARA LA PROTECCIÓN DEL
MEDIO AMBIENTE**

The Infinite Value of the Immediate Execution of Power Acts
and its Consequences for Environmental Protection

JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA

José Eugenio Soriano García

Doctor en Derecho por Bolonia. Catedrático de Derecho Administrativo. Ha sido Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia, ha asesorado a varios gobiernos de países de Iberoamérica y ha trabajado en distintos organismos y despachos. Además, es de reseñar su amplísima experiencia docente: Ha impartido cursos, seminarios y charlas en multitud de instituciones como las universidades de Harvard, Fordham, Bolonia, Florencia, Buenos Aires y Rosario (Colombia) y Rio de Janeiro. Es también asesor del Gobierno portugués en evaluación de Universidades Públicas. Es autor de más de 20 libros y asiduo colaborador de publicaciones universitarias y revistas en las que ha publicado una gran variedad de tesis y artículos. E-mail: jesorian@der.ucm.es.

Resumen: En todo el derecho continental europeo, y por extensión en la América iberoamericana, el Derecho Administrativo se construye, cabalmente, sobre la ejecutividad del acto administrativo, su inmediata ejecutoriedad y todo ello con el respaldo de la supuesta validez. La problemática del artículo imparte de la afirmación de que el Derecho Administrativo se construye, cabalmente, sobre la ejecutividad del acto administrativo, su inmediata ejecutoriedad y todo ello con el respaldo de la supuesta validez. Por la metodología histórico-documental y el método deductivo, el autor discute se ha o no el valor infinito de la ejecutividad inmediata de los actos del poder y apunta algunas consecuencias para la protección del medio ambiente.

Palabras clave: acto administrativo; derecho ambiental; irreversibilidad; medidas cautelares.

Abstract: European continental law, and by extension, Ibero-American Administrative Law, is built entirely on the enforceability of the administrative act, its immediate enforceability and all this with the support of the supposed validity. The paper's research question begins in the affirmative that Administrative Law is built entirely on the enforceability of the administrative act, its immediate enforceability and all this

with the support of the supposed validity. Through the historical-documentary methodology and the deductive method, the author discusses whether or not the infinite value of the immediate execution of acts of power has been established and points out its consequences for protecting the environment.

Keywords: administrative act; environmental law; irreversibility; precautionary measures.

Introducción

Como rama jurídica, el Derecho Ambiental es un conjunto normativo amplio y transversal al afectar a distintas áreas y sectores de la sociedad desde la utilización del agua para una industria o el suministro a los hogares, hasta el control de las emisiones contaminantes para garantizar la calidad del aire que se respira.

En ese contexto, todos los ciudadanos tienen el poder de exigir medidas cautelares para protegerlo en caso de que se produzcan daños medio ambientales, ya que su perjuicio afecta a la sociedad en su conjunto. Las medidas cautelares en Medio Ambiente constituyen el remedio más directo y capital, para resolver y atender las distintas cuestiones que de forma inevitable supongan la indicada irreversibilidad con la consecuencia indudable de lesión irreparable caso de no impedirse la ejecución de dicho acto. Algo que en Medio Ambiente que se producirá si la medida administrativa no es examinada antes de que se produzca un efecto definitivo, invariable e inalterable.

La problemática del artículo imparte de la afirmación de que el Derecho Administrativo se construye, cabalmente, sobre la ejecutividad del acto administrativo, su inmediata ejecutoriedad y todo ello con el respaldo de la supuesta validez. Y el autor, utilizando la metodología histórico-documental y el método deductivo, discute se ha o no el valor infinito de la ejecutividad inmediata de los actos del poder y apunta cuáles son sus consecuencias para la protección del medioambiente.

1 Vuelta a Zenón de Elea

En la paradoja, o aporía si se prefiere, de Aquiles y la Tortuga, queda claro que habrá siempre un espacio infinito en que “El de los pies ligeros” nunca alcanzará al quelonio.

Pues bien, parece que, en el ámbito del Derecho Administrativo, todavía no se han descubierto los números infinitesimales y continúen según lo contado por Aristóteles, Física VI:9, 239b15 “En una carrera, el corredor más rápido nunca puede superar al más lento, ya que el perseguidor debe primero llegar al punto donde comenzó el perseguido, de modo que el más lento siempre debe tener una ventaja”¹⁸².

Y es que desde que se descubrió el acto administrativo como fórmula continuadora del pretérito poder regio aparentemente superador del arcaico principio soberano del *Ancien Régime* como bien apuntó y adivinó Alexis de Tocqueville, seguimos con el viejo autoritarismo envuelto en papel de celofán.

De esta manera, la tortuga (el Gobierno y su Administración) avanza siempre por delante del raudo Aquiles (el administrado recurrente) quien desesperado ve, continuamente, cómo se adelanta eternamente, de forma persistente, todo acto de la Administración sobre los intentos, frustrados, de lograr nivelar el campo de juego y conseguir que el acto administrativo sea examinado y en profundidad, antes de producir consecuencias.

En realidad, todo el acto administrativo, y en particular luego su cuestionamiento en el orden jurisdiccional contencioso – administrativo (en Brasil y en Chile sería ante la jurisdicción civil) está amparando un completo fracaso, una frustración de las posibilidades de defensa de los ciudadanos y en su caso, de los bienes públicos puestos en juego, muy especialmente aquellos que pueden sufrir las consecuencias de la *irreversibilidad*, como sucede exactamente con el medio ambiente.

En el Medio Ambiente, la existencia de “partículas jurídicas irreversibles” que se caracterizan por constituir piezas de un entramado legal cuya precaución en la toma de decisiones debería

¹⁸² ROARK, Tony. *Aristotle on Time: A Study of the Physics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

constituir en todo caso, parte exacta del contenido del acto administrativo, exigen con resolución que las distintas acciones y actuaciones administrativas sean adoptadas en contraste rápido y las soluciones aparezcan prontas y sean bien adoptadas.

A mi juicio, las medidas cautelares constituyen hoy en día, como quiso advertir Eduardo García de Enterría, el remedio más directo y capital, para resolver y atender las distintas cuestiones que de forma inevitable supongan la indicada irreversibilidad con la consecuencia indudable de lesión irreparable caso de no impedirse la ejecución de dicho acto¹⁸³. Algo que en Medio Ambiente (también en Urbanismo, tan ligada a este último) es claro que se producirá si la medida administrativa no es examinada antes de que se produzca un efecto definitivo, invariable e inalterable, cuya huella en la realidad sea, lamentablemente, permanente.

Y también, muy ligado a esta problemática, la exigencia de una actuación diligente, rápida, para controlar el acto administrativo, aparece resueltamente cuando las cuestiones a que se refiere el asunto en que está en juego el bien público “Medio Ambiente” están ligadas a la corrupción. Algo lamentablemente demasiado frecuente y, en algunos casos, tolerado sobre la base misma de un mal entendimiento de lo que supone el aparente enfrentamiento entre la ocupación de terrenos protegidos y la, supuesta, necesidad de vivienda.

Algo diremos sobre todo esto. Y finalmente, abordaremos el asunto específico del caso Valdecañas que tanto ha dado que hablar en España y que constituye un ejemplo de libro de malos entendimientos por parte de todos – Administraciones, empresas, ciudadanos – del manejo de todos estos bienes públicos ligados al Medio Ambiente y su protección.

2 La Ejecutividad Inmediata de los Actos del Poder y sus Consecuencias

En efecto, lo que caracteriza resueltamente al acto administrativo es su posibilidad de inmediata ejecución, salvo supuestos excepcionales y muy concretos en su restrictiva aplicación.

¹⁸³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la Administración**. Navarra: Civitas. 2009.

La Resolución se convierte en Decisión. A la mejor gloria de la tecnocracia (en el mejor de los casos) o ahora, en buena parte de los sistemas administrativos, a mejor gloria del partido político de turno, dada la cada vez mayor influencia y ocupación del espacio administrativo por los partidos políticos. De esta forma, de forma intemperante, se decide con toda claridad, sobre los bienes públicos (en el caso que estudiamos, también en otros múltiples aspectos de la acción administrativa). Y sin necesidad de pensárselo dos veces, se adopta una decisión que se impone al administrado, sin que quepa una llamada a la reflexión. O cuando ésta se produce, ya es tarde, tan tarde que la sentencia resulta “de imposible ejecución”, porque ya se habrá producido esa transformación de hecho de la realidad que la ha vuelto, de manera definitiva, irreversible.

La cuestión de la inejecución de sentencias, tan aceptada en su aparente normalidad, supone desde luego, el reconocimiento explícito de que el proceso contencioso administrativo, y con ello, la posición del Juez que lo resuelve, es absolutamente inútil.

Cuando un orden procesal acepta como parte de su contenido normalizado que precisamente la Sentencia, el más sacrosanto de los contenidos que definen lo que es el Poder judicial, no se van a ejecutar, nos encontramos con un claro fracaso, explícito del viejo contencioso.

En realidad, como ya mostraba Edouard Lafferrière, "[le] propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation". Cette citation relève donc le principe en vigueur pendant longtemps : celui de l'irresponsabilité de l'administration"¹⁸⁴.

Y aún más; sigue sin superarse completamente el carácter « revisor » de la jurisdicción contenciosa administrativa que por ello, sin extrañeza posible, continuamos denominando – recurso - contencioso – administrativo. Esto es, no un proceso en igualdad de partes, sin en plano inclinado, ya que resueltamente, la Administración está en un plano superior, teóricamente portadora del interés general. Recordemos

[...] juger l'administration, c'est encore administrer, Dans les contestations

¹⁸⁴ LAFERRIERE, Edouard. **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**. Tome 1. Paris: Berger-Levrault et C^{ie}. Libraires-Éditeurs. 1887.

administratives (...) que trouvons-nous ? D'un côté l'administration, de l'autre un particulier.

Quels motifs doivent aider la décision des juges? La prédominance de l'intérêt général sur les résistances individuelles. D'après quelles formes devront-ils procéder? Avec une célérité, une latitude d'appréciation qui ne peuvent se rencontrer dans les différends civils¹⁸⁵.

Y en consecuencia, al igual que en Inglaterra (y por extensión en el Reino Unido) se consolida en un Derecho en las antipodas del francés, y por ende del continental, que The King can do no Wrong lo que equivale cabalmente a que el Rey no puede equivocarse, pero si se equivoca, no responde.

En suma, qu'el poder ejecutivo, de manera resoluta puede actuar y sin consecuencias.

Cuando se modera, algo, el sistema, atendiendo a las abusivas y torpes consecuencias que un poder administrativo (hoy inclusive, vía partidos, poder total) provoca sobre la sociedad, y por consecuencia, sobre los individuos que la componen, sus asociaciones y empresas, en suma las diferentes comunidades y desde luego la sociedad entera en su conjunto, todo queda dañado, todo queda deprimido al sucumbir frente al poder ejecutivo, *longa manu* el poder monárquico viejo en su más antigua y eventualmente, autoritaria expresión.

Inteligentemente, al menos en Francia originalmente, se entendió que la « gloria » que había de acompañar a las armas francesas por proyección de su poderío social, exigía cierta modernidad, actualización, en fin, reconocimiento de que cabría rectificar una actuación extemporánea o extravagante. De ahí, la tesis inicial del « Ministro – Juez », con la que empieza Firmin Laferrière, padre de Edouard, y miembro también del *Conseil d'Etat* (entonces imperial) y que permitirá los primeros pasos de un control, en realidad autocontrol, para conseguir avances en

¹⁸⁵ LAFERRIERE, Edouard. **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**. Tome 1. Paris: Berger-Levrault et C^{ie}. Libraires-Éditeurs. 1887.

una situación que de pura degradación conservadora de la potestad ejecutiva, en línea directa de la monárquica, acaba con todo intento de invención, de creación, de modernidad. Sin dicha modernidad, Francia estaría condenada al fracaso, y sus servicios públicos, también¹⁸⁶. De ahí la evolución, tan magníficamente descrita por Eduardo García de Enterría. En ella se da paso a una “jurisdicción delegada” en favor del *Conseil d'Etat* que paulatinamente ha permitido ir avanzando hacia un mayor control de la Administración¹⁸⁷.

Las reformas que luego se desarrollaron, implantaron paulatinamente un nuevo sistema en que, de un lado, se ha permitido ya el procedimiento administrativo completo a partir de octubre de 2015 y con una cierta reforma asimismo del contencioso, recogiendo la obra de Guy Braibant quien desde la presidencia de la sección de informes y estudios del Consejo de Estado de 1985 a 1992, donde fue alojado ya que el Gobierno francés no se fiaba de él y le negó la Presidencia de la Sección de Litigios, utilizó aquél “cementerio de elefantes” para lograr modificar por completo el sistema contencioso administrativo francés, primero a través de una crítica realística, esto es, demostrando que el grueso de los distintos *arrêts* se dictaban siempre en contra del particular. Con lo cual la desconfianza crecía y crecía entre los administrados franceses¹⁸⁸.

Frente a este tipo de Derecho Administrativo, hay que dar paso, con prudencia, pero con audacia (y la audacia es la resolución de los prudentes) con el fin de actualizar todas las potencialidades que la serena y resuelta segunda resolución, permita. Esto es, que se logre que un tercero imparcial, el juez (o el árbitro si algún día se consigue que el arbitraje también se establezca en estos pagos del derecho ambiental) pueda resolver con prontitud antes de que las situaciones devengan tan extremas que no haya forma de dar marcha atrás.

¹⁸⁶ LAFERRIERE, Edouard. **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**. Tome 1. Paris: Berger-Levrault et C^{ie}. Libraires-Éditeurs. 1887.

¹⁸⁷ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la Administración**. Navarra: Civitas. 2009.

¹⁸⁸ BRAIBANT, Guy. **Le Droit Administratif** París: Dalloz, 1984 y BRAIBANT, Guy. Les nouvelles fonctions du Conseil d'Etat. **La Revue Administrative**, n. 239, 1987, p. 415 y ss.

Es obvio que me estoy refiriendo a la adopción de medidas cautelares.

3 Estudio de Caso: La “Merchant Shipping Act” de 1995

Alguna explicación adicional debemos ofrecer como muestra de confianza en estas decisiones provisionales que han mostrado su utilidad más allá de nuestras fronteras. El lector interesado encontrará en el asunto *Factortame* una buena muestra de lo que supone adoptar una medida cautelar. Diré, con la brevedad que requiere el caso, que se trataba de evitar que la Sra. Thatcher, bien conocida por su nacionalismo contrario al espíritu de la Comunidad Europea, consolidara una legislación que dañaba el derecho europeo, en concreto, en lo que hace a la pesca marítima. Recordaré al leyente de estas páginas que en la denominada “Europa azul”, se establecen una serie de cuotas de pesca, pero al mismo tiempo, en esas franjas, dentro del derecho comunitario europeo, no se permite que se reserven a los barcos de pesca nacionales, privilegio alguno. Las aguas comunitarias son aguas comunitarias y no se puede impedir que buques de otros países europeos. Lo cual despertó las iras políticas de Thatcher y su Gabinete, por lo que llevaron al Parlamento de Westminster la “Merchant Shipping Act” de 1995¹⁸⁹. A través de la misma, se reservaba a los buques amarrados exclusivamente en puertos ingleses la posibilidad de realizar capturas.

Siendo así que el Reino de España es una potencia pesquera, tal legislación perjudicaba gravemente sus intereses económicos y desde luego, los derechos de los armadores españoles que, especialmente con base en las costas de la región gallega, disponían de una flota pesquera, de altura y bajura, considerable.

Por consiguiente, se trataba exactamente de conseguir que tales previsiones legales no aturdiran los derechos pesqueros españoles, y que al abrigo de la legislación comunitaria, desabrigaran por completo los privilegios que la prerrogativa británica ofrecía a sus nacionales.

¹⁸⁹ UNITED KINGDOWN – LEGISLATION. **Merchant Shipping Act 1995** (c. 21) Published on Jul 19, 1995. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/21/data.pdf>. Acceso en: 03 feb. 2022.

La cuestión, como siempre, es que, si entramos en un proceso legal, inevitablemente son tantos los años en que se desenvuelve el tiempo judicial, realmente una temporización geológica y no humana, que no tiene sentido acudir a los Tribunales: éstos siempre llegarán tarde y para cuando dicten Sentencia el asunto habrá acabado, en este caso, con las armadas pesqueras españolas.

¿Solución? Ninguna, aparentemente. Se luchaba nada menos que contra una *Ley* inglesa, más exactamente, contra una Ley del Parlamento Británico que por definición es el poseedor de toda la soberanía de la isla. Sabemos que el constitucionalismo inglés y por extensión británico, comienza y acaba con exactitud en el Parlamento de Westminster, de forma que no hay poder en la tierra capaz de acabar con una ley británica, salvo abrogación por parte del mismo.

Pero esto, exactamente esto, es lo que cambió con la Unión Europea (y este caso, que dio lugar a todo un congreso porque los ingleses no entendían nada de lo que sucedía). Se mostró que un solo Juez, francés por demás, podía revertir lo que decía todo el Parlamento británico.

En efecto en la Unión Europea está previsto que en casos urgentes que amenacen con irreversibilidad, se puedan adoptar medidas cautelares. Y que, para mayor inri, las adopte el Presidente (o en su caso, el/la Vicepresidente).

Veamos lo sorprendente: un país dicta una Ley soberana en su Parlamento. Tal ley es un acto que directamente inflige daño directo a un particular (efecto consecuencia de una causa, que en este caso era clara, ya que la propia Premier así lo había indicado: “acabaremos con estos piratas españoles”, siendo piratas todos aquellos que faenaran en aguas británicas – europeas pese a quien pese, en aquellos momentos- con licencia comunitaria).

Y ¡ialas!, frente a ello, frente a todo ello, solitario, un solo juez. Insisto: un solo juez, el Presidente del Tribunal de Justicia.

Y hay que decir que, haciendo valer el derecho comunitario, en tres días, tres días repito, adoptó una medida cautelar consistente en... suspender la Ley del Parlamento Británico.

El escándalo en Reino Unido fue sonoro. No se lo podían creer. Imaginaban que, al viejo estilo imperio, podrían continuar “dominando las olas” y que la vieja Britannia, *rules the waves*.

Pero su bogar se paró exactamente frente a un simple Auto de un Juez, que haciendo valer el Derecho frente a la supuesta democracia, en este caso inglesa, logró abortar por completo la operación política que bajo una aparente unanimidad democrática formalizada a través de una Ley, acabara sin embargo con una de las libertades comunitarias claves, la libertad de establecimiento (amarro en el puerto comunitario que quiero y no en el que me imponen) y el resto de las conocidas libertades comunitarias, a saber, libre circulación de bienes, capitales, servicios y personas.

La consecuencia fue, resueltamente, que los buques españoles volvieron a los caladeros británicos de inmediato, no perdieron capturas, siguieron amarrando en sus puertos base y lograron continuar sus faenas ordinarias, pescando, comercializando la pesca y finalmente, manteniendo sus posiciones originales como ciudadanos comunitarios, algo muy lejano del concepto inglés de “súbdito británico” que es algo propio de la isla, pero que en el continente, desde la lejana Revolución Francesa, ha desaparecido (al menos en su formulación teórica).

Tomemos nota pues de que el valor de un Juez, con audacia – que no deja de ser el coraje de los prudentes – permite alcanzar sin lugar a dudas.

En efecto estas “medidas interinas”, “medidas provisionales” en suma, técnicas de solución de conflictos en forma meramente cautelar, pero efectivas, pueden ayudar a resolver, a mi juicio, una buena parte de los problemas que siempre aparecen cuando se va a producir una transformación física de la realidad.

Toda construcción, edificación, roturación, en suma, colonización del terreno, se adopta mediante procesos físicos que implican de forma inevitable, una transformación en que supone cabalmente que el terreno, natural o rústica, deja de ser tal para siempre. La obra de los miles de millones de años que la naturaleza utilizó en la creación de tales espacios puede ser liquidada en apenas minutos y para siempre.

En Medio Ambiente, habitualmente suelen adoptar posturas bastante aceptables para los bienes públicos en juego, de forma que su aportación, globalmente considerada, es más que correcta.

Pero en lo que hace a medidas cautelares, seguimos huérfanos en la legislación y en la práctica de los tribunales constitucionales, y desde luego asimismo en la justicia ordinaria¹⁹⁰, que bien podría tomar ejemplo del indicado en el asunto *Factor-tame, ut supra* mencionado.

Consideraciones finales

Éste es el dilema. Éste es el desafío.

Naturalmente el hombre, la humanidad, ha de atender a sus necesidades básicas y elementales: techumbre, reproducción, nutrición. Y ello ha de suponer sin duda alguna, transformación de la realidad circundante.

Al mismo tiempo, y de forma muy desigual, es cierto que nuestra especie se ha extendido con velocidad geométrica en el último siglo, superando en apenas cien años lo que la propia evolución utilizó durante miles de años. Lo cual supone, retos filosóficos, económicos y políticos de primera magnitud, para los cuales, no tenemos todavía respuesta cabal. Más aún: las respuestas son muy diferentes dependiendo de diferentes naciones, Estados, pueblos, etc., cada uno con intereses muy distintos, entre sí e intra sí. No existe a la vista un gobierno mundial ni universal, ni gobernanza global. Hay fragmentos de acuerdos mediante tratados que, en el mejor de los casos, son meramente orientativos, no vinculantes, tal como están demostrándose en la práctica.

Todo lo cual lleva a predicar. Es decir, a adoptar el papel del "Jurista como Predicador"¹⁹¹, por cuanto, más allá de lograr algún éxito, inconexo y generalmente tardío, en cuanto a los resultados, la lucha por el derecho medioambiental tiene que desarrollarse a través de la difusión de ideas, única fuerza disponible en estos momentos para lograr atender a la protección de tales bienes públicos.

¹⁹⁰ SORIANO GARCIA, José Eugenio. "Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución". *El Notario del Siglo XXI*, n. 29, 10 feb. 2010. p. 49-62.

¹⁹¹ DESCHNER, Karlheinz. *Historia criminal del cristianismo. Los orígenes, desde el paleocristianismo hasta el final de la era constantiniana*. 1 ed. Traducción de J. A. Bravo. Colección Enigmas del Cristianismo. Barcelona: Martínez Roca, 1990.

La gran cuestión desde este punto de vista es si la lucha por el derecho medioambiental, a través de la difusión de ideas predicadas en foros internacionales como este mismo, puede lograr un mínimo común denominador que acabe ofreciendo un panorama de entendimiento y lenguaje lo suficientemente homogéneo para lograr, en esta humilde actuación, que al menos tengamos claro cuando hablamos de qué y para qué estamos hablando. Para lograr que nuestra conversación sea inteligible, al menos entre nosotros, los juristas. Y en Medio Ambiente, tener claras las ideas sobre conceptos tales como “planificación” “responsabilidad” “indemnización” “reparación”, etc., se nos antoja esencial para conseguir que, en efecto, comencemos esa pequeña, pero útil, aportación que entre todos nosotros conseguirá que logremos un efecto directo en nuestras respectivas jurisdicciones. Algo que de conseguirse, será desde luego, capital para ir avanzando. Poco a poco, ya que las grandes ideas drásticas se quedan en meras declaraciones e intenciones, por lo que más vale actuar de forma limitada y pequeña, pero fiable, modesta, pero útil, humilde, pero eficaz.

Y aquí volvemos de nuevo a las medidas cautelares que, con toda evidencia, si entre todos logramos aunarnos para exigir que estas medidas interinas constituyan la base de un entendimiento previo, algo habremos aportado.

Referencias

BRAIBANT, Guy. **Le Droit Administratif**. París: Dalloz, 1984.

BRAIBANT, Guy. "Les nouvelles fonctions du Conseil d'Etat".

La Revue Administrative, n. 239, 1987, p. 415 y ss.

DESCHNER, Karlheinz. **Historia criminal del cristianismo**. Los orígenes, desde el paleocristianismo hasta el final de la era constantiniana. Traducción J. A. Bravo. Colección Enigmas del cristianismo. Barcelona: Ediciones Martínez Roca, 1990.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la Administración**. Navarra: Civitas. 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La batalla por las medidas cautelares**. Derecho comunitario europeo y proceso Contencioso-Administrativo español. 3ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 2006.

LAFERRIERE, Edouard. **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**. Tome 1. Paris: Berger-Levrault et Cie. Libraires-Éditeurs. 1887.

ROARK, Tony. **Aristotle on Time: A Study of the Physics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

SORIANO GARCIA, José Eugenio. "Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución". **El Notario del Siglo XXI**, n. 29, 10 feb. 2010. p. 49-62.

UNITED KINGDOM – LEGISLATION. **Merchant Shipping Act 1995** (c. 21) Published on Jul 19, 1995. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/21/data.pdf>. Acceso en: 03 feb. 2022.

**DIREITO DOS ANIMAIS E A RESOLUÇÃO
DA ONU DE 2022**

Animal Law and the UN Resolution of 2022

LUCÍOLA MARIA DE AQUINO CABRAL

Lucíola Maria de Aquino Cabral

Doutora em Direito Constitucional (UNIFOR – Fortaleza), Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA, Buenos Aires), Mestre em Direito Constitucional (UNIFOR – Fortaleza), Especialista em Direito Público (UFC – Fortaleza), Procuradora do Município de Fortaleza e membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP; da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil – APRODAB; da Comissão de Meio Ambiente do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB; da União Brasileira de Advocacia Ambiental – UBAA; da Associação Brasileiro do Direito de Energia e Meio Ambiente – ABDEM; Vice-Presidente da Comissão de Direito Ambiental da OAB-CE e Vice-Presidente da Comissão de Defesa dos Direitos dos Animais da OAB-CE; Presidente da Comissão Especial Brasil-ONU para o Pacto Global.

Resumo: A preocupação com o bem-estar e a proteção dos animais tem sido uma pauta constante na legislação de vários países, tendo sido observado que o tema tem despertado a atenção da sociedade e de pesquisadores. Este artigo analisa a proteção conferida à fauna pela legislação brasileira, sob o enfoque da Constituição de 1988, ressaltando, todavia, a importância de instrumentos internacionais, em especial a Resolução adotada pela Assembleia das Nações Unidas para o Meio Ambiente em 2 de março de 2022, que reconhece que a saúde e o bem-estar dos animais, o desenvolvimento sustentável e o meio ambiente estão ligados à saúde e ao bem-estar humano. Sustenta-se, nesse trabalho, que o conceito de saúde única e de sustentabilidade são imprescindíveis para manutenção do equilíbrio ecológico.

Palavras-chave: direitos dos animais; proteção constitucional; dignidade animal.

Abstract: The concern with animal well-being and protection has been a constant theme in the legislation of several countries, and it has been observed that the subject has attracted the attention of society and researchers. This article analyzes the protection given to fauna by Brazilian legislation, from the perspective of the 1988 Constitution, emphasizing, however, the importance

of international instruments, in particular the Resolution adopted by the United Nations Assembly for the Environment on March 2, 2022, which recognizes that animal health and well-being, sustainable development and the environment are linked to human health and welfare. It is argued, in this work, that the concept of unique health and sustainability are essential for maintaining the ecological balance.

Keywords: animal rights; constitutional protection; animal dignity.

Introdução

Este trabalho tem por escopo analisar o tema referente aos direitos dos animais, à luz da Resolução da ONU de março de 2022, contextualizando no âmbito no ordenamento jurídico brasileiro, tratando-se de uma pesquisa de natureza qualitativa, com ênfase no texto da Constituição de 1988 e na legislação brasileira. Busca-se, ainda, traçar um panorama da jurisprudência estrangeira e nacional, visando destacar a evolução dos direitos dos animais.

O trabalho foi dividido em sete tópicos, de forma a possibilitar a análise do tema a partir de documentos internacionais, para tratar, em seguida, da proteção da fauna na constituição de 1988; proteção da fauna no município de Fortaleza; proteção da fauna e a legislação do estado do Ceará; a questão dos maus-tratos e a jurisprudência; e, por último, dos Direito dos animais e a Resolução da ONU de 2022.

Necessário destacar que esta pesquisa não tem a pretensão de esgotar a discussão, mas sim de destacar a importância do reconhecimento, pela Organização das Nações Unidas, que a proteção e o bem-estar animal estão relacionados à saúde humana e ao meio ambiente.

O assunto não é recente e o reconhecimento se faz a partir da abordagem “one health”, que consiste em uma abordagem integrada e unificadora para equilibrar e otimizar a saúde das pessoas, dos animais e do meio ambiente, sendo particularmente importante prevenir, prever, detectar e responder a ameaças

globais à saúde, como a pandemia de COVID-19, em conformidade com a Organização das Nações Unidas.

Portanto, a evolução dos direitos dos animais evidencia não só a indispensabilidade do reconhecimento de sua natureza jurídica como sujeitos de direito, não só em razão do fato de serem dotados de sentimentos, mas em especial pelo conteúdo da norma constante do art. 225, § 1º, inciso VII, da Constituição de 1988 que estabelece deveres constitucionais ao Estado brasileiro, a saber: i) proteger a fauna e a flora; ii) veda, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. Dito de outra maneira, os animais possuem dignidade intrínseca, não sendo de seu interesse ser submetido a qualquer tipo de sofrimento.

Afirma-se que a Resolução da ONU, de março de 2022, deixa registrada de forma indelével que a saúde e o bem-estar humano, assim como a preservação dos recursos naturais somente será possível se forem asseguradas as condições necessárias a sobrevivência de todas as espécies.

1 Proteção da fauna e documentos internacionais

Os animais, de acordo com o Direito Animal moderno, não são considerados “semoventes”, mas sim **seres sencientes**, conforme assentado na jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça¹⁹² (RESP 1.944.228 - SP (2021/0082785-0)).

A preocupação com a proteção e o bem-estar dos animais decorre, não só da Constituição Federal de 1988, mas também da Declaração Unniversal dos Direitos dos Animais¹⁹³, firmada em Bruxelas, em 1978, além de recomendações resultantes do Conselho de Bem-Estar Animal, o **Farm Animal Welfare**

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1944228-SP**: A disciplina legal dispensada pelo Código Civil de 2002 aos animais é de bem móvel, mais precisamente semovente, art. 82. Todavia, o tratamento jurídico a ser conferido aos animais, notadamente de estimação, evoluiu de modo que eles não podem mais ser considerados como simples coisa. É relevante levar em conta que o animal de estimação destina-se ao preenchimento de necessidades humanas emocionais e afetivas, ademais, trata-se de ser senciente com capacidade para manifestar alegria, tristeza, medo e dor. Está superada a definição clássica do direito civil que os classifica como coisa, bem semovente.

¹⁹³ BRUXELAS. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. 27 jan. 1978.

Council que desenvolveu, em 1979, um documento descrevendo as 5 liberdades dos animais, quais sejam: **1)** estar livre de fome e sede; **2)** estar livre de desconforto; **3)** estar livre de dor, doença e injúria; **4)** ter liberdade para expressar os comportamentos naturais da espécie; **5)** estar livre de medo e de estresse. Releva destacar, ainda, que **em 2012, com a publicação da Declaração de Cambridge**¹⁹⁴ **sobre a Consciência em Animais Humanos e Não-Humanos**, isso ficou ainda mais claro: os animais sentem stress, dor, fome, frio, medo, alegria, tristeza, afeição, etc. Portanto, ser senciente não depende de inteligência ou racionalidade, mas não se pode ignorar fatos comprovados cientificamente, vale dizer, que os animais são seres capazes de expressar sentimentos e de se comunicar, não se justificando o tratamento que lhes é conferido pelos sistemas jurídicos na atualidade.

Outro documento internacional igualmente relevante é a Declaração de Toulon¹⁹⁵, datada de 29 de março de 2019, na qual, em seu preâmbulo afirma que reconhece as conclusões da Declaração de Cambridge, de 07 de julho de 2012, destacando, ainda, que: i) os animais devem ser considerados como pessoas e não como coisas; ii) é urgente encerrar o regime de reificação, haja vista que os conhecimentos atuais impõem uma nova abordagem jurídica sobre os animais; iii) devem ser reconhecidos os direitos próprios aos animais e considerados seus interesses; iv) os animais devem ser considerados como pessoas físicas não-humanas; v) o reconhecimento da personalidade jurídica dos animais é indispensável a coerência dos sistemas jurídicos atuais; vi) as reflexões que concernem a biodiversidade e o futuro do planeta devem integrar as pessoas físicas não-humanas. Em síntese, estes pontos revelam a necessidade de transformação do Direito Animal, dado sua abrangência e importância para a preservação da vida no planeta.

Estes documentos internacionais contribuíram para conferir uma nova perspectiva ao Direito dos Animais, influenciando o Direito interno de cada país. No caso do Brasil, observa-se que a Declaração Universal dos Direitos dos Animais influenciou o

¹⁹⁴ INGLATERRA. **Farm Animal Welfare Council**. 1979.

¹⁹⁵ FRANÇA. **Declaração de Toulon**. 29 mar. 2019.

legislador constituinte de 1988, introduzindo no ordenamento jurídico pátrio princípios e conceitos adotados internacionalmente.

2 Proteção da fauna na Constituição de 1988

É preciso reconhecer que os direitos dos animais evoluíram ao longo do tempo e que, entretanto, o sistema jurídico brasileiro não tem acompanhado esta evolução adequadamente, embora nossos tribunais superiores tenham proferido inúmeras decisões¹⁹⁶ favoráveis a proteção da fauna em geral.

O Direito dos Animais, no Brasil, ainda é visto como sub ramo do Direito Ambiental, embora muitos pesquisadores defendam sua autonomia, como, por exemplo, Vicente de Paula Ataíde Junior¹⁹⁷. Salienta-se que o Direito dos Animais possui fonte constitucional, mais precisamente na norma constante do art. 225, VII, da Constituição Federal de 1988.

O fato é que a proteção da fauna está relacionada a proteção dos ecossistemas, não sendo possível falar em equilíbrio ambiental sem a proteção de todas as espécies da fauna.

Os deveres impostos aos entes federados não podem ser negociados, constituindo verdadeiras obrigações de fazer, não cabendo ao Estado a possibilidade de renúncia. Vale dizer, é obrigação de cada ente da federação implementar políticas públicas de proteção animal, na forma prevista no art. 23, VII, da Constituição Federal de 1988.

¹⁹⁶ ADIn 1.856-6/RJ – Rinha de Galo. ADIn 4983/CE – Vaquejada. RE 153.531 – Farra do Boi. ADPF 640/DF – Proibição de abate de animais vítimas de maus-tratos.

¹⁹⁷ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. Princípios do Direito Animal Brasileiro. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, [S. l.], v. 30, n. 1, 2020.

3 Proteção da fauna no Município de Fortaleza

O Município de Fortaleza, por ocasião da reforma administrativa realizada em 2014, criou a Secretaria Municipal de Conservação e Serviços Públicos – SCSP, conferindo-lhe atribuições para planejar, coordenar, disciplinar e executar as políticas públicas de proteção, bem-estar, defesa e promoção dos direitos dos animais, nos termos do art. 39, VII, da Lei Complementar nº 176, de 19 de dezembro de 2014, em sintonia com as normas constitucionais.

Não obstante, o Município de Fortaleza, tenha criado uma Coordenadoria de Proteção e Bem-Estar Animal – COEPA, cujas atribuições estão definidas no art. 9º, VI, da Lei Complementar nº 234, de 28 de junho de 2017, não possui abrigo ou centro de acolhimento, local apropriado para receber animais vítimas de maus-tratos, abandono ou atos de crueldade, visando tratá-los e encaminhá-los para programas de adoção¹⁹⁸.

Por outro lado, a Lei Complementar nº 270, de 02 de agosto de 2019¹⁹⁹, atual Código da Cidade, promoveu novas alterações na legislação de proteção animal, revogando tacitamente a Lei nº 8.966/2005 e trazendo em seu Capítulo VI, disposições específicas sobre a Proteção da Fauna e da Flora (artigos 132/142), estabelecendo princípios (art.133), objetivos (art.134) e diretrizes (art.135) e proibindo, expressamente maus-tratos de animais, como é possível observar das disposições do §3º, do art. 141, da aludida lei.

Dentre seus objetivos está prevista a redução e eliminação das causas de sofrimento e mortalidade da fauna do Município de Fortaleza e a fomentação de ações para promover o bem-estar e a adoção de animais abandonados.

Em suas diretrizes, merecem destaque o incentivo e o apoio às entidades não governamentais de cunho ambiental e de proteção animal (art. 134, IV) e a articulação e a integração entre os entes federados e os diversos órgãos da estrutura administrativa do ente municipal (art. 134, VIII); a integração da gestão do meio

¹⁹⁸ FORTALEZA. Lei Complementar nº 234, de 28 de junho de 2017.

¹⁹⁹ FORTALEZA. Lei Complementar nº 270, de 02 de agosto de 2019. Código da Cidade.

ambiente e da biodiversidade com as políticas públicas federais e estaduais de saúde, saneamento, arborização e fauna (art. 134, XV), bem como a utilização de instrumentos econômicos e tributários de estímulo ao uso racional e à conservação da biodiversidade, da fauna e da flora (art. 134, XVII).

A Seção I do Capítulo VI contempla uma série de proibições, conforme se observa da redação dos artigos 136, 137, 138, 139, 140 e 141 e 142, todos voltados à proteção da fauna.

Observa-se, ainda, que no art. 670, foi criada a obrigação para os tutores e responsáveis pelos animais para identificá-los por meio de plaquetas, contendo informações sobre o nome completo do tutor, cpf e número de telefone de contato. Entende-se ser necessário a criação de um cadastro público com estas informações, visando, inclusive, proceder ao levantamento do número de animais existentes e a partir destas informações definir políticas públicas para programas de castração, vacinação e atendimento veterinário as ongs e protetores independentes, visando eliminar, ainda que a longo prazo, o abandono de animais. Isto demandaria ações conjuntas com os órgãos de fiscalização, Agência de Fiscalização de Fortaleza - AGEFIS, Delegacia de Proteção ao Meio Ambiente - DPMA e Polícia Ambiental.

4 Proteção da fauna e a legislação do Estado do Ceará

A Lei estadual nº 17.729/2021 instituiu a Política Estadual de Proteção Animal no Estado do Ceará. Elaborada a partir de uma iniciativa da Secretaria Estadual de Meio Ambiente – SEMA e contou com a participação de vários grupos ligados à proteção animal, estabelecendo normas de proteção, defesa e preservação dos animais no Estado do Ceará.

A citada Lei, prevê, ainda, a instituição do Conselho Estadual de Proteção e Bem-Estar Animal, com o objetivo de realizar a articulação integrada entre os órgãos federais, estaduais e municipais, comissões de ética no uso de animais e as entidades protetoras da sociedade civil para atuar em cooperação técnica administrativa ou operacional por meio de instrumentos de convênios, acordos ou compromissos assumidos entre as partes, visando à proteção e ao bem-estar animal.

Em seu art. 4º, a referida Lei²⁰⁰ criou instrumentos de Proteção Animal, conforme incisos I à IX, realçando-se, ainda, que os objetivos traçados pela legislação estadual em seu art. 5º, incisos I a VIII, estão alinhados com as modernas diretrizes do Direito Animal, merecendo destaque a regra do inciso I, do referido art. 5º, a saber: *“I – estabelecer políticas de bem-estar animal destinadas a promover o desenvolvimento sustentável, bem como sensibilizar os diversos atores sociais;”*

Outro ponto que merece destaque são as diretrizes da política estadual de proteção animal, constantes do art. 6º, da referida lei, evidenciando-se a previsão concernente ao estímulo à criação e à manutenção de Centros de Acolhimento e Reabilitação de Animais Domésticos distribuídos em diversas regiões do Estado do Ceará.²⁰¹

Os casos de crueldade e maus-tratos de animais estão previstos no art. 7º, incisos I a XXIV. No entanto, regras de exceção foram inseridas nos parágrafos 1º, 2º e 3º, 4º e 5º, do aludido dispositivo, tais como a possibilidade de outras condutas não especificadas que possam infligir sofrimento físico, psíquico ou emocional ao animal, assim atestadas por médico veterinário vinculado a um órgão ambiental de fiscalização ou judicial, poderão ser consideradas como maus-tratos.

Além dos casos de maus-tratos e de crueldade de animais, a legislação estadual em comento prevê, ainda, em seu art. 8º, as vedações de quaisquer práticas que coloquem em risco a função ecológica da fauna ou que possam provocar a extinção das espécies, submeter os animais a crueldade.

A Lei estadual nº 17.729/2021 estabelece obrigações para os responsáveis por crimes de maus-tratos, que terão de arcar com as despesas de assistência veterinária e os demais gastos decorrentes da agressão serão de responsabilidade do agressor, na forma do art. 9º da referida Lei, acrescendo que o agressor ficará obrigado, inclusive, a ressarcir a Administração Pública Estadual de todos os custos relativos aos serviços públicos de saúde

²⁰⁰ CEARÁ. Lei nº 17.729, de 25 de outubro de 2021. Institui a Política Estadual de Proteção Animal.

²⁰¹ CEARÁ. Lei nº 17.729, de 25 de outubro de 2021. Institui a Política Estadual de Proteção Animal.

veterinária prestados para o total tratamento do animal, sem prejuízo de outras sanções aplicadas pela legislação federal.

Deve-se registrar que a legislação estadual representa um avanço em termos de proteção e bem-estar animal, evidenciando-se a preocupação com os animais silvestres, com a fauna silvestre exótica, a proibição da caça, as regras sobre animais de companhia e a previsão de criação de um Programa de Proteção à Fauna de Companhia.

A Lei, no entanto, não prevê incentivos específicos para determinadas situações, como, por exemplo, a concessão de benefícios fiscais para as empresas ou a concessão de auxílios (doação de ração, vacinação e assistência veterinária) para protetores independentes e ong's.

Quanto a fiscalização, a legislação estadual prevê, em seus arts. 74 a 81, que a fiscalização ambiental será competência comum exercida pelos órgãos de fiscalização integrantes do Sistema Estadual de Meio Ambiente – SIEMA.

Ressalta-se, todavia, que, embora o Estado do Ceará tenha sido condenado na obrigação de implantar um centro de acolhimento, conforme decisão proferida nos autos da ação civil pública, processo nº 0161049-44.2019.8.06.0001, que tramitou junto a 10ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza, até o presente momento não promoveu nenhuma ação nesse sentido.

Observa-se, por conseguinte, que a existência de previsão legal para implementação de políticas públicas não é suficiente para compelir o Estado do Ceará ao cumprimento de seu dever constitucional de proteger os animais de atos de maus-tratos e de crueldade, na medida em que não lhes assegura o direito à vida com dignidade. Viver com dignidade significa ter seus direitos reconhecidos e protegidos, assim, é dever do Estado, nos termos do §1º, do art. 225, da Constituição Federal de 1988, assegurar a efetividade dos direitos dos animais, protegendo a fauna e a flora, bem como combater as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

5 A questão dos maus-tratos e a jurisprudência

O Conselho Federal de Medicina Veterinária – CFMV disciplinou o tema “maus-tratos”, por meio da Resolução nº 1236, de 26 de outubro de 2018, que define e caracteriza crueldade, abuso e maus-tratos contra animais vertebrados e dispõe sobre a conduta de médicos veterinários e zootecnistas relativamente a estas questões.

Todavia, a definição do que seja “maus-tratos” ainda é tema tormentoso no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira referência legal, segundo Trajano Tagore²⁰², pode ser encontrada no art. 64, do Decreto-Lei nº 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais).

Somente a partir da Constituição Federal de 1988 é que a proteção ao meio ambiente foi inserida no texto constitucional, em muitos aspectos inovador. Seu ineditismo revela-se em especial no tratamento conferido pelo direito constitucional positivo ao tema dos direitos fundamentais, os quais passaram a usufruir status jurídico privilegiado no âmbito do ordenamento jurídico pátrio. No que concerne ao tema objeto deste trabalho, importa ressaltar que o direito dos animais foi incorporado ao Capítulo VI – Do Meio Ambiente, no inciso VII, do art. 225.

Embora não haja unanimidade quanto a aplicabilidade imediata de algumas normas, conforme previsão constante do art. 5º, §1º, do texto constitucional de 1988, não há dúvida, por outro lado, que é inovador também no que respeita à proteção ambiental, salientando Fernanda Medeiros *et al*²⁰³ seu aspecto vanguardista, conforme assinalado adiante:

Ocorre que a Constituição brasileira de 1988, como se vai assinalar no texto, foi vanguardista ao estabelecer um capítulo específico à proteção do ambiente. Avançou ainda mais ao estabelecer em

²⁰² SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Fundamentos do direito animal constitucional. In: **XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2009, São Paulo, Universidade Federal de Pelotas- UFPEL, 2017, p. 11126-11161.

²⁰³ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; WEINGARTNER NETO, Jayme; PETERLE, Selma Rodrigues. **Animais não-humanos e vedação de crueldade**: o STF no rumo de uma jurisprudência intercultural. Canoas: Unilasalle, 2017. p. 13.

relação aos animais não-humanos. Pela primeira vez se reconheceu, no plano da Constituição, uma vedação de maus-tratos e uma vedação de crueldade contra os animais. Nesse contesto, fica o comando para assumir posições coerentes com a pluralidade, a diferença e a dignidade defendidas de forma incontestada nesse século, haja vista o repúdio à coisificação e à instrumentalização, pelo homem. Nesse sentido, os animais são merecedores de um tratamento justo e não apenas de um tratamento somente caridoso. É a partir desse enfrentamento que se pensa a proteção constitucional dos animais.

Em recente decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 640, o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de proibir o abate de animais silvestres ou domésticos apreendidos em situação de maus-tratos, rechaçando a interpretação equivocada que vinha sendo conferida aos arts. 25, parágrafos 1º e 2º, e 32 da Lei nº 9.605/1998, bem como aos artigos 101, 102 e 103 do Decreto nº 6.514/2008, por parte de órgãos judiciais e administrativos, que possibilitava o abate de animais apreendidos em situação de maus-tratos²⁰⁴.

A apreensão de animais em situação de maus-tratos, em especial cães e gatos, resultava, quase sempre, em eutanásia. A aludida decisão alcança também esses animais, devendo o poder público adotar medidas de proteção aos animais domésticos para evitar a eutanásia imotivada e injustificada de cães e gatos por órgãos de controle de zoonose, notadamente pelo fato de que as políticas públicas de proteção e bem-estar animal em nada se confundem com o controle de zoonoses.

Não obstante a decisão do STF na ADPF 640 seja de setembro de 2021, o Município de Fortaleza já havia sido condenado

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF proíbe abate de animais apreendidos em situação de maus-tratos**. 29 set. 2021.

em uma ação civil pública promovida pelo Ministério Público Estadual, em maio de 2017, na obrigação de não proceder a eutanásia de animais sadios, conforme decisão constante do Processo nº 0059283-31.2008.8.06.0001, 8ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza, já transitada em julgado, cuja parte dispositiva se transcreve adiante:

Ante o exposto, julgo, parcialmente, procedente o pleito, confirmando a liminar de p. 321/324, a fim de determinar ao MUNICÍPIO DE FORTALEZA que adote as providências necessárias e suficientes para que o Centro de Controle de Zoonoses se abstenha de promover o extermínio puro e simples dos cães e gatos, ali recolhidos e que estejam sadios e aptos para adoção, devendo proceder a esterilização dos mesmos, podendo, para tanto, celebrar convênios com universidades, órgãos ambientalistas e de saúde pública.

Assento que, a realização de eutanásia deverá ser precedida de laudo de profissional habilitado, outrossim, o promovido deverá abster-se de dar destinação final dessas carcaças aos aterros sanitários sem a devida eliminação da patogenicidade, procedendo a cremação das carcaças, quando necessária.

Salienta-se que esta decisão está em conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado no Pedido de Suspensão de Liminar relatado pelo ex-Ministro Joaquim Barbosa - SL/677 - SUSPENSÃO DE LIMINAR.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido firme no reconhecimento de que determinadas atividades submetem os animais a maus-tratos e/ou crueldade, conforme entendimento manifestado na SL/677 - SUSPENSÃO DE LIMINAR; ADIn 1.856-6/RJ – Rinha de Galo; ADIn 4983/CE – Vaquejada; ADIn 5728/DF – EC 96/2017 - PEC da Vaquejada; RE

153-531 – Farra do Boi; ADPF 640/DF – Proibição de abate de animais em situação de maus-tratos.

Consoante realçam Sarlet e Fensterseifer²⁰⁵, há dignidade para além da pessoa humana. Isto pode ser observado na decisão do Tribunal Superior de Islamabad (Paquistão)²⁰⁶, do ano de 2019, período da pandemia, o Conselho de Administração da Vida Selvagem de Islamabad, através do seu Presidente submeteu o caso contra a Corporação Metropolitana de Islamabad, através de seu prefeito e mais quatro pessoas, acerca da realocação do elefante Kaavan e de um urso preto para um santuário. A questão de fundo era a seguinte: os animais possuem direitos legais?

A decisão conclui, sem qualquer hesitação, que a resposta a esta questão é sim²⁰⁷:

Separar um elefante da manada e mantê-lo isolado não é o que a natureza contempla. Assim como os humanos, os animais também têm direitos naturais que devem ser reconhecidos. É direito de cada animal, ser vivo, viver em um ambiente que atenda às suas características comportamentais, sociais e necessidades psicológicas. A Lei de 1890, de fato, reconhece aos animais o direito natural de não serem tratados de uma maneira que os sujeite a dor e sofrimento desnecessários. É obrigação constitucional e estatutária do Estado e seus funcionários garantir que esses direitos não sejam violados. É também um direito natural de todo animal ser respeitado porque é um ser vivo, possuidor do precioso dom da 'vida'.

[...]

²⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. A Emenda Constitucional 96/2017 da "vaquejada" e a ADI 5.728/DF. **Consultor Jurídico**, out., 2020.

²⁰⁶ ISTAMBUL. Tribunal de Islamadab. 2019.

²⁰⁷ ISTAMBUL. Tribunal de Islamadab. 2019. p. 59-60. Tradução livre.

V - O Conselho constituído pela Portaria de Fauna Bravia de 1979 deverá realocar todos os animais remanescentes para seus respectivos santuários no prazo de sessenta dias a contar da data de recebimento de cópia autenticada desta sentença.

XIII - O Governo Federal pode considerar aconselhar os respectivos governos provinciais a incluir no currículo de Estudos Islâmicos os ensinamentos do Islã sobre a importância de cuidar dos animais, seu bem-estar e bem-estar, conforme destacado nos Ahadiths e no Alcorão. A mídia também pode considerar educar e informar o público em geral sobre a maneira pela qual a criação de Allah, ou seja, as espécies animais devem ser tratadas.

O crime de maus-tratos de animais está previsto no art. 32, da Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), contudo, o problema da efetividade da lei fica realçado no tocante a esta questão, na medida em que a maior parte da sociedade e das autoridades brasileiras não a cumpre. Observe-se que só recentemente, o referido art. 32 foi alterado pela Lei nº 14.064/2020, em decorrência de ruidoso caso do cão “Sansão”. A alteração ocorreu apenas para majorar a pena nos casos de maus-tratos de cães e gatos²⁰⁸.

²⁰⁸BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. (Vide ADPF 640).

6 Direito dos animais e a Resolução da ONU de 2022

O Direito Animal e os direitos dos animais são coisas distintas. Esta é uma observação necessária para a compreensão do tema que será tratado neste ponto.

Em primeiro, é importante reconhecer que o Direito Animal, embora possua raízes e compartilhe princípios do Direito Ambiental, com ele não se confunde, como explica o Prof. Vicente de Paula Ataíde²⁰⁹:

Nesse contexto, o artigo tem o objetivo de lançar uma proposta de princípios jurídicos, exclusivos e não-exclusivos (compartilhados com outros ramos jurídicos), para o Direito Animal, extraídos do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo do estrato constitucional, com o auxílio da teoria dos princípios de Humberto Ávila. Para tanto, **enfrenta duas questões epistemológicas preliminares: a fixação da denominação e do conceito da disciplina jurídica estudada, que permitam bem identificar o objeto desse novo campo da enciclopédia jurídica. Direito Animal é a denominação proposta para fins de uniformização terminológica.** O conceito para a disciplina leva em consideração o reconhecimento da sua autonomia em relação ao Direito Ambiental. Nesse particular, procede-se à desconstrução analítica do conceito proposto, para permitir a análise de seus elementos essenciais. **Conforme se propõe, os princípios exclusivos ou típicos do Direito Animal são os seguintes: 1) princí-**

²⁰⁹ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. Princípios do Direito Animal Brasileiro. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito*, [S. l.], v. 30, n. 1, 2020.

pio da dignidade animal; 2) princípio da universalidade; 3) princípio da primazia da liberdade natural e 4) princípio da educação animalista. Por sua vez, **os princípios não-exclusivos ou compartilhados do Direito Animal têm uma listagem mais aberta, podendo ser indicados, ao menos, os seguintes: 1) princípio da precaução; 2) princípio da democracia participativa; 3) princípio do acesso à justiça e 4) princípio da proibição do retrocesso.** Como se pode intuir, o estabelecimento teórico da denominação, do conceito e da principiologia própria do Direito Animal, ainda não discutidos pela comunidade científica, é essencial para a sua elaboração dogmática e para seu reconhecimento autônomo dentre as demais disciplinas jurídicas.

Em segundo, é indispensável compreender os animais como seres sencientes e, portanto, dotados de sensibilidade e de dignidade. Ao criticar o PLS 351/2015, Ataíde Júnior e Lourenço²¹⁰ afirmam que não basta dizer que os animais não são coisas, ou seja, é necessário muito mais que reconhecer-lhes a condição de seres sencientes:

Não basta dizer que os animais não são coisas, como enuncia, por exemplo, o PLS 351/2015, de autoria do senador Antônio Anastasia (PSDB/MG), nem afirmar, apenas, que os animais são seres sencientes ou dotados de sensibilidade. A experiência do Direito Comparado demonstra isso. Os países europeus como a Áustria (1988), a Alemanha (1990) e a Suíça (2003), que alteraram

²¹⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula; LOURENÇO, Daniel Braga. Considerações sobre o Projeto de Lei Animais não são coisas. **Consultor Jurídico**, set., 2020.

seus Códigos Civis para estabelecer que "animais não são coisas" (tiere sind Keine sachen), e França (2015) e Portugal (2017), que passaram a definir os animais "como seres dotados de sensibilidade" (les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité), continuam submetendo os animais ao regime jurídico da propriedade. Pouco ou nada mudou nesses países. Aliás, até o momento, nenhum país do mundo editou lei para qualificar os animais como sujeitos de direitos.

Esta distinção é importante porque, conforme ressalta Edna Cardoso "a declaração de direitos é um processo contínuo". Isto é inegável. A Declaração Universal dos Direitos dos Animais é, sem dúvida, um dos mais importantes documentos sobre Direitos dos Animais, constituindo, no dizer da citada autora uma tomada de posição filosófica ²¹¹.

Observa-se, no Brasil, que desde o Decreto nº 16.590/1924²¹², a primeira legislação sobre bem-estar dos animais até o texto da Constituição Federal de 1988, foi percorrido um longo caminho. Nesse ínterim, surgiram outras legislações e a jurisprudência brasileira evoluiu bastante, como demonstrado acima. No entanto, a evolução dos direitos dos animais é matéria que desafia o poder público, haja vista que as políticas públicas brasileiras são insuficientes para assegurar proteção e bem-estar condizentes com a natureza de seres sencientes.

Deve-se realçar, porém, que a tema direitos dos animais se encontra na pauta internacional há muito tempo, merecendo

²¹¹ DIAS, Edna Cardozo. A evolução dos direitos dos animais na doutrina e na legislação brasileira. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 3, n. 6, p. 47-79, 2017.

²¹² BRASIL. **Decreto nº 16.590, de 10 de setembro de 1924**. Regulamentava as casas de diversões públicas. Proibia as corridas de touros, garraios e novilhos, e de galos e canários, entre outras diversões que causavam sofrimento aos animais. Revogado pelo Decreto nº 11, de 1991.

destaque o caso da orangotango Sandra, exemplo do constitucionalismo andino referido por Adel el Tasse²¹³:

Em verdade, alguns países latino-americanos têm sido os precursores da alteração da condição animal de objeto para titulares de direitos, entre os quais se destaca o chamado “constitucionalismo andino”, manifestado nas Cartas Maiores de Equador e Bolívia, com o tratamento da matéria no plano constitucional, e na Argentina, com precedentes avançadíssimos. Dentre estes o mais conhecido é o da orangotango Sandra, que teve concedido, em seu favor, um habeas corpus, pela Câmara de Cassação Penal de Buenos Aires, reconhecendo-lhe direitos básicos, como o da liberdade, e impondo ao Zoológico de Buenos Aires garantir sua vivência em outro ambiente, como santuários naturais, reservas ecológicas, que não a minúscula jaula em que passou os últimos 20 anos.

Verifica-se que a evolução do Direito Animal é tendência mundial, como na França²¹⁴ que desde 2015 alterou em seu Código Civil, a condição dos animais, na medida em que lhes reconheceu como seres dotados de sensibilidade. O texto constitucional brasileiro é bastante claro e com base nessa previsão normativa é que Edna Cardoso²¹⁵ afirma que: “Ao inserir os direitos dos animais na CF/88, os constituintes tornaram os animais titulares de direitos fundamentais”.

²¹³ TASSE, Adel El. O atraso brasileiro no reconhecimento da condição de sujeitos de direitos aos animais. **Revista do Centro de Estudos Judiciários - CEJ**, Brasília, ano XIX, n. 66, p. 57-63, maio/ago. 2015.

²¹⁴ GORDILHO, Heron; BOTTEAU, Lilyam. Os caminhos para um novo status jurídicos dos animais na França. **Revista de Direito Civil Contemporâneo - RDCC (Journal of Contemporary Private Law)**, [S. l.], v. 27, n. 8, p. 161-178, 2021.

²¹⁵ DIAS, Edna Cardozo. A evolução dos direitos dos animais na doutrina e na legislação brasileira. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 3, n. 6, p. 50, 2017.

De acordo com Campello e Barros²¹⁶, a pauta internacional dos direitos dos animais desponta no momento em que a discussão começa a ser feita em âmbito mundial, envolvendo diversos estados, passando a requerer uma regulamentação internacional:

Uma das perguntas centrais feita por Charlotte E. Blattner em seu artigo “Global Animal Law: Hope beyond Illusion: The Potential and Potential Limits of International Law in Regulating Animal Matters” é se o estado de bem-estar animal se tornou um bem global que requer uma regulação internacional (BLATTNER, 2015). Pela análise do texto mencionado, há o pensamento afirmativo tendo em vista que quando um assunto começa a ser discutido em âmbito mundial, a questão debatida passa a ser visualizada pelos Estados com maior solidez e de maneira criteriosa.

Quando os governos começam a assumir tais posturas perante a comunidade mundial normalmente se baseiam em documentos assinados pelos Estados, os quais firmam o reconhecimento quanto a determinado assunto e se forma o compromisso em sua proteção no cenário global e, por consequência, local. Igualmente ao Direito Ambiental, os Direitos dos Animais possuem sua base alicerçada em tais ferramentas, ou seja, em encontros internacionais entre as nações, sendo que tais reuniões são permeadas antes e depois por intensas

²¹⁶CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. BARROS, Ana Carolina Vieira de. A era da afirmação dos direitos dos animais no cenário global e seu fundamento na solidariedade entre espécies. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 13, n. 2, p. 95-109, maio-ago., 2018.

argumentações que levam à adoção de políticas nacionais.

Nesta perspectiva, não se pode perder de vista o importante papel dos organismos internacionais, na busca pela proteção do meio ambiente, da flora e da fauna, bem como do enfrentamento aos graves problemas do clima e sociais.

Merece destaque a Declaração 76/300, da Organização das Nações Unidas – ONU²¹⁷, aprovada por sua Assembleia Geral em final de julho de 2022, no sentido de que o direito ao meio ambiente limpo e saudável é um direito de todos. O reconhecimento do direito ao meio ambiente como um direito humano é uma afirmação da importância desse direito para a sobrevivência das espécies. Na realidade, o direito ao meio ambiente adequado ou equilibrado consta do art. 225, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e foi inserido nas Constituições de outros países, não se discutindo que direito ao meio ambiente saudável e direitos humanos são temas intrinsecamente interrelacionados.

O que há de novo nesse contexto é o surgimento de doenças zoonóticas, como o recente caso da COVID-19, evento que deflagrou a urgência da realização de estudos sobre saúde humana, bem-estar animal e sustentabilidade, com base na abordagem “one health”, que, segundo a Organização das Nações Unidas, consiste em uma abordagem integrada e unificadora para equilibrar e otimizar a saúde das pessoas, dos animais e do meio ambiente, sendo particularmente importante prevenir, prever, detectar e responder a ameaças globais à saúde, como a pandemia de COVID-19²¹⁸.

A pandemia da covid-19 mostrou ao mundo de forma definitiva, não ser mais possível, nem viável, manter os padrões de comportamento em relação ao uso dos recursos naturais (flora e a fauna). A sustentabilidade deve contemplar todos os aspectos

²¹⁷SILVA, Danielle Costa da Silva. O reconhecimento do direito humano a um meio ambiente limpo, saudável e sustentável pela ONU: algumas considerações. **Observatório Interdisciplinar das Mudanças Climáticas**. Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, 2022.

²¹⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **One Health**. 21 set. 2017.

da vida – humana e não humana, daí a importância da Resolução da ONU, de março de 2022, que trata sobre onexo entre bem-estar animal, meio ambiente e desenvolvimento sustentável, analisando onexo entre bem-estar animal, meio ambiente e desenvolvimento sustentável.

Não obstante as resoluções não tenham caráter vinculativo, possuem, sem sombra de dúvida, força catalisadora suficiente para impulsionar as políticas públicas internas dos países signatários, notadamente diante da crescente perda da biodiversidade e como parte das ações para mitigação dos problemas climáticos.

Considerações finais

O ordenamento jurídico brasileiro possui uma moderna legislação no que concerne a proteção e bem-estar animal, se se considerar que a Constituição Federal de 1988, como norma base do ordenamento, prevê em seu art. 225, § 1º, inciso VII, que incumbe ao Poder Público assegurar a efetividade desse direito, proteger a fauna e a flora, sendo vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

A Constituição Federal de 1988, plúrima, democrática e inovadora, cumpre seu papel na atualidade, no momento em que os valores éticos, morais e sociais se encontram ameaçados por um sistema econômico capitalista que de tudo se apropria para gerar mais lucro e multiplicar a riqueza de poucos.

Os direitos dos animais não humanos devem ser compreendidos sob o olhar da teoria pós-humanista, que encontra na seara constitucional, uma nova dimensão, na medida em que possibilita a ampliação dos chamados direitos fundamentais inerentes aos humanos para além de seres da nossa espécie²¹⁹.

A introdução dos direitos dos animais na pauta internacional revela a importância do tema da preservação das espécies e seus habitats para a saúde humana e do planeta. Assim, a recente

²¹⁹ PETER, Christine; OLIVEIRA, Kaluaná. Direitos dos animais confirmam quarta dimensão dos direitos fundamentais. **Consultor Jurídico**, jun. 2018.

Resolução da ONU, consenso entre os 193 países-membros durante assembleia em Nairóbi, no Quênia, coloca pela primeira vez na história, o bem-estar animal, meio ambiente e desenvolvimento sustentável como eixo do estudo a ser realizado pelo do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, reconhecendo, portanto, que: o bem-estar animal pode contribuir para enfrentar os desafios ambientais, promovendo a abordagem One Health e alcançando os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável; a saúde e o bem-estar dos animais, o desenvolvimento sustentável e o meio ambiente estão ligados à saúde e ao bem-estar humano; a crescente necessidade de tratar dessas conexões por meio da abordagem One Health, entre outras abordagens holísticas, e que existe um forte corpo científico apoiando o bem-estar animal, baseado na Declaração de Cambridge, de 07/07/2012 e a Declaração de Toulon, de 29/03/2019.

Referências

ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula; LOURENÇO, Daniel Braga. Considerações sobre o Projeto de Lei Animais não são coisas. **Consultor Jurídico**, set., 2020. Disponível na internet: <https://www.conjur.com.br/2020-set-01/ataide-junior-lourenco-pl-animais-nao-sao-coisas/>. Acesso em: 25 jul. 2024.

ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. Princípios do Direito Animal Brasileiro. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, [S. l.], v. 30, n. 1, 2020. DOI: 10.9771/rppgd.v30i1.36777. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/36777>. Acesso em: 25 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 25 jul. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 351, de 2015**. Acrescenta parágrafo único ao art.82, e inciso IV ao art. 83 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil),

para que determinar que os animais não serão considerados coisas. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121697>. Acesso em: 25 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF proíbe abate de animais apreendidos em situação de maus-tratos**. 29 set. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=473273&ori=1>. Acesso em: 25 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 16.590, de 10 de setembro de 1924**. Aprova o regulamento das casas de diversões públicas. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D16590.htm. Acesso em: 25 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 25 jul. 2024.

BRUXELAS. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. 27 jan. 1978. Disponível em: <https://mamiraua.org.br/pdf/8558f26d7cf525b50d4f13d1c5a5bf80.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2024.

CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio. BARROS, Ana Carolina Vieira de. A era da afirmação dos direitos dos animais no cenário global e seu fundamento na solidariedade entre espécies. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 13, n. 2, p. 95-109, maio-ago., 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/27937>. Acesso em: 25 jul. 2024.

CEARÁ. **Lei nº 17.729, de 25 de outubro de 2021**. Institui a Política Estadual de Proteção Animal. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=422151>. Acesso em: 25 jul. 2024.

DIAS, Edna Cardozo. A evolução dos direitos dos animais na doutrina e na legislação brasileira. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 3, n. 6, p. 47-79, 2017. Disponível em: [internet: https://blook.pt/publications/publication/d00a2dc63e93/](https://blook.pt/publications/publication/d00a2dc63e93/). Acesso em: 25 jul. 2024.

FORTALEZA. **Lei Complementar nº 270, de 02 de agosto de 2019**. Código da Cidade. Disponível em: <https://urbanismo.emeioambiente.fortaleza.ce.gov.br/imagens/urbanismo-e-meio->

ambiente/infocidade/codigo-da-cidade/lei_complementar_n_286_de_06_de_janeiro_de_2020.pdf. Acesso em: 25 jul. 2024.

FORTALEZA. **Lei Complementar nº 234, de 28 de junho de 2017**. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 0176, de 19 de dezembro de 2014, que dispõe sobre a organização e a estrutura administrativa do Poder Executivo Municipal e dá outras providências. Disponível em: <https://sapl.fortaleza.ce.leg.br/norma/4974>. Acesso em: 25 jul. 2024.

FRANÇA. **Declaração de Toulon**. 29 mar. 2019. Disponível em: <https://www.univ-tln.fr/IMG/pdf/declaracao-de-toulon-versao-em-portugues.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2024.

GORDILHO, Heron; BOTTEAU, Lilyam. Os caminhos para um novo status jurídicos dos animais na França. **Revista de Direito Civil Contemporâneo - RDCC (Journal of Contemporary Private Law)**, [S. l.], v. 27, n. 8, p. 161–178, 2021. Disponível em: <https://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/926>. Acesso em: 25 jul. 2024.

INGLATERRA. **Farm Animal Welfare Council**. 1979. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/groups/farm-animal-welfare-committee-fawc>. Acesso em: 25 jul. 2024.

ISTAMBUL. Tribunal de Islamadab. 2019. Disponível em: <https://www.nonhumanrights.org/content/uploads/Islamabad-High-Court-decision-in-Kaavan-case.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2024.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; WEINGARTNER NETO, Jayme; PETTERLE, Selma Rodrigues. **Animais não-humanos e vedação de crueldade**: o STF no rumo de uma jurisprudência intercultural. Canoas: Unilasalle, 2017.

PETER, Christine; OLIVEIRA, Kaluaná. Direitos dos animais confirmam quarta dimensão dos direitos fundamentais. **Consultor Jurídico**, jun. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/observatorio-constitucional_Animais-ligados-quarta-dimensao-direitos-fundamentais.

Acesso em: 25 jul. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. A Emenda Constitucional 96/2017 da "vaquejada" e a ADI 5.728/DF. **Consultor Jurídico**, out., 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-18/direitos-fundamentais-ec-96201>.

Acesso em: 25 jul. 2024.

SILVA, Danielle Costa da. O reconhecimento do direito humano a um meio ambiente limpo, saudável e sustentável pela ONU: algumas considerações. **Observatório Interdisciplinar das Mudanças Climáticas**. Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, 2022. Disponível em: <https://obsinterclima.eco.br/wp-content/uploads/2022/08/Nota-OIMC-06-O-reconhecimento-do-direito-humano-a-um-meio-ambiente-limpo-saudavel-e-sustentavel-pela-ONU.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2024.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Fundamentos do direito animal constitucional. *In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2009, São Paulo, Universidade Federal de Pelotas-UFPEL, 2017, p. 11126-11161. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2017/02/Fundamentos-do-direito-animal-constitucional.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2024.

TASSE, Adel El. O atraso brasileiro no reconhecimento da condição de sujeitos de direitos aos animais. **Revista do Centro de Estudos Judiciários - CEJ**, Brasília, ano XIX, n. 66, p. 57-63, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34839.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2024.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **One Health**. 21 set. 2017. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/questions-and-answers/item/one-health> Acesso em: 25 jul. 2024.

**ALGUMAS LIÇÕES A RETIRAR DA PANDEMIA POR
COVID-19 PARA A ÁREA DO MEDICAMENTO**

Some lessons to be learned from the COVID-19 pandemic on
medicinal products' field

AQUILINO PAULO ANTUNES

Aquilino Paulo Antunes

Doutor em Direito pela FDUL. Investigador Associado do CIDP – *Lisbon Public Law*. Árbitro do CAAD. Membro da CEIC. Advogado.

Resumo: A pandemia por COVID-19 veio trazer ensinamentos na área de medicamentos que deverão ser levados em consideração, para rever procedimentos anteriormente existentes, bem como para adotar novas práticas desenvolvidas após o surgimento da mencionada emergência mundial, as quais deverão continuar a ser adotadas e desenvolvidas.

Palavras-chave: Falhas de abastecimento, reservas estratégicas de medicamentos, racionamento, ensaios clínicos, uso *off-label*, inteligência artificial, quebra das patentes, resistência à vacinação.

Abstract: The COVID-19 pandemic has brought lessons about medicines that should be considered, to review previously existing procedures, as well as to adopt new practices developed after the emergence of the aforementioned global emergency, which should continue to be adopted and developed.

Keywords: Supply failures, strategic drug reserves, rationing, clinical trials, *off-label* use, artificial intelligence, patent waiver, vaccine hesitancy.

Introdução

A Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou, no dia 30 de janeiro de 2020, a emergência de saúde pública de âmbito internacional para a infecção por SARS-CoV-2 (novo coronavírus 2019), gerador da doença COVID-19.

O que sucedeu de então para cá é do conhecimento da maioria das pessoas e correspondeu, em muitos casos, a esforços de tentativa e erro no sentido de prevenir ou mitigar o risco de infecção, bem como de – uma vez verificada esta – lidar com os seus efeitos, que, em muitos casos, se revelaram nefastos para

milhões de pessoas em todo o mundo. Importa, por isso, procurar retirar alguns ensinamentos do sucedido que permitam lidar melhor com uma futura situação de contornos similares, sendo certo que a pandemia por COVID-19 ainda não terminou, como foi salientado em 31 de agosto de 2022 pelo Director-Geral da OMS²²⁰.

Para a área do medicamento, poderemos retirar da pandemia por COVID-19 algumas lições num conjunto de matérias. Algumas têm a ver com soluções que já eram adoptadas em momento anterior à pandemia, mas que os efeitos desta vieram demonstrar tratar-se de soluções pouco resilientes. Outras soluções, também já adoptadas antes da pandemia, vieram a demonstrar-se úteis e eficazes, devendo ser mais exploradas no futuro.

Noutros casos, ficou evidente que – perante as necessidades das próprias populações – alguns Estados se demonstraram menos preocupados na solidariedade e cooperação internacional, assistindo-se a situações em que o dinheiro falou mais alto e que, apesar dos apelos de várias entidades, a Saúde não foi encarada como um *bem público*.

Mas há ainda outros aspectos dos quais poderá retirar-se ensinamentos para o futuro. Vejamos, então, alguns desses aspectos.

1 Cadeia de abastecimento e falhas de abastecimento

Nas últimas décadas, assistiu-se a um fenómeno de globalização dos mercados – incluindo o do medicamento –, com o objectivo de reduzir custos de produção e de *stocks*, assente em grande medida na deslocalização dos locais de produção e em complicados sistemas de transporte e logística²²¹.

²²⁰ Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em: 1 set. 2022.

²²¹ KRISTIN VAN BARNEVELD *et al.*, “The COVID-19 pandemic: Lessons on building more equal and sustainable societies”, in *The Economic and Labour Relations Review*, 2020, Vol. 31 (2), 133-157, p. 134 e seguintes; VICTORIA HALDANE *et al.*, “Health systems resilience in managing the COVID-19 pandemic: lessons from 28 countries”, in *Nature Medicine*, Vol. 17, June 2021, 964-980, pp. 976 e ss. Para uma panorâmica do fenómeno da globalização, cfr. NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, *Building Resili-*

Com a pandemia por COVID-19, a globalização e os seus princípios foram colocados em causa. Ficou colocada em causa a filosofia do abastecimento *just-in-time* e dos *stocks* reduzidos ao mínimo, que se revelaram insuficientes, e foi abalada a confiança no *abastecimento contínuo* à medida das necessidades.

A indústria farmacêutica encontrava-se, no início de 2020, excessivamente dependente de substâncias activas fabricadas na China e na Índia, na medida em que estes são mercados mais baratos, designadamente em termos de mão-de-obra, e que são menos exigentes em termos de regulação²²².

Os *lockdowns* impostos na generalidade dos países, com o objectivo de conter a propagação da pandemia, e as consequentes interrupções do transporte, nomeadamente e aéreo e marítimo, conduziram a falhas de abastecimento de matérias-primas e de medicamentos²²³. É certo que as companhias farmacêuticas dispõem de *stocks* de matérias-primas para seis meses²²⁴, mas as perturbações da cadeia de abastecimento colocaram em causa a *suficiência* desta reserva.

Ocorreram, também, casos de excesso de prescrição por pânico (*panic prescribing*)²²⁵, que consiste no medo por parte de alguns prescritores de poderem faltar medicamentos para os próprios, para os seus familiares e amigos e para os seus doentes. Naturalmente que estes casos igualmente colocaram pressão em *stocks* já de si insuficientes.

Parece consensual o entendimento de que as companhias farmacêuticas deverão passar a diversificar as suas fontes de matérias-primas, de modo a reduzir a sua dependência de um

ence into the Nation's Medical Product Supply Chains, 2022, Washington, DC, The National Academies Press. p. 70-88. Disponível em: <https://doi.org/10.17226/26420>. Acesso em: 1 set. 2022.

²²² KRISTIN VAN BARNEVELD *et al.*, “The COVID-19...”, (*cit.*), pp. 135 e ss; ANDREW G. SHUMAN *et al.*, “COVID-19 and Drug Shortages: A Call to Action”, in *Journal of Managed Care & Speciality Pharmacy*, v. 26, n. 8, August 2020, p. 945 e ss; SHIHCHEN KUO *et al.*, “Managing medication supply chains: Lessons learned from Taiwan during the COVID.19 pandemic and preparedness planning for the future”. *Journal of the American Pharmacists Association*, 1544-3191, 2020, p. 13 e seguintes.

²²³ NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, *Building ...*, (*cit.*), p. 95-119.

²²⁴ KRISTIN VAN BARNEVELD *et al.*, “The COVID-19...”, (*cit.*), p. 141 e seguintes.

²²⁵ SHEREEN COX, “To dispense or not to dispense: Lessons to be learnt from ethical challenges faced by pharmacists in the COVID-19 pandemic”. *Developing World Biothec.*, 2021, 21, p. 193-200, p. 197-198.

único fornecedor e, em particular, de um fornecedor localizado em país distante. A diversificação de fornecedores, de modo a incluir alguns destes operadores estabelecidos na União Europeia, é susceptível de aumentar a resiliência a rupturas das cadeias logística e de transporte.

Ainda assim, importa salientar que não deixa de ser verdade que muitas falhas de abastecimento já ocorriam antes da pandemia e tinham *outras causas*, como é o caso da VinCRISTina, medicamento que integra o *cocktail* de qui-mioterapia para crianças com cancro, bem como de outros medicamentos que, com maior ou menor incidência, foram sendo alvo de rupturas de abastecimento.

No caso da VinCRISTina as causas que motivaram essas rupturas são próprias das especificidades do mercado norte-americano²²⁶. Com efeito, embora no referido mercado vigore um regime de *preços livres* para os medicamentos, em particular os inovadores, no sentido de que o seu fabricante pode praticar o preço que entender, isso não significa que os preços se encontrem descontrolados. Com efeito, de há algum tempo a esta parte, existem no referido mercado *centrais de compras de medicamentos* que acabam por proceder a esse controlo. No entanto, o efeito da intervenção das mesmas centrais é o de que a redução dos preços decorrente dessa intervenção aumenta as *margens dos intermediários* e reduz a *marginem do fabricante*. No caso referido, o medicamento era produzido por duas companhias, sendo que a *Teva* deixou de o fabricar e que embora a *Pfizer* dissesse que dispunha de embalagens do medicamento em *stock*, o certo é que as mesmas não chegavam aos hospitais.

Estas características do mercado norte-americano poderão estar a afectar negativamente os restantes mercados mundiais, pois a acção das centrais de compras americanas não se cinge ao VinCRISTina. Por isso, muito provavelmente essa acção estará na génese de algumas outras rupturas de *stock* de medicamentos, registadas designadamente em Portugal e na União Europeia.

Assim, embora seja consensual a necessidade de diversificação dos fornecedores e de resiliência das cadeias de abasteci-

²²⁶ Disponível em: <https://www.cbsnews.com/news/generic-drugs-pharmaceutical-companies-60-minutes-2022-05-22/>. Acesso em: 1 set. 2022.

mento – a revisão da legislação farmacêutica europeia actualmente em curso aponta neste sentido²²⁷ – torna-se também necessário repensar em que medida é que as mencionadas *especificidades do mercado norte-americano* poderão contribuir para falhas no abastecimento.

Atendendo à dimensão do mercado norte-americano e à dimensão do mercado da União Europeia, julga-se que as falhas registadas poderão ser colmatadas se, do lado de cá, estiver *todo* o mercado da União Europeia, o qual é de maior dimensão do que a do mercado norte americano.

No fundo, uma possível estratégia seria interessar estes fabricantes a produzir os medicamentos para o mercado da União Europeia, mesmo que não os produzissem para os Estados Unidos da América – ou, talvez mais fácil, a conceder licenças a fabricantes na União Europeia, para que possam produzir esses medicamentos.

O certo é que a revisão da legislação europeia nada prevê para atacar este problema, que parece ser ignorado, mas que é relevante e deveria ser rapidamente abordado.

2 Necessidade de criação de reservas estratégicas

Interligada com a questão das falhas de abastecimento está a necessidade de criação de *reservas estratégicas de medicamentos*.

Portugal tem uma reserva estratégica de medicamentos há cerca de duas décadas. Naturalmente, esta reserva não estaria dimensionada para fazer face às necessidades impostas pela pandemia por COVID-19. Isto é, não estaria aprovisionada com todos os medicamentos necessários para lidar com aquele fenómeno, até então desconhecido – como reconhecidamente também não estava dimensionada para lidar com a *monkeypox*.

A pandemia por COVID-19 e as necessidades que a mesma veio impor deverão conduzir a uma redefinição da *quantidade e qualidade* dos medicamentos que deverão integrar a referida

²²⁷ Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12963-Revision-of-the-EU-general-pharmaceuticals-legislation/public-consultation_pt. Acesso em: 1 set. 2022.

reserva.

Não se trata apenas dos medicamentos destinados à prevenção ou tratamento da doença na génese da pandemia, até porque – como sucedeu com a COVID-19 – os mesmos nem existiam, mas primordialmente dos medicamentos *life-saving* que, a curto prazo, poderão, numa situação de catástrofe, ficar indisponíveis, nomeadamente aqueles que sejam mais vulneráveis a falhas de abastecimento.

Para assegurar essa reserva poderá, em casos limitados de pico de necessidade, justificar-se a imposição de restrições às exportações de alguns medicamentos, evitando que os mesmos saiam para outros mercados, agravando a escassez²²⁸.

3 Problemas éticos na alocação de produtos escassos – o racionamento por insuficiência de meios

A escassez a que se assistiu, no que toca às primeiras doses de vacinas – para já não falar dos problemas iniciais com ventiladores e com equipamentos de protecção individual²²⁹ – veio colocar alguns problemas éticos relacionados com *o racionamento* desses bens.

a) A nível internacional

A nível internacional, foram criados mecanismos tendentes a facilitar o acesso por parte dos países de menores rendimentos a vacinas e outros produtos – por exemplo, a plataforma COVAX

²²⁸ De resto, isto já sucede actualmente, conforme se vê da Deliberação n.º 23/CD/2022, de 29 de Março, do INFARMED, I.P. – “Lista de medicamentos cuja exportação é temporariamente suspensa”.

²²⁹ DOUGLAS B. WHITE E BERNARD LO. “A Framework for Rationing Ventilators and Critical Care Beds During the COVID-19 Pandemic”, in *Journal of American Medical Association*, online, March 27, 2020, p. E1-E2; MEGAN L. RANNEY *et al.*, “Critical Supply Shortages - The Need for Ventilators and Personal Protective Equipment during the Covid-19 Pandemic”, in *The New England Journal of Medicine*, 382, 18, april 30, 2020, p. 41(1) e seguintes; LISA ROSENBAUM, “Facing Covid-19 in Italy – Ethics, Logistics, and Therapeutics on the Epidemic’s Front Line”, in *The New England Journal of Medicine*, 382, 20, may 14, 2020, p. 1873 e seguintes.

e o *Access to COVID Tools-Accelerator*²³⁰.

Ainda assim, importa notar que a COVAX apenas permitia o acesso a uma quantidade reduzida de vacinas (25%) face às necessidades de cada país²³¹.

Também os países de maiores rendimentos, incluindo os da União Europeia, logo trataram de garantir grandes quantidades de doses de vacinas mediante *Advanced Purchase Agreements*, num fenómeno que veio a ser conhecido por *nacionalismos vacinais*²³².

Alguns países fizeram doações a favor de países de menores rendimentos – Portugal fez algumas doações para os *países africanos de língua oficial portuguesa*.

No entanto, não se verificou a nível internacional a adopção generalizada de um verdadeiro *critério de alocação* de recursos escassos em função das *necessidades e vulnerabilidades*.

Numa época em que ainda se admitia que a imunidade de grupo poderia ser atingida após vacinação de 75% a 82% da população²³³, é fácil perceber que as *assimetrias* entre Estados no que respeita ao *acesso* às vacinas e quanto ao *nível de vacinação* das suas populações não permitiriam o atingimento daquele objectivo a nível mundial.

Pelo contrário, os processos de vacinação, pela descoordenação a que se assistiu, avançaram a *diversas velocidades* e contribuíram para o surgimento de novas variantes do vírus e

²³⁰ ANTUNES, Aquilino Paulo. Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 2, p. 141 e seguintes; ANA SANTOS RUTSCHMAN, “The COVID-19 Vaccine Race: Intellectual Property, Collaboration(s), Nationalism and Misinformation”, July 21, 2020. Washington University Journal of Law and Policy, v. 64, 2020. p. 13-18. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3656929>. Acesso em: 1 set. 2022. DAVID L. HEYMANN E HELENA LEGIDO-QUIGLEY, “Two years of COVID-19: many lessons, but will we learn?”. *Euro Surveillance*, 2022, 27(10), 10 mar. 2022, p. 2.

²³¹ ANTUNES, Aquilino Paulo. Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 2, p. 143.

²³² ANTUNES, Aquilino Paulo. Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 2, p. 143; ANA SANTOS RUTSCHMAN, “The Reemergence of Vaccine Nationalism”, July 3, 2020, Georgetown Journal of International Affairs (online), Saint Louis U. Legal Studies Research Paper n. 2020-16. p. 1-3. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3642858>. Acesso em: 1 set. 2022; ANA SANTOS RUTSCHMAN, “The COVID-19 ...”, (*cit.*), p. 11-13.

²³³ ANTUNES, Aquilino Paulo. Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 2, p. 147.

pela sua propagação no tempo, em várias *ondas*.

Seria de todo o interesse, quer de países de *menores rendimentos* quer de países de *maiores rendimentos*, que no futuro a coordenação a nível global fosse mais efectiva e, assim, conduzisse a melhores resultados para todos.

b) A nível nacional

A nível de cada país e consoante as disponibilidades foram adoptados critérios de alocação assentes em *necessidades e vulnerabilidades*. No fundo, tratou-se de um critério assente na maior ou menor exposição ao risco²³⁴.

Por exemplo, a vacinação prioritária dos profissionais de saúde e dos mais idosos. Em Portugal já se verificava solução similar – embora em menor escala – com as vacinas para a gripe. A aplicação deste critério ocorreu em Portugal e julga-se que terá ocorrido na generalidade dos países. É um procedimento que, em nossa opinião, deverá manter-se.

4 Redução do tempo de desenvolvimento e autorização das vacinas e dos medicamentos para a COVID-19

Na verdadeira corrida que se registou motivada pela falta de alternativas terapêuticas²³⁵, verificou-se uma redução *dramática* do tempo de desenvolvimento e autorização das vacinas²³⁶, que surgiram em menos de um ano, e dos medicamentos para a COVID-19, sendo que já existem vários autorizados para esta indicação.

²³⁴ EZEKIEL J. EMANUEL *et al.*, “Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19”, in *The New England Journal of Medicine*, 382, 21 may 21, 2020, p. 2054 e seguintes.

²³⁵ ANA SANTOS RUTSCHMAN, “The COVID-19 ...”, (*cit.*), p. 1-5.

²³⁶ CELESTE CAGNAZZO *et al.*, “Lessons learned from COVID-19 for clinical research operations in Italy: what have we learned and what can we apply in the future?”, in *Tumori Journal*, 2021, v. 107 (I), 6-11, p. 9-10; DIEGO ALEJANDRO DRI *et al.*, “Quality Assessment of Investigational Medicinal Products in COVID-19 Clinical Trials: One Year of Activity at the Clinical Trials Office”, in *Pharmaceuticals*, 2021, 14, 1321, p. 11-12.

4.1 Ensaios clínicos

No que respeita aos ensaios clínicos, verificou-se um importante encurtamento do tempo necessário para a sua realização.

Esta redução de tempo resultou da *realização paralela* de fases de ensaios em vez da tradicional *realização sequencial*. Julgamos, apesar de tudo, que tal só será possível quanto às Fases II e III dos ensaios.

Em todo o caso, é uma prática que deverá continuar a ser adoptada, pois encurta o tempo necessário para a entrada no mercado de um novo medicamento. Esta prática demonstra que a realização sequencial dos ensaios constitui uma opção das próprias empresas – e não uma imposição de ordem jurídica – pelo que serão razões de ordem meramente económico-financeira que estarão na sua génese.

A realização paralela das fases dos ensaios melhora o acesso ao medicamento por parte de quem ele necessita.

4.2 Novas indicações e novos usos de medicamentos conhecidos

No âmbito da pandemia por COVID-19, assistiu-se à investigação de novos usos, ou novas indicações, para medicamentos conhecidos²³⁷. Sucedeu, por exemplo, com o *Remdesivir* e com a *Ivermectina*²³⁸.

Esta é uma actividade que já ocorria anteriormente e que deve continuar a ocorrer, na medida em que também permite reduzir tempo e custos de investigação e desenvolvimento, porque, se se tratar de medicamento autorizado, poupar-se-á a demonstração de segurança do medicamento²³⁹. No caso de medicamentos que não chegaram a obter autorização, a sua

²³⁷ SEAN B. SEYMORE. Patenting New Uses for Old Inventions. *Vanderbilt Law Review*, v. 73, n. 2, 2020. p. 102 e seguintes.

²³⁸ GUNJAN ARORA, *et al.* Artificial Intelligence in Surveillance, Diagnosis, Drug Discovery, and Vaccine Development against COVID-19. *In: Pathogens*, 2021, 10, 1048, p. 8.

²³⁹ SEAN B. SEYMORE. Patenting New Uses for Old Inventions. *Vanderbilt Law Review*, v. 73, n. 2, 2020, p. 125-129. Ainda assim, há quem alerte para eventuais riscos: FLORENCE RODGERS *et al.*, “Missing clinical trial data: the evidence gap in primary data for the potential COVID-19 drugs”, *in Trials*, 2021, 22:59, p. 5-9.

possível utilização noutra indicação poderá contribuir para reduzir os *custos afundados* da investigação anterior²⁴⁰.

Em todo o caso, economizar-se-á tempo e custos, que poderá reflectir-se favoravelmente nos preços a que os medicamentos chegam ao doente.

4.3 Incentivos à I&D

A pandemia por COVID-19 veio também demonstrar que a proverbial demora da investigação e desenvolvimento (I&D) de novos medicamentos não passará, em muitos casos, de um pretexto para justificar a protecção por patentes e CCP e para justificar os preços pretendidos pelas companhias farmacêuticas.

Ao contrário do que geralmente sucede, no caso vertente, as companhias tinham um conjunto apetecível de incentivos, a saber:

- *A dimensão do mercado potencial* – dada a globalidade da pandemia, rapidamente se percebeu que as primeiras vacinas a serem aprovadas teriam um vasto mercado potencial e, por isso, teriam uma grande perspectiva de vendas, que garantiria o retorno do investimento;

- A existência de subsídios à I&D pagos “à cabeça” por entidades e fundos públicos e privados²⁴¹, que diminuiram os *custos afundados* inerentes a eventual I&D anterior fracassada.

Este poderá ser um procedimento a adoptar em futuros casos de *necessidades terapêuticas não satisfeitas*, mas implica um grande esforço de coordenação internacional por parte das entidades financiadoras;

- Os *Advanced Purchase Agreements* pelos quais vários Estados, incluindo os da União Europeia, se obrigaram a adquirir elevadas quantidades de doses de vacinas, a certo preço, caso viessem a ser autorizadas (ou seja, *os contratos-promessa de compra e venda de vacinas*²⁴²) igualmente constituíram um

²⁴⁰ SEAN B. SEYMORE. Patenting New Uses for Old Inventions. **Vanderbilt Law Review**, v. 73, n. 2, 2020. p. 125-129.

²⁴¹ DAVID L. HEYMANN E HELENA LEGIDO-QUIGLEY, “Two ...”, (*cit.*), p. 1.

²⁴² ANTUNES, Aquilino Paulo. Covid-19 e medicamentos: vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXII (2021), 1, p. 159-160.

incentivo importante à investigação e desenvolvimento destes medicamentos. Este também poderá ser um procedimento a adotar no caso de *necessidades terapêuticas não satisfeitas*, pois servirá para *canalizar* a I&D para essas necessidades.

Importa registrar, porém, que apesar da existência de condições propícias para o efeito, não foi adoptado um mecanismo de *grandes prémios*²⁴³. Na realidade, atendendo às avultadas quantias angariadas para financiamento da I&D de vacinas, poderia ter sido estabelecido um *grande prémio* que recompensasse, por exemplo, as três primeiras vacinas a obterem autorização por duas ou três agências (ex: FDA, EMA e agência japonesa do medicamento).

A vantagem de um *grande prémio* seria que as companhias farmacêuticas premiadas teriam de abrir mão dos seus direitos de propriedade industrial (patentes e certificados complementares de protecção) – e do respectivo *know how* de fabrico²⁴⁴ – permitindo, assim, o surgimento imediato de versões genéricas, o que facilitaria o fabrico e abastecimento para os países com menores rendimentos.

Julga-se, pois, que esta opção deveria ser equacionada e adoptada em eventual situação futura, pois permitiria melhores condições para promover o acesso às vacinas por parte de quem deles necessita.

5 Acesso a medicamentos experimentais

Em Portugal, não é admitido o *uso compassivo* de medicamentos experimentais²⁴⁵. A lei portuguesa proíbe expressamente a concessão de *autorizações de utilização excepcional* no

²⁴³ ANTUNES, Aquilino Paulo. Uma vacina para a COVID-19: Recompensa por I&D e acesso. **Revista do Ministério Público**, Número Especial COVID-19, 2020, p. 450-455.

²⁴⁴ ANTUNES, Aquilino Paulo. Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 2, p. 147-148; ANTUNES, Aquilino Paulo. Uma vacina para a COVID-19: Recompensa por I&D e acesso. **Revista do Ministério Público**, Número Especial COVID-19, 2020, p. 450-455; ANA SANTOS RUTSCHMAN E JULIA BARNES-WEISE, “The COVID-19 Vaccine Patent Waiver: The Wrong Tool for the Right Goal”, may 4, 2021. In: **Bill of Health**, (2021). p. 1-6. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3840486>. Acesso em: 1 set. 2022.

²⁴⁵ ANTUNES, Aquilino Paulo. Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 2, p. 132-133.

caso de medicamentos experimentais²⁴⁶.

Esta é uma excepção de *direito nacional*, pois não se encontra alicerçada no artigo 5.º da Directiva n.º 2001/83/CE, que aprova o código comunitário de medicamentos para uso humano, nem no artigo 83.º do Regulamento (CE) n.º 726/2004, que aprova o procedimento centralizado de autorização de medicamentos e cria a Agência Europeia de Medicamentos.

O único modo de um doente aceder em Portugal a um medicamento experimental é, em regra, mediante recrutamento para a participação no ensaio.

Nos Estados Unidos da América existe desde 2017 uma lei que consagra o *Right to Try*, ou seja, o direito que assiste a um doente de – em desespero de causa e depois de utilizado o arsenal terapêutico disponível – poder utilizar um medicamento experimental que está a ser ensaiado para a indicação de que é portador, apesar de esse doente não participar no ensaio²⁴⁷.

No contexto da pandemia, foi *temporariamente* autorizada em Portugal a utilização de medicamentos experimentais por doentes não participantes em ensaios²⁴⁸.

Esta faculdade não deve ser apenas temporária, mas utilizada em termos mais latos para garantir o acesso ao medicamento por parte de um doente que dele necessite e dele possa beneficiar, mas que, por qualquer motivo, não tenha sido recrutado para o ensaio.

6 Vulnerabilidade e ensaios clínicos

Os casos mais graves da doença COVID-19 implicaram longos períodos de permanência nas unidades de cuidados intensivos, por parte dos doentes, com sujeição a ventilação invasiva e sedação e, no pior cenário, até implicaram a morte.

Esses casos exigiram, como é do conhecimento geral, cuidados muito diferenciados.

²⁴⁶ Alínea a) do n.º 2 do artigo 92.º do **Decreto-Lei n.º 176, de 30 de agosto de 2006**, na sua redacção actual.

²⁴⁷ ANTUNES, Aquilino Paulo. Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 2, p. 133.

²⁴⁸ Nota anterior; cfr. alínea b) do n.º 2 do artigo 8.º do **Decreto-Lei n.º 2-A, de 7 de janeiro de 2021**.

É sabido que os novos fármacos carecem de ser ensaiados, de modo a garantir a sua segurança e eficácia.

Para a participação nos ensaios é obrigatoriamente obtido o *consentimento livre e esclarecido* do participante ou de um seu representante legalmente autorizado²⁴⁹.

Sucedem, todavia, que os doentes que mais podiam beneficiar com o desenvolvimento de novos medicamentos, imunológicos ou não, para a COVID-19 foram aqueles que estiveram nas unidades de cuidados intensivos sujeitos a ventilação invasiva.

Esses doentes, por se encontrarem geralmente sedados ou em coma induzido, objectivamente não dispunham de condições para prestar o seu consentimento. Geralmente, porque estavam em causa pessoas inesperadamente infectadas com o vírus e afectadas pela doença, as mesmas também não dispunham de testamento vital nem haviam estabelecido directivas antecipadas de vida ou procuração para cuidados de saúde.

Para o suprimento do seu consentimento, apenas restava o recurso ao Tribunal e à obtenção do Estatuto do Maior Acompanhado mediante decisão judicial²⁵⁰. Apesar da celeridade deste procedimento, a sua tramitação não se compadece, ainda assim, com a urgência do início do ensaio.

Pesem os benefícios que poderiam resultar da participação no ensaio, o doente não pode nele ser incluído, por falta de consentimento. Em outros casos, as companhias farmacêuticas, para nem sequer se defrontarem com esse problema, desenharam os estudos, bem como os respectivos critérios de inclusão e exclusão, de modo a apenas abarcarem os *maiores capazes* de dar o seu consentimento.

O resultado disto tudo é o de que o doente que mais necessita de utilizar um medicamento experimental e que dele mais poderá beneficiar é aquele que, por razões éticas, não pode participar no ensaio.

Coloca-se, pois, a questão de saber qual o comportamento eticamente mais adequado: se privar do acesso ao medicamento experimental o doente que dele evidentemente necessita, por

²⁴⁹ ANTUNES, Aquilino Paulo. Covid-19 e medicamentos: vulnerabilidade, escassez e desalinhamento de incentivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. LXII (2021), 1, p. 149 e seguintes.

²⁵⁰ PORTUGAL. *Lei n.º 49, de 14 de agosto de 2018*.

falta de alternativas terapêuticas, e do qual pode beneficiar ou se incluí-lo no ensaio, independentemente da obtenção do consentimento nos termos previstos na Lei.

Durante a pandemia por COVID-19, foi aprovada abundante legislação de exceção. Contudo, a mesma não permitiu um modo mais flexível, embora seguro, de obtenção do suprimento do consentimento do doente incapacitado e em situação de extrema vulnerabilidade, demonstrada pelos cuidados diferenciados que recebe e pelo risco de vida que corre.

Não se considera admissível que, em tais circunstâncias, se deixe morrer o doente, por falta de acesso ao medicamento experimental que lhe poderia salvar a vida, com fundamento no facto de o mesmo não ter dado o seu consentimento para a participação no ensaio, atenta a situação de especial vulnerabilidade em que se encontrava.

Sabe-se que o consentimento informado visa a prevalência da *autonomia da vontade* do doente em detrimento do *pater-nalismo*. Todavia, nas circunstâncias descritas, a autonomia da vontade do doente não pode ser exercida.

No interesse dos doentes, esta poderia ser uma matéria a apreciar pelo legislador português no contexto da *lei de emergência sanitária* que, segundo se julga, anda a ser discutida, e consagrar um modo mais célere de suprimento do consentimento, como poderia ser o caso da criação de um “conselho de família *ad hoc*”²⁵¹.

Uma alteração nos moldes propostos, em nossa opinião, não colidiria com o direito internacional e com o direito da União Europeia, porquanto seria uma derrogação temporária, necessária, adequada e proporcional, justificada, além do mais, pela necessidade de salvaguarda da saúde pública.

7 A questão da incompletude dos ensaios

Durante muito tempo especulou-se a propósito da utilização em larga escala, por alguns países, da vacina *Sputnik V*, porque

²⁵¹ Para propostas mais detalhadas, cfr. ANTUNES, Aquilino Paulo. Covid-19 e medicamentos: vulnerabilidade, escassez e desalinhamento de incentivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. LXII (2021), 1, p. 152-154.

esta apenas tinha ensaios de Fase 2. Segundo se crê, nunca chegaram a ser realizados os ensaios de Fase 3 desta vacina.

Argumentava-se com a sua falta de segurança e com a pouca confiança que as pessoas tinham na vacina. Porém, a insuspeita revista *Lancet* veio mais tarde reconhecer a segurança e eficácia da vacina em causa²⁵².

Se alguns responsáveis de alguns países tivessem dado ouvidos ao coro de críticas que então se juntou, muitos milhares de pessoas poderiam não ter tido acesso à vacina e corrido perigo de vida.

Criticou-se o produto pelo facto de apenas ter ensaios de Fase 2 quando a verdade é que grande parte das *autorizações condicionais de introdução no mercado* concedidas pela Comissão Europeia sob proposta da EMA apenas têm ensaios de Fase II²⁵³.

Já temos defendido que, no interesse dos doentes e do célere acesso destes ao medicamento, a exigência de ensaios clínicos deveria, de uma perspectiva *de jure condendo*, cingir-se ao *estritamente necessário e considerado suficiente* pelo seu fabricante e não pela autoridade competente²⁵⁴. Por este motivo, nos casos de *necessidades terapêuticas não satisfeitas*, haverá sempre que balancear adequadamente a *garantia da segurança* com a *necessidade de acesso*.

²⁵² ANTUNES, Aquilino Paulo. Covid-19 e medicamentos: vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. LXII (2021), 1, p. 156.

²⁵³ ANTUNES, Aquilino Paulo. Medicamentos para SARS-COV-2 e COVID-19: *time matters*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. LXI (2020), 1, p. 90 e seguintes.

²⁵⁴ ANTUNES, Aquilino Paulo. Medicamentos ..., (*cit.*), p. 91-95; ANTUNES, Aquilino Paulo. A avaliação administrativa da segurança do medicamento pré-comercialização é absolutamente necessária?. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; GONÇALVES, Rubén Miranda (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.) **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. Tema: Os desafios dos direitos fundamentais no século XXI: a importância da segurança e do meio ambiente (Brasil e Portugal). v. 20, Brasília: Conselho Federal da OAB, 2022, p. 55 e seguintes. Disponível em: www.dialogoaci.com.br. Acesso em: 30 abr. 2023.

8 Real World Evidence

A questão a que nos referimos no ponto anterior entronca com a questão das *limitações dos ensaios*²⁵⁵. É consensual que os ensaios clínicos sofrem de importantes limitações metodológicas, desde logo decorrentes das regras de inclusão e exclusão de participantes no ensaio. São geralmente excluídas da participação nos ensaios as grávidas, os idosos, as pessoas que estejam a fazer terapêuticas concomitantes, as crianças. Outras limitações resultam, por exemplo, do desenho do ensaio.

Por isso, tendo em consideração essas limitações, quando o medicamento é autorizado, o mesmo não se encontra ensaiado para todos os grupos de doentes aos quais poderá vir a ser administrado.

Atentas essas limitações, reveste cada vez maior importância a designada *Real World Evidence*, que consiste na recolha e avaliação de dados de utilização do medicamento em *contexto real*, isto é, em *condições normais de utilização*²⁵⁶.

A actividade de *farmacovigilância* igualmente fornece dados importantes quanto à segurança do medicamento e ao seu comportamento perante vários grupos de doentes²⁵⁷.

A actividade mais importante de garantia da segurança do medicamento ocorre *após o início da utilização* do medicamento²⁵⁸, embora seja verdade que na fase da AIM o requerente já seja obrigado a identificar potenciais riscos e a propor um

²⁵⁵ ANTUNES, Aquilino Paulo. Medicamentos para SARS-COV-2 e COVID-19: *time matters*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 1, p. 90-91; ANTUNES, Aquilino Paulo. A avaliação administrativa da segurança do medicamento pré-comercialização é absolutamente necessária?. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; GONÇALVES, Rubén Miranda (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.) **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. Tema: Os desafios dos direitos fundamentais no século XXI: a importância da segurança e do meio ambiente (Brasil e Portugal). v. 20, Brasília: Conselho Federal da OAB, 2022, p. 55 e seguintes. Disponível em: www.dialogoaci.com.br. Acesso em: 30 abr. 2023.

²⁵⁶ ANTUNES, Aquilino Paulo. Medicamentos para SARS-COV-2 e COVID-19: *time matters*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 1, p. 90-91.

²⁵⁷ ANTUNES, Aquilino Paulo. O acesso a medicamentos em Portugal: uma Análise Jurídico-Económica, 2020, Lisboa: AAFDL, p. 166-167.

²⁵⁸ ANTUNES, Aquilino Paulo. O acesso a medicamentos em Portugal: uma Análise Jurídico-Económica, 2020, Lisboa: AAFDL, p. 168 e seguintes; VERA LÚCIA RAPOSO, *Danos ...*, (*cit.*), p. 51 e seguintes.

plano para a sua gestão. Estes são riscos passíveis de ser identificados antes do início da utilização e que, em regra, terão em conta *sinais* identificados ao nível dos ensaios, isto é, uma vez mais, em ambiente *limitado e controlado*.

Portanto, pela sua natureza, os dados do *mundo real* revestem cada vez maior importância e tenderão a ser utilizados com maior frequência. Mas isto acaba por reforçar aquilo que dissemos no ponto anterior.

9 Procedimento autorizativo

Ao nível do procedimento de autorização de introdução no mercado também foi possível alguma *optimização*, ao nível da União Europeia.

Esta optimização assentou em mecanismos jurídicos e administrativos já em vigor antes da pandemia²⁵⁹. A celeridade com que foram concedidas as autorizações também não terá sido alheia alguma *pressão* sobre as autoridades e alguma *maior propensão* para colaboração mútua no sentido da célere concessão das autorizações.

No quadro desses mecanismos, (i) verificou-se a concessão pela FDA e pela EMA de *autorizações precárias* (ou de emergência) ao abrigo do princípio do *uso compassivo*, como sucedeu, por exemplo, para o *Remdesivir* e para algumas vacinas²⁶⁰; e (ii) verificou-se também a concessão de *autorizações condicionais* de introdução no mercado na União Europeia para as vacinas indicadas para a prevenção da COVID-19.

Estas autorizações condicionais, actualmente previstas no artigo 14.º-A do Regulamento (CE) n.º 726/2004 e no Regulamento (CE) n.º 507/2006, foram desenhadas exactamente para estes casos em que existem *necessidades terapêuticas não*

²⁵⁹ ANTUNES, Aquilino Paulo. Medicamentos para SARS-COV-2 e COVID-19: *time matters*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 1, p. 85 e seguintes.

²⁶⁰ KYLE THOMSON E HERSCHEL NACHLIS, Emergency Use Authorizations During the COVID-19 Pandemic: Lessons From Hydroxychloroquine for Vaccine Authorization and Approval. **Journal of American Medical Association**, v. 324, n. 13, October 6, 2020, p. 1282-1283; AMANDA M. ROJEK *et al.* Compassionate drug (mis)use during pandemics: lessons for COVID-19 from 2009. *In: BMC Medicine*, 2020, 18:265, p. 2-9.

satisfeitas e existe urgência no acesso.

Antes da pandemia já haviam sido concedidas algumas dezenas destas autorizações que vinculam o titular a cumprir obrigações adicionais e que têm uma duração de apenas um ano, embora possam ser renovadas por igual período ou ser convertidas em *full authorisation*²⁶¹. E verificou-se uma colaboração entre as companhias farmacêuticas e a EMA, no quadro do PRIME e do *Scientific Advice*²⁶² que permitiu a adequação dos desenhos dos ensaios àquilo que era esperado pela autoridade, o que facilitou o processo de aprovação.

Trata-se de actuações que deverão continuar a ser utilizadas sob uma perspectiva da melhoria do acesso ao medicamento por quem ele necessita.

10 O paradoxo do desenvolvimento e autorização acelerados

No caso das vacinas, os mecanismos de avaliação e autorização aceleradas, que são positivos sob a perspectiva do acesso ao medicamento – e que, em princípio, ainda poderiam ser melhorados –, poderão, paradoxalmente, dificultar o atingimento do objectivo de imunização das populações²⁶³. Atendendo à insuficiente informação sobre a COVID-19, os procedimentos acelerados de avaliação e autorização das vacinas geraram *desconfiança* quanto à eficácia e ao perfil de segurança das mesmas.

A desconfiança que poderá resultar destes procedimentos mais céleres é, no caso das vacinas, susceptível de provocar resistência – ou relutância – à vacinação²⁶⁴. Esta questão pode comprometer o atingimento de determinado patamar de imunização de grupo e, por esta via, comprometer toda a estra-

²⁶¹ ANTUNES, Aquilino Paulo. Medicamentos para SARS-COV-2 e COVID-19: *time matters*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 1, p. 87-88.

²⁶² ANTUNES, Aquilino Paulo. Medicamentos para SARS-COV-2 e COVID-19: *time matters*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 1, p. 85 e seguintes.

²⁶³ ANTUNES, Aquilino Paulo. Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 2, p. 125-126.

²⁶⁴ ANTUNES, Aquilino Paulo. Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 2, p. 146 e seguintes.

tégia de Saúde Pública no contexto de uma pandemia.

Por isso dizemos tratar-se de um *paradoxo*, porque aquilo que teoricamente poderia ser positivo, por garantir um acesso mais célere à vacina, poderá ter efeitos negativos para os objectivos de Saúde Pública, se criar desconfiança na vacina por parte das populações e assim as levar a não aderir às campanhas de vacinação.

11 O uso *off-label*

Outro aspecto que foi considerado e utilizado durante a pandemia, face à escassez de alternativas terapêuticas, foi o uso *off-label*.

O uso *off-label* consiste na utilização do medicamento para indicação ou em dosagem ou forma farmacêutica diferentes das autorizadas pela autoridade competente²⁶⁵. A mesma depende do consentimento livre e esclarecido do doente. Também neste caso se suscita a problemática que referimos a propósito do suprimento do consentimento dos doentes impossibilitados de o conceder.

Em todo o caso, esta foi mais uma ferramenta a que os médicos recorreram, com o objectivo de salvar e tratar os seus doentes e assim deverá continuar.

12 O recurso a Inteligência Artificial

Embora as companhias farmacêuticas já o fizessem anteriormente, assistiu-se no contexto da pandemia ao recurso em massa à *Inteligência Artificial* com o objectivo de descobrir rapidamente novas moléculas ou de reutilizar outras, tendo em vista combater o vírus e a doença²⁶⁶. Ainda assim, essa metodologia não é isenta de desafios, relacionados com a qualidade dos

²⁶⁵ Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *Danos ...*, (*cit.*), p. 151 e seguintes.

²⁶⁶ HAO LV *et al.* Application of artificial intelligence and machine learning for COVID-19 drug discovery and machine design. **Briefings in Bioinformatics**, 22(6), 2021, 1-10, p. 2-8; GUNJAN ARORA, *et al.* Artificial Intelligence in Surveillance, Diagnosis, Drug Discovery, and Vaccine Development against COVID-19. *In: Pathogens*, 2021, 10, 1048, p. 2 e seguintes; TÉTRAULT MCCARTHY. AI and Patent Law: Can AI Be an ‘Inventor’?.

dados, o desenho dos algoritmos e a articulação dos resultados com os ensaios clínicos²⁶⁷.

Julgamos que se trata de actividade que, de algum modo, já existia antes, que foi potenciada durante a pandemia por COVID-19 e que irá continuar a ser desenvolvida.

A questão do recurso à Inteligência Artificial e ao *machine learning* tem suscitado outra problemática, que é a de saber se os inventos resultantes de dessa actividade poderão ser patenteados. Recorde-se que o mecanismo das patentes e certificados complementares de protecção constitui um importante incentivo à I&D de medicamentos.

Desde Janeiro de 2020, já foram tomadas algumas decisões na Austrália, nos EUA, na União Europeia e no Reino Unido sobre a mencionada problemática. Estas decisões recusaram o DABUS como inventor, com o argumento de que só uma *pessoa física* poderá ser inventor e não uma máquina²⁶⁸.

Tem-se defendido também que um computador não pode requerer uma patente nem ser titular dos direitos que a mesma confere²⁶⁹.

Questiona-se ainda se os requisitos de patenteabilidade – nomeadamente a *actividade inventiva* – deverão ser idênticos para uma pessoa física e para um computador e se, quanto ao dever de revelação do invento, será o mesmo revelá-lo para uma *skilled person* ou para um computador²⁷⁰.

Algumas destas decisões estão sob recurso. É matéria de que certamente continuaremos a ouvir falar, até porque está em análise uma proposta de regulamento da União Europeia sobre

Lexology, may 31, 2022, p. 1-3; STEVEN PEDIANI. A machine is not an inventor within the meaning of the EPC. **Lexology**, July 7, 2022, p. 1; DAVID HUFTON. AI Assisted Inventions – Yes; AI-Inventors – No. **Lexology**, July 9, 2022, p. 1-2; ALEXANDER KORENBERG, N artificial inventors at the EPO: detailed reasoning of the Board. **Lexology**, July 18, 2022, p. 1-2; NAYANTARA SANYAL E SIMRAN LOBO. Inventions by Artificial Intelligence: Patentable or Not?. **Lexology**, August 22, 2022, p. 1-2.

²⁶⁷ HAO LV et al., “Application ...”, p. 7-8; ZHOULIN CHANG, et al. Application of artificial intelligence in COVID-19 medical area: a systematic review. **Journal of Thoracic Disease**, 2021, 13(12), 7034-7053, p. 7035 e seguintes.

²⁶⁸ TÉTRAULT MCCARTHY, “AI ...”, (cit), p. 1-3.

²⁶⁹ Nota anterior.

²⁷⁰ Nota anterior.

a matéria da Inteligência Artificial²⁷¹, mas que é importante, por colidir com os incentivos à I&D de novos fármacos.

13 A proposta de *quebra das patentes das vacinas*

O facto de não se ter recorrido a *grandes prémios*, mas apenas a financiamento directo – algum dele oriundo de entidades públicas – suscitou a questão de saber se, pelo menos quanto às patentes resultantes de financiamento público, não deveria *quebrar-se as patentes*, de modo a permitir que mais fabricantes produzissem vacinas genéricas e mais baratas, para os países de menores rendimentos²⁷².

O problema é que, muito provavelmente, mesmo que a patente fosse quebrada, os fabricantes de genéricos não conseguiriam reproduzir as vacinas.

Estas vacinas são, na sua maioria, medicamentos biológicos (anticorpos monoclonais) e, por isso, a sua produção é fortemente condicionada pelo processo de fabrico (pelo *know how*).

Uma quebra de patente que não implicasse também o dever de revelação do *know how* tornaria impossível a reprodução da vacina²⁷³. O titular da patente quebrada não teria nenhum incentivo para revelar esse *know how*. A proposta, patrocinada até pela OMS, foi recusada nos seus termos iniciais no seio da OMC²⁷⁴.

A *quebra das patentes* com este fundamento e nos termos inicialmente propostos poderia constituir um precedente de tal modo importante que as companhias farmacêuticas dificilmente

²⁷¹ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>. Acesso em: 1 set. 2022. CORAL DARLING et al. Coming EU legislation will change the AI regulatory environment for healthcare technology and life sciences companies”. *Lexology*, July 11, 2022, pp. 1-5.

²⁷² ANTUNES, Aquilino Paulo. Covid-19 e medicamentos: vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. LXII (2021), 1, p. 157-158.

²⁷³ ANA SANTOS RUTSCHMAN E JULIA BARNES-WEISE, “The COVID-19 ...”, (cit.), p. 1-6.

²⁷⁴ Ainda assim, foi adoptada uma solução mitigada, na 20.ª Sessão da Conferência Ministerial do TRIPS, realizada em Genebra entre 12 e 15 de Junho de 2022, de excepção temporária aos direitos de patente, de modo a permitir o fabrico de vacinas para a COVID-19 por parte dos países de baixos e médios rendimentos. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?file-name=q:/WT/MIN22/W15R2.pdf&Open=True>. Acesso em: 1 set. 2022.

o aceitariam.

Acresce que o argumento do investimento público é *falível*, porquanto, na maioria dos medicamentos investigados e desenvolvidos nos Estados Unidos da América, a *investigação de base* é financiada com fundos públicos²⁷⁵, facto que não tem obstado a que as empresas desfrutem das patentes e pratiquem naquele país preços livres.

A este propósito, recorde-se que, no mercado norte-americano, as autoridades federais dispõem dos designados *march-in rights*, que consistem na utilização de produtos patenteados que incluam financiamento público, mas esses direitos nunca foram exercidos até ao momento, por receio de desincentivar a I&D²⁷⁶.

14 A resistência à vacinação

A *resistência à vacinação* é outro aspecto extremamente importante e que, se não for devidamente abordado no contexto de uma pandemia, poderá dificultar e demorar o atingimento do patamar de imunização necessário²⁷⁷.

De resto, os responsáveis portugueses preocuparam-se

²⁷⁵ RANJANA CHAKRAVARTHY *et al.* Public and Private Sector Contributions to the Research & Development of the Most Transformational Drugs of the Last 25 Years. **Tufts Center for the Study of Drug Development White Paper**. Tufts University School of Medicine, Boston, Massachusetts, USA, jan. 2015, p. 8.

²⁷⁶ Sobre os *march-in rights*, cfr. ROBERT COOK-DEEGAN *et al.* Updating the Bayh-Dole Act: March-in Rights and Transparency. **Journal of American Medical Association**, feb. 24, 2022, p. E1-E2; JENNIFER PENMAN E FRAN QUIGLEY, *Better Late Than Never: How the U.S. Government Can and Should Use Bayh-Dole March-In Rights to Respond to the Medicines Access Crisis*, paper, p. 5 e seguintes; JOSHUA D. SARNOFF *et al.* Comments on Rights to Federally Funded Inventions and Licensing of Government Owned Inventions. **National Institute of Standards and Technology (NIST)**, United States Department of Commerce, Notice of proposed rulemaking. 86 FR 35. Agency Docket Number: 201207-0327”, Saint Louis University School of Law, Legal Studies Research Paper Series No. 2021-24, SSRN-id3905551, 2021, p. 3-8.

²⁷⁷ ANTUNES, Aquilino Paulo. Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 2, p. 146 e seguintes; ANA SANTOS RUTSCHMAN. The COVID-19 ...”, (*cit.*), p. 20-22; NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, *The Critical Public Health Value of Vaccines: Tackling Issues of Access and Hesitancy: Proceedings of a Workshop*, 2021, Washington, DC, The National Academies Press. p. 36. Disponível em: <https://doi.org/10.17226/26134>. Acesso em: 1 set. 2022.

sempre em reafirmar a segurança das vacinas e em salientar que a sua autorização acelerada não tinha resultado do *saltar de etapas*, isto é, não tinham implicado a omissão de passos importantes do procedimento avaliativo.

Utilizamos aqui a expressão *resistência à vacinação* para significar a recusa, definitiva ou temporária, de vacina, por convicção ou por dúvida quanto às características – de segurança ou eficácia – do produto²⁷⁸.

Esta questão da resistência à vacinação é importante porque, quando se pretenda um patamar de imunização (no caso da COVID-19, falou-se durante muito tempo em 75% a 82% da população), este será tanto mais difícil de atingir quanto mais baixos sejam a eficácia da vacina e a percentagem de indivíduos vacinados.

O fenómeno da resistência à vacinação não é novo. Em Portugal existiu, por exemplo, a exigência da vacinação infantil completa como condição para entrar no ensino primário, sendo esta condição uma forma de compelir os pais – resistentes à vacinação – a vacinar os filhos.

Mais recentemente, o fenómeno da resistência à vacinação tem vindo a ganhar novos adeptos²⁷⁹, em termos tais que já se tem registado o retorno de doenças que se julgava erradicadas.

Os factores de resistência tanto poderão respeitar às características da vacina como a outras, como é o caso de convicções ideológicas ou religiosas²⁸⁰. Torna-se, assim, necessário adoptar estratégias aptas a vencer – ou ao menos a mitigar muito – a resistência à vacinação.

É mais viável vencer a resistência à vacinação por razões relacionadas com as *características da vacina* do que a resistência assente em *convicção*, designadamente por razões

²⁷⁸ ANTUNES, Aquilino Paulo. Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 2, p. 146; NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, *The Critical ...*, (cit.), p. 79-80; 99-107; 110-112.

²⁷⁹ NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, *The Critical ...*, (cit.), p. 98-99.

²⁸⁰ ANTUNES, Aquilino Paulo. Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 2, p. 146-148. Para uma leitura diferente dos valores subjacentes, cfr. NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, *The Critical ...*, (cit.), p. 14-15.

ideológicas ou religiosas²⁸¹.

A dúvida sobre as características da vacina poderá ser contrariada mediante a disponibilização atempada, junto dos profissionais de saúde e do público, de informação clara, precisa e suficiente sobre a segurança e eficácia da vacina, bem como sobre outras questões mais ou menos relacionadas com o produto, como é o caso da efectividade em todos os grupos de cidadãos ou a revisão dos dados de segurança e eficácia por peritos independentes²⁸².

A vacinação precoce dos profissionais de saúde que se registou em Portugal e em vários outros países, poderá ter contribuído para, através do *exemplo qualificado*, persuadir alguns indecisos a vacinar-se.

A estratégia *mais drástica* para vencer a resistência à vacinação é consagração da sua obrigatoriedade. Esta estratégia se tivesse sido adoptada, poderia, pelo menos em Portugal, defrontar-se com diversos desafios²⁸³. Estes desafios são, em grande medida, potenciados, quer (i) pela insuficiência da informação sobre o vírus e a doença e sobre a segurança e eficácia da vacina; quer (ii) por actividades de desinformação ou contra-informação.

Em regra, o Estado não pode forçar o cidadão a, contra a sua vontade, suportar um procedimento invasivo, como é o caso da administração de uma vacina injectável, por colidir com a protecção da sua integridade física, direito fundamental garantido pelos instrumentos jurídicos internacionais e da União Europeia em matéria de direitos fundamentais, bem como, no caso português, pela Constituição²⁸⁴.

A obrigatoriedade, *por via indirecta*, de vacinação – por exemplo, exigir a vacina para acesso a prestações ou serviços

²⁸¹ NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, *The Critical ...*, (cit.), pp. 36-37; 62-79.

²⁸² ANTUNES, Aquilino Paulo. Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 2, p. 149. Para um panorama de várias soluções de informação, cfr. NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, *The Critical ...*, (cit.), pp. 79-80; 99-107; 110-112.

²⁸³ ANTUNES, Aquilino Paulo. Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 2, p. 150 e seguintes.

²⁸⁴ ANTUNES, Aquilino Paulo. Covid-19 e medicamentos: vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXII (2021), 1, p. 150.

públicos – deve ser aprovada por diploma parlamentarmente aprovado ou autorizado, por respeitar a direitos, liberdades e garantias [alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa], e deve obter resultado positivo no teste da proporcionalidade exigido pelo n.º 2 do artigo 18.º da Lei Fundamental para as restrições de direitos, liberdades e garantias²⁸⁵.

De acordo com o referido teste, uma medida legislativa restritiva de direitos, liberdades e garantias, para ser constitucionalmente admissível, deverá ser *necessária, adequada e não excessiva*. As dúvidas quanto à segurança e eficácia das vacinas poderiam comprometer o preenchimento do requisito da *adequação*.

A obrigatoriedade da vacina é apta a criar desconfiança quanto às suas características, designadamente a sua segurança e eficácia, pelo que poderá ser contraproducente, por aumentar a resistência à vacinação.

Além disso, a obrigatoriedade da vacinação transfere para o Estado a responsabilidade pelos danos que a vacina provoque no indivíduo, na medida em que interrompe o *nexo de causalidade* entre o *fabrico* da vacina e a sua *utilização*, excluindo, deste modo, a responsabilidade do fabricante²⁸⁶.

Por este motivo, no caso de vacinação obrigatória, poderá o Estado ter de assumir, desnecessariamente, uma responsabilidade que, em princípio, não lhe deve caber, mas sim ao fabricante.

Em nossa opinião, Portugal e a maioria dos países andaram bem ao não consagrar a obrigatoriedade de vacinação.

²⁸⁵ ANTUNES, Aquilino Paulo. Covid-19 e medicamentos: vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXII (2021), 1, p. 150.

²⁸⁶ ANTUNES, Aquilino Paulo. Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXI (2020), 2, p. 136-138; p. 150.

15 Comunicação

O último aspecto de onde poderão ser retiradas lições – e que nem sequer é específico da área do medicamento, mas que tem reflexos nomeadamente na *confiança nas vacinas* – é o da comunicação²⁸⁷. A falta de uma estratégia de comunicação coerente terá, em alguns casos, contribuído para desmobilizar as populações da adesão a comportamentos adequados em termos de prevenção e minimização do risco²⁸⁸.

Em Portugal assistiu-se inicialmente a um discurso inicial de que as máscaras e as luvas “criavam uma falsa sensação de segurança” – verificando-se pouco tempo depois que esse discurso se devia ao facto de esses produtos não existirem no mercado –, mas, escassas semanas depois, as máscaras passaram a ser de *uso obrigatório*.

Também se assistiu a casos de aviões com lotação esgotada, enquanto nos cinemas apenas se permitia uma lotação de um terço ou metade, com a explicação pouco verosímil segundo a qual os sistemas de ventilação dos aviões já evitavam a disseminação do vírus.

Os *movimentos anti-vacinas*, bem como os respectivos *slogans* e outros modos de comunicação, igualmente fomentaram alguma desconfiança nas vacinas. Estes movimentos só terão perdido força quando, com a variante *Omicron*, se começou a perceber que grande número de óbitos ocorria entre pessoas *não vacinadas*.

Na área do medicamento, é verdade que a EMA procurou dar informação sobre as propostas que fez à Comissão para autorização condicional das vacinas, justificando as razões dessas propostas, com o objectivo de minimizar as dúvidas

²⁸⁷ A pandemia por COVID-19 foi também uma *pandemia informativa*: DEBANJAN BANERJEE E K. S. MEENA, “COVID-19 as an ‘Infodemic’ in Public Health: Critical Role of the Social Media”, in *Frontiers in Public Health*, March 2021, Volume 9, Article 610623, p. 1-7; NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, *Toward a Post-Pandemic World: Lessons from COVID-19 for Now and the Future: Proceedings of a Workshop*, 2022, Washington, DC, The National Academies Press, p. 21 e seguintes. Disponível em:

<https://doi.org/10.17226/26556>. Acesso em: 1 set. 2022.

²⁸⁸ Sobre o tema, cfr. NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, *The Critical ...*, (cit.), p. 13.

quanto à segurança e eficácia destes produtos.

No entanto, esta informação – dotada de clareza e precisão – era *menos interessante* para a abertura de um telejornal do que qualquer tumulto provocado por um “juiz anti-vacinas”²⁸⁹ ou por um outro qualquer grupo de protesto.

As pessoas são livres de pensar e de se exprimir do modo que entenderem, no quadro da Constituição e da lei. Mas as entidades públicas devem estar preparadas para colocarem em prática uma estratégia de comunicação que passe uma mensagem eficaz e apta a ter sucesso, apesar destas adversidades, que eram e são expectáveis.

Estratégias profissionais de comunicação teriam sido úteis para evitar a desconfiança nos produtos e deverão ser adoptadas em futuros casos similares.

Considerações finais

Este trabalho procurou enunciar alguns aspectos relacionados com a pandemia por COVID-19 na área do medicamento dos quais poderá retirar-se ensinamentos para o futuro.

No que toca às *cadeias de abastecimento e falhas de abastecimento* de medicamentos, uma possível estratégia seria interessar os fabricantes a produzir os medicamentos para o mercado da União Europeia, mesmo que não os produzissem para os países de origem ou conceder licenças a fabricantes na União Europeia, para que possam produzir esses medicamentos. A revisão da legislação europeia devia prever mecanismos para atacar este problema.

Quanto às *reservas estratégicas de medicamentos*, deverá proceder-se a uma redefinição da *quantidade e qualidade* dos medicamentos que as deverão integrar.

No que respeita à alocação de produtos escassos, a nível internacional seria de todo o interesse, quer de países de *menores rendimentos* quer de países de *maiores rendimentos*,

²⁸⁹ Em Portugal tivemos um juiz declaradamente anti-vacinas, que acabou por ser expulso da magistratura por razões disciplinares, com fundamento nas posições que tomou e em alguns factos que praticou a esse propósito.

que no futuro a coordenação a nível global fosse mais efectiva e, assim, conduzisse a melhores resultados para todos, enquanto a nível nacional deverão manter-se os critérios de alocação assentes em *necessidades e vulnerabilidades*.

Relativamente à *redução do tempo de desenvolvimento e autorização das vacinas e dos medicamentos*, a realização paralela de fases de ensaios em vez da tradicional realização sequencial deverá continuar a ser adoptada, pois encurta o tempo necessário para a entrada no mercado de um novo medicamento. Também a investigação de novos usos, ou novas indicações, para medicamentos conhecidos deve continuar a ocorrer, na medida em que também permite reduzir tempo e custos de investigação e desenvolvimento. Deverá ainda, numa ocorrência futura, ser equacionada a vantagem da atribuição de um *grande prémio* às companhias farmacêuticas, com a consequente abdicação dos seus direitos de propriedade industrial, pois permitiria melhores condições para promover o acesso às vacinas por parte de quem deles necessita.

No que se refere ao *acesso a medicamentos experimentais*, deveria ser permanentemente autorizada em Portugal a utilização de medicamentos experimentais por doentes não participantes em ensaios.

No tocante à *vulnerabilidade e ensaios clínicos*, deveria equacionar-se a possibilidade de consagrar um modo mais célere de suprimento do consentimento das pessoas impossibilitadas, em razão do seu estado de saúde, de o conceder expressamente, como poderia ser o caso da criação de um “conselho de família *ad hoc*” para aquele efeito.

Relativamente à *incompletude dos ensaios*, entendemos que, no interesse dos doentes e do célere acesso destes ao medicamento, a exigência de ensaios clínicos deveria, de uma perspectiva *de jure condendo*, cingir-se ao *estritamente necessário e considerado suficiente* pelo seu fabricante e não pela autoridade competente, cabendo àquele a responsabilidade por essa eventual incompletude.

Quanto aos *dados do mundo real*, os mesmos revestem cada vez maior importância e tenderão a ser utilizados com maior frequência, com o objectivo de colmatar as limitações próprias dos ensaios clínicos.

No âmbito do procedimento de autorização de introdução no mercado verificou-se um esforço de optimização assente em mecanismos jurídicos e administrativos já em vigor antes da pandemia, os quais deverão continuar a ser utilizados sob uma perspectiva da melhoria do acesso ao medicamento por quem ele necessita.

Para evitar o *paradoxo do desenvolvimento e autorização acelerados*, deverá reforçar-se a informação sobre as doenças e os procedimentos acelerados de avaliação e autorização de medicamentos ou vacinas, de modo a evitar desconfiança quanto à eficácia e ao perfil de segurança dos mesmos.

O uso *off-label* deverá continuar a ser mais uma ferramenta a que os médicos poderão recorrer com o objectivo de salvar e tratar os seus doentes.

A questão do recurso em massa à *Inteligência Artificial* com o objectivo de descobrir rapidamente novas moléculas ou de reutilizar outras encontra-se em tensão com a matéria dos incentivos à I&D de novos fármacos, pelo que essa tensão tem vindo a ser discutida nos *fora* próprio, mas merece particular atenção.

A proposta de *quebra das patentes* resultantes de financiamento público, para permitir que mais fabricantes produzissem vacinas genéricas e mais baratas, para os países de menores rendimentos apresenta reduzida viabilidade, pois mesmo que a patente seja quebrada, os fabricantes de genéricos não conseguirão reproduzir as vacinas sem o conhecimento do seu processo de fabrico.

A vacinação obrigatória como forma de combate à *resistência à vacinação* suscita diversas questões de índole jurídica, nomeadamente ligadas com a dignidade da pessoa humana, além de transferir para o Estado a responsabilidade que, em princípio, cabe ao fabricante da vacina, pelo que Portugal e a maioria dos países andaram bem ao não consagrar a obrigatoriedade de vacinação.

Por último, com o objectivo de evitar a desconfiança nas vacinas e outros produtos são necessárias estratégias profissionais de comunicação que permitam às populações conhecer, com exactidão e fidelidade, as vantagens e inconvenientes dos mesmos.

***CIBERPOPULISMO, COMUNICAÇÃO E
DESINFORMAÇÃO: CAMINHOS TORTUOSOS NA
CIBERDEMOCRACIA***

*Cyberpopulism, communication and disinformation: tortual
paths in cyberdemocracy*

JÚLIA MAIA DE MENESES ROCHA DE SOUSA
RÔMULO GUILHERME LEITÃO

Júlia Maia de Meneses Rocha de Sousa

Pós-doutoranda pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Doutora e Mestre em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Unifor. Autora das obras: a) Fidelidade Partidária e Separação de Poderes: conflitos e insuficiências na democracia brasileira e b) Lawfare e Mídia: sobre Democracia, Direito Digital e Teoria da Comunicação. Coordenadora Geral da Nuvem Editora e Eventos Científicos. Professora de Direito Digital, Eleitoral e disciplinas propedêuticas. Empresária. E-mail: juliamaiameneses@gmail.com

Rômulo Guilherme Leitão

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2013), com doutorado-sanduiche na Boston University, Massachusetts (EUA) e Pós-doutor em Ciência Política pela Boston University, Massachusetts, EUA (2014). Atualmente é coordenador e docente do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado e doutorado) da Universidade de Fortaleza. É procurador municipal, nível 20, da Prefeitura Municipal de Fortaleza. E-mail: romuloleitão@unifor.br

Resumo: O artigo ora em comento nasce da necessidade de observar a transmutação do populismo para o *ciberpopulismo*, a partir do surgimento da sociedade em rede, já que ele se comporta como uma ameaça democrática por polarizar pessoas e reduzir a racionalidade crítica delas. A comunicação sempre foi um diferencial evolutivo na sociedade, mas hoje ela vem sendo alterada por meio de distúrbios em rede que falseiam a narrativa tanto individual quanto coletiva. Desse modo, o diagnóstico essencial é no sentido de que a internet passou a ser uma praça de influência de acordos que potencializam a narrativa populista em dimensões globais e ampliam a cisão entre a sociedade, portanto, a problemática do escrito se constrói para que saibamos lutar contra isso! Por fim, o escrito apresenta uma metodologia bibliográfica, cuja pretensão é coligir dados da internet com outros documentais da pesquisa.

Palavras-chave: *ciberpopulismo*; comunicação Social; desinformação; ciberdemocracia.

Abstract: The article under discussion arises from the need to observe the transmutation of populism into cyberpopulism, following the emergence of the network society, as it behaves as a democratic threat by polarizing people and reducing their critical rationality. Communication has always been an evolutionary differentiator in society, but today it is being altered through network disturbances that distort both the individual and collective narrative. In this way, the essential diagnosis is the feeling that the internet has become a place of influence for agreements that enhance the populist narrative in global dimensions and widen the divide between society, therefore, the problem of writing is constructed so that we know how to fight against that! Finally, the writing presents a bibliographic methodology, the aim of which is to collate data from the internet with other research documents.

Keywords: cyberpopulism; social communication; disinformation; cyberdemocracy.

Introdução

O século XX trouxe consigo o surgimento de uma gama de estratégias em propaganda, que mais tarde aliadas à tecnologia, foram capazes de movimentar o cenário político com o surgimento do *ciberpopulismo*.

Há de se mencionar que as redes sociais que se utiliza hoje, viraram uma espécie de campo de guerra, cujos maiores aliados são o discurso de ódio, a polarização política, a indignação seletiva a determinados partidos e pessoas, além da prática do *lawfare*, objeto de estudo da tese de doutorado de uma das autoras do capítulo, que intitula este tipo de fenômeno como distúrbios *ciberdemocráticos*.

Esse ambiente virtual fez surgir o que se pensa ser novo na política, mas que não passa da repaginação de algo velho, como o populismo, que com o avanço da tecnologia já é capaz de fomentar intensas modificações da política mundial.

Este capítulo busca responder algumas questões que afetam os direitos políticos no Brasil, quais sejam, a) Como a tecnologia pode alterar a dinâmica da política? b) Qual o impacto da

comunicação na *ciberdemocracia*? c) Como o Brasil pode se precaver desse tipo de distúrbio *ciberdemocrático*?

A metodologia a ser adotada consistirá, quanto ao tipo, em pesquisa bibliográfica, em livros, revistas especializadas, artigos, teses e dissertações acadêmicas, bem como se pretende coligir dados por meio da *internet* em páginas e revistas eletrônicas especializadas e fontes de fé - o que reflete a reunião de elementos descritivos e documentais da pesquisa.

Por fim, busca-se uma estratégia eficaz para o combate a estes desafios que são capazes de diminuir a qualidade da democracia.

1 Fragmentos filosóficos em contexto

Não é novidade que muitos fenômenos que ocorrem atualmente no cotidiano virtual já foram retratados de maneira embrionária pela Filosofia nos séculos passados. É diante dessa linha de orientação que se faz necessário trazer à baila alguns ensinamentos filosóficos antes de adentrarmos ao tema do ciberpopulismo para entendermos o ponto de partida deste acontecimento da democracia em rede.

Maquiavel abandona a noção antiga de se fazer Filosofia Política para promover uma análise fria dos fatos, sem interferências morais e/ou religiosas, pois o Príncipe além de um guia estratégico da política, nos ensina que a prática do mal por vezes se faz necessária para se alcançar o bem comum, mas a partir de qual perspectiva? Do governante ou dos súditos? Pois, no caso do populismo e do ciberpopulismo, o discurso se constrói com amarras ideológicas, polarização, medo, tráfico de influências e ausência de racionalidade.

As noções políticas de Maquiavel possuem originalidade e uma latente preocupação com a construção de respostas políticas eficazes diante de instabilidades políticas, exatamente, como ocorreu no Brasil durante os acontecimentos que antecederam as eleições de 2018 até o 08/01/23, já que o então presidencial/presidente Bolsonaro se utilizou das redes sociais para propagar fake news que beneficiassem a sua vitória e manutenção no pleito em posterior reeleição, ou seja, ele buscava a estabilidade do seu governo desestabilizando e

polarizando a massa virtual especulativa.

Neste tino, o populismo em rede (também denominado de ciberpopulismo) bolsonarista firmou-se como uma ameaça real à política democrática não apenas do Brasil, como em diversas praças reais ou virtuais ao redor do mundo, já que ele mata quando uma pessoa deixa de se vacinar para não virar jacaré; diminui as nações que preferem se desfazer do exercício da empatia para entrar em conflitos de guerras armadas e biológicas; afasta pessoas por meio da polarização, que diminui até a inteligência das mesmas.

Assim, a comunicação que sempre fora o diferencial evolutivo da humanidade ao longo dos tempos, passa por uma transmutação quando as fake news passam a alterar a forma de interagir com os outros, momento em que o individualismo se sobrepõe a pluralidade ocasionando sofrimento para os todos os envolvidos no processo cidadão.

É preciso mencionar que as nações ao redor do mundo possuem as suas identidades coletivas que são fundadas em alguns fatos como as guerras, as revoluções, os heróis (funestos ou não), figuras históricas, línguas e acordos comuns. A parte mais importante da formação da identidade fica a cargo destes últimos, denominados de acordos comuns, haja vista que a democracia é capaz de regular os inúmeros conflitos sociais a partir de acordos e construções de consensos. Na busca pelo poder, a construção narrativa desses acordos é o que seja chama de poder simbólico dos governantes, e a internet se tornou uma praça de múltiplas possibilidades de influenciar acordos, assim como os meios de comunicação de massa foram no passado e acabaram perdendo o protagonismo com a chegada do *ciberespaço*.

Com isso, o populismo se comporta como uma narrativa que mais parece um jogo de xadrez onde as peças são denominadas de inimigo, cidadão e herói, sem esquecer que o inimigo e o cidadão sempre vão mudar de lado de acordo com as necessidades do herói que deseja chegar ao poder. Verifica-se toda essa história em quadrinhos políticos no ápice e na queda de Bolsonaro, em que o inimigo era o Lula e o Partido dos Trabalhadores, mais especificamente por conta do Comunismo; o cidadão era o corpo eleitoral pleno que prezava pela máxima Deus, Pátria e Família – artifícios morais e religiosos segundo os

quais o Maquiavel buscava o maior distanciamento possível para fomentar o realismo político; e, o herói funesto que apareceu para salvar o Brasil, denominado de Bolsonaro.

Essa tríade nos permite perceber que a comunicação em rede e a internet são pressupostos potencializadores da narrativa populista, a exemplo de Hitler e Mussolini, bem como de Trump e Bolsonaro, provando que o perigo dessa transmutação de narrativa já foi alicerçado pela filosofia maquiaveliana e mais uma vez não aprendemos com a história mundial e nem brasileira.

As praças públicas foram ocupadas pelas redes sociais e pelos juízes da internet, e, aqueles que não militavam nas ruas passaram a exprimir suas opiniões especializadas ou não nas plataformas digitais, o que é preocupante, já que o ódio, a polarização e a indignação seletiva viraram artificios ardis da política e os verbos mais empregados nos discursos nessas ocasiões são: provocar, cancelar, insultar, linchar e causar, e estes foram amplamente utilizados pela ciberpolítica nas eleições de 2018.

Com este cenário inescrupuloso, o ciberpopulismo virou um instrumento de guerra do lawfare político com o objetivo de dividir a sociedade, e, para lutarmos contra esta demanda degenerativa é preciso incentivar o pluralismo, o pensamento crítico, a escuta empática e o dialogo entre diferentes opiniões, pois não se pode entender o mundo político sem compreender tudo aquilo que nos rodeia.

2 O Ciberpopulismo e seus impactos

O tempo virtual exige a capacidade de extrapolar as horas do dia por meio da confecção de ações simultâneas, já que a sociedade da informação designa que seus usuários executem um maior número de tarefas a partir de mecanismos digitais²⁹⁰. Nesse sentido, a velocidade na tomada de decisões é o combustível para a sobrevivência na sociedade digital.

Hoje vivemos a realidade da agilidade imposta pelas empresas de economia digital, que buscam ultrapassar as barreiras

²⁹⁰ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

temporais e isto não poderia ser diferente no ambiente jurídico, haja vista que o Poder Judiciário, instituição de extrema lentidão em nosso País se rendeu aos encantos da agilidade do processo eletrônico, mas muito ainda precisa ser aperfeiçoado para garantir a celeridade necessária ao contencioso brasileiro.

Contextualiza-se que a sociedade da informação teve seu surgimento datado na primeira metade do século XX²⁹¹. Em sendo assim, a evolução dessa sociedade precedeu o surgimento de três ondas fundamentais para garantir esse processo: 1ª onda) passar de nômade a sedentário; 2ª onda) revolução industrial; 3ª onda) invenção dos grandes veículos de comunicação de massa. A terceira onda, portanto, culminou no surgimento da tecnologia digital e na conseqüente criação da internet em razão da velocidade na transmissão das informações.

Hoje estamos inseridos na sociedade da informação que trouxe inúmeros ganhos e também desvantagens. A rede global, ou seja, a “aldeia digital” permite às pessoas o fenômeno do “over choice” ou possibilidade de infinitas escolhas e o resultado disso, são os inúmeros riscos que corremos ao estar inseridos nesta teia de avanços e perigos inescrutáveis²⁹².

Portanto, surge o primeiro desafio do Direito Digital, pois a partir da aldeia digital, inúmeros usuários podem: a) ferir o princípio da intimidade ou o sigilo de dados; b) gerar uma ação de responsabilidade civil por danos morais; c) incorrer em condutas tipificadas como crimes contra a honra; d) incidir em propaganda enganosa ou abusiva no ambiente de rede e, e) surgir uma nova modalidade laboral desempenhada pelos digitais influencer. Todos esses cenários trazem incitações para o universo jurídico que precisam ser trabalhadas no intuito de fomentar a cidadania *on-line*, como é o caso das *fake news* nas eleições brasileiras de 2018.

Tais incitações comportam a quebra de paradigmas, a descentralização, a dificuldade em interpor limites territoriais e físicos, a velocidade na tomada de decisões, já que a internet gera

²⁹¹ TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. Tradução de João Távora. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.

²⁹² MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. Tradução de Décio Pignatari. 17. ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

nações virtuais que comportam pessoas, empresas e instituições de todas as partes do mundo, que apresentam variados interesses.

Para tanto, o grande desafio que gravita à órbita do problema desta evolução é enfrentar a ponderação entre globalização e a individualização na Era Digital no intuito de estabelecer uma consciência cidadã, para trabalhar com a prevenção de inúmeros incidentes no ambiente de rede, a exemplo do *ciberpopulismo*.

Pretende-se demonstrar para as pessoas que os distúrbios em rede podem ser evitados; melhorando a qualidade do relacionamento digital empático entre pessoas, no sentido de extinguir a prática do discurso de ódio e consequente polarização.

O desenvolvimento de produtos tecnológicos faz parte do movimento natural da sociedade convergente, já que a multicomunicação permitiu que a internet se tornasse o veículo transmissor, que mais transforma os relacionamentos na atual sociedade.

Apesar da internet ter surgido nos Estados Unidos na década de 60, para facilitar algumas questões militares do período, foi somente na década de 90 o seu processo de expansão em virtude da ferramenta e-mail como espaço multimídia, momento em que passamos da transmissão de simples textos às transmissões em tempo real²⁹³. Considera-se que a década de 1990 foi marcada pelo impacto decisivo das novas tecnologias, que por sua vez provocaram inúmeras decisões sobre o meio ambiente, a sociedade, a arte, a democracia e o futuro do homem.

A complexidade da evolução desse sistema deságua na necessidade de atuação do Direito nas causas e consequências desse universo, pois a velocidade das mudanças impulsiona os problemas da aldeia digital. Com isso, a globalização econômica e social exige também a globalização do pensamento jurídico. Assim, o Direito Digital passa a ser uma tarefa mais complexa do que se imagina, já que a cada dia novos princípios e diretrizes jurídicas necessitam ser implantados na sociedade para abranger os usuários e possibilitar maior segurança nas relações

²⁹³ WEBER, Kival; MELIN, Ângela. **A sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

virtuais. Menciona-se que este direito possui inúmeros aspectos polêmicos que precisam ser limitados²⁹⁴.

Discute-se que a Globalização é a palavra de ordem ou quase que um lema de encantação mágica, mas nesse fenômeno há mais coisas do que os nossos olhos podem ver, já que a névoa deixa de revelar efeitos sobre a economia, a política, as estruturas sociais e adita-se aqui o Direito Digital, mecanismo que divide e une ao mesmo tempo, causando um fosso entre os que têm e os que não têm acesso à tecnologia de maneira cidadã e consciente²⁹⁵.

Sabe-se que a sociedade convergente alavanca problemas como o analfabetismo digital, ou seja, as pessoas que possuem condições financeiras, mas não querem adquirir e conviver com as novas tecnologias e a marginalização digital, que são as pessoas que gostariam de conviver com a tecnologia, mas não tem capital para adquiri-la, principalmente no Brasil de intensas desigualdades. Nesse sentido, ao passo que a tecnologia e as redes sociais são inclusivas, quando elas excluem tornam-se cruéis. Observe a importante colocação ao se questionar quem deveria ser o responsável pela segurança e conservação da aldeia digital:

Se entendermos que a Internet é um lugar, então muitas questões do Direito devem ser redesenhadas, uma vez que o território ou jurisdição deveria ser a própria Internet. [...] Se a Internet é um meio, como é o rádio, a televisão, o fax, o telefone, então não há que falar em Direito de Internet, mas sim em um único Direito Digital cujo grande desafio é estar preparado para o desconhecido, seja aplicando antigas ou novas normas, mas com capacidade de interpretar a realidade social e adequar ao caso concreto na mesma velocidade das

²⁹⁴ PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de Informática:** comercialização e desenvolvimento internacional do software. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

²⁹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

mudanças da sociedade²⁹⁶.

Entrementes, o Direito deve refletir a realidade da sociedade. As pessoas passaram por diversas fases históricas e culturais, desde a Era Agrícola, a Era Industrial, a Era Digital e a Sociedade pós-Digital, em que os movimentos sociais podem mais do que os próprios governos, em virtude do surgimento dos nativos digitais – pessoas formadas numa geração totalmente digital.

Isso recaiu sobre a evolução do Direito Digital, que vem sendo pautado pelo aparecimento de provas eletrônicas que permeiam a maioria dos casos hodiernos, no vazamento de informações, em conflitos que ainda não são devidamente tratados em leis, no direito ao esquecimento, no direito de arrependimento de compras *on-line*, na penalização pelos crimes sobre a propriedade intelectual, dentre outros, como o limite entre a liberdade de expressão e os crimes contra a honra, que ocorrem de forma ostensiva nas redes sociais.

A primeira construção da *cibercidadania on-line* ficará a cargo dos aspectos constitucionais do Direito Digital. Nessa fase, demonstra-se quais as implicações jurídicas aos usuários que o infringirem, a quebra de mecanismo de segurança do sigilo de dados, o princípio da intimidade e os excessos da liberdade de expressão que podem ser enquadrados como *fake news*, discurso do ódio, pós-verdade e injúria racial no ambiente de rede, sendo acolhidos neste escrito como distúrbios *ciberdemocráticos*, conforme já salientado.

A *cibercidadania* é uma expressão que traduz a forma de disponibilização das informações aos cidadãos, já que as relações democráticas advêm da rede em virtude da gratuidade. Um lado discute a liberdade como o desenvolvimento dos potenciais criativos do ser humano e o outro pensa como resolver os problemas que essa liberdade ocasiona no ambiente de rede. Um dos aspectos sociais relevantes é causar discernimento nos usuários acerca da linha tênue entre a liberdade e seus excessos. Corroborar-se que a cultura da informática é tendenciosa a produzir conhecimento por simulação e depois acrescenta-se também que as ideias são germinadas a partir do interesse pelo alcance do poder que encoraja a evolução

²⁹⁶ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 71.

progressiva das *cibertecnologias*²⁹⁷.

Um forte exemplo da ausência da *cibercidadania* esteve presente nas eleições de 2018 no Brasil, haja vista que as redes sociais se tornaram verdadeiras arenas de polarização política que desencadearam inúmeras *fake news* e discursos do ódio. Percebe-se que “Entramos em uma nova fase de combate político e intelectual, em que ortodoxias e instituições democráticas estão sendo abaladas em suas bases por uma onda de populismo ameaçador [...]”²⁹⁸.

Tal ameaça nasce a partir de uma zona denominada de *ciberpolítica*, ou seja, uma área em que também se discute como se ganha, se preserva e se perde o poder – como se fosse um *ciberpríncipe* maquiaveliano²⁹⁹-, mas com um grande diferencial; os novos meios, denominados de redes sociais, que são capazes de mudar, em grande medida, muitas regras do jogo político, por meio do uso indiscriminado de técnicas de propaganda e marketing.

Essa situação não pode ser encarada como um privilégio do século XXI, haja vista que as ditaduras latino-americanas da década de 1970 sofreram impactos de propagandas baseadas na maneira como Hitler e Mussolini trabalhavam o populismo, pois o domínio das variadas técnicas de comunicação é o grande sustentáculo deste modelo. Mas, não se pode esquecer que o populismo sofreu uma gama de modificações ao longo da história.

Aborda-se que o populismo é uma técnica de conquista e manutenção do poder que nasceu no século XIX e vem ganhando mais espaço na atualidade, momento em que ficou mais clara a

²⁹⁷ LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**: o futuro do pensamento na Era da Informática. Tradução de Carlos Irineu da Costa. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2010a.; LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. 3. ed. São Paulo: Ed. 34, 2010b.

²⁹⁸ D'ANCONA, Matthew. **Pós-verdade**: a nova guerra contra os fatos em tempos de *fake news*. Barueri: Faro, 2018. p.19.

²⁹⁹ O Príncipe de Maquiavel (1997) trouxe a baila um guia estratégico acerca da política, que nasce no contexto de realismo político. Na oportunidade o filósofo inaugurou algumas formas de pensar a política como a necessidade da prática do mal para a manutenção do poder, a busca de uma política eficaz para conter instabilidades, artifícios de conquista e manutenção de estados estáveis, além da teoria dos ciclos que de maneira breve aduz que o poder é cíclico e que em seguida a ela sempre vem um poder autoritário e usurpador. Nessa linha de orientação, é possível verificar que o *ciberpopulismo* é uma estratégia de inauguração do poder autoritário e usurpador, a sorte é que há como conter o avanço desse poder, conforme será visto nos resultados deste escrito.

combinação dos elementos povo, inimigo e líder, sem esquecer que o inimigo sempre será aquilo que mais convém a um determinado povo, já o líder se trata de uma figura carismática que fala tudo o que quer³⁰⁰, ou seja, frases de efeito, provocações e insultos fazem parte da técnica de comunicação persuasiva e culturoológica³⁰¹.

É nessa linha de orientação que se afirma que os vícios de líderes populistas aos olhos do povo se transformam em seres dotados de qualidades; a sua inexperiência é prova de que ele não pertence à elite corrupta e as tensões provocadas por seus discursos são balizadas pelas técnicas de propaganda como sendo parte da sua liberdade de espírito³⁰².

Nos últimos tempos, é possível verificar que as ondas populistas não podem ser rotuladas como sendo de direita ou esquerda, pois não se pode associar o tema a uma ideologia ou contexto econômico. A definição de populismo começa pela maneira como alguns líderes conquistam e se mantêm no poder e pelo modo de abordar a política por meio de uma matriz antidemocrática³⁰³. O que deixa transparente a sua necessidade de ir na contramão dos princípios constitucionais republicanos e pluralistas.

O paralelo que se traça ante esta temática e o *lawfare* é que o *ciberpopulismo* desencadeia o nascedouro de inimigos políticos, ferindo a condição plural da mesma e abrindo espaço para a prática do *lawfare*. Desta feita, o *ciberpopulismo* é a condição meio para que o *lawfare* atue como condição final.

Assim, a polarização política e o combate aos princípios republicanos e pluralistas podem ser potencializados pela comunicação em rede, pois faz surgir o *ciberpopulismo* que é capaz de ameaçar e questionar até o valor do regime democrático. E como é possível? A propaganda é a responsável por

³⁰⁰ CASULLO, María Esperanza. **Por qué funciona el populismo?** El discurso que sabe construir explicaciones convincentes de um mundo em crisis. Buenos Aires: Sigilo XXI, 2018.

³⁰¹ BELTRÃO, Luiz; QUIRINO, Newton de Oliveira. **Subsídios para uma Teoria da Comunicação de Massa**. 3. ed. v. 13. Coleção novas buscas em comunicação. São Paulo: Summus, 1986.

³⁰² EMPOLI, Giuliano da. Os engenheiros do caos. Tradução de Arnaldo Bioch. São Paulo: Vestígios, 2020.

³⁰³ BRUZZONE, Andrés. **Ciberpopulismo: política e democracia no mundo digital**. São Paulo: Contexto, 2021.

oferecer a construção de discursos e a plataforma de comunicação passa a distribuí-los em tempo real.

A tecnologia digital faz o *ciberpopulismo* atingir largas escalas ao redor do mundo, já que a informação chega sempre de forma fragmentada, incerta, excessiva e aterrorizante. O que para a democracia é algo perigoso, pois é neste momento que entregamos o pensar e incentivamos o crescimento do *ciberpopulismo*, tornando simples jogar a culpa de tudo no próximo inimigo político de ocasião. Ainda nessa perspectiva, “O *ciberpopulismo* é uma ameaça real à democracia. Mata e destrói, provoca sofrimento, diminui as nações, afasta as pessoas e limita a inteligência”³⁰⁴.

Ao adentrar-se no Brasil de 2020, é possível verificar que o então presidente se investiu desse mesmo propósito ao disseminar no ambiente de rede um desserviço de informações que foram capazes de negar a gravidade da pandemia por inúmeros brasileiros.

Tal disseminação de informações é ocasionada, principalmente, pelas *fake news* que têm o condão de propagar o discurso do ódio e sabotar a democracia. Afirma-se que o sujeito do ambiente de rede “[...] é objeto de uma torção na cena do Espetáculo. Em vez de ser a figura ativa que a filosofia moderna desenhou, cerne da experiência com a vida objetiva, o sujeito é aquele que se submete [...]”³⁰⁵.

A partir do momento que nos submetemos ao convívio pacífico com esses distúrbios da sociedade em rede não temos mais a perspicácia reflexiva que tanto construímos ao logo dos tempos e estamos diante de um dos grandes desafios da democracia no século XXI, que é o modelo de polarização política aflorado pelas redes sociais.

Admite-se que as redes sociais funcionam como sistemas de controle de imigração em que os recursos tecnológicos permitem o atendimento cada vez mais personalizado, para que haja cada vez mais a transformação das pessoas em mercadorias algori-

³⁰⁴ BRUZZONE, Andrés. **Ciberpopulismo**: política e democracia no mundo digital. São Paulo: Contexto, 2021. p. 02.

³⁰⁵ TIBURI, Márcia. **Olho de vidro**: a televisão e o estado de exceção da imagem. Rio de Janeiro: Record, 2011. p. 212.

tmizadas³⁰⁶.

Nessa linha de orientação, o *ciberpopulismo* gera polarização e a democracia ameaçada corre contra o tempo em busca da articulação de antídotos, mas como conseguir este feito se os cidadãos podem alterar a comunicação a partir de líderes *ciberpopulistas* e a tecnologia muda a maneira como nos relacionamentos com os outros, gerando uma crise de narrativa, que ignora a pluralidade por meio das falas de ódio.

A democracia, portanto, tenta regular os conflitos advindos dessa guerra de narrativas com base na construção de consensos, mas a internet se torna uma possibilidade real de influenciar esses acordos, conforme foi feito com os partidos políticos que perderam o seu protagonismo em meio a essa situação.

O *ciberpopulismo*, neste tino, modifica as narrativas políticas, ludibria os cidadãos com discursos falaciosos e traz à baila uma relação perigosa haja vista que o inimigo e o povo mudam segundo as necessidades de um salvador que pretende se apossar do poder. Diante disso, é possível prescrever que tanto a comunicação como a internet são capazes de potencializar a narrativa *ciberpopulista* em dimensões globais.

Observa-se que as pessoas que não militavam nas ruas, agora passaram a militar nas redes sociais, o que potencializa as ondas de ódio e indignação seletiva, como combustível para a *ciberpolítica* que cada vez mais precisa conviver com os verbos cancelar, insultar, provocar e diminuir nas redes sociais. Diante desta situação, verifica-se que “O espelho das primeiras eleições brasileiras sob o signo da *ciberpolítica* mostrou um rosto assustadoramente feio”³⁰⁷.

Situação em que se pode concluir que o *ciberpopulismo* amplia inimizade na sociedade, pois quando o cenário não possui inimigo, não pode possuir também o salvador que o povo tanto anseia, ou seja, sem *lawfare* não há *ciberpopulismo*.

Com o *ciberpopulismo* a democracia necessita administrar seus antídotos a fim de evitar a polarização, porque as pessoas costumam alterar a comunicação por meio da tecnologia e isso

³⁰⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

³⁰⁷ BRUZZONE, Andrés. **Ciberpopulismo**: política e democracia no mundo digital. São Paulo: Contexto, 2021. p. 05.

muda a maneira como as pessoas se relacionam e a narrativa individual e coletiva também.

Reitera-se que o individualismo ignora a pluralidade e a democracia é o antídoto para regular os conflitos com base em acordos, sejam eles resultantes de guerras, revoluções, história, língua, heróis ou até acordos comuns, pois na luta pelo poder, a construção de narrativas plurais é algo essencial e a internet tanto pode influenciar no fechamento como na polarização de determinados acordos.

A força do ódio e da indignação seletiva podem ser a finalidade do *ciberpopulismo* e o combustível de uma política em que as palavras de ordem são insultar e cancelar, já que alimenta a cisão social.

O que é certo é que a sociedade digital está evoluindo e o Direito tem o dever de acompanhar essa mudança para garantir a segurança nas relações sociais, na pluralidade e na qualidade da democracia. Com isso, o Direito é influenciado por essa nova realidade e a dinâmica da Era da informação exige uma profunda mudança na forma como o Direito é pensado na prática cotidiana.

Preceitua-se que “Ensinar a navegar na web com discernimento é a missão cultural mais urgente da nossa época”³⁰⁸. Por esses motivos, vê-se a necessidade de debater esse paradoxo do ambiente de rede, pois de um lado ele amplia as identidades coletivas e de outro faz recuar os princípios republicanos e pluralistas, ocasionando o retrocesso democrático.

Considerações finais

Verificou-se uma linha tênue que gravita a órbita do *ciberpopulismo*, qual seja, de um lado o ambiente de rede promove a democratização da informação e a voz de novas identidades coletivas, mas, de outra sorte é possível recuar os princípios republicano e pluralista de modo a prejudicar a qualidade da democracia no Brasil. Ademais, o *ciberpopulismo*

³⁰⁸ D'ANCONA, Matthew. **Pós-verdade**: a nova guerra contra os fatos em tempos de *fake news*. Barueri: Faro, 2018. p. 107.

ao possibilitar o surgimento de um inimigo político na ocasião também ensinaria a facilitação da prática do *lawfare*.

Verifica-se a ideia de que não se pode lançar, portanto, amarras aos meios de comunicação e a propagação de informações no ambiente de rede, mas sim, controlar seus abusos, para assegurar que os princípios fundamentais sejam salvaguardados em sua integralidade.

Por fim, é importante colaborar com um juízo de limitação e/ou harmonia, malgrado a atuação técnicas de propagandas utilizadas de maneira ética possam acautelar uma sociedade mais democrática, a partir da contenção de riscos ocasionada pelo *ciberpopulismo* ameaçador. Assim, a luta que se sugestiona diante desse contexto pode ser albergada pelo pluralismo, pensamento crítico, escuta ativa, empatia e diálogo na busca da construção de consensos.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BELTRÃO, Luiz; QUIRINO, Newton de Oliveira. **Subsídios para uma Teoria da Comunicação de Massa**. 3. ed. v. 13. Coleção novas buscas em comunicação. São Paulo: Summus, 1986.

BRUZZONE, Andrés. **Ciberpopulismo: política e democracia no mundo digital**. São Paulo: Contexto, 2021.

CASULLO, Maria Esperanza. **Por qué funciona el populismo?** El discurso que sabe construir explicaciones convincentes de um mundo em crisis. Buenos Aires: Sigilo XXI, 2018.

D'ANCONA, Matthew. **Pós-verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news**. Barueri: Faro, 2018.

EMPOLI, Giuliano da. **Os engenheiros do caos**. Tradução de Arnaldo Bioch. São Paulo: Vestígios, 2020. Disponível em:

DOI: <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2021.2.39868>.

Acesso em: 24 jul. 2024.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**: o futuro do pensamento na Era da Informática. Tradução de Carlos Irineu da Costa. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2010a.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. 3. ed. São Paulo: Ed. 34, 2010b.

MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. Tradução de Décio Pignatari. 17. ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2009.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de Informática**: comercialização e desenvolvimento internacional do software. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TIBURI, Márcia. **Olho de vidro**: a televisão e o estado de exceção da imagem. Rio de Janeiro: Record, 2011.

TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. Tradução de João Távora. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.

WEBER, Kival; MELIN, Ângela. **A sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

**SECTORES REGULADOS Y DESREGULACIÓN EN
MERCADOS ELÉCTRICOS. ESTABILIDAD DE
SISTEMAS ELÉCTRICOS EN AISLAMIENTO:
EL SÍNDROME DE TEXAS Y LOS CASOS
DE BRASIL Y MIBEL**

(De)Regulatory Attitudes in Electricity Generation/Wholesale
Markets: The Texas Syndrome, The Brazil & Mibel Case Studies

PEDRO DIAZ PERALTA

Pedro Diaz Peralta

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.
Visiting Professor of Yale School of Environment - Michelle L. Bell's Research Group - Yale University / Departamento de Derecho Administrativo - Universidad Complutense de Madrid.
Email: pdiazper@ucm.es

Resumen: La fiabilidad del sistema eléctrico en su conjunto puede verse comprometida por la falta de compensación entre generación eléctrica y demanda, y por las perturbaciones en la distribución eléctrica que pueden provocar en última instancia cortes de energía, desconexiones y fallos estructurales. Si tenemos en cuenta además el carácter intermitente y fluctuante de las energías renovables, los eventos climáticos que pueden afectar a la generación y distribución eléctrica, añaden presión a la fiabilidad del sistema. Con la metodología del estudio de caso de un caso extremo en el estado norteamericano de Texas, donde el desbalance crítico experimentado en 2021 en la red estatal, en gran parte consecuencia de la desregulación y el aislamiento respecto a las principales interconexiones eléctricas de la región, agravó las consecuencias de un evento climático adverso, el estudio alcanza su objetivos.

Palabras clave: regulación; mercados eléctricos; cuencas hidroeléctricas; generación; tarificación.

Abstract: The electrical system's reliability can be compromised by the lack of compensation between electricity generation and demand and by disturbances in the electrical distribution that can ultimately cause power outages, disconnections, and structural failures. If we also consider the intermittent and fluctuating nature of renewable energies, weather events that can affect electricity generation and distribution pressure the system's reliability. With the case study methodology of an extreme case is that of the North American state of Texas, where the critical imbalance experienced in 2021 in the state network, largely due to deregulation and isolation from the main electrical interconnections in the region, aggravated the consequences of a climate event adverse, the

study achieves its objectives.

Keywords: regulation; electricity markets; hydroelectric basins; generation; pricing.

Introducción

El objetivo de este análisis es revisar los retos principales a los que se enfrentan los sistemas eléctricos con elevada contribución de fuentes renovables, siguiendo los casos - estudio de Brasil y del Mercado Ibérico-MIBEL (el mercado eléctrico común de España y Portugal), o donde el aislamiento del sistema impide la adecuada utilización del potencial generador procedente de renovables.

En síntesis, la fiabilidad del sistema se ve comprometida por: a) El aislamiento del sistema llega a afectar al balance de generación (Texas), b) la falta de adecuación de la política y las prioridades de la política (Brasil), c) el mercado eléctrico limita la utilización del excedente estructural de energías renovables (como en Mercado Ibérico de Electricidad - MIBEL), por la naturaleza fluctuante de las “renovables”.

Este hecho requiere un adecuado análisis de escenarios que representen un riesgo y comprometan la confiabilidad del sistema eléctrico, como escasez de agua y olas de calor en zonas tropicales o fuertes nevadas en climas fríos.

1 Organización de Mercados Eléctricos Autónomos. Algunos Ejemplos Relevantes

Desde finales del siglo XX, el mercado eléctrico ha experimentado un proceso gradual de desregulación con el objetivo de mejorar la eficiencia en la generación, transmisión y distribución de energía. La posición dominante en el mercado de operadores del sistema de transmisión y distribución eléctrica impone la necesidad de fortalecer el papel regulatorio de las instituciones gubernamentales mejorando la gobernanza y las herramientas disponibles para evitar interrupciones de servicio y reducir los impactos esperados.

En el caso particular de Brasil, y dada su dependencia de la generación hidroeléctrica, garantizar unos caudales lo más estables posibles en las cuencas principales, incluida la gestión de desastres, debe ser una prioridad política. Cualquier perturbación en esos sistemas sensibles tiene consecuencias directas en el precio de la electricidad a través del ajuste entre la generación y la demanda.

Un aspecto particularmente relevante es el impacto potencial en la fiabilidad del sistema eléctrico, en el sentido de la capacidad de soportar perturbaciones en la generación y distribución eléctrica que en última instancia provocan efectos devastadores como cortes de energía, desconexiones y apagones. Si tenemos en cuenta además el carácter intermitente y fluctuante de las energías renovables, la fiabilidad del sistema eléctrico como un todo puede verse comprometida por la falta de compensación entre generación eléctrica y consumo.

1.1 Autarquía³⁰⁹ y fiabilidad de los sistemas eléctricos

Las conexiones de suministro de una red eléctrica a otra pueden aumentar la fiabilidad y estabilidad del suministro de energía y ayudar a forjar una transición hacia fuentes de energía más limpias. Los enlaces a escala continental que unen las redes eléctricas marcan la diferencia entre una energía fiable o no. En términos simples, una interconexión de red une una red de redes locales a una frecuencia sincronizada lo que permite el intercambio de energía de las redes locales con excedentes a aquellas que tienen una demanda superior a la que pueden producir.

2 Estructura Hidroeléctrica de Brasil y Déficit Energético

La energía hidroeléctrica abastece hasta el 95% de la demanda en Brasil. Pero desde principios del siglo XXI un gran

³⁰⁹ ESPANHA. Real Academia Española – RAE. **Diccionario de la lengua española.** Termo autarquía Autarquía, del gr. αὐτάρκεια autárkeia 'autosuficiencia'; 1. f. autosuficiencia. 2. f. Política de un Estado que intenta bastarse con sus propios recursos.

desafío es cómo expandir la producción de electricidad sin el uso masivo de combustibles fósiles³¹⁰.

La expansión de la capacidad hidroeléctrica nominal en los años 2010 no fue seguida por una mayor generación hidroeléctrica. Si bien el mercado eléctrico ha estado experimentando en los últimos años un proceso gradual de desregulación destinado a mejorar la eficiencia de los sistemas de generación y distribución, mantener un flujo estable en las principales cuencas debe ser una prioridad de política, incluida la gestión de desastres ya que las perturbaciones “también tienen consecuencias en la tarificación eléctrica a través del ajuste entre la generación eléctrica y la demanda eléctrica”³¹¹.

Brasil tiene hoy alrededor de 85 GW de represas hidroeléctricas y 12 GW de energía hidroeléctrica de pasada, pero varios estudios relevantes sugieren un aumento de dos a tres veces en la demanda en la década de 2030, comprometiendo seriamente la confiabilidad del sistema en el futuro:

Si bien los escenarios no consideran un aumento en la producción hidroeléctrica anual, en todos ellos la hidroeléctrica necesita entregar mayor potencia por más tiempo, principalmente al final del verano (febrero/marzo). En 2018 la generación hidroeléctrica en Brasil entregó más de 70 GW durante solo 12 horas, mientras que puede llegar a 360 GW en 2030³¹².

La otra cara de la moneda es la creciente demanda de agua en Brasil para el riego de cultivos, principalmente para la producción de caña de azúcar. Sin embargo, en un contexto de escasez de recursos hídricos agravada por los efectos adversos del cambio climático, un gran dilema es establecer prioridades para el agua utilizada para la producción de energía, ya sea

³¹⁰ BELANÇON, Marcos Paulo. Brazil electricity needs in 2030: trends and challenges. **Renewable Energy Focus**, mar., 2021.

³¹¹ SANTOS, Tiago Norbiato *et al.* Hourly pricing and day-ahead dispatch setting in Brazil: The dessem model. **Electric Power Systems Research**, v. 189, dec., 2020.

³¹² BELANÇON, Marcos Paulo. Brazil electricity needs in 2030: trends and challenges. **Renewable Energy Focus**, mar., 2021, p. 89-95.

directamente para la generación de energía hidroeléctrica o indirectamente para el riego de cultivos para biocombustibles.

2.1 Sistema de tarificación y regulación del agua

Como comentan varios autores los operadores del sistema interconectado nacional han tomado algunas decisiones optimistas transfiriendo agua sin respetar en muchos casos caudales mínimos ecológicos³¹³, tecnológicos, realizando una planificación y estimación inadecuada de tendencias de la demanda, sin tener en cuenta el balance total del sistema hidroeléctrico para evitar desconexiones y riesgos de apagones³¹⁴, el impacto potencial en la confiabilidad del sistema eléctrico ya que Brasil depende en gran medida de la generación hidroeléctrica.

Desde la década de 1990, el mercado eléctrico viene experimentando un proceso gradual de desregulación. Sin embargo, la transmisión y la distribución son monopolios por naturaleza. Para hacerlos más eficientes, es necesario realizar análisis adaptados a la evolución real de la demanda.

El diseño de las tarifas de distribución eléctrica debe considerar una justa asignación de costos. Cada consumidor debe pagar una fracción del costo del servicio. La tarifa de dos partes en la distribución de electricidad comenzó en Francia, donde se conoció como la tarifa verde³¹⁵. Diseñada para controlar la demanda pico y valle, la tarifa en dos partes optimiza el sistema energético.

La aplicación de una tarifa de dos partes a las redes de distribución de electricidad es el principal enfoque de tarificación utilizado en Brasil, donde la combinación de generación es principalmente a partir de hidrogenación³¹⁶. El

³¹³ HUNT, Julian David *et al.* Energy crisis in Brazil: impact of hydropower reservoir level on the river flow. **Energy**, v. 239, parte A, 15 jan. 2022.

³¹⁴ MORAES, Márcia Maria Guedes Alcoforado de *et al.* Integrated economic models to support decisions on water pricing in biofuel production river basins: three case studies from Brazil. **Biofpr**, v. 10, n. 3, maio/jun., 2016. p. 255-269.

³¹⁵ SAUNDRY, Peter D. Review of the United States energy system in transition. **Energy, Sustainability and Society**, v.9, 25 jan., 2019, p.1-32.

³¹⁶ SANTOS, Paulo E. Steele; LEME, Ráfafa Coradi; GALVAO, Leandro. On the two-part electrical tariff - The Brazilian perspective. **Energy Policy**, v. 40, jan./2012, p.123-130.

estudio de Hunt *et al*³¹⁷ presenta dos diferentes datos de análisis.

2.2 Impacto del cambio climático en la generación eléctrica

A partir de la década de 1960, y antes del marco constitucional de 1988, se inició la adopción de iniciativas legislativas como la ley federal 4.771, de 1965, sobre protección ambiental, con la creación, en el Estado de São Paulo, de la Secretaría Especial de Medio Ambiente por Ley Estadual n° 118, de 29 de junio de 1973; y la ley federal n° 6.938/81 con normas específicas para la preservación del medio ambiente en la propiedad privada, con el decreto 99.274, de 1990, que crea el Sistema Nacional Ambiental (SISNAMA) con una estructura propia de gestión ambiental formada por órganos y entidades de la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios.. En el mismo sentido, la Ley n° 9.433 8 de enero de 1997, la ley del agua³¹⁸ y la Ley n° 9.605 de 12 de febrero de 1998, que prevé sanciones penales y administrativas derivadas de conductas y actividades lesivas para el entorno³¹⁹.

La generación de energía hidroeléctrica es un recurso sostenible que juega un papel fundamental en los países de América Latina en el grupo de generación de energía. Cualquier factor capaz de afectar la calidad, disponibilidad, volumen de agua circulante y flujo promedio de agua dulce, incluyendo el manejo de agua de ríos, estuarios, transferencias, desvíos y sistemas de canales, debe ser cuidadosamente analizado. Los casos que afectan al sistema de generación, distribución y tarificación eléctrica, añaden presión a los problemas adicionales del cambio climático derivados de fenómenos

³¹⁷ HUNT, Julian David *et al*. Energy crisis in Brazil: impact of hydropower reservoir level on the river flow. **Energy**, v. 239, parte A, 15 jan. 2022.

³¹⁸ BRASIL. **Lei n° 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.

³¹⁹ BRASIL. Decreto n° 99.274, de 06 de junho de 1990. Regulamenta a Lei n° 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei n° 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências.

meteorológicos extremos, como sequías u olas de calor³²⁰. Este hecho requiere un adecuado análisis de escenarios que representen un riesgo y comprometan la confiabilidad del sistema eléctrico, como escasez de agua y olas de calor en zonas tropicales o fuertes nevadas en climas fríos. La otra cara de la moneda es la creciente demanda de agua en Brasil para el riego de cultivos, principalmente para la producción de caña de azúcar³²¹. Sin embargo, en un contexto de escasez de recursos hídricos agravada por los efectos adversos del cambio climático, un gran dilema es establecer prioridades para el agua utilizada para la producción de energía, ya sea directamente para la generación de energía hidroeléctrica o indirectamente para el riego de cultivos para biocombustibles. Varios artículos publicados recientemente presentan evaluaciones exhaustivas tanto de la eficiencia de la energía hidroeléctrica (incluidas medidas para la supresión de precios) como de la evolución de la demanda de agua para biocombustibles, principalmente de la caña de azúcar.

La energía eólica y solar están limitadas por su característica discontinuada. Además de eso, la energía térmica en Brasil históricamente fue proporcionada por biomasa, que es estacional y depende del clima. Aunque la biomasa ha sido superada por la térmica- Gas- en los últimos años. Solo dos reactores nucleares están funcionando en Brasil y no se espera que la participación de la energía nuclear cambie significativamente en la próxima década, ya que solo hay un reactor en la fase de construcción, que se detuvo en 2014. En 2030 se supone que solo la eólica y la solar tendrán la flexibilidad suficiente para cubrir los 137 TWh adicionales necesarios, lo que se traduce en una fuerte apuesta por el desarrollo de esas fuentes.

El cambio climático es uno de los riesgos más importantes que amenazan al planeta tanto hoy como en el futuro. Las

³²⁰ GURGEL, Angelo C; PALTSEV, Sergey; BREVIGLIERI, Gustavo Velloso. The impacts of the Brazilian NDC and their contribution to the Paris Agreement on climate change. **Environment and Development Economics**, Cambridge, v. 24, n. 4, 15 abr., 2019, p. 395-412.

³²¹ MORAES, Márcia Maria Guedes Alcoforado de *et al.* Integrated economic models to support decisions on water pricing in biofuel production river basins: three case studies from Brazil. **Biofpr**, v. 10, n. 3, maio/jun.,2016. p. 255-269.

soluciones a este problema probablemente requieran cooperación a nivel global³²². El Acuerdo de París de 2015 es el acuerdo internacional más amplio e inclusivo destinado a abordar el cambio climático a nivel mundial. En virtud del Acuerdo de París, ha anunciado planes para reducir sus emisiones en un 37 % para 2025 y un 43% para 2030 (en relación con los niveles de 2005) en su Contribución determinada a nivel nacional (NDC)³²³.

Para lograr estos objetivos, la NDC brasileña destacó sus intenciones de disminuir la deforestación, reforestar áreas degradadas, expandir el uso de fuentes de energía renovables, aumentar la eficiencia energética e intensificar la producción agrícola y ganadera. Ya hay varios estudios sobre el control de emisiones de GEI en Brasil. Diversos autores investigaron los impactos de los impuestos al carbono en la economía brasileña. Melo *et al.* proyectaron los impactos del cambio climático en la agricultura brasileña³²⁴. El estudio explica que, en 2010, EMCB analizó los costos de reducir la deforestación en la región amazónica, implementando en gran medida biocombustibles en la combinación energética y adoptando impuestos al carbono, pero cada una de estas opciones de mitigación se consideró individualmente en modelos alternativos³²⁵.

En este contexto, una pregunta emergente es si valdría la pena considerar los mercados energéticos y la gestión de los recursos hídricos en su conjunto desde la perspectiva de mejorar la eficiencia económica de los recursos destinados a la producción de energía. Al mismo tiempo, la preservación de la integridad y calidad de los recursos hídricos adquiere una importancia primordial para garantizar la competitividad y la

³²² FORMIGA-JOHNSON, Rosa María; KUMLER, Lori; LEMOS, Maria Carmen. The politics of bulk water pricing in Brazil: lessons from the Paraíba do Sul River Basin. **Water Policy**, v. 9, p. 87-104, fev., 2007.

³²³ UNFCCC, 2016.

³²⁴ MELO, Mário Marcelino Luis de *et al.* Competition between multiple uses of water in the Belo Horizonte Metropolitan Area: the Paraopeba River water basin. **UNESCO, Second International Conference «Water, Megacities and Global Change»** Pre-Conference 7-11 December.2010.

³²⁵ MELO, Mário Marcelino Luis de *et al.*, Competition between multiple uses of water in the Belo Horizonte Metropolitan Area: the Paraopeba River water basin. **UNESCO, Second International Conference «Water, Megacities and Global Change»** Pre-Conference 7-11 December.2010.

sostenibilidad del sistema fluvial, así como la estabilidad social. En este aspecto, el desastre de Brumadinho, analizado a continuación, también debe ser abordado en términos de competencia intersectorial por el suministro de agua.

2.3 El desastre de Brumadinho y sus consecuencias en el sistema de generación hidroeléctrica

El colapso de la presa de Brumadinho en enero de 2019 fue un gran desastre ambiental en Brasil. Además de los efectos ecológicos, las implicaciones sociales y económicas del colapso afectaron a todos los sectores relacionados. Como resultado, se comprometió la calidad del suministro de agua para la producción agrícola y la población en general. Mantener los sistemas de ríos y cuencas en un buen equilibrio ambiental se ha convertido en una prioridad en Brasil para garantizar la sostenibilidad y el aprovechamiento económico de sus recursos naturales, particularmente en áreas que sufren escasez de agua³²⁶. Un aspecto particularmente relevante del desastre de Brumadinho fue el impacto potencial en la confiabilidad del sistema eléctrico ya que Brasil depende en gran medida de la generación hidroeléctrica. En este sentido, la Central Hidroeléctrica Retiro Baixo en el río Paraopeba, aguas abajo del punto de ruptura de la presa, ayudó a mitigar los impactos de los flujos de lodo en las áreas finales de la cuenca Paraopeba, pero alteró temporalmente el equilibrio de producción eléctrica en la zona.

Paraopeba es uno de los principales afluentes del río Sao Francisco, el segundo río más largo de Brasil que fluye hacia el norte hasta el Océano Atlántico³²⁷. Su cuenca también abastece de agua a la región del Gran Belo Horizonte que alberga a 6 millones de habitantes (26% de la población) y representa el

³²⁶SOUZA, Tatiana da Silva *et al.* Cytogenotoxicity of the water and sediment of the Paraopeba River immediately after the iron ore mining dam disaster (Brumadinho, Minas Gerais, Brazil). **Science of the Total Environment**, v. 775, 25 jun. 2021.

³²⁷TEIXEIRA, David Bruno de Sousa *et al.* Spectro-temporal analysis of the Paraopeba River water after the tailings dam burst of the Córrego do Feijão mine, in Brumadinho, Brazil. **Environmental Monitoring and Assessment**, v. 193, n. 435, 2021.

40% del PIB total del estado³²⁸, cubriendo un área de casi 6000 km² en Minas Gerais. Los usos más relevantes de esta cuenca, a través de su sistema tributario, son la generación de energía, el abastecimiento público e industrial, la minería y las actividades agrícolas. Aguas abajo de Retiro Baixo, se encuentra la Gran Presa de Três Marias, principal punto de regulación de los caudales del río São Francisco y para la generación de energía eléctrica a través de la Usina de Mascarenhas³²⁹.

El posterior desarrollo del Proyecto de Trasvase de Agua de Sao Francisco (Transposição do rio São Francisco³³⁰) destinado a abastecer de agua a las zonas semidesérticas del norte del país en los estados de Ceará, Pernambuco, Paraíba y Rio Grande do Norte ha puesto de relieve la necesidad de mantener en buena calidad toda la cuenca. Los estudios han estimado que la actividad económica en la cuenca representa más del 13% del PIB de Brasil³³¹. Un caudal de agua relevante es desviado a través del canal Acaua-Araçagi (Canal das Vertentes Litorâneas) que abastece de agua a la Cuenca del Bajo Paraíba.

3 La Crisis Eléctrica de Texas de Febrero de 2021 y la Desregulación del Sector Eléctrico

Desde 1999, cuando el entonces gobernador. George Bush firmó una ley que desreguló el mercado eléctrico de Texas, se trajo a debate la falta de preparación de la red eléctrica en Texas. El sistema de energía de Texas difiere de los que sirven al resto de los Estados Unidos en varios aspectos. La mayor parte del estado depende de una red, administrada por una organización llamada Electric Reliability Council of Texas (ERCOT), que está

³²⁸ MELO, Mário Marcelino Luis de *et al.* Competition between multiple uses of water in the Belo Horizonte Metropolitan Area: the Paraopeba River water basin. **UNESCO, Second International Conference «Water, Megacities and Global Change»** Pre-Conference 7-11 December 2010.

³²⁹ MARQUES, Érika Tavares; GUNKEL, Günter; SOBRAL, Maria Carmo. Management of Tropical River Basins and Reservoirs under Water Stress: experiences from Northeast Brazil. **Environments**, v. 6, n. 62, 2019.

³³⁰ BRASIL. Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional. **Projeto de Integração do Rio São Francisco**.

³³¹ MORAES, Márcia Maria Guedes Alcoforado de *et al.* Integrated economic models to support decisions on water pricing in biofuel production river basins: three case studies from Brazil. **Biofpr**, v. 10, n. 3, maio/jun., 2016. p. 255-269.

casi completamente separada de las otras dos redes estadounidenses, las interconexiones del Este y el Oeste, que proporcionan electricidad al resto del país. Grandes cantidades de electricidad se mueven entre los estados dentro de las otras redes, pero la red de Texas tiene solo unos pocos enlaces de baja capacidad con la Interconexión del Este y con México, y puede importar menos del 2% de sus necesidades. El mercado de energía desregulado de Texas también lo distingue. A diferencia de otros estados, los productores son compensados solo por generar electricidad, no por mantener la capacidad de reserva.

3.1 Impacto regulatorio y consecuencias para el desarrollo de las renovables

El caso de Texas ilustra la necesidad de garantizar la fiabilidad y la resiliencia energética de los sistemas de generación y distribución eléctrica a través de la interconexión efectiva de las redes. De manera similar, durante las últimas olas de calor el estado de California pudo contar con el suministro del este para aliviar la presión sobre su red, pero ese aporte resultó insuficiente³³². Este hecho cobra una importancia crucial ya que EE. UU. planea aumentar la proporción de energías renovables en su *mix energético*, lo que puede provocar un aumento de la intermitencia (fluctuación en la energía producida) en la red, si no se activan los mecanismos de trasvase de energía entre redes de distribución. Con las interconexiones regionales, los cortes o la baja producción de energías renovables en una región pueden compensarse con un suministro de energía de otras regiones³³³.

El despliegue y el funcionamiento de las energías renovables se limitan a la cantidad que la red puede absorber fácilmente para igualar la oferta y la demanda. Esto implica que, aunque la producción solar sea alta durante el día, a menudo no coincide con el pico de demanda de energía que se produce a partir del atardecer. Lo mismo ocurre con otras fuentes renovables como

³³²MULKERN, Anne C. California Faces Summer Blackouts from Climate Extremes. **Scientific American**, mayo, 2022.

³³³GARG, Pratima. What Are Grid Interconnections and What Complicates Them? **Clean Energy Finance Forum**, 9 mar., 2022.

la eólica, que dependen extraordinariamente de los vientos circulantes. Por lo tanto, las instalaciones de parques solares/eólicos a menudo funcionan muy por debajo de su capacidad cuando las circunstancias de luz solar/ viento no son las más adecuadas.

Este *handicap* puede cambiar con la interconexión a gran escala de redes. Los beneficios financieros y de fiabilidad parecen superar el coste según los expertos, dado que el envejecimiento del sistema de transmisión obliga a su renovación antes de que empiece a fallar sistemáticamente. En 2016, uno de los laboratorios del Departamento de Energía de EE. UU. en Colorado llevó a cabo el *Estudio de mallado de interconexiones*- Interconnections Seam Study. Su objetivo era analizar el estado de los convertidores obsoletos instalados entre las redes este y oeste para evaluar si necesitaban reemplazo. Por lo tanto, simularon y modelaron líneas de alto voltaje que conectaban este y oeste para evaluar si estas podrían recuperar costes y financiarse por sí mismas. Aunque el informe concluyó que la mejora de mallado de las interconexiones aceleraría el desarrollo e integración de las energías renovables y se amortizaría por sí mismo, también predijo un cierre rápido de las plantas de carbón, aspecto éste muy controvertido.

3.2 Lecciones aprendidas

En todo caso, y la experiencia con la crisis energética de Texas de 2021 lo demuestra sin género de dudas, la transición a energías más limpias depende de la eficiencia y la fiabilidad de las interconexiones de las redes eléctricas, además del volumen de potencia instalada obtenida de energías renovables, principalmente solar y eólica. Como en el caso de MIBEL, que se analizará a continuación, las interconexiones regionales desempeñarán un papel esencial en la creación de redes más eficaces y resilientes. Existen numerosos desafíos que deben abordarse consecutivamente, como un mayor riesgo cuando las líneas de alto voltaje se vean afectadas por el clima o la falta de infraestructuras de apoyo³³⁴. Además, una dificultad añadida es

³³⁴ LESLIE, Mitch. Texas Crisis Highlights Grid Vulnerabilities. **Engineering**, v. 7, out.,2021, p. 1348-1350.

el diseño y gestión de sistemas complejos y dinámicos que requiere la estandarización de frecuencias, transmisión y procesos que aseguren el buen funcionamiento de la red interconectada nacional.

En Texas, el papel de organismo regulador de ERCOT ha sido duramente criticado por los analistas durante los años previos al colapso de 2021 por su aparente falta de voluntad para imponer a los operadores las medidas e inversiones necesarias para mejorar la respuesta a emergencias y crisis a través de la duplicación de las redes estratégica de producción y distribución de electricidad. ERCOT ha venido manteniendo invariablemente que las medidas para garantizar la fiabilidad del sistema texano eran económicamente inviables para los operadores privados. Este riesgo potencial de colapso del sistema y de falta de preparación ante situaciones de crisis ya fue objeto de agrio debate desde el mismo momento en que el gobernador George Bush firmó la ley que desreguló el mercado eléctrico de Texas en 1999³³⁵. Finalmente, la asignación de costes entre productores y consumidores es otro punto controvertido para alcanzar los logros de otros sistemas interconectados, como es el caso del europeo.

4 El Mercado Eléctrico de la Energía Eléctrica (MIBEL) y el Problema del Excedente de Renovables

MIBEL es el resultado de la cooperación entre los Gobiernos de Portugal y España con el objetivo de promover la integración de los sistemas eléctricos de ambos países y es líder mundial en la integración diaria de la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables en el mercado eléctrico, con parte

³³⁵“Desde 1999, cuando el entonces gobernador. George Bush firmó una ley que desreguló el mercado de electricidad de Texas, un debate se ha desatado sobre si la medida ha beneficiado a los habitantes de Texas y en qué medida. La desregulación tenía como objetivo introducir la competencia en el mercado como una forma de aumentar las opciones para los consumidores y obligar a bajar los precios. (...) Los grupos conservadores afirman que la desregulación ha permitido a los consumidores elegir precios de electricidad más bajos, ha provocado que las plantas de generación obsoletas sean reemplazadas por nuevas y eficientes y ha fomentado la energía renovable. Otros argumentan que la desregulación ha provocado que las tarifas para los tejanos sean más altas de lo que habrían sido de otro modo”. GALBRAITH, Kate. **The Texas Tribune**, 12 jul., 2010.

de generación dependiendo de la dinámica atmosférica. La singularidad de MIBEL es que el sistema se puede comparar con una “isla de Energía” donde la red de transporte está altamente interconectada³³⁶ para equilibrar la alta contribución de las fuentes de energía renovables a la red eléctrica, una de las características más destacadas del sistema eléctrico ibérico. Desde la creación del MIBEL en 2007, se han establecido mecanismos de cooperación para evitar la volatilidad de precios. La red de transporte en España está muy entrelazada; la red está interconectada con Portugal, Marruecos, Andorra y Francia. Sin embargo, “su capacidad de intercambio comercial con Francia representa sólo el 3% de la potencia instalada en España”.

La participación de las energías renovables juega un papel fundamental. La participación de generación equilibrada entre fuentes renovables y no renovables es un desafío clave para garantizar la fiabilidad de la generación eléctrica. Las interconexiones deben diseñarse cuidadosamente para evitar la escasez de energía. Con respecto al balance de CO², debería ser un modelo/herramienta útil para evaluar el impacto en tiempo real de las medidas propuestas para mejorar la eficiencia energética con miras también a la COP21 y los objetivos generales de Kioto³³⁷. El relativo aislamiento del MIBEL, el alto porcentaje de energía procedente de fuentes renovables en el Mercado Ibérico y el Programa Europeo de Energías Limpias-CEP para Portugal y España, permite la medición del impacto en un mercado sostenible³³⁸.

4.1 El problema del excedente de energía eléctrica procedente de fuentes renovables

La necesidad de un análisis de impacto integral para fijar la política que mejor encaje en el resultado esperado se facilita por el relativo aislamiento del MIBEL, con un 32% de cuota

³³⁶ CIARRETA, Aitor; NASIROV, Shahriyar; SILVA, Carlos. The development of market power in the Spanish power generation sector: perspectives after market liberalization. *Energy Policy*, v. 96, sep.,2016, p.700-710.

³³⁷ RENESES, Javier; CENTENO, Efraim. Impact of the Kyoto Protocol on the Iberian Electricity Market: a scenario analysis. *Energy Policy*, v. 36, n. 7, jul.,2008, p. 2376-2384.

³³⁸ RED ELÉCTRICA. Sala de Prensa. **La potencia instalada de solar fotovoltaica en España aumenta casi un 30% en 2021**. 18 mar. 2022.

procedente de energías renovables.

La armonización de los cálculos de ahorro de energía en virtud del artículo 3 de la Directiva sobre Eficiencia Energética debe vincularse con el objetivo de 32,5%. En redes eléctricas más abiertas, la medición de la participación real no es tan eficiente en todo caso.

Los pronósticos de energía renovable de cada país de la UE establecidos en el artículo 4 (3) de la Directiva de energía renovable (2009/28/EC) presentados para el NREAP 2020, también contribuyen a la investigación. Por ejemplo, Portugal y Suecia esperan tener las proporciones más altas de electricidad renovable en 2020, 58% (superávit del 31% en el pronóstico de 2020) y 62% respectivamente. España y Alemania prevén los mayores excedentes en términos absolutos, con 2,7 Mtep y 1,4 Mtep respectivamente.

Dificultades para exportar energías renovables a través de interconexiones con Francia (existente) o Marruecos en (planificación). Y no hay un porcentaje significativo de Biomasa en el pool de energía procedente de fuentes renovables.

Consideraciones finales

El suministro y la demanda de energía se pueden evaluar siguiendo varias dimensiones:

- Respecto al mercado eléctrico de Brasil, una cuestión crítica es la evaluación objetiva de la gestión de los recursos hídricos en su conjunto desde la perspectiva de mejora de la eficiencia económica y energética de los destinados a producción hidroeléctrica, evaluando en paralelo el impacto de la competencia por el agua de los cultivos de biocombustibles. La preservación de la calidad de estos recursos debe garantizar la competitividad y la sostenibilidad del sistema fluvial.

- Las lecciones aprendidas tras el apagón de Texas de febrero de 2021 hacen obligado el equilibrio entre demanda y generación de energía mediante la mejora de las interconexiones y el incremento de sistemas de reserva, respetando en todo momento el umbral crítico de generación necesario para garantizar la fiabilidad del sistema.

- Finalmente, el análisis de los patrones de distribución,

autoconsumo y producción centrados en la evaluación del diseño regulatorio en Portugal y España, puede anticipar picos de demanda, evitando fallas potenciales en MIBEL y mejorando la participación de las energías renovables en el sistema eléctrico común.

Referencias

BELANÇON, Marcos Paulo. Brazil electricity needs in 2030: trends and challenges. **Renewable Energy Focus**, mar., 2021. p. 89-95. DOI: <https://doi.org/10.48550/arXiv.2009.11281> Acceso em: 15 fev. 2024.

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 pro vidências. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acceso em: 15 jul. 2024.

BRASIL. Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional. **Projeto de Integração do Rio São Francisco**. Disponible em: https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/segu_rancahidrica/projeto-sao-francisco. Acceso em: 18 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 99.274, de 06 de junho de 1990**. Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99274.htm. Acceso en: 15 jul. 2024.

CIARRETA, Aitor; NASIROV, Shahriyar; SILVA, Carlos. The development of market power in the Spanish power generation sector: perspectives after market liberalization. **Energy Policy**, v. 96, sep., 2016, p.700-710. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2016.06.029> Acceso en: 18 fev. 2024.

ESPAÑA. Real Academia Española – RAE. **Diccionario de la lengua española**. Disponible en: <https://dle.rae.es/> autarquía. Acceso em: 18 fev. 2024.

FORMIGA-JOHNSSON, Rosa Maria; KUMLER, Lori; LEMOS, Maria Carmen. The politics of bulk water pricing in Brazil: lessons from the Paraíba do Sul River Basin. **Water Policy**, v.

9, p. 87-104, fev., 2007. DOI: <https://doi.org/10.2166/wp.2006.001>. Acceso en: 10 fev. 2024.

GALBRAITH, Kate. **The Texas Tribune**, 12 jul. 2010. Disponible en: <https://www.texastribune.org/2010/07/12/has-electric-deregulation-helped-or-hurt-texans/>. Acceso en: 30 mayo 2024.

GARG, Pratima. What Are Grid Interconnections and What Complicates Them? **Clean Energy Finance Forum**, 9 mar., 2022. Disponible en: <https://www.cleanenergyfinanceforum.com/2022/03/09/explainer-what-are-grid-interconnections-and-what-complicates-them>. Acceso en: 18 fev. 2024.

GURGEL, Angelo C; PALTSEV, Sergey; BREVIGLIERI, Gustavo Velloso. The impacts of the Brazilian NDC and their contribution to the Paris Agreement on climate change. **Environment and Development Economics**, Cambridge, v. 24, n. 4, 15 abr., 2019, p. 395-412. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1355770X1900007X>. Acceso en: 13 fev. 2024.

HUNT, Julian David *et al.* Energy crisis in Brazil: impact of hydropower reservoir level on the river flow. **Energy**, v. 239, parte A, 15 jan. 2022. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.energy.2021.121927>. Acceso en: 12 fev. 2024.

LESLIE, Mitch. Texas Crisis Highlights Grid Vulnerabilities. **Engineering**, v. 7, out., 2021, p. 1348-1350. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.eng.2021.08.007>. Acceso en: 18 fev. 2024.

MARQUES, Érika Tavares; GUNKEL, Günter; SOBRAL, Maria Carmo. Management of Tropical River Basins and Reservoirs under Water Stress: experiences from Northeast Brazil. **Environments**, v. 6, n. 62, 2019. DOI: <https://doi.org/10.3390/environments6060062>. Acceso en: 18 fev. 2024.

MELO, Mário Marcelino Luis de *et al.* Competition between multiple uses of water in the Belo Horizonte Metropolitan Area: the Paraopeba River water basin. **UNESCO, Second International Conference «Water, Megacities and Global Change»** Pre-Conference en 7-11 December de 2010.

MORAES, Márcia Maria Guedes Alcoforado de *et al.* Integrated economic models to support decisions on water pricing in bio-fuel production river basins: three case studies from Brazil. **Biofpr**, v. 10, n. 3, maio/jun., 2016. p. 255-269. DOI: <https://doi.org/10.1002/bbb.1581>. Acceso en: 12 fev. 2024.

MULKERN, Anne C. California Faces Summer Blackouts from Climate Extremes. **Scientific American**, mayo,2022. Disponible en: <https://www.scientificamerican.com/article/california-faces-summer-blackouts-from-climate-extremes/>. Acceso en: 18 fev. 2024.

RED ELÉCTRICA. Sala de Prensa. **La potencia instalada de solar fotovoltaica en España aumenta casi un 30% en 2021**. 18 mar. 2022. Disponible en: <https://www.ree.es/es/sala-de-prensa/actualidad/nota-de-prensa/2022/03/potencia-instalada-solar-fotovoltaica-en-espana-aumenta-casi-un-30-por-ciento-en-2021>. Acceso en: 15 nov. 2023.

RENESES, Javier; CENTENO, Efraim. Impact of the Kyoto Protocol on the Iberian Electricity Market: a scenario analysis. **Energy Policy**, v. 36, n. 7, jul.,2008, p. 2376-2384. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2008.01.036>. Acceso em: 18 fev. 2024.

SANTOS, Tiago Norbiato *et al.* Hourly pricing and day-ahead dispatch setting in Brazil: The dessem model. **Electric Power Systems Research**, v. 189, dec.,2020, DOI: <https://doi.org/10.1016/j.epsr.2020.106709> Acceso en: 15 fev. 2024.

SANTOS, Paulo E. Eteele; LEME, Rafaek Coradi; GALVAO, Leandro. On the two-part electrical tariff - The Brazilian perspective. **Energy Policy**, v. 40, jan.,2012, p.123-130. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2011.10.029>. Acceso en: 12 fev. 2024.

SAUNDRY, Peter D. Review of the United States energy system in transition. **Energy, Sustainability and Society**, v.9, 25 jan.,2019, p.1-32. DOI: <https://doi.org/10.1186/s13705-018-0178-8>. Acceso en: 12 fev. 2024.

SOUZA, Tatiana da Silva *et al.* Cytogenotoxicity of the water and sediment of the Paraopeba River immediately after the iron ore mining dam disaster (Brumadinho, Minas Gerais, Brazil). **Science of the Total Environment**, v. 775, 25 jun. 2021. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2021.145193>. Acceso en: 22 jan. 2024.

TEIXEIRA, David Bruno de Sousa *et al.* Spectro-temporal analysis of the Paraopeba River water after the tailings dam burst of the Córrego do Feijão mine, in Brumadinho, Brazil. **Environmental Monitoring and Assessment**, v. 193, n. 435,

2021. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10661-021-09218-4>. Acceso en: 12 fev. 2024.

**DESAFIOS REGULATÓRIOS DO SETOR ELÉTRICO
DA UNIÃO EUROPEIA A PARTIR DA TRANSIÇÃO
ENERGÉTICA³³⁹**

Some European Union regulatory challenges in the electricity
sector as of the energy transition

CLAUDIA RIBEIRO PEREIRA NUNES

³³⁹ Agradeço ao pesquisador assistente Rafael Ribeiro Gonçalves, estudante de Relações Internacionais da Universidade de Lisboa, pelo primoroso trabalho de investigar e compendiar as normas europeias referentes à transição energética para uma economia verde e de baixo carbono.

Claudia Ribeiro Pereira Nunes

Doutora com pós-doutorado em *New Technologies and Law*. Supervisora de Postdoc no MICHR. *Visiting Scholar* em *Yale University*, no *Michelle Bell's Research Group*, Investigadora Convidada no Grupo de Investigação - *Globalización y Derecho Administrativo* da UCM. Professora Colaboradora do PPGD da UFAM. E-mails: claudia.ribeiropereiranunes@yale.edu e claudrib@ucm.es

Resumo: No contexto da transição energética para uma economia verde e de baixo carbono, uma onda de reformas abarcou a indústria energética mundial. O processo de transição é condicionado por novas políticas de clima e energia, tendo por base o Acordo de Paris. Exigem-se nova regulação e governança, com a finalidade de adaptar os ambientes competitivos do passado a obterem, no presente, alocações eficientes de recursos para implantar os programas de energias renováveis, conjugando-os com formas inovadoras de participação de cidadãos/consumidores/produtores na indústria energética. Neste contexto, o objetivo da pesquisa é o de apresentar três inconsistências das políticas de transição energética na Europa, pelo método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: inovação; mudanças climáticas; política energética da União Europeia; regulação; tecnologia.

Abstract: As the energy transition to a green and low-carbon economy, a wave of reforms is sweeping the world's energy industry. New climate and energy policies based on the Paris Agreement condition this process. New regulations and governance are required, aiming to adapt to the past's competitive environments to obtain an efficient allocation of resources in the present to implement renewable energy programs, combining them with innovative forms of participation of citizens/consumers/producers in the energy industry. In this context, the research aim is to present three challenges, i.e., the discrepancies in energy transition policies in Europe, through the hypothetical-deductive method.

Keywords: climate change; European Union energy policy; innovation; regulation; technology.

Introdução

Observa-se que a UE tem promovido ações e objetivos ambiciosos para cumprir os compromissos internacionais assumidos para uma transição energética justa. Por isso, justifica-se o artigo como relevante para alertar o leitor/*acadêmico/policy-maker* quanto à existência de inconsistências que impossibilitam a concretização de uma regulação linear do setor elétrico europeu, de modo eficaz e mais eficiente.

Em 2019, o Parlamento Europeu, tendo em conta o Protocolo de Quioto, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas (UNFCCC), e as provas científicas mais recentes e abrangentes sobre os efeitos nocivos das alterações climáticas apresentadas no Painel Intergovernamental sobre as Alterações Climáticas (IPCC), declarou a emergência climática e ambiental.

No item 4 da Declaração de Emergência Climática e Ambiental, convoca a Comissão criada na Resolução “a corrigir as inconsistências das atuais políticas da União em matéria de emergência climática e ambiental”. No âmbito dessa questão, o problema da pesquisa que ensejou o projeto é “Há alguma inconsistência nas políticas de transição energética na União Europeia?”

No que se refere à abordagem metodológica visando responder à pergunta formulada, foi utilizada a revisão de literatura multidisciplinar e integrada e a análise de dados secundários como os instrumentos das políticas e os relatórios setoriais temáticos. Utilizou-se o método hipotético, consistindo em mostrar as inconsistências das políticas de transição energética na União Europeia, com base nos dados apresentados nos Relatórios.

O objetivo geral é o demonstrar algumas das inconsistências existentes nas políticas de transição energética da União Europeia que responderão, ao final, adequadamente ao problema suscitado.

Os objetivos específicos da pesquisa são dois. Na primeira

parte, aponta, sucintamente, alguns desafios da transição energética com base na Resolução do Parlamento Europeu quanto às mudanças climáticas; e, na segunda parte, a autora elegeu, livremente, dentre inúmeras inconsistências, três delas, que serão desenvolvidas abaixo.

A análise das inconsistências tem limites subjetivos e objetivos. No aspecto subjetivo, limitam-se às escolhas pessoais da autora (já que a lista de desafios é infinita, por causa da complexidade da sociedade) e, no aspecto objetivo, serão apontadas três inconsistências das políticas em matéria de transição energética. Esses limites afetarão as considerações finais.

1 Impacto das mudanças climáticas na arquitetura energética da União Europeia

As mudanças climáticas são um dos problemas atuais mais importantes, discutidos internacionalmente. O IPCC ao declarar a emergência climática e ambiental apresentou à Comunidade Europeia, no escopo da Declaração de Emergência Climática e Ambiental, três relatórios que fundamentaram a deliberação no Parlamento Europeu e a promulgação da Resolução sobre a emergência climática e ambiental: (i) relatório intitulado “Aquecimento Global de 1,5°C” ou AR5 - quinto relatório de avaliação -; (ii) o relatório síntese sobre as mudanças climáticas na terra; e o (ii) relatório especial sobre o oceano e a biosfera em uma mudança climática.

A expressão 'mudanças climáticas', no artigo, é utilizada de forma generalizada como fenômeno. Incluem-se as alterações climáticas relevantes ou mais significativas que ocorrem na biosfera, bem como as que afetam as condições socioeconômicas. Também pode referir-se aos diferentes indicadores decorrentes do clima global, a saber: aumentos ou diminuições de temperatura, da pressão atmosférica, entre outras manifestações meteorológicas.

Os efeitos desse fenômeno desencadeiam um processo de desconstrução, em sentido literal e filosófico, da arquitetura energética tradicional na Europa, cujas características eram a centralização da atividade econômica e o modelo de negócio monosectorial da indústria energética. A alteração induz à

construção de novas arquiteturas energéticas emergentes, multinível³⁴⁰ e multisetoriais³⁴¹ em todos os países europeus, sendo evidente a diferença dos interesses econômicos entre os vários países, por força do projeto energético de cada um.

Na União Europeia (UE), em 28 de novembro de 2019, foi promulgada a Resolução do Parlamento Europeu sobre a emergência climática e ambiental (2019/2930(RSP))³⁴². Com tal procedimento, os países da Comunidade passam a planejar seus projetos, programas ou plano de ações na ciência, envolvendo, com isso, os cidadãos e todos os setores da economia³⁴³, visando o equilíbrio sustentável da sociedade europeia. A declaração limita o exercício de poder dos Estados-Membros ao apontar que “nenhuma emergência deve ser utilizada para erodir as instituições democráticas ou para minar os direitos funda-

³⁴⁰ Envolve a questão em diversos níveis, o internacional, o da união europeia, o nacional e, a bem da verdade, são executados por entidades locais, englobando todos os entes da organização administrativa interna, a saber: estados, regiões administrativas, províncias, distritos e municipalidades, entre outras formas de organização estabelecidas por cada país-membro.

³⁴¹ Envolve diversas indústrias da energia fóssil, da energia nuclear e das energias renováveis, entendidos no sentido *lato*.

³⁴² 1. Declara emergência climática e ambiental; convoca a Comissão, os Estados-Membros e todos os intervenientes mundiais a enfrentarem a emergência, e declara o seu próprio empenho, a fim de tomarem, urgentemente, as medidas concretas necessárias para combater e conter esta ameaça antes que seja demasiado tarde; 2. Exorta a nova Comissão a avaliar cabalmente o impacto climático e ambiental de todas as propostas legislativas e orçamentais pertinentes e a garantir que todos os Estados-Membros estejam alinhados com o objetivo de limitar o aquecimento global a menos de 1,5°C, e que não contribuam à perda de biodiversidade; 3. Reconhece a sua responsabilidade institucional na redução da sua pegada de carbono; propõe a adoção das suas próprias medidas para reduzir as emissões, incluindo a substituição dos veículos da sua frota por veículos com emissões zero; 4. Insta a nova Comissão a corrigir as incoerências das atuais políticas da União em matéria de emergência climática e ambiental, em especial através de uma reforma profunda das suas políticas agrícolas, comerciais, de transportes, energia e investimento em infraestruturas; e 5. Encarrega o seu Presidente de transmitir a presente resolução ao Conselho, à Comissão e aos governos e parlamentos dos Estados-Membros. EUROPEAN PARLIAMENT. **European Parliament Resolution on the climate and environment emergency (2019/2930(RSP))**, 28 nov. 2019.

³⁴³ A Resolução em análise destaca que a internalização da declaração deve ter por objetivo apoiar a competitividade das economias dos países integrantes e ser acompanhada por medidas sociais e inclusivas fortes para garantir uma transição justa e equitativa que apoie a criação de emprego, respeitando a necessidade de um elevado nível de bem-estar e de empregos e formação de alta qualidade. O documento legislativo reconhece os efeitos perniciosos que o fenômeno pode causar ao *modus vivendi* da sociedade que se conhece na atualidade. EUROPEAN PARLIAMENT. **European Parliament resolution on the climate and environment emergency (2019/2930(RSP))**, 28 nov. 2019.

mentais”³⁴⁴ e considerando que todas as medidas a serem adotadas para enfrentar as mudanças climáticas devem ser realizadas por meio do processo democrático. Faz-se mister implementar políticas e medidas multiníveis e multisetoriais adequadas em diferentes ordens, bem como instrumentos técnicos e jurídicos específicos para enfrentar os desafios climáticos que surgem e seus efeitos.

Além do impacto das mudanças climáticas (que é múltiplo, progressivo e global), vivenciam-se, no processo de transição, os efeitos do COVID-19³⁴⁵ e da guerra da Rússia com a Ucrânia³⁴⁶.

Esse cenário mundial requer, na arquitetura energética da União Europeia, a adoção de ações conjuntas e bem coordenadas, garantindo estratégias viáveis e eficazes. Ao mesmo tempo, deve-se ter precaução e realizar a transição observando que o desenvolvimento sustentável³⁴⁷ é distinto para

³⁴⁴ Vide a Carta de Nice, também conhecida como Tratado de Nice ou Carta dos Direitos Humanos Fundamentais. publicada em 2000, que passou a ter vigência em 2003. EUR-LEX. Comissão Europeia. **Carta dos Direitos Humanos Fundamentais**.

³⁴⁵ Ressalva-se que é um assunto complexo e que comporta importantes adaptações aos novos paradigmas culturais, sociais e econômicos de cada país. Algumas das ferramentas regulatórias propostas para o processo de transição energética já são estudadas há muito tempo, e até mesmo experimentadas em diferentes países e sistemas jurídicos, por meio da aplicação de políticas, programas, planos de ações e regulamentos, a saber: fixação de valores-limite e direitos de emissão, tributação ambiental, ecológica ou energética, entre outros. NÚÑEZ, María Pascual. La tramitación de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética en tiempos del COVID-19. **Actualidad Jurídica Ambiental**, nº 101, mayo 2020, p. 58-64.

³⁴⁶ Em 24 de fevereiro de 2022, o exército russo adentrou o território ucraniano. O Kremlin utilizou como justificativa para sua “incurso militar” a aproximação entre a Ucrânia e a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) e a presença de grupos neonazistas no país, que colocariam em risco a integridade territorial russa, bem como a existência de grupos de pessoas na região do Donbass (a bacia carbonífera do rio Donets) que se identificavam como russos, o que geraria a necessidade de protegê-las para garantir o exercício do princípio da autodeterminação dos povos. EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE - EEAS. **Latest news on Ukraine**.

³⁴⁷ O conceito de desenvolvimento sustentável surgiu pela primeira vez com o nome de “ecodesenvolvimento”, no início da década de 1970. Foi uma resposta à polarização apresentada pela publicação do relatório do Clube de Roma, que opunha duas visões sobre as relações entre crescimento econômico e meio ambiente. Na época, de um lado, estavam aqueles genericamente classificados de possibilistas culturais ou ‘tecnocêntricos’ radicais, para os quais os limites ambientais ao crescimento econômico são mais que relativos diante da capacidade inventiva da humanidade, considerando o processo de crescimento econômico como uma força positiva capaz de eliminar, por si só, as disparidades sociais, com um custo ecológico tão inevitável quanto irrelevante diante dos benefícios obtidos; de outro lado, os deterministas geográficos ou ‘ecocêntricos’ radicais, para os quais o meio ambiente

cada um dos Estados-Membros. O processo de transição energética não se reduz a um modelo único. Cada região ou país é soberano para definir o processo mais adequado às suas peculiaridades.

Logo, surgem contradições já que cada região ou país define a sua dinâmica de transição, por sua complexidade. Estas contradições precisam ser resolvidas no interior da respectiva transição energética. Por exemplo, na UE, a vontade de se afirmar como o primeiro continente neutro em carbono (em 2050) colide com a retenção prolongada do gás na matriz energética em nome da paz social e da coesão territorial, particularmente no Leste Europeu³⁴⁸. O futuro do gás na transição energética não está claro e tem sido, recentemente, abordado numa perspectiva pouco ou nada sistêmica pela UE.

2 Sínteses de três inconsistências das políticas da União Europeia

O critério utilizado na eleição das inconsistências encontra-se delimitado ao Relatório da 10^a Convocatória do Diálogo Setorial³⁴⁹, na qualidade de instrumento de cooperação entre a UE e o Brasil, assente nos princípios de reciprocidade, complementaridade e interesse mútuo.

Justifica-se a escolha do Relatório como o instrumento delimitador da pesquisa porque, como a autora participou das discussões do Workshop (online) realizado em 30 de novembro de 2020, a escolha dos temas partiu do seu *locus* de impressões

apresenta limites absolutos ao crescimento econômico, sendo que a humanidade estaria próxima da catástrofe. ROMEIRO, Ademar R. Desenvolvimento sustentável e mudança institucional: notas preliminares. **Instituto de Economia UNICAMP**, 1999.

³⁴⁸ A UE, ao planejar o processo de transição energética, precisava ter levado em consideração o programa energético de cada país, evitando que, no processo da transição energética, apresentem-se eventuais desequilíbrios entre os países europeus ou outros problemas agregados. Por exemplo, a Rússia fornece mais de 40% do gás natural consumido na UE. A Polónia depende em 40% do gás russo, enquanto a Bulgária importa 77% do gás que consome. E países como a Suécia, a Finlândia, a Estónia, a Letónia e a Lituânia dependem em 100% do gás russo. (Fonte: Eurostat, 2020). E, assim, não há como falar em uniformização de sanções econômicas europeias à Rússia, em face da invasão da Ucrânia.

³⁴⁹ DIÁLOGOS SETORIAIS UNIÃO EUROPEIA-BRASIL. Transição Energética – como lidar com a nova governança da indústria e os desafios regulatórios. **Relatório da 10^a Convocatória (Política Estratégica)**, 2020.

e percepções, bem como da qualificação dos temas, em graus de relevância.

Em sentido amplo, entende-se Diálogo Setorial como “a troca de conhecimentos, experiências e melhores práticas de natureza técnica, política ou ambas, em temas de interesse comum e que ocorram regularmente em diferentes níveis hierárquicos”³⁵⁰, o que ratifica suas escolhas na condução dessa pesquisa.

2.1 Regulação da inserção de energias renováveis na rede elétrica

A geração das fontes renováveis apresenta: (i) maior variabilidade; (ii) menor previsibilidade da disponibilidade dos recursos; (iii) aumento do impacto das restrições locais para o aproveitamento das fontes (principalmente para a eólica); (iv) reduzido fator de capacidade (utilização média da potência instalada); e (v) custos variáveis de operação negligenciáveis³⁵¹. Assim, no contexto da inserção de energias renováveis variáveis na rede elétrica europeia, as políticas públicas de cada Estado membro deverão observar as características da indústria elétrica do passado³⁵² e utilizá-las como instrumento de equilíbrio no presente.

A regulação visando a inserção, cada vez maior, de energias renováveis variáveis³⁵³ na rede elétrica deve ser desenhada de

³⁵⁰ DIÁLOGOS SETORIAIS UNIÃO EUROPEIA-BRASIL. Transição Energética – como lidar com a nova governança da indústria e os desafios regulatórios. **Relatório da 10ª Convocatória (Política Estratégica)**, 2020.

³⁵¹SCHMALENSSEE, Richard. The Performance of U.S. Wind and Solar Generators. **The Energy Journal**, v. 37, n. 1. p.123-151, 2016.

³⁵²A indústria elétrica do passado teve sua expansão com os sistemas elétricos construídos através de monopólios verticalmente integrados, com a predominância de fontes historicamente calcadas na liquidez e segurança, como as de combustíveis fósseis, que são fontes de geração controlável. Nessa indústria, os custos evidenciam-se como métricas para orientar investimentos e justificar políticas públicas. JOSKOW, Paul L. Comparing the Costs of Intermitent and Dispatchable Electricity Generating Technologies. **American Economic Review**, 2011, v. 101, n 3, p. 238-41.

³⁵³A variabilidade das fontes exige resposta instantânea do sistema residual, responsável por atender à demanda não suprida pelas fontes renováveis, de modo a acomodar flutuações recorrentes e de difícil antecipação. Desde 2018, a Agência Internacional de Energia incorpora essa abordagem sistêmica em suas análises, conforme os relatórios de 2018 e 2019 disponibilizados ao público na INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Renewable

modo a considerar tanto os benefícios, quanto os altos custos potenciais de integração. Observa-se que a maior participação das energias renováveis na rede elétrica interfere na alocação dos recursos³⁵⁴, pois o sistema impõe “novos custos de modulação para tecnologias em geral com poucos graus de flexibilidade, comprometendo a remuneração de ativos em operação e o custo de manutenção de níveis pré-existentes de confiabilidade de suprimento”³⁵⁵. E, ainda, a modularização das fontes renováveis incentiva a geração distribuída, com formas inovadoras de participação de cidadãos/consumidores/ produtores (*prosumers*)³⁵⁶ na indústria energética, abrindo espaço para que decisões descentralizadas, em um setor marcado por arranjos centralizados, influenciem o grau e o ritmo de penetração das fontes renováveis³⁵⁷.

A legislação europeia ao impor prazo para a implantação dos programas visando que os Estados-Membros sejam neutrais, para que cada país faça a transição da fonte de energia elétrica atual para outra fonte renovável e limpa é a primeira inconsistência das políticas de inserção de energias renováveis

Energy Policies in a Time of Transition. **REN21 (Report)**, 2018; INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, Renewables 2019 - Analysis and forecast to 2024. **IRENA (Report)**, 2019.

³⁵⁴ A inserção massiva das fontes renováveis (variáveis ou não-controláveis) adiciona incerteza e muda a perspectiva de planejamento e operação dos sistemas com oferta de energia de fontes controláveis. A comparação restrita a custos nivelados é inadequada para comparar fontes renováveis. JOSKOW, Paul L. Comparing the Costs of Intermittent and Dispatchable Electricity Generating Technologies. **American Economic Review**, v. 101, n. 3, maio 2011, p. 238-241.

³⁵⁵ A flexibilidade do sistema residual passa a ser instrumento crucial para a confiabilidade do suprimento de energia. Essa flexibilidade exige uma rápida resposta do sistema, sobretudo da geração centralizada – a principal fonte de flexibilidade atual. Neste contexto, tornam-se estratégicos recursos de armazenamento ou estocagem (usinas hidrelétricas reversíveis, reservatórios hídricos e baterias), interconexão com outras regiões e mercados e maior resposta e gestão da demanda – geralmente considerada pouco sensível a variações instantâneas do preço da energia. Face às dificuldades de expandir a flexibilidade desses instrumentos alternativos – em consequência de restrições físicas, de custo ou de coordenação – aumenta a responsabilidade das fontes renováveis. LONDO, Marc *et al.* Alternatives for current net metering policy for solar PV in the Netherlands: A comparison of impacts on the business case and the purchasing behaviour of private homeowners, and on governmental costs. **Renewable Energy**, v. 147, Part 1, 2020, p. 903-915.

³⁵⁶ Vide: TROYE, S; XIE, C. **The active consumer: conceptual, methodological, and managerial challenges of presumption**, 2007.

³⁵⁷ BOTIJA, Fernando González. Energy Market Challengers. **Amazon’s Research and Environmental Law**, v. 6, n. 3, p. 10-19, 2018.

variáveis na rede elétrica na Europa.

A inserção de energias renováveis variáveis acentua as diferenças entre os valores marginais percebidos por cada fonte - cada vez mais sujeitos à forma, ao momento e à localização da geração. Conseqüentemente, é necessária maior granularidade espaço-temporal para capturar distintos atributos das fontes, com aprimoramentos na operação, no planejamento e na precificação da energia elétrica³⁵⁸. Este obstáculo natural do processo de transição energética está combinado com uma guerra sem prazo para acabar, o que desorganizou o processo. Ou seja, a razão dessa inadequação decorre de não considerar o valor da energia ao longo do tempo e nem os custos de integração das fontes e, simplesmente, impor um prazo para a eliminação das fontes de geração controlável nos países europeus.

2.2 Digitalização das redes na EU

Essa segunda inconsistência tem por fundamento o fato que, embora o sentido da marcha mundial seja claro no rumo da descarbonização, a digitalização da energia, nos variados processos, não evolui linearmente. Não existe um modelo único de transição energética, pois cada país, bloco econômico ou região do planeta define a sua política. Por isso, frise-se que a transição para uma digitalização das redes como instrumento de controle e eficiência da transição energética na União Europeia depende de processos complexos para onde convergem mudanças de comportamentos, do desenvolvimento das tecnologias ou de sua aquisição, e da estruturação de políticas realísticas³⁵⁹.

No contexto da estratégia da EU para as *utilities* no cenário de transição energética, faz-se mister implementar a medição

³⁵⁸ LONDO, Marc *et al.* Alternatives for current net metering policy for solar PV in the Netherlands: A comparison of impacts on the business case and the purchasing behaviour of private homeowners, and on governmental costs. **Renewable Energy**, v. 147, Part 1, 2020, p. 903-915.

³⁵⁹ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Renewable Energy Policies in a Time of Transition. In: **REN21 (Report)**, 2018; INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, Renewables 2019 - Analysis and forecast to 2024. In: **IRENA (Report)**, 2019.

inteligente (*smartmetering*)³⁶⁰, visando permitir a comunicação instantânea entre agentes das redes em toda Europa.

Há, também, outras tecnologias de informação e comunicação que aceleraram a digitalização da energia³⁶¹, permitindo a introdução de novos modelos de negócios. As funcionalidades da infraestrutura de medição inteligente possibilitam novos modelos de negócios, como: (i) o desenvolvimento de programas de gerenciamento da demanda; (ii) a aplicação de mecanismos alternativos de tarifação; (iii) a incorporação de geração distribuída; (iv) a promoção de ações de eficiência energética; (v) a disseminação de veículos elétricos com mecanismos de carregamento inteligentes; (vi) a inserção de outros recursos distribuídos, entre outros³⁶². A título de exemplo importante para a mobilidade, o dispositivo de carregamento controlado ou carregamento inteligente dos veículos elétricos. Ressalva-se que, sem a digitalização generalizada e capilar da energia na Europa e a difusão maciça de veículos elétricos sem o carregamento controlado, haveria o colapso do sistema elétrico³⁶³.

Antevendo ganhos líquidos potenciais com a digitalização

³⁶⁰ A medição inteligente é a primeira etapa para digitalização das redes e sua transformação em redes inteligentes (*smart grid*), potencializando a inserção de recursos energéticos distribuídos e a aplicação de tarifas multipartes que sinalizem o real valor da energia para os consumidores.

³⁶¹ A digitalização da energia permite a criação de novas plataformas digitais, que facilitam (i) a inserção de recursos distribuídos; e (ii) a democratização e difusão das novas tecnologias e recursos. Por exemplo, com a digitalização dos serviços dos microprodutores de energia e a integração deles a uma plataforma digital, todos recebem informação confiável dos seus gastos energéticos e dos benefícios auferidos pelas redes de distribuição de eletricidade. NUNES, Claudia Ribeiro Pereira. The Energy micro-production entrepreneur. **Global Issues**, v. 44, n. 2, p. 257-298. US: University of Illinois Publisher, 2016.

³⁶² BOTIJA, Fernando González. Energy Market Challengers. **Amazon's Research and Environmental Law**, v. 6, n. 3, p. 10-19, 2018.

³⁶³ NUNES, Claudia Ribeiro Pereira. Patinetes elétricas e pedestres. Estudo de caso de mobilidade em cidades brasileiras e espanholas. In: NUNES, Cláudia Ribeiro Pereira; FURQUIM, Claudia do Amaral (coord.). **Diálogos Iberoamericanos. Sostenibilidad, Derecho Ambiental y Derecho Urbanístico**, 2021, p. 268-299.

das redes³⁶⁴, a União Europeia, em seu *3rd Energy Package*³⁶⁵, estabeleceu a meta de 80% de implantação de sistemas de medição inteligentes até 2020 para os Estados-Membros, sujeita à análise de viabilidade prévia. O 3º Pacote de Energia da UE determinou a implantação de medição inteligente para eletricidade (Diretiva nº 72/2009) e, facultativamente, para gás natural (Diretiva nº 73/2009).

A Recomendação da Comissão da União Europeia nº 2012/148/UE determinou a análise custo-benefício (*Cost Benefit Analysis – CBA*)³⁶⁶ para avaliação econômica da implantação massiva de medidores inteligentes, buscando identificar e quantificar vantagens, desvantagens e riscos³⁶⁷. Assim, os Estados-Membros puderam condicionar a implantação da medição inteligente à avaliação positiva prévia de análise custo-benefício de longo prazo. Para resultados positivos, a Diretiva de eletricidade determinou meta de implantação de ao menos 80% até 2020, sem definir meta para o gás natural.

Em seguida ao Terceiro Pacote de Energia, a Diretiva de Eficiência Energética nº 27/2012 recomendou considerar novos serviços baseados em dados de medição inteligente, resposta da demanda e adoção de tarifas dinâmicas. Já as novas diretrizes reunidas no recente “*Clean Energy for All Europeans Package*” reforçam a importância da digitalização das redes para atingir as

³⁶⁴ A Agência Internacional de Energia estima que 40% dos investimentos globais no setor elétrico em 2017 (750 bilhões de dólares) foram destinados a ativos de rede (transmissão e distribuição). Medidores inteligentes alcançaram a cifra de 18 bilhões de dólares, triplicando o nível registrado em 2010. Mais de 60% dos medidores inteligentes no mundo estão instalados na China, mas vários países já implantaram medição inteligente em larga escala, como Itália, Canadá, Dinamarca, Finlândia, Noruega, Espanha e Suécia. IEA-INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Renewable Energy Policies in a time of Transition*. In: **REN21**(Report), 2018.

³⁶⁵ O Terceiro Pacote Energético da União Europeia é um pacote legislativo para o mercado interno de gás e eletricidade na Europa. Seu objetivo é abrir ainda mais os mercados de gás e eletricidade na União Europeia. EUROPEAN COMMISSION. **Third energy package**. Electricity market design has replaced the electricity part of the third energy package from 2009, the gas part is still in place.

³⁶⁶ Cerca de dois terços dos CBAs realizados pelos Estados-Membros apontaram benefícios líquidos positivos. Por exemplo, a Itália foi o primeiro país europeu a completar a implementação da medição inteligente, seguida pela Suécia. A medição inteligente na União Europeia deveria superar 70% dos consumidores de eletricidade (200 milhões) e 40% dos de gás natural (45 milhões) em 2020. Fonte: IEA, 2019.

³⁶⁷ Vide: JRC. Guidelines for Cost Benefit Analysis of Smart Metering Deployment. **Joint Research Center**. 2012.

metas ampliadas para 2030 de inserção de renováveis, eficiência energética, interconexão entre sistemas e redução de emissões³⁶⁸.

Contudo, em 2021, ocorreu a revisão do terceiro pacote energético para o gás: Descarbonizar o mercado do gás visando alterar o Regulamento 715/2009/UE³⁶⁹ e a Diretiva 2009/73/UE³⁷⁰. A revisão centra-se na descarbonização do mercado interno do gás, necessária para atingir a meta climática da UE de reduzir as emissões de gases com efeito de estufa em 55 % até 2030 e atingir zero emissões líquidas até 2050. Há a introdução de gases renováveis e de baixo teor de carbono no sistema energético (gás verde), o que exigirá uma profunda transformação cultural, política e econômica do mercado do gás, conforme anunciado no programa de trabalho da Comissão para 2021 e no pacote *FIT for 55*. Diferentes alianças e projetos comuns que reúnem reguladores, sociedade civil e partes interessadas surgiram rapidamente para abordar vários aspectos dessa transformação e abrir novas parcerias.

O cerne da segunda inconsistência é que esse pacote é sustentado pelas estratégias de integração dos sistemas energéticos e por uma economia do hidrogénio. O Parlamento Europeu apoia a criação de um mercado interno da energia competitivo e descarbonizado. Apoia a eficiência energética e incentiva a descarbonização principalmente através da eletrificação direta usando fontes renováveis³⁷¹.

No entanto, no âmbito da regulação, a digitalização da energia tem sido abordada numa perspectiva pouco sistémica, demasiadamente baseada em projetos piloto heterogéneos, desperdiçando assim o enorme potencial transformativo e de

³⁶⁸ VITIELLO, Silvia *et al.* Smart Metering Roll-Out in Europe: Where do we stand? Cost Benefit Analyses in the Clean Energy Package and Research Trends in the Green Deal. **Energies**. v. 15, n. 7, 23 mar., 2022.

³⁶⁹ Um Regulamento é um ato legislativo vinculativo, aplicável em todos os seus elementos em todos os países da UE. Por exemplo, quando a UE quis garantir a aplicação de medidas comuns de salvaguarda aos produtos importados de fora da UE, o Conselho adotou um regulamento.

³⁷⁰ Uma Diretiva é um ato legislativo que fixa um objetivo geral que todos os países da UE devem alcançar. Contudo, cabe a cada país elaborar a sua própria legislação para dar cumprimento a esse objetivo.

³⁷¹ EUROPEAN PARLIAMENT. **Resolução do Parlamento Europeu sobre uma estratégia europeia de integração dos sistemas energéticos (2020/2241 (INI))**. 19 maio 2021.

eficiência que a tecnologia permite obter se houver uma integração dos projetos de cada estado-membro com suas próprias complexidades.

2.3 Busca da eficiência energética

A terceira inconsistência refere-se à própria busca da eficiência energética, reconhecida como prioridade das políticas de energia e clima. Contudo há uma impossibilidade fática para a eficiência energética nos Estados-Membros. Querer que todo o sistema seja uniforme e equânime é um idealismo, diante das particularidades de cada Estado-Membro. A natureza da eficiência energética, como um dado, é “uma manifestação social causada como a reação de uma afronta”³⁷². O mundo real não é simples, nem controlável, ao contrário, é caos o tempo todo³⁷³.

Dois grandes *drivers* orientam as mudanças em curso, com desdobramentos sobrepostos e persistentes: a onda dos mercados e a maré verde.

A “onda dos mercados” promovida pela liberalização dos anos 1990 deslocou o arcabouço legal-regulatório de custos para preços e mercados e suas possíveis configurações, com desenhos sujeitos a constante aprimoramento (*market design*). Já a “maré verde”, intensificada a partir dos anos 2000, pressionou a entrada de energias renováveis variáveis, sobretudo em matrizes de base tradicionalmente termelétrica. A maré se intensifica em resposta às pressões da agenda ambiental por redução de emissões de gases de efeito estufa, porém se propaga fundamentalmente pela redução acentuada de custos das renováveis assistida na última década³⁷⁴.

A generalização das condições de observabilidade e controlabilidade dos sistemas energéticos em geral, e do sistema elétrico em particular, conferem a estes, potencialmente, uma plasticidade e uma resiliência nunca antes atingidas – e, mesmo,

³⁷² SOTO, Hernando de. **O mistério do capital**. Tradução Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.

³⁷³ SOTO, Hernando de. **O mistério do capital**. Tradução Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.

³⁷⁴ HEATER, Patrick; PETROVICH, Beatrice. European traded gas hubs: an updated analysis on liquidity, maturity, and barriers to market integration. **Energy Insight**, 13. The Oxford Institute for Energy Studies – University of Oxford, 2017.

nunca antes atingíveis. Esta liberdade em que a técnica, hoje, nos oferece o poder de moldar sistemas elétricos com os novos paradigmas alternativos de organização das transações econômicas e físicas, o que constitui o metabolismo para a eficiência energética, vem a representar uma enorme oportunidade. Por outro lado, essa imensa liberdade coloca novos desafios, não só de natureza estritamente técnica (confiabilidade, segurança), como também, de natureza econômica (eficiência) e ética (equidade), tudo o que importa ser enfrentado.

Fazem-se necessários novos esquemas de partilha de responsabilidades e novos paradigmas de regulação³⁷⁵ para atingir-se a eficiência energética. Deve-se observar o papel limitado dos combustíveis de base renovável para setores difíceis de reduzir o uso da energia fóssil, como transporte de veículos pesados, aviação, siderurgia e indústria de fertilizantes.

Considerações finais

Há, pelo menos, três inconsistências nas políticas de transição energética na União Europeia e a hipótese da pesquisa é satisfatória, pois o objetivo geral do pesquisador foi alcançado. Para tal, sublinha-se a importância de ter em conta a diversidade dos sistemas energéticos de cada Estado-Membro.

O artigo tratou de três inconsistências das políticas europeias sobre energia elétrica: Regulação da inserção das energias renováveis variáveis na rede elétrica; digitalização das redes na EU; e a busca da eficiência energética. Ao analisar a política da transição energética na EU, perpassa-se pela crise energética vivenciada pela Europa.

Quanto à primeira inconsistência, observou-se que a transição energética tem criado, e continua a criar, inúmeras dificuldades e oportunidades, correspondentes a outros tantos novos graus de liberdade, introduzidos por novas tecnologias, novas atitudes e comportamentos, exigindo revisão periódica dos novos enquadramentos legais.

³⁷⁵ VASCONCELOS, Jorge. Energy regulation in Europe: The politics of law and regulatory policy revisited. *Competition and Regulation in Network Industries*, v. 20, n. 3, p. 240–249.

No que tange à segunda inconsistência, a digitalização das redes, a implementação fica aquém do que seria possível e desejável devido, em particular, a déficits de informação e de financiamento pelos Estados-Membros.

No que se refere à última inconsistência, a busca da eficiência energética, os *drivers* convergem para uma agenda de questões e desafios complexos nos diferentes sistemas e setores elétricos; não há soluções únicas e definidas. Por isso, os dados não devem prescindir da necessidade de atentar para as especificidades das realidades locais distintas.

Por fim, observa-se que, na UE, a combinação de compromissos internacionais fortes e claros com contradições domésticas, ao nível das políticas públicas de cada país, tem conduzido a uma regulação hesitante, pouco estimuladora ao processo da transição energética, carente de políticas de regulação assertivas. A cada passo rumo ao desenvolvimento de uma regulação, deve-se ter em conta a diversidade dos sistemas e desafios energéticos do Estado-Membro. Incentivar e explorar várias vias de descarbonização que possam ajudar cada país a utilizar as soluções de descarbonização mais eficientes de acordo com as suas necessidades e recursos é essencial na Europa.

Referências

BOTIJA, Fernando González. Energy Market Challengers. **Amazon's Research and Environmental Law**, v. 6, n. 3, p. 10-19, 2018. DOI: <https://doi.org/10.14690/2317-8442.2018v63330>. Acesso em: 30 abr. 2023.

DIÁLOGOS SETORIAIS UNIÃO EUROPEIA-BRASIL. Transição Energética – como lidar com a nova governança da indústria e os desafios regulatórios. **Relatório da 10ª Convocatória** (Política Estratégica), 2020. Disponível em: <https://eubdialogues.com/projetos/transicao-energetica-como-lidar-com-a-nova-governanca-industrial-e-os-desafios-regulatorios>. Acesso em: 30 abr. 2023.

EUROPEAN COMMISSION. **Third energy package**. The electricity market design has replaced the electricity part of the third energy package from 2009; the gas part is still in place. Disponível em: [306](https://energy.ec.europa.eu/topics/markets-</p></div><div data-bbox=)

and-consumers/market-legislation/third-energy-package_en.
Acesso em:10 maio 2023.

EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE - EEAS. **Latest news on Ukraine**. Disponível em: https://www.eeas.europa.eu/eeas/standwithukraine_en. Acesso em:10 maio 2023.

EUROPEAN PARLAMENT. **European Parliament resolution on the climate and environment emergency (2019/2930(RSP))**. 28 nov. 2019. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0078_EN.html Acesso em: 10 maio 2023.

EUROPEAN PARLAMENT. **Resolução do Parlamento Europeu, de 19 de maio de 2021, sobre uma estratégia europeia de integração dos sistemas energéticos (2020/2241(INI))**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0240&from=PT>. Acesso em: 10 maio 2023.

EUR-LEX. Comissão Europeia. **Carta dos Direitos Humanos Fundamentais**. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000X1218\(01\)&from=C](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000X1218(01)&from=C) S. Acesso em: 10 maio 2024.

HEATER, Patrick; PETROVICH, Beatrice. European traded gas hubs: an updated analysis on liquidity, maturity, and barriers to market integration. **Energy Insight**, 13. The Oxford Institute for Energy Studies – University of Oxford, 2017. Disponível em: <https://www.oxfordenergy.org/wpcms/wp-content/uploads/2017/05/European-traded-gas-hubs-an-updated-analysis-on-liquidity-maturity-and-barriers-to-market-integration-OIES-Energy-Insight.pdf> . Acesso em: 17 abr. 2023.

IEA-INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Renewable Energy Policies in a time of Transition. **REN21(Report)**, 2018.

IEA-INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Renewables 2019 - Analysis and forecast to 2024. **IRENA (Report)**, 2019.

JRC. Guidelines for Cost Benefit Analysis of Smart Metering Deployment. **Joint Research Center**. 2012. Disponível em: <https://ses.jrc.ec.europa.eu/publications-list/guidelines-cost->

benefit-analysis-smart-metering-deployment. Acesso em: 10 maio 2023.

JOSKOW, Paul L. Comparing the Costs of Intermittent and Dispatchable Electricity Generating Technologies. **American Economic Review**, v. 101, n. 3, maio 2011, p. 238-241. DOI: <https://doi.org/10.1257/aer.101.3.238>. Acesso em: 10 maio 2023.

LONDO, Marc *et al.* Alternatives for current net metering policy for solar PV in the Netherlands: A comparison of impacts on the business case and purchasing behavior of private homeowners, and on governmental costs. **Renewable Energy**, v. 147, Part 1, 2020, p. 903-915. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.renene.2019.09.062>. Acesso em: 10 maio 2023.

NUNES, Claudia Ribeiro Pereira. The Energy micro-production entrepreneur. **Global Issues**, v. 44, n. 2, p. 257-298. US: University of Illinois Publisher, 2016.

NUNES, Claudia Ribeiro Pereira. Patinetes elétricas e pedestres. Estudo de caso de mobilidade em cidades brasileiras e espanholas. *In*: NUNES, Cláudia Ribeiro Pereira; FURQUIM, Claudia do Amaral (coord.). **Diálogos Iberoamericanos. Sostenibilidad, Derecho Ambiental y Derecho Urbanístico**, 2021, p. 268-299.

NÚÑEZ, María Pascual. La tramitación de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética en tiempos del COVID-19. **Actualidad Jurídica Ambiental**, n.º 101, mayo 2020, p. 58-64. Disponível em: https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2020/04/2020_05_05_Pascual_Cambio-Climatico-Transicion-Energetica.pdf. Acesso em: 15 dez. 2022.

ROMEIRO, Ademar R. Desenvolvimento sustentável e mudança institucional: notas preliminares. **Instituto de Economia UNICAMP**, 1999. Disponível em: https://scholar.google.com.br/citations?view_op=view_citation&hl=pt-BR&user=nuWjqkoAAAAJ&citation_for_view=nuWjqkoAAAAJ:2osOgNQ5qMEC. Acesso em: 20 maio 2023.

SCHMALENSEE, Richard. The Performance of U.S. Wind and Solar Generators. **The Energy Journal**, v. 37, n. 1. p.123-151, 2016. Disponível em: <https://mitsloan.mit.edu/shared/ods/documents?PublicationDocumentID=4109>. Acesso em: 9 maio

2023.

SOTO, Hernando de. **O mistério do capital**. Tradução Zaida Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.

TROYE, S; XIE, C. **The active consumer**: conceptual, methodological, and managerial challenges of presumption, 2007. Disponível em: <http://www.nhh.no/conferences/nff/papers/xie.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2024.

VASCONCELOS, Jorge. Energy regulation in Europe: The politics of law and regulatory policy revisited. **Competition and Regulation in Network Industries**, v. 20, n. 3, p. 240–249. DOI: <https://doi.org/10.1177/1783591719857664>. Acesso em: 20 mar. 2024.

VITIELLO, Silvia *et al.* Smart Metering Roll-Out in Europe: Where do we stand? Cost Benefit Analyses in the Clean Energy Package and Research Trends in the Green Deal. **Energies**. v. 15, n. 7, 23 mar., 2022. DOI: <https://doi.org/10.3390/en15072340>. Acesso em: 10 maio 2023.

**LA LEGISLACIÓN SOBRE ENERGÍAS RENOVABLES
EN EL ESTADO DE CALIFORNIA, ESTADOS UNIDOS
DE AMÉRICA**

Renewable Energy Legislation in the State of California,
United States

MAYRA CAROLINA CAMBERO ALVAREZ

Mayra Carolina Cambero Alvarez

Denemax Consulting, miembro de la World Compliance Association - España, doctorando en el programa de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid y Abogada Colegiada en Lima – Perú.

E-mail: mcambero@ucm.es

Resumen: La legislación sobre la transición a renovables en el estado de California nace de la necesidad de mejorar la calidad de vida de sus residentes. El objetivo principal del estado California es lograr la descarbonización de su economía para el año 2050. California cuenta con distintos instrumentos regulatorios, programas obligatorios e investigación tecnológica para incentivar tanto a residentes como a centros comerciales e industriales que la transición a energías limpias no sólo es una inversión a largo plazo sino una necesidad de cambio en el modo de hacer las cosas. Con la revisión de literatura, concluimos que los instrumentos implantados en California demuestran que la regulación en el sector energético es el pilar para la transición hacia una economía libre de carbono y sostenible.

Palabras clave: energías renovables; medioambiente; descarbonización de la economía.

Abstract: The framework for the transition to renewable energy in California begins with the need to improve the quality of life of its residents. Its main objective is to be an economy with net-zero greenhouse gas emissions by 2050. California has many regulations mandating renewable energy programs and is investing in technology studies to ensure residents, commercial property, and the industrial sector toward a 100 percent clean energy future. The literature review findings show that the energy sector framework is pivotal in forwarding net zero greenhouse gas emissions and a green and sustainable economy.

Keywords: renewable energy; environmental; economy with net-zero greenhouse gas emissions.

Introducción

Este estudio se centra en el análisis del contenido ambiental presente en el camino hacia la energía renovable en California se trata de disminuir las emisiones y mejorar la calidad de vida de sus residentes.

También apunta el objetivo ambicioso de convertirse en una economía de emisiones netas cero de gases de efecto invernadero para 2050, California lidera el camino con numerosas regulaciones y programas de energías renovables. Y cómo el estado también se están llevando a cabo estudios tecnológicos para garantizar una transición fluida para los residentes, propiedades comerciales y el sector industrial hacia un futuro de energía 100 por ciento limpia.

La metodología de investigación es la revisión de la literatura, los apuntes de jurisprudencia y proyectos de leyes que enfatizan que el marco del sector energético es fundamental para lograr emisiones netas cero de gases de efecto invernadero y promover una economía verde y sostenible.

1 Panorama general de las Políticas ambientales de California

La situación atípica de los denominados estándares de California frente a los estándares de la Environmental Protection Agency (EPA por sus siglas en inglés) se remonta a The Air Pollution Control Act³⁷⁶, actualmente conocida como The Clean Air Act (CAA en adelante por sus siglas en inglés).

En la CCA de 1970 en su sección 209 (a) prohíbe a los estados promulgar estándares de emisiones para vehículos de motor

³⁷⁶ The Air Pollution Control Act de 1955 fue la primera legislación federal de Estados Unidos relacionada con la contaminación del aire. The Clean Air Act de 1963 fue la primera legislación federal sobre el control de la contaminación del aire. Estableció un programa federal dentro del Servicio de Salud Pública de los Estados Unidos y autorizó la investigación de técnicas para monitorear y controlar la contaminación del aire. The Air Quality Act de 1967 extendió las facultades del gobierno federal y se realizó por primera vez amplios estudios de monitoreo ambiental e inspecciones de fuentes estacionarias. The Clean Air Act de 1970, dio un cambio importante en el papel del gobierno federal en el control de la contaminación del aire. La EPA fue creada el 2 de diciembre de 1970 con el fin de implementar los distintos requisitos incluidos en estas leyes.

nuevos. Sin embargo, en la sección 209 (b) se estableció que los estados que hayan adoptado una regulación antes del 30 de marzo de 1966 mantengan su normativa, previa autorización de EPA. En ese momento California fue el único estado que reguló las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI en adelante)³⁷⁷.

Las Políticas ambientales de California están enfocadas en las reducciones de emisiones de contaminantes a la atmósfera. California tomó como punto de partida para la mitigación del cambio climático al Protocolo de Kioto, el cual fue firmado, pero no ratificado por EE.UU.

Ante la ausencia de un programa a nivel federal sobre el cambio climáticos mucho estado de EE.UU. han formado alianzas regionales para operar en los sistemas de derecho de emisiones, mientras que otros han establecido impuesto de carbono y/o estándares reguladores a las energías renovables.

En EE.UU. existe un alto riesgo de superposición sobre impuestos de carbono y los derechos de emisión a niveles federal, estatal y local. Diversos autores han propuesto como se podría reducir el problema de la superposición de los impuestos federal, estatal y local frente a la *preemption*³⁷⁸ en temas de cambio climático.

William W. Buzbee establece que se debe de utilizar un Comité que revise la *preemption* respecto de los beneficios generales de los esfuerzos tanto estatales

³⁷⁷Esto ha generado hasta la fecha tensiones entre el estado de California y EPA sobre la regulación de los estándares, ya que California solicita que no se aplique la *preemption* conforme a la CAA pero es negado en reiteradas oportunidades por EPA. En 2007, el Tribunal Supremo ha señalado que EPA tiene status de autoridad para regular las emisiones de gases de efecto invernaderos porque “encaja bien” en la capacidad del Clean Air Act de definir lo que es “contaminante del aire” y argumentó de que la negativa de EPA por regular / listar los gases de efecto invernadero eran arbitrarias y caprichosas. En Cambio climático, fiscalidad y energía en los Estados Unidos. Una batería de ejemplos a considerar. EZCURRA, Marta Villar. **Fiscalidad, parafiscalidad y regulación económica en el sector eléctrico español**. Madrid: Civitas, 2012. p. 115.

³⁷⁸ La doctrina de la *preemption* es la doctrina de la primacía / derecho preferente y que está estrechamente relacionada con lo establecido en la constitución de EE.UU. en la que expresamente garantiza, en su artículo 1, sección 8, que el Congreso tendrá la facultad para establecer y recaudar impuestos, aranceles, derechos y contribuciones; así como regular el comercio con las naciones extranjeras, entre los distintos Estados y con las tribus indígenas.

como locales. Esta discreción personalizada, a su vez, impediría que los tribunales se extralimitaran. Sin embargo, la disponibilidad de la revisión judicial seguiría siendo importante para garantizar que el trabajo del Comité no se politice o desate los criterios y presunciones legales. La creación de un Comité de revisión de la preemption implantaría una válvula de seguridad para abordar entornos donde realmente se necesita la preferencia, al mismo tiempo que restringe y guía dicha revisión de preferencia al dictar que el Comité y cualquier tribunal de revisión evalúa los hechos subyacentes reales a la luz de los criterios legales. Una mirada judicial rigurosa posterior a las determinaciones del Comité respaldaría aún más la integridad del proceso³⁷⁹.

2 Legislación sobre energías renovables en los Estados Unidos de América

A nivel federal, los incentivos fiscales se presentan en de deducciones a las empresas, deducciones para promover la construcción de edificios comerciales eficientes en energía, *Modified Accelerated Cost Recovery System*³⁸⁰ (en adelante MARCS por sus siglas en inglés), exenciones para residencias de conservación energética y créditos de impuestos como el *Business Energy Investment Tax Credit*³⁸¹ (en adelante ITC por sus siglas

³⁷⁹BUZBEE, William W. State Greenhouse Gas Regulation, Federal Climate Change Legislation, and the Preemption Sword. *San Diego Journal Climate & Energy Law*, v. 23, 2009, p. 23-62.

³⁸⁰ MARC es un sistema de depreciación que se utiliza para fines fiscales. Permite recuperar el costo capitalizado de un activo durante un periodo de tiempo específico mediante deducciones anuales. El Sistema MARCS clasifica los activos fijos en clases que tienen periodos de depreciación establecidos.

³⁸¹ ITC es un crédito Federal de los Estados Unidos de América que se aplica a los sectores comercial, industrial, de servicios públicos y agrícolas.

en inglés), *Renewable Electricity Production Tax Credit*³⁸² (en adelante PTC por sus siglas en inglés).

El *Solar Investment Tax Credit* es una de las más importantes políticas federales para impulsar el crecimiento de la energía fotovoltaica en los Estados Unidos de América (EE.UU. en adelante). Desde su promulgación en 2006, la industria fotovoltaica ha crecido más de 10,000%, este impuesto permite actualmente la deducción del 26% del costo de instalación de un sistema de energía solar en los impuestos federales. Se aplica tanto a sistemas residenciales como a sistemas comerciales y, no tiene límite en su valor. El ITC es un crédito fiscal que se puede reclamar en impuestos federales sobre la renta por el 30% del costo de un sistema de energía fotovoltaica.

Para ser elegible para el 30%, el inicio de la construcción debió de ser antes del 31 de diciembre de 2019, para las iniciadas en 2020 baja 26%, para las construcciones iniciadas en 2021 se cuenta con una reducción de 22%, para las construcciones iniciadas en 2022 la reducción es de 10% y para las construcciones iniciadas después de 2023 en adelante, otorgar un máximo de reducción fiscal de 10%. Comúnmente quien es elegido para el *Solar Investment Tax Credit* puede utilizar una deducción acelerada desde el 50% de depreciación hasta el 100% de depreciación, dependiendo el año en que dicho sistema es puesto a servicio³⁸³.

3 Agencia de Protección Ambiental de EE.UU

La administración de Biden se está moviendo para revertir la “era Trump” y su esfuerzo de anular los programas estatales de GEI de vehículos que son más estrictas que las leyes federales. En otras palabras, queda por ver si la administración de Biden

³⁸² PTC es un crédito fiscal federal por kilowatt-hora (KWh) incluido en la Sección 45 del Código de Impuestos de los Estados Unidos de América para la electricidad genera por los recursos de energías renovables calificados.

³⁸³ Desde el año 2023 el porcentaje de depreciación acelerada bajará un 20% cada año; es decir, en 2023 se tendrá una depreciación acelerada de 80%, en 2024 de 60% hasta 0% en 2027.

intentará tomar la doctrina de la *preemption* o afirmará el derecho de California y otros estados bajo la sección 177 de la CAA para implementar programas más estrictos que el federal³⁸⁴.

Las regulaciones de Agencia de Protección Ambiental de EE.UU. (en adelante EPA por sus siglas en inglés) de conformidad con CAA prescriben una serie de fechas límites de cumplimiento sobre las nuevas normas de emisiones tanto para los estados como para EPA. Los estados cuentan con nueve meses para presentar planes de implementación para el cumplimiento de los estándares, mientras que EPA tiene la facultad de aprobar o rechazar dichos planes en un periodo no superior de cuatro meses. Si EPA rechaza el plan de un estado o si el estado no presenta uno, EPA tiene seis meses a partir de la fecha límite de presentación del estado para promulgar un plan federal que regirá en ese estado.

En agosto de 2016, EPA promulgó nuevos estándares de emisiones para los rellenos sanitarios de desechos sólidos municipales, lo que desencadenó el vencimiento de las fechas límites. Sin embargo, EPA no aprobó o rechazó ningún plan estatal ni promulgó un plan federal en 2017. Varios estados, incluido California, demandaron a EPA bajo la disposición de demanda ciudadana de la CAA en el Tribunal de Distrito de los EE.UU. para el Distrito Norte de California, solicitando una orden judicial que obligue a EPA a revisar los planes estatales existentes y promulgar un plan federal. El Tribunal rechazó el argumento de EPA que alegó que los estados carecían de legitimación y le impuso un cronograma de seis meses para la promulgación del plan federal, cuyo plazo venció en noviembre de 2019.

EPA a fin de evitar lo impuesto por el Tribunal, inició un proceso de elaboración de normas para cambiar los plazos subyacentes. La regulación emanada entró en vigencia en agosto de 2019 y modificó la fecha límite para que los estados presenten un plan estatal ese agosto, al mismo tiempo que otorga a EPA un plazo de dos años, después de la fecha límite para promulgar un plan federal. Dentro de las dos semanas posteriores a la enmienda, EPA presentó una moción bajo la Regla 60 (b) (5) de las

³⁸⁴ NORTON ROSE FULBRIGHT | Project Finance. Project Finance Law. Recuperado el 2021 de diciembre de 18.

Reglas Federales del Procedimiento Civil³⁸⁵ en el Distrito Norte de California para que la corte anule su orden, argumentando que la orden judicial impugnada se basó en una ley derogada, su aplicación prospectiva ya no era equitativa y que sería un abuso discrecional si el Tribunal se negara a modificarla.

Aquí ocurren dos problemas. Primero, desde el momento que el Tribunal otorgó un “plazo” a EPA, se le está otorgando un plazo adicional a lo establecido en su propia normativa. Segundo, EPA al ser quien dicta la normativa aplicable a ésta, decide modificar la norma y con ello, otorgarse un “nuevo” plazo de revisión. Si el Tribunal decide aplicar la *per se rule*, otorga a EPA a desligarse de una obligación judicial, modificando su normativa, cuándo esta no le convenga, lo que afectaría gravemente la ejecución de la sentencia. El Tribunal de Distrito rechazó la moción e hizo énfasis en el hecho que permitir que EPA se “libere” de manera efectiva de una orden judicial, amenazaba con permitir a las agencias “eludir perpetuamente la revisión judicial mediante enmiendas, incluso después que se haya encontrado una infracción.

En el Noveno Circuito la situación fue modificada por un panel unánime. El Juez Bumatay dictaminó que un Tribunal de Distrito abusa de su discreción al negarse a modificar una orden judicial “cuando un cambio en la ley disuelve la base legal de su orden”. Sobre el hecho de que la propia EPA hubiera provocado el cambio en la ley era irrelevante, dado que fue “una consecuencia natural de una demanda basada únicamente en las propias regulaciones de EPA” y que la “mayor amenaza para la separación de poderes no la plantean los organismos que desafían a los Tribunales, sino los Tribunales que efectivamente establecen sus propias reglas para controlar la conducta futura de las partes”³⁸⁶.

³⁸⁵ La Regla 60 (b) (5) establece que un “Tribunal puede relevar a una de las partes... de una sentencia, orden o procedimiento definitivo “si” aplicar [la sentencia] prospectivamente ya no es equitativo.

³⁸⁶ CALIFORNIA.GOV. Air Resources Board - News. 27 mayo 2020.

4 Administración de Información Energética de EE.UU

La Administración de Información Energética de EE.UU (EIA en adelante por sus siglas en inglés) es el organismo de estadística y de análisis en el Departamento de Energía de los EE.UU. EIA³⁸⁷ se encarga de recoger información independiente e imparcial de energía en los EE.UU. para promover la creación de políticas nacionales, mercados eficientes y la comprensión pública de la energía y su interacción con la economía y el medio ambiente. La electricidad tiene características únicas, no se puede almacenar, sus fuentes son bienes fungibles y homogéneos.

Las Políticas Ambientales no se aplican conforme al concepto de cual es lo más eficiente o racional entre todas las medidas posibles para cubrir una necesidad sino desde un enfoque enteramente político. En el año 2020, la industria del carbón enfrentaba un panorama difícil, por un invierno suave en el hemisferio norte, los bajos precios del gas natural y el fuerte crecimiento de las energías renovables. La demanda mundial de carbón se redujo en 4.4% en 2020, con disparidades regionales. En China la demanda del carbón creció un 1%, pero cayó casi un 20% en EE.UU. y la Unión Europea (UE en adelante), y un 8% en India y Sudáfrica.

Del análisis realizado por IEA sobre el carbono 2021, estableció que la demanda de electricidad viene superando el suministro de bajas emisiones de carbono y con un fuerte aumento de los precios del gas natural, la generación mundial de energía a base de carbón está en camino a aumentar en un 9% en 2021 a 10350 Teravatios-hora (TWh), un nuevo récord histórico. En los EE.UU. y la UE, se prevé que la generación de energía a base de carbón aumente casi un 20% en 2021 (sin alcanzar los niveles de 2019) y un crecimiento estimado del 12% en India y del 9% en China.

Con el panorama actual las promesas de los países de alcanzar emisiones netas cero de carbón, no son visibles, se deben realizar ajustes a sus políticas ambientales, regulatorias que permiten un cambio en el uso de energías renovables y una reducción

³⁸⁷ Se estableció por primera vez en 1974 tras la crisis del mercado del petróleo de 1973 y, mediante la Ley orgánica del Departamento de Energía de 1977 se estableció a la EIA como la principal autoridad del gobierno federal sobre estadísticas de energía y análisis.

de la industria del carbón, gas natural y la energía nuclear. La economía de China e India son dependientes del carbón y tienen una población combinada de 3 mil millones de personas. El nivel de demanda de carbono dependerá del éxito de los esfuerzos para implementar tecnología de captura, utilización y almacenamiento de carbono (CCUS en adelante) y de las políticas ambientales que los países establezcan y el impulso o barreras que se ponga a una industria frente a otra. En el informe de seguimiento de energías renovable, IEA estableció que el aumento esperado en las adiciones de capacidad en los próximos años no será suficiente para garantizar niveles Net Zero y se requiere ampliar de una capacidad anual de 134 GW en 2020 a 630 GW en 2030. Algunas recomendadas para continuar con el impulso de las energías renovables:

- Garantizar la estabilidad y la previsibilidad de la política de energía renovable.
- Cambiar la política a subastas competitivas³⁸⁸.
- Mejorar las políticas de soporte para fotovoltaica distribuida³⁸⁹.
- Ajustar el diseño de políticas para integrar renovables variables³⁹⁰.

³⁸⁸ IEA establece que, de los distintos instrumentos para apoyar el despliegue de electricidad renovable, las subastas para la adquisición competitiva centralizada de energías renovables han sido fundamentales para descubrir los precios de las energías renovables y contener los costos de las políticas en muchos países, especialmente para la energía solar fotovoltaica y la eólica.

³⁸⁹ El rápido crecimiento no administrado de la energía fotovoltaica distribuida puede perturbar los mercados de la electricidad al aumentar los costos del sistema, desafiar la integración de las energías renovables en la red y reducir los ingresos de los operadores de redes de distribución.

Se requiere marcos normativos que regulen los intereses contrapuestos de los inversores fotovoltaicos distribuidos, los operadores del sistema, las empresas de distribución y otros consumidores de electricidad (no fotovoltaica), así como reformas de tarifas y políticas adecuadas para atraer inversiones y al mismo tiempo asegurar suficientes ingresos para pagar los activos de redes fijas y garantizar que la carga de costos se distribuya de manera justa entre todos los consumidores.

³⁹⁰ Se necesita reformas en el diseño del mercado y el marco regulatorio de las políticas para garantizar la inversión a gran escala tanto en nuevas capacidades renovables como en la flexibilidad del sistema eléctrico para integrar una alta proporción de energías renovables variables de manera confiable y rentable.

- Abordar los desafíos específicos de la tecnología³⁹¹.
- Reconocer la importancia de aco-
plamiento sectorial.

5 Legislación sobre reducciones de emisiones a la atmósfera en California

La Ley AB32, Ley de Soluciones al Calentamiento Global de California de 2006, marcó el comienzo de un programa integrado de cambio climático que incluye reducción de emisiones, eficiencia energética, cuota de renovables, estándares de automóviles limpios, entre otros. Las Políticas de cambio climático en California se han centrado en tres sectores: energético, económico y transporte. La Junta de Recursos del Aire de California (CARB en adelante por sus siglas en inglés)³⁹² es la principal agencia estatal responsable de las acciones para proteger la salud pública de los efectos nocivos de la contaminación del aire y desarrollar programas y acciones para combatir el cambio climático en el estado de California.

5.1 CARB

CARB supervisa todos los esfuerzos para el control de la contaminación del aire en California para lograr y mantener estándares de calidad del aire basados en la salud, los maneja mediante los denominados distrito del aire, mediante programas financiados por sus sistemas de derechos de emisión y mediante legislación y regulación en la mejora constante en su búsqueda por llegar al nivel ZERO de carbono. En mayo de 2021 aprobó un nuevo Programa de Reducción de Emisiones en la Comunidad para Sureste de Los Ángeles³⁹³ (CERP en adelante por sus siglas en inglés), conforme lo ordena la Ley de la Asamblea 617 (AB 617 en adelante), AB 617 requiere que CARB actualice el

³⁹¹ Algunas tecnologías renovables por ser relativamente caras y/o enfrentar desafíos tecnológicos específicos o del mercado, requieren políticas más específicas.

³⁹² Mayor información en: CALIFORNIA.GOV. [Air Resources Board - Homepage.](#)

³⁹³ Mayor información en: CALIFORNIA.GOV. [Air Resources Board – News, 2019.](#)

Plan Marco por lo menos cada cinco (5) años. CERP busca integrar mejor los programas a nivel comunitario, regional y estatal en su búsqueda de aire limpio a todos los californianos.

El programa de protección del aire se enfoca en la reducción de la exposición de las comunidades que tienen un mayor impacto sobre la polución del aire, en respuesta a AB 617³⁹⁴. Se espera aumentar el número de los distritos del aire³⁹⁵ (denominado aquellos distritos que se espera una mejora en la calidad de aire y están más afectados por la polución del aire). Para diciembre de 2019 se agregaron nuevos distritos para el monitoreo del aire CERP. En octubre de 2020, los distritos del aire hicieron su reporte anual y desde enero de 2021 los distritos del aire acogieron el programa de reducción de emisiones en las comunidades conforme al reporte de octubre de 2020.

La Ley AB 32, Ley de California para Soluciones al Calentamiento Global de 2006, tiene como función asesorar al Consejo CARB en el desarrollo del Plan de Alcance de Cambio Climático y otros temas relacionados a la Ley AB 32, su primera reunión fue en 2007, con actualizaciones en el 2013 y 2017, respectivamente. La Ley de Evaluación e Información de "Puntos Calientes" de Tóxicos en el Aire (AB 2588) fue promulgada en 1987 y demanda que las fuentes fijas informen los tipos y cantidades de aquellas sustancias que se liberan rutinariamente al aire. Su objetivo es recopilar datos de emisiones, identificar instalaciones que tengan impactos localizados que generen cierto riesgo a la salud, notificar a los residentes cercanos a éstos y reducir dichos riesgos a niveles aceptables.

CERP también cuenta con un programa de educación para disuadir el robo de catalizadores (automóviles de carga pesada), mejoras prácticas de manejo y mantenimiento en plantas de reciclaje de metal con el fin de reducir emisiones fugitivas y un sistema de filtración de aire para las escuelas. En mayo de 2021, CARB nombró a los nuevos miembros de EJAC y se espera que se reúnan para comenzar a trabajar en el Plan de Alcance de

³⁹⁴ Ley, emitido en julio de 2017, firmado por el Gobernador Edmund G. Brown Jr., que incluye nuevos requisitos para la modernización acelerada de los controles de contaminación en las fuentes industriales, imposición de multas y transparencia y disponibilidad de datos de emisiones y calidad del aire, que busca mantener los esfuerzos de control de la contaminación del aire en todo el estado de California.

³⁹⁵ Mayor información en: CALIFORNIA.GOV. **Air Resources Board – Rules**, 2017.

Cambio Climático de 2022, AB 617 requiere que CARB actualice el Plan Marco por lo menos cada cinco (5) años.

En 2006 se aprobó la Ley de Soluciones de California sobre el calentamiento global, que crea un compromiso de programas multi-anual de reducción de emisiones de GEI en California. El primer Plan de alcance de cambio climático AB 32 Plan (Plan AB32 en adelante) fue aprobado por CARB en 2008 y desde entonces se han realizado dos actualizaciones. Se están realizando talleres para AB 32 Plan de 2022, enfocado en la neutralidad de carbono y que California sea una económica de energía limpia por medio de reducir a cero las emisiones del transporte de California, mejorar la equidad mientras se eliminan las emisiones en el suministro de combustibles para el transporte de California.

El Proyecto de Ley del Senado SB 100, estableció una política histórica que busca alimentar toda la electricidad minorista vendida y las necesidades de las agencias estatales con recursos renovables y sin carbono. Requiere que tanto la Comisión de energía, la Comisión de servicios públicos y CARB utilicen programas con las leyes existentes para energía 100 limpia y emitan un informe de política conjunta. El primer informe se realizó en 2021³⁹⁶, debiendo ser renovado cada cuatro años para un ajuste en las políticas. Con AB 32 CARB adoptó el Reglamento de tarifas de COI que deben pagar las fuentes de emisiones de GEI para financiar el desarrollo, la administración y la implementación de los programas AB 32 por parte de las agencias estatales.

Las empresas e instalaciones sujetas a la Regulación de tarifas de COI deben informar lo siguiente, según corresponda: galones de combustibles de transporte suministrados o importados, termas de gas natural entregadas a los usuarios finales de los servicios públicos de gas natural y tuberías intra-Estatal, termas recibidas de tuberías inter-Estatales, megavatios - horas entregadas al sistema de transmisión y distribución en California, y los datos de emisiones y combustibles.

Todos los datos requeridos deben informarse utilizando la Herramienta de informes electrónicos de GEI de California (*Mandatory GHG Reporting - Online Reporting Tool*) - Cal e-

³⁹⁶ Mayor información en: CALIFORNIA.GOV. **Energy**, 2024.

GGRT)³⁹⁷. Los programas de quejas por contaminación del aire requieren de la participación ciudadana de informar sobre posibles infracciones (como automóviles humeantes en las carreteras), cuenta con línea directa³⁹⁸ e *online* (web)³⁹⁹, se informa a los Distritos de Control del Aire y además sirve para realizar investigaciones al respecto. La GEI se manejan por medio de Las políticas de nuevas alternativas significativas (SNAP en adelante por sus siglas en inglés).

CARB en un inicio utilizó los SNAP de EPA pero el 8 agosto de 2017 y luego de que el Tribunal de Circuito de Distrito de DC (caso *Mexichem Fluor. contra la EPA de los EE. UU.*)⁴⁰⁰ limitó significativamente la capacidad de EPA para regular HFC (refrigerantes de hidrofluorocarbono- tercera generación de refrigerantes fluorados) de alto GWP (gases fluorados). California avanzó en la prohibición de HFC y lo denominaron CARB HTC⁴⁰¹, en concordancia con la Ley del Senado 1013 o SB 1013 o más conocida como la Ley de enfriamiento de California, promulgado en septiembre de 2018 y entró en vigencia en 1 enero de 2019, el cual establece las reglas 20 y 21 de SNAP pero con dos exenciones sobre el uso de refrigerantes en residencias y sin mencionar el aire acondicionado para automóviles móviles. Desde el 2022 CARB HFC impone a los sistemas de refrigeración no residenciales que compren sistemas que utilicen refrigerantes

³⁹⁷ Es una herramienta que, si bien es cierto “similar a la que se debe proporcionar a EPA, estos son documentos separados y en la página se cuenta con capacitaciones, informes y diferentes herramientas para facilitar el informe obligatorio sobre GEI. Mayor información en: CALIFORNIA.GOV. **Air Resources Board – MRR tool**, 2024.

³⁹⁸Línea directa al: **1-800-END-SMOG (1-800-363-7664)**, para otras denuncias relacionadas con la contaminación del aire es 1-800-952-5588.

³⁹⁹ Mayor información en: CALIFORNIA.GOV. **Air Resources Board – Smoking Vehicle Form**, 2024.

⁴⁰⁰ El Tribunal decidió 2-1 que la EPA no podía utilizar una sección de la Ley de Aire Limpio para apuntar a los HFC”, ya que éstos no agotaban la capa de ozono. Así dijo que “La Sección 612 no requiere (ni otorga autoridad a la EPA para exigir) a los fabricantes que reemplacen sustancias que no agotan la capa de ozono, como los HFC. Por lo tanto, anulamos la Regla de 2015 en la medida en que requiera que los fabricantes reemplacen los HFC”, lo que generó que se parara la eliminación del refrigerante HFC de la EPA. **DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT. United States Court of Appeals Argued February 17, 2017 Decided August 8, 2017. No. 15-1328. Mexichem Fluor, INC. v. EPA and Chemours Company FC, LLC, et al.**

⁴⁰¹ Uno de los sectores más afectados es la refrigeración de alimentos al por menor, debido a que los fabricantes no pueden vender equipos o productos que utilicen HFC prohibidos que se fabriquen después de sus respectivas fechas de prohibición.

con un GWP inferior a 150, así como cumplir con los puntos de referencia para reducir su huella de refrigerante a más de la mitad en 2030. El cumplimiento para la mayoría de los equipos de aire acondicionado doméstico empezará en 2025. También señala el inicio del primer programa de reciclaje de refrigerantes.

FRIP⁴⁰² apoya las regulaciones actuales y propuestas de CARB sobre el uso de HFC en refrigeración estacionaria, aire acondicionado y otros usos finales al proporcionar fondos para mitigar los costos iniciales asociados con la transición a tecnologías de menor potencial de calentamiento global (GWP), necesarias para cumplir con los objetivos de la SB 1383. El programa de derechos de emisión de California busca generar un incentivo para el impulso del uso e investigación de tecnologías limpias. El programa se aplica a las emisiones que cubren casi el 80% de las emisiones de GEI en base a una tonelada métrica de dióxido de carbono.

La Política de California ha seguido un planteamiento híbrido basado en tres componentes: la fijación de estándares tecnológicos (obligatorio cumplimiento en el sector transportes), una combinación de instrumentos de mercado y estándares tecnológicos en el sector de la energía, un sistema de derechos de emisiones que financia la mayoría de los programas de CARB y el impulso a las energías renovables.

5.2 Sector Eléctrico

California cuenta con un plan de cierre de la energía nuclear que se realizará de manera progresiva hasta el 2025. En 2013 se dio el inicio del cierre de las centrales nucleares en California, la primera fue San Onofre (2013)⁴⁰³ y la última será Diablo Canyon

⁴⁰² FRIP es parte de *California Climate Investments*, un programa Estatal que dedica miles de millones de dólares del sistema de derechos de emisiones para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, fortalecer la economía y mejorar la salud pública y el medioambiente, particularmente en comunidades desfavorecidas. CALIFORNIA.GOV. **Air Resources Board** – California Climate Investment - F-Gas Incentive Program (FRIP).

⁴⁰³ Los fondos necesarios para limpieza y desmantelamiento de la planta ascienden a \$4.1 mil millones de dólares de los cuales SCE solo dispone de \$2.7. CALIFORNIA ENERGY COMMISSION. **El programa de investigación de energía limpia de California financia**

en Ávila Beach, ubicado en la costa central de California, aunque la referida planta provee un 9% de la electricidad a California, ésta dejará de operar en agosto de 2025 (la unidad 1 de producción cerrará el 2 de noviembre de 2024, mientras que la unidad 2 seguirá funcionando hasta el 26 de agosto de 2025), como parte de un plan de transición hacia energías renovables.

El retraso del cierre para el año 2025 se realiza debido al tiempo de transición que se requiere para que las nuevas centrales de energía limpia sustituyan a la producción de energía nuclear.

Otras de las preocupaciones es que la central nuclear se ubica sobre un risco en la costa central de California, por lo que las probabilidades de un terremoto que dañe la instalación y que cause una desgracia ambiental son bastante altas debido a su proximidad (reactor de la central nuclear) con una de las fallas sísmicas (594 metros).

Se espera conseguir los fondos para desmantelamiento y limpieza de las centrales nucleares que según señaló Marylia Kelley, directora ejecutiva de la organización comunitaria Tri-Valley CAREs (*Communities Against a Radiative Environment*): “la energía nuclear es una forma muy cara y peligrosa de hervir agua”⁴⁰⁴. Como parte de impulso de energías limpias en el sector eléctrico, California realiza programa y reembolsos residenciales tanto fijos como móviles. La iniciativa Solar de California (*California Solar Initiative*) ofrece devolverle dinero en efectivo por cada vatio de energía solar instalada en hogares, empresas, granjas, escuelas, organizaciones del gobierno y organizaciones sin fines de lucro.

El programa para mejoras del hogar *Energy Upgrade California* ayudan a mejorar la eficiencia energética y se pueden obtener hasta \$ 5,500 en incentivos⁴⁰⁵. El programa de mejoras de eficiencia energéticas para residencias rodantes como, iluminación nueva, cabezales para duchas con flujo bajo y revestimiento de tuberías. Programa de ahorro por medio del diseño (*Savings by Design*), ofrece incentivos económicos, análisis detallado y

mil millones de dólares para proyectos innovadores y atrae 1 mil millones de dólares en inversión privada, 19 de mayo 2022.

⁴⁰⁴ ELTECOLETE.ORG. **Limpieza, un problema tras cierre de central nuclear de San Onofre**, 1 ago. 2013.

⁴⁰⁵ Mayor información en: ENERGY UPGRADE CALIFORNIA. **Eficiencia Energética**.

apoyo de diseños de construcción de inmuebles no residenciales con alto desempeño y eficiencia energética.

Incentivos y reembolsos de *Southern California Edison* por eficiencia energética mediante sus programas *Express solutions y customized solutions*. *California Flex Alert*⁴⁰⁶, notifica a los consumidores cuando se predice una escasez del suministro de energía, especialmente si el operador de la red necesita usar las reservas para cubrir la demanda.

*Energy Saver Guide*⁴⁰⁷, el departamento de energía de los EE.UU. ofrece una guía para ahorrar energía y dinero en el hogar y fuera de él, en inglés y en castellano. *Southern California Edison (SCE)*⁴⁰⁸ ofrece soluciones para ahorrar energía a residencias e industrias como manufactura, agricultura, centros de datos y negocios minoristas. La Comisión de Servicios Públicos de California ha identificado la necesidad de hasta 1.600 MW de almacenamiento de energía de larga duración para 2026, el mismo que resulta fundamental para lograr sus objetivos de descarbonización y renovables de California. El proyecto de ley Senado 100 (SB 100) es la normal que busca que California se convierta en la primera economía del mundo libre de carbono, para hecho se ha realizado diversos informes de cuáles son los ajustes regulatorios que se deben de realizar para que se logren sus objetivos.

5.3 Comisión de Energía de California

La Ley de Energía Limpia y Reducción de la Contaminación (Proyecto de Ley 350 del Senado, en adelante SB 350) estableció metas de energías limpia, aire limpio y GEI⁴⁰⁹. SB 350 establece un objetivo de adquisición de energía renovable al 60% para 2030. Esto aumentará el uso de recursos elegibles del Estándar

⁴⁰⁶ Mayor información en: CALIFORNIA FLEX ALERT. **Energy Saver Guide and Tips**, 2024.

⁴⁰⁷ Mayor información en: USENERGY.GOV. **Energy Saver Guide**, 2024.

⁴⁰⁸ Mayor información en: SOUTHERN CALIFORNIA EDISON. **Ofrece soluciones para ahorrar energía a residencias e industrias como manufactura, agricultura, centros de datos y negocios minoristas**, 2024.

⁴⁰⁹ Proyecto de Ley 350 del Senado estableció como meta la reducción de GEI a un 40% por debajo de los niveles de 1990 para el 2030 y un 80% por debajo de los niveles para 2050. Se espera que la Comisión de Energía de California trabaje con otras agencias estatales para implementar el proyecto de Ley 350 del Senado. CALIFORNIA ENERGY COMMISSION. **Ley de Energía Limpia y Reducción de la Contaminación**, 2024.

de carteras de energías renovables, incluida la energía solar, eólica, biomasa, geotérmica y otros. SB 350 requiere que se dupliquen los ahorros de eficiencia energética en el estado de California en usos finales para el año 2030. Para lograr el cumplimiento de los objetivos las empresas de servicios públicos deben desarrollar y presentar planes integrados de recursos y autoriza a las empresas de servicios públicos a emprender la electrificación del transporte. SB 350 ordena que las agencia estatales realicen diversos estudios para identificar y evaluar las barreras y oportunidades para la generación de energía solar fotovoltaica, de acceso a otras energías renovables para clientes de bajos ingresos, contratación para pequeñas empresas locales en comunidades desfavorecidas, recomendaciones sobre cómo aumentar el acceso a inversiones en eficiencia energética y climatización para clientes de bajos recursos, opciones de transporte de cero emisiones y casi cero emisiones para los clientes de bajos recursos, incluidos las de comunidades desfavorecidas.

La Comisión de Energía de California cuenta con un plan de conservación de energía renovable del desierto (en adelante DRECP por sus siglas en inglés), especialmente en el Desierto de Sonora en el sureste de California, un área que cubre aproximadamente 22.6 millones de acres. Las regulaciones de electrodomésticos de California, combinadas con las leyes federales, establecen niveles mínimos de eficiencia energética y agua en productos, como electrónicos de consumo, electrodomésticos y equipos de plomería. Los estándares de eficiencia energética deben ser técnicamente viables, rentables y ahorrar energía o agua. Para ello se reúnen en etapa previa de la reglamentación el personal de la Comisión de Energía de California y las partes interesadas para desarrollar una propuesta. Su cumplimiento es posterior a su adopción.

Los estándares adoptados hasta la fecha son: enmiendas al Título 20 Reglamento de eficiencia de electrodomésticos, fecha de vigencia 1 de octubre de 2018; spas eléctricos portátiles y sistemas de carga de baterías, vigente desde 1 de junio de 2019; lámparas de servicio general, fecha de vigencia 1 de enero de 2020; aires acondicionados portátiles, fecha de vigencia 1 de febrero de 2020; cuerpos de rociadores, fecha de vigencia 1 de octubre de 2020; enmiendas de 2020 al Reglamento de eficiencia de electrodomésticos del Título 20, fecha de vigencia 16 de marzo de

2021; motores de repuestos para bombas de piscinas, fecha de vigencia 19 de julio de 2021; enmiendas a computadoras y monitores, fecha de vigencia 9 de diciembre de 2021; compresores de aire comerciales e industriales, fecha de vigencia 1 de enero de 2022; spas eléctricos portátiles, fecha de vigencia 1 de enero de 2022.

La Comisión de Energía de California también cuenta con regulaciones y programas para la mejor en la eficiencia de los edificios, con estándares de eficiencia para las construcciones nuevas, denominado Título 24, así como reformas a los edificios existentes. El programa de evaluación comparativa energética de edificios está enfocado en ciertos edificios comerciales y multifamiliares, para obtener datos sobre el uso de energía e informes sobre las características del edificio. El programa de sistemas de calificación de energías doméstica es un programa que aborda los defectos de construcción y mala instalación de equipos, incluidos los sistemas de climatización y aislamiento, mediante las denominadas evaluaciones de las viviendas. El programa de proveedores de certificación de técnicos de pruebas y aceptación busca asegurar que los contratistas mecánicos y de control de iluminación cumplan con los estándares energéticos en edificios no residenciales.

La certificación del fabricante de equipos de construcción es una lista de equipos, productos y dispositivos certificados por la Comisión de Energía de California que acredita que cumplen con el código de energía. Las regulaciones, programas, estándares y certificaciones aplicadas en California se realizan de manera gradual y progresiva, cuya meta es lograr el objetivo de energías limpias en sus tres sectores.

Consideraciones finales

El panorama mundial y en especial el del estado de California ha demostrado la descarbonización de la economía es un objetivo real y alcanzable. La incorporación de la participación ciudadana y la protección a las personas vulnerables por medio de programas que impulsen la transición a energías limpias es la forma correcta de ejecutar los instrumentos regulatorios que van

a permitir el cumplimiento de los objetivos para el año 2050.

La regulación es el medio para que funcionen los sistemas de derechos de emisión y créditos de carbono, los impuestos de carbono, programas e incentivos a los ciudadanos que tiene como objetivo último la mejora en la calidad de vida de sus habitantes. SB 100 es la cristalización de los compromisos ambientales y los informes y planes que otorgan una visión sobre los posibles ajustes regulatorios necesarios para lograr sus objetivos de uso exclusivo de energía limpia.

La energía limpia permitirá al estado de California reducir e incluso eliminar la dependencia de importación energética por medio del almacenamiento de la energía. La coordinación y compromiso entre las agencias estatales, CARB y la Comisión de Energía de California son fundamentales para la interconectividad regulatoria para el cumplimiento de ser una economía libre de carbono.

Referencias

BUZBEE, William W. State Greenhouse Gas Regulation, Federal Climate Change Legislation, and the Preemption Sword. **San Diego Journal Climate & Energy Law**, v. 23, 2009, p. 23-62. Disponible en: <https://digital.sandiego.edu/jcel/vol1/iss1/4/>. Acceso en: 23 feb. 2024.

CALIFORNIA.GOV. **Energy**. [2024]. Disponible en: https://www.energy.ca.gov/sb100#anchor_report. Acceso en: 23 feb. 2024.

CALIFORNIA.GOV. **Air Resources Board** - Rules. [2024]. Disponible en: <https://ww2.arb.ca.gov/es/air-district-rules>. Acceso en: 23 feb. 2024.

CALIFORNIA.GOV. **Air Resources Board** - Homepage. [2024]. Disponible en: <https://ww2.arb.ca.gov/homepage>. Acceso en: 23 feb. 2024.

CALIFORNIA.GOV. **Air Resources Board** – MRR Tool. [2024]. Disponible en: <https://ww2.arb.ca.gov/mrr-tool>. Acceso en: 23 feb. 2024.

CALIFORNIA.GOV. **Air Resources Board** - News. 04 ago. 2019. Disponible en: <https://ww2.arb.ca.gov/es/news/carb->

aprueba-nuevo-programa-de-reduccion-de-emisiones-en-la-comunidad-para-southeast-los. Acceso en: 23 feb. 2024.

CALIFORNIA.GOV. **Air Resources Board** - News. 27 mayo 2020. Disponible en: <https://ww2.arb.ca.gov/es/news/california-y-otros-22-estados-demandan-la-administracion-trump-ante-un-tribunal-por-el-o>. Acceso en: 23 feb. 2024.

CALIFORNIA.GOV. **Air Resources Board** – Smoking Vehicle Form. [2024]. Disponible en: https://air.arb.ca.gov/Forms/VehicleComplaint/SmokingVehicle?_ga=2.41326626.103854389.16232527511927178843.1623252751. Acceso en: 23 feb. 2024.

CALIFORNIA.GOV. **Air Resources Board** – California Climate Investment - F-Gas Incentive Program (FRIP). Disponible en: <https://ww2.arb.ca.gov/our-work/programs/FRIP>. Acceso en: 23 feb. 2024.

CALIFORNIA ENERGY COMMISSION. **Ley de Energía Limpia y Reducción de la Contaminación**. [2024]. Disponible en: <https://www.energy.ca.gov/es/rules-and-regulations/energy-suppliers-reporting/clean-energy-and-pollution-reduction-act-sb-350>. Acceso en: 23 feb. 2024.

CALIFORNIA ENERGY COMMISSION. **El programa de investigación de energía limpia de California financia mil millones de dólares para proyectos innovadores y atrae 1 mil millones de dólares en inversión privada**. 19 mayo 2022. Disponible en: <https://www.energy.ca.gov/es/news/2022-05/californias-clean-energy-research-program-funds-1-billion-innovative-projects>. Acceso en: 23 feb. 2024.

CALIFORNIA FLEX ALERT. **Energy Saver Guide and Tips**. [2024]. Disponible en: <http://www.flexalert.org/save-energy/energy-saving-tips>. Acceso en: 23 feb. 2024.

DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT. **United States Court of Appeals Argued on February 17, 2017, and Decided on August 8, 2017. No. 15-1328. Mexichem Fluor, INC. v. EPA and Chemours Company FC, LLC et al**. Disponible en: [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3EDC3D4817D618CF8525817600508EF4/\\$file/15-1328-1687707.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3EDC3D4817D618CF8525817600508EF4/$file/15-1328-1687707.pdf). Acceso en: 23 feb. 2024.

ELTECOLETE.ORG. **Limpieza, un problema tras cierre de central nuclear de San Onofre**. 1 ago. 2013. Disponible en:

<https://eltecote.org/content/es/limpieza-un-problema-tras-cierre-de-central-nuclear/>. Acceso en: 23 feb. 2024.

ENERGY UPGRADE CALIFORNIA. **Eficiencia Energética**. Disponible en: <https://energyupgradeca.org/>. Acceso en: 23 feb. 2024.

EZCURRA, Marta Villar. **Fiscalidad, parafiscalidad y regulación económica en el sector eléctrico español**. Madrid: Civitas, 2012.

IEA. **Energía Renovable**, 2021. Disponible en: <https://www.iea.org/reports/renewable-power>. Acceso en: 23 feb. 2024.

IEA. **Resumen Ejecutivo de Carbón 2021**. Recuperado el 28 de 12 de 2021. Disponible en: <https://iea.blob.core.windows.net/assets/f1d724d4-a753-4336-9f6e-64679fa23bbf/Coal2021.pdf>. Acceso en: 23 feb. 2024.

NORTON ROSE FULBRIGHT. **Project Finance. Project Finance Law**. Recuperado el 2021 de diciembre de 18. Disponible en: https://www.projectfinance.law/media/5644/pfn_0421.pdf. Acceso en: 23 feb. 2024.

SOUTHERN CALIFORNIA EDISON. **Ofrece soluciones para ahorrar energía a residencias e industrias como manufactura, agricultura, centros de datos y negocios minoristas**. [2024]. Disponible en: <https://www.sce.com/>. Acceso en: 23 feb. 2024.

USENERGY.GOV. **Energy Saver Guide**. [2024]. Disponible en: <https://www.energy.gov/energysaver/services/energy-saver-guide-tips-saving-money-and-energy-home>. Acceso en: 23 feb. 2024.



**MERCADO
DE TRADIÇÃO
PENSAMENTO
DE INOVAÇÃO**

 (31) 9 9109-4070
 editoraseteautores.com
 editoraseteautores
 editoraseteautores
 editoraseteautores7A
 editora7autores@gmail.com

Este livro foi impresso em Chambril Avena LD 70g, tipografia Georgia
Belo Horizonte, primavera de 2024.