

ICJP
INSTITUTO DE CIÊNCIAS
JURÍDICO-POLÍTICAS

CIDP
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO
DE DIREITO PÚBLICO



Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional

Volume 10

JORGE MIRANDA | CARLA AMADO GOMES
SUSANA BORRÀS PENTINAT
(Coordenadores)

BLEINE QUEIROZ CAÚLA
RÔMULO GUILHERME LEITÃO
(Organizadores)



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA



Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional

E-BOOK INTERNACIONAL VOLUME 10

EDIÇÃO ESPECIAL

Homenagem ao Chanceler Airtton Queiroz

(in memoriam)

JORGE MIRANDA

CARLA AMADO GOMES

SUSANA BORRÀS PENTINAT

(Coordenadores)

BLEINE QUEIROZ CAÚLA

RÔMULO GUILHERME LEITÃO

(Organizadores)

Edição Especial

Homenagem ao Chanceler Airton Queiroz (*in memoriam*)

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

-

www.icjp.pt

icjp@fd.ulisboa.pt

-

Abril de 2020

ISBN: 978-989-8722-42-3



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

www.fd.ulisboa.pt

-

Imagem da capa:

Foto de Carla Amado Gomes

Revisão ortográfica:

Maria Ângela Barbosa Lopes

Revisão ABTN:

Júlia Maia de Meneses Coutinho (primeira revisão)

Bleine Queiroz Caúla (segunda revisão)

-

Produzido por:

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com

Comissão Científica

Alexandre Sousa Pinheiro – ASP Formação e Consultoria

Ângela Issa Haonat – UFT

Ana Maria D'Ávila Lopes – Universidade de Fortaleza

Ana Paula Araújo de Holanda – Universidade de Fortaleza

Anna Ciammariconi – Università degli Studi di Teramo

André Leite – Universidade de Vilnius

Beatriz Souza Costa – ESDHC

Bleine Queiroz Caúla – Universidade de Fortaleza

Carla Amado Gomes – Universidade de Lisboa

César Barros Leal – UFC

Claudia do Amaral Furquim – IDEM

Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University

Dayse Braga Martins – Universidade de Fortaleza

Délton Winter de Carvalho – UNISINOS

Elvira Domínguez-Redondo – Middlesex University



Fernando González Botija – Universidade Complutense de Madrid

Francisco Lisboa Rodrigues – FATENE

Horácio Wanderlei Rodrigues – UFSC

Jefferson Aparecido Dias – UNIMAR

João Pedro Oliveira de Miranda – Universidade de Lisboa

Jorge Miranda – Universidade de Lisboa

Katherinne de Macedo Maciel Mihaliuc – Universidade de Fortaleza

Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Martonio Mont’Alverne Barreto Lima – Universidade de Fortaleza

Orides Mezzaroba – UFSC

Rômulo Guilherme Leitão – Universidade de Fortaleza

Susana Borràs Pentinat – Universitat Rovira i Virgili

Valério de Oliveira Mazzuoli – UFMT

Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Wagner Menezes – USP

[Ir para o índice](#)

Coordenadores

Jorge Miranda

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



Carla Amado Gomes

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

Susana Borràs Pentinat

Profesora doctora de Derecho internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona-España) e investigadora del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT). PROJECT “PROYECTO DE I+D: La constitución climática global: gobernanza y Derecho en un contexto complejo” (CONCLIMADER2016-80011-P), (MINECO/FEDER, UE), Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, subprograma Estatal de Generación del Conocimiento, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016, efectuada por resolución de 17 de junio de 2015 (BOE de 23 de junio) de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación (SEIDI), Ministerio de Economía y Competitividad, España.

[Ir para o índice](#)

Organizadores

Bleine Queiroz Caúla

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

Rômulo Guilherme Leitão

Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2008). Doutor em Direito Constitucional; professor do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos e do Programa de Pós-Graduação (mestrado e doutorado) em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), e procurador do Município de Fortaleza. E-mail: romuloleitao@unifor.br.



Autores

Aquilino Paulo Antunes

Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado.

Anna Ciammariconi

Ricercatrice di Diritto pubblico comparato. Facoltà di Scienze politiche. Università di Teramo (Italia).

Antonio Rulli Junior (*In Memoriam*)

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1982). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (1972). Doutor em Direito do Estado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1984). Atualmente é professor do Centro Universitário UniFmu nos cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado/Doutorado); desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, eleito pelo egrégio Órgão Especial para o biênio 2008-2009, para o cargo de diretor da Escola Paulista da Magistratura (EPM) do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (conforme Portaria nº 7.487, de 2007). Eleito presidente, por unanimidade, do Colégio Permanente de Diretores das Escolas Estaduais da Magistratura (COPEDEM), para o biênio 2009-2011. Membro do Conselho Superior

[Ir para o índice](#)

da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (EN-FAM), do Superior Tribunal de Justiça, para o biênio 2010-2012.

Beatriz Souza Costa

Mestre e Doutora pela UFMG em Direito Constitucional; professora no Curso de Pós-Graduação, Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara. Pró-Reitora de Pesquisa da ESDHC. (Belo Horizonte). E-mail: biaambiental@yahoo.com.br.

César Barros Leal

Procurador del Estado de Ceará; Profesor jubilado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará; Doctor en Derecho (UNAM); Posdoctor en Estudios Latinoamericanos (Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM); Posdoctor en Derecho (Universidad Federal de Santa Catarina). Presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos; Miembro de la Asamblea General del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Daniela Zago Gonçalves da Cunda

Doutora e mestre em Direito pela PUC/RS. Conselheira substituta do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. E-mails para contato: dzcunda@gmail.com e cunda@tce.rs.gov.br.

Ernani Contipelli

Pós-Doutor em Direito Político Comparado – Universidad Pompeu Fabra. Pós-Doutor em Direito Constitucional Comparado – Universidad Complutense de Madrid. Doutor em Direito do Estado – PUC/SP. Mestre em Filosofia do Direito e do Estado – PUC/SP. Especialista em Direito Tributário



– PUC/SP. Bacharel em Direito – Mackenzie/SP. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Brasil). Pesquisador do Center for European Strategic Research (Itália).

Francisco Lisboa Rodrigues

Procurador do Município de Fortaleza. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UNIFOR. Pós-Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa- FDUL, Professor de Direito Constitucional da FATENE.

João Felipe Bezerra Bastos

Mestre em Ordem Jurídica Constitucional, pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Processual Civil, pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Pós-Graduando em Direito e Processo Eleitoral, pela Universidade de Fortaleza. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/CE. E-mail: jfelipebastos@gmail.com

Jorge Bheron Rocha

Defensor Público. Doutorando em Direito Constitucional (Universidade de Fortaleza). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com estágio na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Pós-Graduado em Processo Civil, pela Escola Superior do Ministério Público. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Professor de Penal e Processo Penal de Graduação e Pós-Graduação. E-mail: bheronrocha@gmail.com.

Jorge Di Ciero Miranda

Doutorando (ingresso em 2018) e mestre (conclusão em 2016) em Direito Constitucional (Universidade de Fortaleza. Ciclo básico da AMAN

Ir para o índice

87/88 e da Faculdade de Engenharia Industrial (FEI) 89/90. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará 95 (UFC). Especialista em Processo Civil pela UVA e Processo Penal pela UFC. Coursou mestrado em Samford University – Alabama – Cumberland Law School. Juiz estadual do Ceará, desde 1998. Atualmente é titular da Vara de Trânsito em Fortaleza. E-mail: jorgediciero@hotmail.com.

Júlia Maia de Meneses Coutinho

Professora do Curso de Direito da Faculdade de Tecnologia de Horizonte – FATHOR. Doutoranda em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza. Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (bolsista Funcap). Participante do Grupo de Pesquisa da “Constituição de 1937”, sob a orientação do Prof. Dr. Martonio Mont’Alverne. Especialista em Marketing e Direito Público. Graduada em Publicidade e Propaganda e Direito (bolsista FEQ). E-mail: juliacoutinho@unifor.br.

Manuela Vieira Costa

Acadêmica de direito na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: manuicosta@hotmail.com.

Marco Anthony Steveson Villas Boas

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



do Colégio de Presidentes dos Tribunais Eleitorais do Brasil (COPTREL) e do Colégio de Corregedores Eleitorais do Brasil (COCEL).

Monique Mosca Gonçalves

Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais na Universidade de Lisboa. Pós-graduada em Direito Penal pela Universidade Anhanguera/UNIDERP. Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais. E-mail: moniquemgmg@hotmail.com.

Rodrigo Martiniano Ayres Lins

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Eleitoral (PUC/MG), em Direito Processual Civil (UNICAP) e em Direito Público (ESMAPE). Atualmente é Procurador-Geral da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará e Professor de Cursos de Pós-Graduação em Direito. Membro Fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP) e do Instituto Luso-Brasileiro de Direito Público (ILBDP).

Valério de Oliveira Mazzuoli

Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT (Brasil). Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor summa cum laude em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (Brasil). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP (Brasil). Membro efetivo da Sociedade Brasileira de Direito Internacional – SBDI e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas – ABCD. Membro-consultor da Comissão Especial de Direito Internacional do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ir para o índice

Homenagem ao Chanceler Airton Queiroz

Após alguns dias em que o Dr. Airton Queiroz passou a observar a Unifor por outra dimensão, ele deve estar feliz com a grandiosidade dessa obra que administrou por 35 anos. Deve estar concluindo que não há um recanto do campus em que não esteja impressa sua presença, sua criatividade e o tirocínio voltado para um futuro que se fez presente. O verde dos jardins, simbolizando um futuro melhor para toda a comunidade interna e externa, demonstra também um exemplo de sustentabilidade em que fauna e flora se dão as mãos como lição para a pujante juventude sempre ali presente.

O ambiente universitário, construído onde antes vigorava o ermo de uma savana, tanto foi burilado, primeiro pelo Chanceler Edson Queiroz, depois pelo Dr. Airton, seu continuador, que o estudante, ao ingressar no campus, já está aprendendo antes de entrar em sala de aula. Para isso, as grandes exposições de artes, os concertos musicais, as peças teatrais encenadas, a Biblioteca com centenas de milhares de volumes e o acervo especial adquirido de famosos colecionadores comprovam que a aprendizagem extrapola as quatro paredes da sala de aula. Difícil, pois, um adjetivo definitivo para corresponder à personalidade do Chanceler



Airton Queiroz: arguto, perspicaz, sensível, empreendedor, dinâmico, discreto, corajoso, ágil, sonhador e objetivo são qualificações captadas entre aqueles com quem privava.

Uma coisa é certa, pelo fato de ter sido dicotômico, binário, razão e emoção se dão as mãos no seu perfil. A objetividade do administrador de um conglomerado de empresas e a subjetividade do profundo apreciador das artes e da ecologia tornaram-no um homem marcado pela noturnidade e diuturnidade bachelardiana. Personalidade singular, Dr. Airton, com sua aguçada visão do futuro, transformava o presente em dinâmica de longo curso, como se seu pensamento calçasse botas de sete léguas. Entretanto não deixava de trazer também para o presente as culminâncias do passado, daí suas exposições de artes seculares, seus acervos de livros históricos e suas visitas ao exterior, a museus diversos e monumentos dos antepassados. Por isso que, na geografia do campus da Unifor, é possível encontrar signos desse gosto marcado pela universalidade. Sua aguçada visão empresarial vislumbrava na educação uma solução para o desenvolvimento do Ceará. Sua criatividade fez com que os jardins da Unifor viessem a ser forte contribuidor para a microrregião climática em que se tornou essa área onde a amenidade do clima diferencia-se do restante de Fortaleza. Também com relação aos três pilares formadores das universidades: Ensino, Pesquisa e Extensão, ele criou uma quarta pilastra - no caso, a cultura.

No momento em que o Chanceler passou a ver de cima sua Unifor, deve ter notado que sua paixão pelo verde, emanado dos verdes mares bravios que um dia Alencar também vislumbrou, alastrou-se pelo rio Cocó e seu parque ribeirinho, pousou nas alamedas da Universidade e ramificou-se até os jardins de sua residência. É o equilíbrio ecológico antecipando-se ao equilíbrio humano como lição para uma juventude altaneira que convive em harmonia com uma natureza festiva. É bem verdade que a seriema que

[Ir para o índice](#)

passava o dia cantando no campus emudeceu com sua partida, mas temos certeza de que o luto das aves não vira melancolia.

O seu compromisso com o social concretizou-se com a transformação do antigo Dendê em verdadeiro laboratório para as transformações operadas no entorno do campus: a Escola Yolanda Queiroz, com mais de cinco centenas de crianças do bairro, o Escritório de Prática Jurídica para atendimento àquela população e o Nami com seus atendimentos médicos aos mais necessitados. Sua cosmovisão vez ver que se muda para melhor quem muda também seus circunstantes. Daí que o corpo funcional da Universidade se tornou composto de pessoal selecionado e treinado para o trabalho, entre os moradores desse bairro que evoluiu para melhor com a criação da Unifor.

O frescor permanente do clima do campus está ali posto desde a ideia inicial de trazer a Universidade para o leste da Capital. Ali a Unifor veio ver o sol nascer mais cedo. Veio abrir suas portas para a alvorada, e o Chanceler abriu as cancelas do horizonte, botando a cidade a andar para aquela direção e toda uma comunidade a se extasiar com o nascer dos novos tempos da educação. A consolidação do empreendimento Unifor tornou a Universidade um marco na educação da nossa Região. A Unifor possui o DNA do Dr. Airton, e essa sua criação será indestrutível, pois educação é uma herança que o tempo não destrói.

Fortaleza, 21 de novembro de 2017.

Batista de Lima

Professor da Universidade de Fortaleza



Prefácio

Foi com enorme satisfação e alegria que aceitei o amável convite formulado pela dinâmica professora Bleine Queiroz Caúla para prefaciар o volume 10 de DIÁLOGO AMBIENTAL, CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL, sobretudo em se tratando de uma edição que encerra homenagem póstuma ao Chanceler Airton Queiroz. O Professor Airton Queiroz, dando seguimento à tradição libertária do estado do Ceará que, como sabemos, foi o primeiro rincão do Brasil a dizer não à escravidão, com o brado heroico de “Dragão do Mar” e seus seguidores, humildes jangadeiros, no ano de 1881, dedicou-se à alforria das ideias e ao combate à escravidão gerada pela ignorância. A Universidade de Fortaleza e os seus parceiros institucionais, com a realização dos diálogos estão firmes no bom combate que é educar à nossa juventude, tão necessitada de bons exemplos. Justíssima a homenagem.

A obra ora prefaciada é contemporânea, na medida em que traz a lume os principais debates de nossos dias relativos aos temas abordados no volume. O meio ambiente e as questões jurídicas, legais e filosóficas por ele representadas, estão presentes no livro com 5 (cinco) artigos de

[Ir para o índice](#)

fôlego e que traçam um panorama bastante significativo da realidade da proteção do meio ambiente e de suas implicações sociais no contexto da América Latina e do Brasil. Há também, um olhar muito peculiar e importante para a Amazônia, para a Selva que tanto espanto ainda causa naqueles que não a conhecem.

Na sessão destinada ao Direito Constitucional, assim como naquela que a antecede, verifica-se uma constante preocupação com o que vem dando características ao direito brasileiro moderno que é a sua preocupação sócio-ambiental, conjugando proteção e melhoria das condições da natureza que nos cerca, com a melhoria das condições nas quais deve florescer a natureza humana. A preocupação com a transformação da norma abstrata em resultados concretos é uma característica que se sobressai nos diversos textos que compõem o volume 10.

Na terceira seção (internacional) também se encontra um viés ambiental relevante, desta vez dirigido para os animais ditos irracionais, cuida-se de tendência atual e que, seguramente, não poderia ficar ausente dos diálogos.

Estas são as linhas gerais do trabalho ora prefaciado, todavia, a grande contribuição da obra – sem qualquer desmerecimento dos trabalhos que a compõem – está na textura aberta de seu título: diálogos. Diálogo é troca, é abertura, é predisposição para escutar e tentar entender o argumento do outro. Em momento no qual a surdez conveniente é uma mazela que se espalha pelas sociedades, uma obra destinada ao diálogo é algo que merece ser celebrado com ênfase e entusiasmo. Esta é a essência do ensino e, em especial, do ensino universitário. Possibilitar o diálogo entre instituições, países e sobretudo pessoas é o grande objetivo do trabalho que tenho a honra de prefaciá-lo. Tal objetivo, como o lei-



tor poderá constatar, foi plenamente atingido. Os autores são da melhor qualidade, os temas interessantes e atuais, o debate forte e vigoroso.

Cuida-se, sem dúvida, de um belo trabalho que faz justiça ao homenageado

Rio de Janeiro, 13 de dezembro de 2017

Paulo de Bessa Antunes

Professor Associado da Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro-
UNIRIO

[Ir para o índice](#)

Apresentação

A publicação do e-Book internacional pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa tem como madrinha a Professora Carla Amado Gomes, coordenadora académica do Diálogo ACI. Seu entusiasmo e visão continental permitiram a ampliação do universo da leitura dos textos académicos produzidos em todas as edições do Seminário. Uma incontestável defensora do “notável percurso do Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional”.

O Seminário Internacional Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional tem seu berço em Fortaleza, no ano de 2012, na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). A partir da V Edição ganhou espaço nas Universidades estrangeiras – Universidade de Lisboa (UL), Universidade Rovira i Vigili (URV) e Universidade do Porto (UP) – e em outras Instituições de Ensino Superior (IES) como a Unama em Belém e Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) em Belo Horizonte. É também acarinhado pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), numa demonstração de que o Poder Judiciário dialoga com a pesquisa jurídica.



O Volume 10 é uma edição especial que homenageia o Chanceler da Universidade de Fortaleza, Airton Queiroz (in memoriam). Compila os artigos de palestrantes e autores da IX Edição, realizada, em 2016, na Universidade Rovira i Virgili, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e na Escola Superior dos Magistrados do Ceará (ESMEC), nos meses de setembro, outubro e novembro. Os anais desta edição reúnem artigos de 19 autores brasileiros e estrangeiros. A obra promove a pesquisa das áreas Ambiental (5 artigos); Constitucional (8 artigos) e Internacional (3 artigos).

O professor Jorge Miranda, presidente de Honra, renova a sua participação na Coordenação dos Anais, juntamente com as professoras Carla Amado Gomes e Susana Borràs Pentinat, coordenadoras académicas. O diferencial do trabalho académico desenvolvido está na promoção da iniciação à pesquisa, diálogo entre diferentes áreas do Direito, compromisso científico e qualidade metodológica dos artigos publicados.

A contribuição de instituições como Coordenação de Apoio de Pessoal de Nível Superior (CAPES), Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT), Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Universidade Rovira i Virgili, Centro de Estudos de Direito Ambiental de Tarragona (CEDAT), Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) e da Vice-Reitoria da Pós-Graduação da Unifor foi fundamental para que o evento chegasse à sua XI Edição, em 2017.

Lisboa, 2 de outubro de 2019.

Bleine Queiroz Caúla

Coordenadora Científica

[Ir para o índice](#)

Índice

I AMBIENTAL

- 25** In dubio pro natura: un principio transformador del Derecho Ambiental en América Latina

Susana Borràs Pentinat

- 71** Direitos Humanos e meio ambiente na encruzilhada do neoconstitucionalismo com o novo constitucionalismo da América Latina

Marco Anthony Steveson Villas Boas

- 89** A Panamazônia e o ordenamento jurídico ambiental

Beatriz Souza Costa

- 134** O socioambientalismo indígena sob a ótica do princípio da igualdade: crítica à teoria de Marco Villas Boas a partir das ideias de John Rawls, Thomaz Piketty e Amartya Sen

Antonio Rulli Júnior

- 149** Equívocos conceituais que dificultam o proveito da análise econômica do Direito na defesa ambiental

Jorge Di Ciero Miranda



II CONSTITUCIONAL

- 194** Le affirmative actions nell'ordinamento costituzionale del Brasile: spunti di riflessione in prospettiva comparata
Anna Ciammariconi
- 213** O Estado de Coisas Inconstitucional – transplante da Colômbia para o Brasil – uma interpretação análoga para o Direito Fundamental ao Meio Ambiente
Bleine Queiroz Caúla e Francisco Lisboa Rodrigues
- 239** Novamente os problemas do acesso a medicamentos em Portugal suscitados pelo Tribunal Unificado de Patentes
Aquilino Paulo Antunes
- 273** Judicialização da saúde em Fortaleza: o caso das vagas em leitos de UTI
Rômulo Guilherme Leitão e Manuela Vieira Costa
- 293** Controle de sustentabilidade pelos Tribunais de Contas e a necessária ênfase à dimensão ambiental
Daniela Zago Gonçalves da Cunda
- 342** A Era Vargas como vanguarda do sistema partidário na democracia brasileira
Júlia Maia de Meneses Coutinho
- 375** Conflito *interna corporis* no âmbito dos partidos políticos e sua judicialização: da destituição e substituição unilateral de dirigentes partidários em face da horizontalidade dos direitos fundamentais
Rodrigo Martiniano Ayres Lins e João Felipe Bezerra Bastos

- 397** Breves notas sobre Defensoria Pública e acesso à justiça no novo Código de Processo Civil

Jorge Bheron Rocha

III INTERNACIONAL

- 414** O Direito da Agricultura Biológica: notas sobre o regime jurídico português

Carla Amado Gomes

- 454** El pacto internacional de derechos civiles y políticos y la audiencia de custodia

César Barros Leal

- 479** Bem-estar e produção animal no Direito Europeu: estágio atual e novas perspectivas

Monique Mosca Gonçalves

- 541** Globalização, Estado Constitucional Cooperativo e meio ambiente

Ernani Contipelli

- 568** Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da República Popular da China

Valério de Oliveira Mazzuoli



I. AMBIENTAL

[Ir para o índice](#)

In dubio pro Natura: un principio transformador del derecho ambiental en América Latina

In dubio pro Nature:
a transforming principle
of environmental law in
Latin America

SUSANA BORRÀS

Resumen

El presente estudio se centra en el análisis del origen y la evolución del principio *in dubio pro natura*, existente en diferentes ordenamientos jurídicos latinoamericanos, así como del estudio de su contenido jurídico, muy vinculado al principio de precaución y al principio de prevención, y su utilización en sede judicial, como postulado hermenéutico y aplicativo del derecho por los jueces y tribunales, ante un eventual conflicto político-normativo que implica derechos fundamentales ambientales. Este principio en expansión en la región latinoamericana, emerge como un principio positivo y transformador del Derecho ambiental, frente al principio de no regresión de la protección ambiental. Su manifestación se impone tanto en un plano material, procurando una función hermenéutica de la norma



ambiental más próxima al carácter biocentrista, que al tradicional sentido antropocentrista de la norma ambiental; como en un plano procesal, contribuyendo a fundamentar la adopción de medidas cautelares e inversión de la carga probatoria en el ámbito de un proceso judicial. La evolución y la función transformadora de este principio conducen a defender su contribución en forjar un verdadero estado de derecho ambiental.

Palabras clave: Principio *in dubio pro natura*. Biocentrismo. Antropocentrismo. Principio de precaución. Principio de prevención. Derecho ambiental.

Abstract

The present study focuses on the analysis of the origin and evolution of the principle in dubio pro natura, existing in different Latin American legal systems, as well as the study of its legal content, closely linked to the precautionary principle and the principle of prevention, and its Use in judicial office, as a hermeneutical and application of the law by the judges and courts, before any political-normative conflict that implies fundamental environmental rights. This expanding principle in the Latin American region emerges as a positive and a transforming principle of environmental Law, in the face of the principle of non-regression of environmental protection. Its manifestation is imposed both on a material level, and seeks a hermeneutic function of the environmental norm closer to the biocentric nature, than to the traditional anthropocentrist sense of the environmental norm; as in a procedural part, contributing to the basis of the adoption of precautionary measures and investment of the probative burden in the field of a judicial process. The evolution and the transformative function of this principle lead to defend their contribution in forging a true state of environmental law.

[Ir para o índice](#)

Keywords: *In dubio pro natura principle. Biocentrism. Anthropocentrism. Precautionary principle. Prevention principle. Environmental law.*

INTRODUCCIÓN

El principio *in dubio pro natura* es un principio que se inserta y desarrolla, actualmente, en la legislación de varios países de América Latina. Este principio expresa una comprensión específica del principio de precaución, que mediante su aplicación se permite dar el beneficio de la duda al medio ambiente, es decir: “En caso de duda, a favor de la naturaleza”. Así, ante cualquier incertidumbre debe resolverse a favor de una mayor protección y conservación de la naturaleza. Si bien su concepción tradicional se vincula al principio de precaución, su aplicación práctica en este contexto geográfico ha derivado a una ampliación conceptual, que flexibiliza los requisitos del principio precautorio. Según este nuevo principio, la inexistencia de evidencias prácticas sobre daños potenciales no es razón válida para no establecer las normas que se consideren necesarias para prevenir la ocurrencia de resultados perjudiciales.

En este orden de ideas, el objetivo de este estudio es analizar el origen y evolución del principio *in dubio pro natura*, existente en diferentes ordenamientos jurídicos latinoamericanos, así como del estudio de su contenido jurídico, muy vinculado al principio de precaución y al principio de prevención, y su utilización en sede judicial, como postulado hermenéutico y aplicativo del derecho por los jueces y tribunales, ante un eventual conflicto político-normativo que implica derechos fundamentales ambientales. Este principio en expansión en la región latinoamericana, emerge como un principio de transformación progresiva del Derecho ambiental, tanto en un plano material, procurando una función hermenéutica de la norma



ambiental más próxima al carácter biocentrista, que al tradicional sentido antropocentrista de la norma ambiental; como en un plano procesal, contribuyendo a fundamentar la adopción de medidas cautelares e inversión de la carga probatoria en el ámbito de un proceso judicial. La evolución y la función transformadora de este principio conducen a defender su contribución en forjar un verdadero estado de derecho ambiental¹.

1 ORIGEN Y EVOLUCIÓN: DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFENSA DE LA NATURALEZA

En 1992, el establecimiento del paradigma del desarrollo sostenible permitió un gran desarrollo en el Derecho ambiental, ya que la meta de la sostenibilidad permitía transformar o bien limitar el principio *in dubio pro libertate* a favor de un emergente principio *in dubio pro natura*. No obstante, con los años junto con una creciente degradación del medio ambiente, se empieza hablar, ya en 2012, del surgimiento de otro principio, el de no regresión como principal argumento para procurar la protección del medio ambiente y frenar el ritmo acelerado de deterioro ambiental, así como promover y mantener la progresión de los logros ambientales. La aplicación de carácter más positivo de este principio es, precisamente, promover defensa de la naturaleza o del “principio *in dubio pro natura*”²

1 DE SOUZA LEHFELD, L.; FREITAS DE OLIVEIRA, R. M. **Estado socioambiental de direito e o constitucionalismo garantista**. O princípio in dubio pro natura como mecanismo de controle do ativismo judicial contrário à tutela dos direitos fundamentais ambientais, IV Encontro internacional do conpedi/oñati estado, constitucionalismo e sociedade, 2016. Disponible en: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c50o2gn1/2l2559so/1UORPBaakN1ZQ94c.pdf>.

2 The applications of this rule are explored in *In Dubio Pro Natura* (the proceedings of the Brazilian Association of Magistrates’ First International Conference on Environmental Law, 8-11 August 2011, Manaus (published by the Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), 2013, with the support of the Konrad Adenauer Stiftung, ISBN 978-85-7504-178-9).

o también conocido como “principio pro ambiente”. Este principio tiene su virtualidad ante el posible conflicto entre normas, el operador jurídico debe priorizarla norma más favorable al medio ambiente. Es decir, ante la duda debe favorecerse la protección ambiente frente al riesgo o amenaza de degradación. Por lo tanto, el principio *in dubio pro natura*, des de una concepción amplia, “se constituye como un principio inspirador de interpretación. Esto significa que, en caso de no ser posible una interpretación unívoca, la elección debe recaer sobre la interpretación más favorable a la protección ambiental”³.

Así, ante un posible conflicto entre dos normas en materia ambiental debe prevalecer aquella más ventajosa o beneficiosa para la naturaleza, con el fin de prevenir que se produzca algún daño ambiental.

Según Farias (2007a, p. 1),

El principio *in dubio pro naturaleza*, según el cual en caso de duda el medio ambiente debe salvaguardarse, independientemente de cualquier valor, es otro logro de la ciudadanía que contribuye al mantenimiento de las condiciones de vida. Por supuesto, estos avances han sido precedidos por todo un movimiento de conciencia ecológica de que la fuerza obtenida de grandes desastres ambientales en los años sesenta, como el que ocurrió en Francia con el petrolero *Torrey Canyon*, y la revelación de ciertos hechos, tales como el calentamiento global y el cambio del eje del planeta.

3 FARIAS, P. J. L. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 356.



Tradicionalmente, el principio *in dubio pro natura* se ha vinculado al principio de precaución, contemplado en la Declaración de Río de 1992⁴, en su Principio 15, según el cual:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Para la operatividad del principio de precaución suelen exigirse los siguientes requisitos: 1. Incertidumbre científica; 2. Proporcionalidad y no discriminación; 3. Gravedad y urgencia; 3. Carácter transitorio; 4. Desarrollo ulterior de investigaciones destinadas a una evaluación más objetiva del riesgo; y, 5. comunicación al público⁵.

Acorde con esta definición, el principio consiste en entender que el interés es siempre que ante las dudas que tenga la técnica y la ciencia sobre una determinada actividad, exista la obligación para quien quiera producir, de probar que puede garantizar todas las medidas de mitigación posibles para no afectar la salud y el equilibrio de los ecosistemas y de no ser así la interpretación es a favor del equilibrio de ambos.

4 Vid. Declaration on Environment and Development, **Report of the UN Conference on Environment and Development**, New York, 1992, UN. Doc. A/CONF.151/26/Rev.1.

5 ICARD, PH., "L'articulation de l'ordre communautaire et des ordres nationaux dans l'application du principe de précaution", **Revue juridique de l'environnement**, n° spécial, 2000, p. 29.

El despliegue del principio puede llevar a la prohibición temporal de una actividad o a la adopción de medidas efectivas y proporcionadas destinadas a prevenir un riesgo de daño al ambiente. Por este motivo, en caso de una prohibición absoluta *sine die* no puede invocarse el principio de precaución o cautela, sino el de prevención.

En este sentido, es posible señalar que en la metodología para la puesta en acción del principio, al menos, han de considerarse los siguientes aspectos: se debe recurrir al principio precautorio cuando se determine la posibilidad de efectos nocivos para la salud o el medio ambiente y una evaluación científica preliminar, a tenor de los datos disponibles, no permita establecer con certeza el nivel de riesgo; el recurso al principio presupone que los efectos potencialmente peligrosos han sido identificados, si bien la evaluación científica no permite determinar el riesgo con suficiente certeza; el procedimiento de toma de decisiones para el manejo de esos riesgos, debe ser transparente e incluir, desde el inicio, todos los intereses involucrados; las medidas fundadas en el principio precautorio, deberán: ser proporcionadas al nivel de protección elegido; estar basadas en los posibles beneficios y los costes de la acción o inacción; someterse a un continuo proceso de revisión a la luz de nuevas evidencias científicas, por lo que, por naturaleza, se trata de medidas reversibles y revisables.

BETANCOR señala que entre el principio precautorio y el preventivo existe un fuerte vínculo, y se relacionan entre sí. En concreto se refiere a que

El principio de cautela ha de inspirar la acción preventiva, es decir, establece una directriz de actuación que refuerza la prevención en tanto que establece un parámetro de actuación en un contexto que es, sin embargo, muy frecuente: el de la incertidumbre.⁶

6 BETANCOR RODRÍGUEZ, A. **Instituciones de Derecho Ambiental**, La Ley, Madrid, 2001.



Evidentemente, este principio pone de manifiesto la interdisciplinariedad del Derecho Ambiental, en tanto son otros saberes como la biología, la ingeniería, entre otros, los que dictan los parámetros para autorizar o no una determinada actividad. Así, como a continuación se procede a analizar, la concepción integradora de ambos principios, se ha visto reflejada en el reconocimiento jurídico del principio *in dubio pro natura* en diferentes ordenamientos jurídicos, especialmente, del contexto latinoamericano.

2 RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE UN PRINCIPIO OPERATIVO DE DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES

La raíz constitucional del principio *in dubio pro natura* se encuentra en la declaración de interés general a la protección ambiental y es paralelo al principio *in dubio pro operario*, en el campo del Derecho Laboral, desde que tanto el ambiente como el trabajador, exhiben una vulnerabilidad que tiene como respuesta jurídica una protección elevada.

Si la implicación operativa de este principio permite afirmar que en caso de duda se aplicará la norma en el sentido más favorable a la naturaleza, su reconocimiento jurídico, incluso en muchos ordenamientos en la misma norma constitucional, contribuye a una configuración transformadora del Derecho ambiental tradicional: en el sentido que su articulación contribuye, por una parte, a desarrollar un nuevo derecho de la naturaleza como fase evolutiva del Derecho ambiental, consistente en que las autoridades públicas y jurisdiccionales, deben aplicar el derecho a favor de la naturaleza por encima de los demás derechos personales y, por otra, en el refuerzo de la garantía de la protección de los derechos humanos más fundamentales, condicionados por un necesario alto grado de protección del medio ambiente.

[Ir para o índice](#)

Esta doble dimensión responde a lo que ya establecía el Principio 1 de la Declaración de Estocolmo de 1972:

El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras.⁷

Al respecto, es importante enfatizar como este precepto reconoce el derecho a un medio ambiente de calidad adecuada, pero también el deber de contribuir a esta protección. Así, aunque la visión antropogénica de protección de los llamados “derechos ambientales” ha sido una de las vías tradicionales de protección ambiental, el reconocimiento de los llamados “deberes ambientales” o, si se prefiere “contenido obligacional de los derechos ambientales”, exige una actitud, no solo conservadora, sino pro activa de protección del entorno, incluso por encima de la perspectiva de derechos, promoviendo una visión biocéntrica o ecocéntrica de los derechos fundamentales, junto con el reconocimiento de una perspectiva basada en “deberes fundamentales”. El principio *in dubio pro natura* llega a conciliar ambas perspectivas en beneficio recíproco, del medio ambiente y del ser humano. En cierta forma se trata de un paradigma ambiental, que viene a romper con el paradigma individualista de corte exclusivamente antropocentrista del derecho, generando nuevos retos, dificultades, pero también posibilidades interesantes en el ámbito

7 **Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano**, 16 de junio de 1972, U.N. Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 N° 3, 1973. PmbI; reimpresso en: 11 I.L.M. 1416, 1972.



jurídico, que trascienden la tendencia de revertir los logros ambientales en beneficio de intereses privatistas de los recursos naturales. Este nuevo paradigma ambiental pasa a ser caracterizado por la protección de los bienes de titularidad difusa y de valor extrapatrimonial, cuya protección se asegura independientemente de su beneficio para el ser humano. En esta línea de conceptualización transformadora del derecho se encuentra Ecuador. La consagración de la norma *in dubio pro natura* se ha materializado en sede constitucional. En concreto, en su Constitución⁸, en el artículo 395, número 4 establece que “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza”.

Aun así, la Constitución de Ecuador no solo reconoce a la naturaleza como titular de derechos, otorgándole a su favor el beneficio de la duda, sino que también consagra el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, a favor de la población ecuatoriana.

La aproximación al carácter biocentrista y antropocentrista de la norma protectora del medio ambiente, deviene más compleja si se plantea la hipótesis de la aplicación de este principio *pro natura* frente a la aplicación de los principios propios del régimen de los derechos humanos, entre los que existe el principio *in dubio pro homine*; el cual predispone que en caso de dudas o conflictos entre normas jurídicas, las normas deben ser interpretadas en el sentido que más favorezcan a la protección de los seres humanos. Este sería el caso hipotético de valorar un caso extremo, que ante la pobreza y la situación que reflejan los indicadores de

8 CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008. Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449, de 20-oct-2008. Última modificación: 13 jul. 2011. Disponible en: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf

desarrollo humano, la sociedad ecuatoriana demande del Estado ecuatoriano una respuesta urgente: la de explotar los recursos de las áreas protegidas, lo cual conlleva diferentes derechos e intereses en juego. Por un lado, los derechos humanos al trabajo, al desarrollo económico, etc. Y por otro lado, los derechos de la naturaleza con el derecho al mantenimiento de sus ciclos vitales. En este caso, el conflicto de aplicación de la norma *pro homine* estaría en coalición con el principio *pro natura*.

En este orden de ideas, por ejemplo, si se considera lo establecido en el artículo 407 de la Constitución ecuatoriana, que dispone:

Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.

Ciertamente que al colisionar los principios *pro homine* y *pro natura*, la sola definición o alcances de ambos conceptos no son suficientes, por lo tanto, deben buscarse respuestas en otros escenarios jurídicos: como la ponderación entre los bienes jurídicos a proteger, la proporcionalidad, la integridad de la norma, el derecho mejor protegido, la necesidad, etc., deben ser algunos de los parámetros para una correcta aplicación de ambos principios.

Lo que parece estar claro es que por su rango constitucional, este principio debe prevalecer frente a la normativa secundaria. Así, en



el caso de existir alguna duda o conflicto entre las leyes, como por ejemplo, entre una ley de explotación de recursos naturales (petróleo, minería, biodiversidad) y las disposiciones constitucionales o leyes secundarias posteriores sobre protección de la naturaleza, los funcionarios públicos y judiciales tienen que aplicar las normas que más favorezcan a la naturaleza, en el caso de presentarse una colisión en la aplicación de la norma, de tal manera que los derechos de las personas y los derechos de la naturaleza sean de real y plena vigencia.

En una segunda línea de protección ambiental, de carácter más antropocéntrica, está el caso de Brasil, cuya Constitución Federal de 1988, ápice del Derecho ambiental, no solo establece derechos y deberes fundamentales de protección ambiental, sino que asegura mecanismos jurisdiccionales efectivos, con el fin de sancionar conductas lesivas para el medio ambiente, como son: la acción popular, la acción civil pública y el control de constitucionalidad, entre las más importantes. En este parámetro de protección constitucional, a pesar de no estar referenciado el principio *in dubio pro natura*, este ha sido profusamente desarrollado a la par con el artículo 225, es decir, vinculando la protección ambiental con el disfrute de un derecho a un medio ambiente sano⁹. Una visión antropocéntrica, que también ha contribuido a desarrollar esta otra dimensión del principio *in dubio pro natura*.

9 BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

También la Constitución de la República de Uruguay de 1997¹⁰, en su artículo 47 regula que “La protección del medio ambiente es de interés general y las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente.”. Este deber se extiende al Estado, en el sentido que este tiene el deber fundamental de proteger el ambiente, y si este fuera deteriorado, recuperarlo o exigir que sea recuperado.

Con todo, esto lleva a suponer que el Derecho ambiental adquiere una doble dimensión: derechos ambientales de las personas, por una parte; y, derechos de la naturaleza por otra, pero unidos bajo la misma trayectoria, las mismas que en determinadas circunstancias pueden colisionar, pero que al mismo tiempo pueden ser complementarias para que ninguno de los sujetos de derechos involucrados (personas y naturaleza) sean perjudicados o se dejen en una posición de desventaja.

Aun así, el reconocimiento del principio *in dubio pro natura* es de relevante importancia para el litigio de casos ambientales en los diferentes países del contexto geográfico latinoamericano, pues supone que aun habiéndose obtenido una determinada concesión para explotación de recursos naturales, o habiéndose obtenido la respectiva licencia ambiental para realizar las actividades extractivas de conformidad con la ley, si se evidencia el riesgo o la propia existencia de una amenaza que pongan en peligro los derechos de la naturaleza, sea por la contaminación de sus elementos ecosistémicos (agua, suelo, aire) o por otros impactos, que pudieran generar las actividades autorizadas, puede solicitarse a la auto-

10 Constitución de la República, Constitución 1967 con las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994, el 8 de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2004. Texto disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>



ridad judicial la revisión de tal autorización, la cual aunque haya pasado por un procediendo legal estaría vulnerando derechos constitucionales de tutela de los derechos de la naturaleza, por lo cual sería perfectamente válido la aplicación del principio *in dubio pro natura*.

Esto implica, como se analizará en adelante, que la legislación secundaria y la jurisprudencia de los jueces y las cortes deban ir configurando unas líneas de aplicación de modo que se vaya determinando de forma clara los alcances de los derechos de las personas en las actividades que implican una afectación al régimen jurídico de los derechos de naturaleza, a fin de que en la práctica no se contrapongan dichos derechos sino que existan una armonía y complementariedad entre ambos.

En esta misma línea, recientemente, el 11 de enero 2017, la ciudad de México adoptó el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza, en concreto, en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución. Estas disposiciones, que se espera que entren en vigor el 5 de febrero de 2017 en conmemoración del centenario de la adopción de la Constitución de los Estados Unidos de México por el Congreso constitucional el 5 de febrero de 1917¹¹. Asimismo, después de varios años de intentar llevar a cabo una reforma constitucional integral en el Estado de Guerrero, la LX Legislatura del Congreso de Estado consiguió impulsarla y cristalizarla¹². El resultado fue una Constitución con 200 artículos y 22 transitorios. A efectos de esta investigación es importante resaltar su artículo 2 que regula “Los derechos de la naturaleza”, que reza de la siguiente manera:

11 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA CIUDAD DE MÉXICO. Artículos aprobados por el Pleno de la Asamblea Constituyente en sesión del 11 de enero de 2017. Texto disponible en: https://gallery.mailchimp.com/7975b23bc2eeddeb6d016bf4f/files/Constitucion_Mexico_DF_Art.18.pdf

12 ONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE GUERRERO, Texto disponible en: http://www.guerrero.gob.mx/consejeriajuridica consejeria_juridica@guerrero.gob.mx

En el Estado de Guerrero la dignidad es la base de los derechos humanos, individuales y colectivos de la persona.

El principio pro natura, será la base del desarrollo económico con rostro humano.

Son valores superiores del orden jurídico, político y social la libertad, el pluralismo democrático e ideológico, el laicismo, la diversidad, el respeto y la protección a la vida.

Son deberes fundamentales del Estado, promover el progreso social y económico, individual o colectivo, el desarrollo sustentable, la seguridad y la paz social, y el acceso de todos los guerrerenses en los asuntos políticos y en la cultura, atendiendo en todo momento al principio de equidad; garantizar y proteger los derechos de la naturaleza de conformidad con la ley respectiva.

En este sentido, la redacción de este artículo de la Constitución del Estado de Guerrero es interesante puesto que incluye principios de los derechos humanos y de los derechos de la naturaleza. Este artículo contiene tres aspectos fundamentales: El principio pro natura, como base del desarrollo económico con rostro humano; la protección a la vida y la protección de los derechos de la naturaleza de conformidad con la ley respectiva. De estos elementos incluidos en esta disposición constitucional, se deriva que no hay pugna entre la perspectiva biocéntrica y antropocéntrica, al contrario, se necesitan y complementan¹³.

13 Consultar: GARZA GRIMALDO, J. G. Comentarios a la Ley de protección de la tierra del Distrito Federal y la reforma constitucional integral en el estado de Guerrero, Congreso REDIPAL VIRTUAL VII Red de Investigadores Parlamentarios en Línea Enero-agosto 2014 Febrero, 2014. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV-VII-29_14.pdf.



3 EL RECONOCIMIENTO DE UNA NUEVA HERMENÉUTICA LEGISLATIVA DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

A diferencia del principio *in dubio pro reo*, propio del Derecho penal, el principio *in dubio pro natura* no es una regla operativa, para que el juez pueda decidir cuando exista una duda. El principio *in dubio pro natura* determina que la interpretación del derecho debe favorecer una de las partes. Se trata de un verdadero mecanismo de represión y de contingencia para los casos en que varias decisiones serían jurídicamente posibles, a pesar de que no todas son convenientes a la luz de una determinada política ambiental. Este principio no deja de ser un reflejo del Principio 3 de la Declaración de Río, que determina que “el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”¹⁴.

La aplicación de este principio no tiene como resultado necesariamente un aumento de la protección ambiental, sino la creación de un sistema artificial de seguridad, en la línea del principio de no regresión, donde el autor de la acción sobre el medio ambiente corre con los gastos de compensación y estos costos se incorporarán en los costos de producción (y, por lo tanto, en los precios finales de bienes y servicios), mientras los daños se sigan produciendo.

Como ya se ha comentado, anteriormente, el reconocimiento y la conceptualización, a nivel legislativo, del principio *pro natura* se ha vinculado al principio de precaución y, en otras ocasiones, a un principio verdaderamente de defensa de la naturaleza, convirtiéndose, como se refiere la profesora Voigt, en un verdadero “[...] rule of law for Nature”¹⁵.

14 Declaración de Río de 1992, Cit. Supra.

15 VOIGT, C., **A Rule of Law for Nature**, Cambridge University Press, 2013.

En este sentido, en Costa Rica, la Ley de Biodiversidad N°7788 del 30 de abril de 1988¹⁶, en su Artículo 11 inciso 2, establece el criterio de precaución o *in dubio pro natura*, en concreto “Cuando exista peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con estos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección”¹⁷.

El juez brasileño Antonio BENJAMÍN¹⁸ apunta, en este sentido, que la necesidad de una tutela de anticipación, se impone de este modo, considerando la amenaza de que acaezcan daños graves e irreversibles cuyas secuelas pueden propagarse en el espacio a través del tiempo. La falta de certeza científica acerca de la etiología de determinados procesos medioambientales y de los alcances de muchas relaciones ecológicas básicas contribuye a acentuar las dudas sobre el encuadramiento legal del ambiente como preciado bien jurídico. El deber de precaución obliga a tener en cuenta la probabilidad de importantes daños en la biosfera, situación que determina la exigencia de un mayor celo y cuidado ante la fundada sospecha de que se encuentre comprometida la integridad del medio ambiente.

En Argentina, por ejemplo, la Ley General del Ambiente número 25.675, de 2002 concibe la defensa de la naturaleza a través del principio precautorio, de la siguiente manera:

16 Texto disponible en línea en: <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/leyes/leypenal/leybiodiversidad.htm>

17 Ver Sentencia 14596-11, 16316-11. Disponibles, respectivamente en: <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Sentencias/2011/11-014596.html> y <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Sentencias/2011/11-016316.html>.

18 BENJAMÍN, A. E. “Derechos de la naturaleza”, p. 31 y ss., en la obra colectiva *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI*, Abeledo- Perrot, 2001.



Cuando haya peligro de daño grave e irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos para impedir la degradación del ambiente.

En Uruguay, la base filosófica del principio precautorio, recogido en el art. 6 de la Ley 17.283: “*cuando hubiere peligro de daño grave o irreversible, no podrá alegarse la falta de certeza técnica o científica absoluta como razón para no adoptar medidas preventivas*”¹⁹. Así, los jueces deben aplicar principio ‘in dubio pro’ ambiente cuando exista duda en la resolución de procesos relacionados con la vulneración del derecho colectivo al goce del entorno natural. El juez debe aplicar el principio in dubio pro ambiente, que, como su nombre lo indica, implica resolver toda duda a favor del medio ambiente.

En el caso de Colombia, la aplicación del principio ha partido del reconocimiento del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, incluido en el artículo 50 de la Constitución Política, y se ha reconocido igualmente el denominado “principio precautorio en materia ambiental”, vinculado al principio *in dubio pro natura*, cuya observancia implica que todas las actuaciones de la administración pública en temas sensibles al ambiente, sean realizadas con el celo adecuado para evitar riesgos y daños graves e irreversibles. En otras palabras, si se carece de certeza sobre la inocuidad de la actividad en cuanto a provocar un daño grave e irreparable, la administración debe abstenerse de realizar este tipo de actividades.

19 Publicada D.O. 12 dic/000- Nº 25663, Ley Nº 17.283 Declarase de interés general, de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Constitución de la República, que refiere a la protección del medio ambiente, adoptada por el Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General. Disponible en: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp1711770.htm>.

Más allá de la caracterización antropocéntrica del principio, el reconocimiento del principio *pro natura*, concebido de una forma más amplia de defensa de la naturaleza se ha producido, al igual que en el caso del Ecuador que se mencionaba anteriormente, también un reconocimiento a nivel normativo de los derechos de la naturaleza. Así, en Guatemala, la Ley Marco para Regular la Reducción de la Vulnerabilidad, la Adaptación Obligatoria ante los Efectos del Cambio Climático y la Mitigación de Gases de Efecto Invernadero se refiere, expresamente a que “Ante la duda, favorecer la naturaleza”²⁰. En este sentido, el principio implica que cuando exista duda de una acción u omisión que pueda afectar al ambiente, las decisiones que se tomen deben orientarse a su protección y se distingue del segundo principio, el de “Precaución”, según el cual: “Se tomarán medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas”.

Un paso más allá ha sido el caso de México, en concreto, en el estado de Guerrero. El cambio de nombre de Ley Ambiental, por el de Ley de Protección de la Tierra²¹, representa una transición jurídica de una visión

20 Decreto 7-2013, Ley Marco para Regular la Reducción de la Vulnerabilidad, la Adaptación Obligatoria ante los Efectos del Cambio Climático y la Mitigación de Gases de Efecto Invernadero. Disponible en línea en: <http://www.marn.gob.gt/Multimedios/2682.pdf>.

21 En la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 17 de septiembre del 2013, se publicó el Decreto por el que se cambia el nombre de la Ley Ambiental por el de Ley de Protección de la Tierra y se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Ambiental; así como se reforman diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial del Distrito Federal. El documento reforma los artículos 1, 2, 5, 9, 20, 23, 69, 70 Bis, 73, 80 y 111; se adiciona en el Título Cuarto un Capítulo I Bis “De la Tierra y sus recursos naturales” y en los artículos 86 Bis 1, 86 Bis 2, 86 Bis 3, 86 Bis 4, 86 Bis 5 y 86 Bis 6, así como los artículos 3, 5, 15 Bis, 4 y 23 de la Ley Orgánica de la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial del Distrito Federal, con los cuales se busca garantizar y promover el respeto protección, defensa y conservación que provee la Tierra a la humanidad. Disponible en: www.ordenjuridico.gob.mx/.../Estatal/Distrito%20Federal/wo85642.pdf. Consultar a GARZA GRIMALDO, J. G. Cit. Supra. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV-VII-29_14.pdf.



antropocéntrica a una visión biocéntrica. La nueva Ley de protección de la Tierra mantiene el derecho a un medio ambiente sano (antropocentrismo), pero además, reconoce los derechos de la naturaleza (biocentrismo); reivindica el valor primordial de la vida: los seres vivos tienen el mismo derecho a existir, a desarrollarse y a expresarse con autonomía, merecen respeto al tener el mismo valor. Su artículo 395.4 establece que “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza”. Ahora bien, el artículo 395.4 utiliza la expresión “en caso de duda” como condición para determinar el alcance de disposiciones en materia ambiental en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza. Si hay normas que reconocen un derecho y una lo hace de un modo más favorable que otra, se debe aplicar la primera independientemente de su jerarquía, conforme con el número 5 del artículo 11 de la Constitución. Pero ese no es un caso de duda. En lo interpretativo, en cambio, si quien va a aplicar una norma puede darle más de un sentido y alcance, y duda sobre cual debe darle, pues será el más favorable al derecho fundamental, aunque, insisto, eso no solo se produce en casos de duda sino siempre: si a una norma se le puede dar más de un sentido y alcance que claramente no tengan, o que se pretenda aplicar normas impertinentes alegando el principio *pro natura*.

El reconocimiento progresivo, a nivel constitucional y legislativo, en este contexto geográfico denota sin duda, que independientemente de la perspectiva biocéntrica o antropocéntrica, la voluntad de acuñar el principio *pro natura* como base del desarrollo económico, como elemento equilibrador entre la protección ambiental y los derechos humanos y como elemento corrector ante eventuales conflictos, que prioricen intereses privatistas de los recursos naturales en detrimento de la satisfacción de los derechos fundamentales.

4 LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO “IN DUBIO, PRO NATURA”: LA RETROACTIVIDAD Y LA IRREVERSIBILIDAD DE LA NORMA AMBIENTAL

La aplicación del principio *in dubio pro natura* ha venido caracterizada por una prominente posición hermenéutica innovadora, llegando incluso a establecer las bases para la readaptación del principio de la irretroactividad de la ley. La perennidad del principio de irretroactividad se quiebra cuando éste se contrasta con los principios ambientales, tales como el principio objeto de estudio, el principio de progresividad y el de no regresión. El resultado es el fortalecimiento de una suerte de orden público ambiental, como parte del llamado “Estado Social y Ambiental de Derecho”²². Así, este principio se convierte en una suerte de “metanorma” rectora de la aplicación del derecho, razón por la cual limita y vincula la actuación jurisdiccional del Estado en la resolución de eventuales colisiones entre derechos fundamentales. Se trató de un control jurisdiccional, con un fundamento constitucional fuertemente garantista y basado en la sostenibilidad²³. En virtud de ello, es posible aseverar, según Montoro, que “[...] la protección del medio ambiente puede fundamentarse no sólo [sic] en la categoría de los derechos, sino también en el mandato constitucional que atribuye a los poderes públicos su protección [...]”²⁴.

22 MORATO LEITE, J. R.; NEIVA MELCHIOR, G. O Estado de direito ambiental e a particularidade de uma hermenêutica jurídica. **Brasil, Seqüencia**. N° 60, 2010, pp. 291-318. También FERNSTERSEIFER, T. **Estado socioambiental de derecho y el principio de solidaridad como su marco jurídico constitucional**. Disponible en: <http://jus.com.br>.

23 DE SOUZA LEHFELD, L.; FREITAS DE OLIVEIRA, R. M. Estado socioambiental de direito e o constitucionalismo garantista. o princípio in dubio pro natura como mecanismo de controle do ativismo judicial contrário à tutela dos direitos fundamentais ambientais. In: RODRIGUES PETTERLE, S.; URQUHART DE CADEMARTORI, S. Estado, constitucionalismo e sociedade. **IV Encontro Internacional do CONPEDI-OÑATI**. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, Oñati, 2016.

24 MONTORO CHINER, M. J. El Estado Ambiental de derecho. Bases Constitucionales. In: SOSA, Wagner Francisco (Coord.). **El derecho Administrativo en el siglo XXI** - Home-naje al prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo. España: Tirant lo Blanch, 2000, t. III, p. 3443.



Justamente, es ese deber el que vincula al Estado a las normas de derecho ambiental en sus actuaciones, y que sirve de límite a su actuación en razón del cuidado del entorno.

En este sentido, los principios de Derecho ambiental permiten introducir un grado de flexibilidad de las normas más tradicionales del Derecho y que permiten a su vez, su transformación y su evolución, para procurar la promoción de la función de tutela de los intereses colectivos y difusos, frente a los individuales y concretos.

Precisamente, el principio de progresividad y el de no regresión del Derecho ambiental permiten que la norma ambiental posterior deba ser más rigurosa que aquella promulgada con anterioridad y, por tanto, debe descartarse la aplicación de la regla de *lex posterior derogat priori* en la medida que lo que se busca es, precisamente, mejorar los niveles de protección mediante la aplicación de la norma más estricta y protectora para el ambiente. Bajo esta lógica es absolutamente posible, e incluso en ocasiones necesaria, la aplicación retroactiva de la normativa ambiental, en la medida que esto conlleve mayores niveles de protección del bien común o del interés común ambiental.

El principio de irretroactividad de la norma ambiental implica la imposibilidad de aplicar normas nuevas a hechos acaecidos con anterioridad a su promulgación. La irretroactividad normativa conlleva a su vez la irreversibilidad, es decir, la imposibilidad de que se promulguen nuevas normas o se apliquen procedimientos menos favorables a los existentes; de manera que toda norma posterior significa un avance, o al menos no un retroceso, respecto a la norma anterior que deroga. La retroactividad encuentra su justificación o su operatividad en el ámbito ambiental, en el que toda norma posterior debe extender un grado de protección igual o superior a la del pasado, derogado estas. La principal consecuencia es

que la ley anterior de ser más protectora continúe en vigor, hasta que no se adopte otra norma aún más protectora; cualquier norma posterior que reduzca este grado de protección hará prevalecer la norma anterior más protectora. En realidad, el criterio de jerarquización de las normas ambientales se basa en el grado de protección desplazando el criterio temporal de priorización.

En consecuencia, la aplicación de este principio genera la obligación para los operadores jurídicos de derogación y la obligatoriedad de aplicar, entre dos normas diferentes para el mismo caso, aquella más favorable, sin que se aplique la jerarquía normativa basada en la posterioridad temporal de la norma. Por lo demás, esta obligación no implica que esta sea la mejor protección no exige un avance, sino impedir un retroceso en el grado de protección. En definitiva, representa una inhibición por parte del Estado, al igual que los derechos civiles y políticos, tal y como se reconoce en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos²⁵, en su artículo 5. Esta obligación se observa, igualmente, en el artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁶, de donde emana del propio principio de progresividad, en base al cual los Estados se comprometen a aumentar el nivel de protección, es decir, la obligación de comprometerse a no degradar los niveles de protección y sustento ya logrados. Así, el principio de progresividad de los derechos

25 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto.

26 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Texto disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.



pasa, en primer término, por no permitir ninguna merma o retorno a situaciones ya superadas. Así, el profesor Prieur defiende el principio de no regresión e incluso ha tenido cierto reconocimiento en sede judicial²⁷.

Esta misma obligación, explicitada en los acuerdos internacionales de carácter universal, también se encuentra presente en acuerdos regionales, como es el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁸.

Esta obligación de no retorno o de irreversibilidad, supone un límite en la actuación del Estado, pero también una obligación correlativa de promover un desarrollo positivo y garantía de los derechos. Así, en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, expresamente hace referencia a que los pueblos y naciones deben asegurar, “por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos...”. Por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo recoge en el artículo 2.1, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace lo propio en el artículo 26.

27 Ver, por ejemplo, la Decisión sobre la demanda de Constantino Gonzales Rodríguez de declarar nula la Resolución No AG- 0072-2009 de la Autoridad Nacional Ambiental (ANAM), publicada Gaceta Oficial No. 26,221 (11 Febrero 2009), Entrada no. 123-12, Corte Suprema de la República de Panamá, Tercera Sala de Derecho Administrativo (23 Diciembre 2013), disponible en: <http://es.scribd.com/doc/193671950/Setencia-Bahia-Panama-Principio-No-Regresion>. Sobre este principio consultar a PRIEUR, M. “Urgently Acknowledging the Principle of ‘Non-Regression’ in Environmental Rights”, IUCN Academy of Environmental Law eJournal Issue 2011(1), available at <http://www.iucnael.org/en/e-journal/previous-issues/157-issue20111.html>. También a ROBINSON, N. A., “The Resilience Principle”, 5 IUCN Academy of Environmental Law eJournal 19, 2014. Disponible en: <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/953/>. Y THOMÉ, R. Princípio da vedação do retrocesso socioambiental: no contexto da sociedade de risco. Bahia: Juspodivm, 2014.

28 Convención americana sobre derechos humanos, suscrita en la Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Texto disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

Así, la aplicación del principio *in dubio pro natura* inspira una proacción, que en sede judicial, como se analizará a continuación, ha sido operado en la solución de distintos casos a favor de la protección ambiental.

5 LA AFIRMACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO NATURA*

La aplicación del principio *in dubio pro natura* en sede judicial ha sido especialmente interesante en América Latina y ha contribuido a determinadas transformaciones en la solución judicial de conflictos socioambientales: por ejemplo, incentivando la aplicación retroactiva de la norma más favorable a la protección ambiental, la inversión de la carga probatoria, la adopción de medidas cautelares o de suspensión de actividades nocivas para el medio ambiente, etc. Todo ello resultando a favor del interés ambiental legítimo de la colectividad frente a los intereses económicos particulares.

Las soluciones judiciales a conflictos socio-ambientales han sido calificadas como de “activismo judicial”, mediante una interpretación hermenéutica favorable y evolutiva de la protección de la naturaleza. No obstante, la aplicación del principio *in dubio pro natura* restringe, precisamente, cualquier posible discrecionalidad jurisdiccional en caso de un eventual conflicto normativo, exigiendo la prevalencia de la tutela ambiental más restrictiva. En caso lagunas en el sistema político-normativo, este principio permite prevalecer la tutela del ambiente y de los derechos fundamentales ambientales.

Esta actividad interpretativa de la norma jurídica en foro judicial, hasta el punto de colmar posibles lagunas normativas, ha sido ciertamente criticada por constituir una suerte de desviación del poder, quebrando la tradicional



división de poderes judicial, legislativo y político²⁹. Sin embargo, hay diversas razones para entender que este activismo judicial debiera ser una actividad normalizada ante la determinación de la protección ambiental: en primer lugar, las omisiones y/o actuaciones insuficientes de los Estados en su deber de proteger el medio ambiente y de garantizar, correlativamente, el derecho a un medio ambiente sano; en segundo lugar, la situación de peligro o daño ambiental generada en consecuencia; y, en tercer lugar, la misma aplicación de la norma jurídica protectora, justifica sin duda la admisión de un refuerzo interpretativo pro ambiente en razón del bien o interés público.

La tutela jurisdiccional ambiental, a partir del reconocimiento y protección del principio *pro natura* ha contribuido al reconocimiento y garantía efectiva, por una parte, del derecho a un medio ambiente sano y por otra, de la defensa de la naturaleza. Tal y como se pretende con la regulación constitucional y/o legislativa de la protección del medio ambiente, ya sea desde una perspectiva biocéntrica y/o antropocéntrica.

Al respecto, el antecedente judicial más remoto se encuentra en Argentina, con un fallo histórico de la Corte Suprema de Justicia de Argentina CXVIII, 278 y XXXI, 23, Podestá, Santiago y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños y perjuicios, de fecha 14 de mayo de 1887, que faculta aplicar la norma ambiental a situaciones creadas, sin violentar el principio de retroactividad, basándose no estrictamente en el deber de proteger el medio ambiente, sino, por la época en que se emite esta decisión, más en el deber de proteger la salud pública, contra la cual no existen derechos adquiridos³⁰.

29 BARROSO, L. R. et. al. *As novas faces do ativismo judicial- Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2011. También RAMOS, E. S. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

30 Código Civil, art. 2611. Leyes de la Provincia de Buenos Aires del 31 de mayo de 1822 y de 6 de septiembre de 1881. Ley 13, Título 32, Partida 3°.

En el caso de Costa Rica, la implementación del principio *pro natura* ha permitido un mayor desarrollo con la inversión de la carga probatoria, como una de las principales aportaciones de suma importancia. Es numerosa la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Costa Rica, en la aplicación de este principio desarrollado de manera explícita. En general, la aplicación jurisdiccional de este principio, como ya se ha mencionado anteriormente, se ha producido en una estrecha relación con el principio de precaución. En particular, por la Sala Constitucional de Costa Rica, que en su Voto N° 5893-95 estableció que:

[...] en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, entre otras cosas, quedó establecido el derecho soberano de los estados a definir sus políticas de desarrollo. Se enuncia también, el principio precautorio (principio 15 de la Declaración de Río), según el cual “con el fin de proteger el ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del ambiente”. De modo que, en la protección de nuestros recursos naturales, debe existir una actitud preventiva, es decir, si la degradación y el deterioro deben ser minimizados, es necesario que la precaución y la prevención sean los principios dominantes, lo cual lleva a la necesidad de plantear el principio *in dubio pro natura* que puede extraerse, analógicamente, de otras ramas del Derecho y que es, en un todo, acorde con la naturaleza. No obstante, la tarea de protección al ambiente, se dificulta toda vez que arrastramos una con-



cepción rígida con respecto al derecho de propiedad, que impide avanzar en pro del ambiente, sin el cual no podría existir el derecho a la vida, al trabajo, a la propiedad o a la salud. No se debe perder de vista el hecho de que estamos en un terreno del derecho, en el que las normas más importantes son las que puedan prevenir todo tipo de daño al ambiente, porque no hay norma alguna que repare, a posteriori, el daño ya hecho; necesidad de prevención que resulta más urgente cuando de países en vías de desarrollo se trata. En este sentido, la Declaración de Estocolmo afirmó "...que en los países en desarrollo la mayoría de los problemas ambientales son causados por el mismo subdesarrollo. Millones continúan viviendo por debajo de los estándares mínimos de salud y salubridad. Por lo tanto los países en desarrollo deben dirigir todos sus esfuerzos hacia el desarrollo, teniendo en mente las prioridades y necesidades para salvaguardar y mejorar el ambiente. Por la misma razón los países industrializados deberían hacer esfuerzos para reducir la brecha entre ellos y los países en desarrollo."³¹

En una decisión posterior, en el Voto 2150-99, del 19 de febrero de 1999, la Sala Constitucional sostuvo que:

[...] es innegable la violación al artículo 7 constitucional al contrariarse los Convenios Internacionales, pues este decreto autoriza la caza de la tortuga verde para su consumo y

31 Exp.0201-C-91 N° 5893-95 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Disponible en línea en: http://www.asamblea.go.cr/sd/Reglamento_Asamblea/RAL%202014/Resoluciones%20Sala/5893-95.pdf

su captura para el comercio sin bases científicas suficientes para acertar que eso es posible y en qué medida, desprotegiéndolas irresponsablemente con la sola existencia de la duda que gira en torno a la sobrevivencia de éstas, lo que hace a esta normativa inconstitucional según el principio “in dubio pro natura”, donde sólo la duda del perjuicio que se le pueda causar al equilibrio ecológico es suficiente para protegerlo y con mucho más razón cuando existen estudios científicos que exigen su máxima protección.

En otro voto de la Sala Constitucional, el 10465-2000, de 24 de noviembre del 2000, se establece con mayor claridad que de conformidad con el artículo 50 de la Constitución Política, en relación con el principio número 15 de la Declaración de Río y el numeral 11 de la Ley de Biodiversidad, el principio precautorio en materia ambiental implica la potestad de asumir decisiones que impongan restricciones a las actividades privadas que puedan lesionar componentes del medio ambiente, como puede ser el caso de los recursos marinos. En este sentido, la Sala Constitucional ha indicado que:

IV. Sobre el fondo.- Tratándose del derecho a vivir en un medio ambiente “sano y ecológicamente equilibrado” la Sala Constitucional ha reconocido la existencia de un interés difuso a favor de todos los habitantes de la República, siendo consistente en sus pronunciamientos destinados a la tutela efectiva de los derechos y libertades de las personas. Así, en sentencia número 2219- 99 de 24 de marzo de 1999, la Sala indicó:

V.- El objetivo primordial del uso y protección del ambiente es obtener un desarrollo y evolución favorable



al ser humano. La calidad ambiental es un parámetro fundamental de la calidad de vida; al igual que la salud, alimentación, trabajo vivienda, educación, entre otros. El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, reconocido en el artículo 50 de la Constitución Política, garantiza el derecho del hombre a hacer uso del ambiente para su propio desarrollo, lo que implica el correlativo deber de proteger y preservar el medio, mediante el ejercicio racional y el disfrute útil del derecho mismo. El Estado también tiene la obligación de procurar una protección adecuada al ambiente; consecuentemente, debe tomar las medidas necesarias para evitar la contaminación y, en general, las alteraciones producidas por el hombre que constituyan una lesión al medio.

En este sentido, es importante resaltar, por ejemplo, el Voto 3705-93³² en que la Sala se refiere a la suscripción y no a la ratificación de los tratados internacionales, de modo que sigue la actual tendencia que reconoce la existencia de principios generales necesarios para la supervivencia de la raza humana, los cuales deben ser respetados por cada país sin importar si están o no ratificados. Así entonces, con referencia a la calidad de vida, otro valor intrínseco dentro de la temática ambiental, esta sentencia-reiterada en otras ocasiones- agregó:

Por ejemplo, se producen problemas ambientales cuando las modalidades de explotación de los recursos naturales dan lugar a una degradación de los ecosistemas

32 Sobre esta Sentencia consultar a CABRERA MEDAGLIA, J. “Comentario a la sentencia 3705-93 de la Sala Constitucional”, publicado en **20 años de jurisprudencia de la Sala Constitucional**, Ana Virginia Calzada et al (eds), UNED y Corte Suprema de Justicia, San José, 2009.

superior a su capacidad de regeneración, lo que conduce a que amplios sectores de la población resulten perjudicados y se genere un alto costo ambiental y social que redunde en un deterioro de la calidad de vida; pues precisamente el objetivo primordial del uso y protección del ambiente es obtener un desarrollo y evolución favorable al ser humano. La calidad ambiental es un parámetro fundamental de esa calidad de vida; otros parámetros no menos importantes son salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación, etc., pero más importante que ello es entender que si bien el hombre tiene el derecho de hacer uso del ambiente para su propio desarrollo, también tiene el deber de protegerlo y preservarlo para el uso de las generaciones presentes y futuras [...] ³³.

En este orden de interpretación, en otras Sentencias de la Corte Constitucional de Costa Rica, la nº. 14421-06, así como en la nº. 18051-06, se precisa que

[...] resulta completamente contraria a los principios que informan el derecho ambiental, en particular, al *in dubio pro natura* y al principio precautorio, así como al interés público ambiental, la interpretación del gestionante de que está excluida la obligación del estudio de impacto ambiental previo al otorgamiento de la concesión de explotación minera.

33 Carlos Roberto Mejía Chacón Case, Voto No. 3705-93, July 30, 1993 (español). Disponible en línea en: <https://www.elaw.org/content/costa-rica-carlos-roberto-mej%C3%AD-chac%C3%B3n-case-voto-no-3705-93-july-30-1993-espa%C3%B1ol>.



Según esta interpretación, la responsabilidad consiste en equilibrar la protección del ambiente, el desarrollo económico y las actividades de los particulares, que justifique la intervención del Estado. Lo anterior, por cuanto una protección excesiva del ambiente que anule toda actividad económica, puede hacer incurrir a los particulares en costos desproporcionados e innecesarios, tornando algunas actividades productivas en ruinosas y generando pobreza y desempleo, lo cual impactaría negativamente a la gente. Pero de igual modo, una actividad económica descontrolada e irresponsable puede producir un daño irreversible en el ecosistema, razón por la cual se impone la aplicación del principio *in dubio pro natura*, en el sentido de que si existe duda sobre si una actividad produce o no daños al ambiente, debe priorizarse en su protección y en consecuencia, limitarse o prohibirse dicha actividad. No obstante, la determinación de esa duda, no puede, ni debe, quedar al arbitrio de los grupos sea cual sea, sino de estudios técnicos, pues este aplicará cuando haya peligro de daño grave o irreversible en el ambiente. Así se pronuncia la Corte Constitucional de Costa Rica en su Sentencia 17155-09 y la Sentencia 18855-10 del mismo Tribunal.

En esta última Sentencia 18855-10, en virtud del principio precautorio o *in dubio pro natura*, que opera en materia ambiental, se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas. Siguiendo este argumento, la Sala Constitucional de Costa Rica, en este sentido, acoge el amparo y ordena la solución del problema de contaminación ambiental verificado por las autoridades recurridas en el caso del cauce del Río Corrogres, a la altura del centro comercial “El Paseo”, en Santa Ana, a fin de evitar mayores daños al ambiente en el lugar. La Sala considera que el vertimiento de aguas al Río Corrogres por parte de las empresas denunciadas debía haberse suspendido, hasta tanto se corrija la situación de conta-

minación, que tal actividad está generando; sin embargo, no se ha procedido de tal manera, lo que hace imperativa la estimatoria del recurso³⁴.

El caso más paradigmático, acaecido en este país, fue el “Caso Crucitas” de 2008, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Expediente n. 08-014068-0007-CO recurso de amparo Edgardo Araya Sibaja, hecho IV)³⁵. El caso examinaba un proyecto de minería de cielo abierto por Industrias Infinito y su posible contradicción con el Decreto Ejecutivo DE-30477-MINAE, adoptado el 5 de junio de 2002, por el cual se establecía la moratoria indefinida de actividad minera a cielo abierto. Sin embargo, con posterioridad, se produjo la suspensión de esta moratoria mediante Decreto Ejecutivo número 34801-MINAET de la tala de árboles y del desarrollo de infraestructuras. Este caso es particularmente interesante porque el principio *in dubio pro natura* se utiliza como un parámetro de aplicación de normas, priorizando las de protección ambiental frente aquéllas que serían aplicables en virtud del principio *lex posterior derogat lex anterior*, poniendo de manifiesto una particularidad de las normas de protección ambiental, la retroactividad de la norma, en caso de colisión con una norma menos protectora del ambiente. Es decir, en este caso, el principio precautorio (*in dubio pro natura*) debe de reconocerse y utilizarse en todas las actuaciones administrativas, pero claramente en relación con el derecho humano a un medio ambiente sano (artículo 50 Constitución).

En Brasil, la mayor protección se justifica por la mayor importancia del bien jurídico a proteger, como el medio ambiente. Al respecto, el STJ

34 Consultar Sentencia nº 08001 de Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de 21 de Julio de 2004.

35 Sobre el Caso Crucitas consultar: AIDA, Descripción del Proyecto Minero Crucitas **Violaciones al derecho internacional y posibles impactos ambientales**, 2008. Disponible en línea en: <https://www.conflictosmineros.net/agregar-documento/estudios-e-informes/contaminacion/descripcion-crucitas/download>.



decretó que “las normas de protección de los sujetos vulnerables e intereses difusos y colectivos deben ser interpretados de la manera que es más de apoyo y puede proporcionar mejor, de la eficacia del plan, la asistencia judicial y la *ratio essendi* de la norma de fondo y procedimental. La hermenéutica jurídica y ambiental se rige por el principio *in dubio pro natura*”. (STJ, 2º T., resp Nº 1.114.893 / MG).

Asimismo el principio *in dubio pro natura* fue invocado para justificar la existencia de un daño moral colectivo en los casos de daño ambiental (REsp 1.367.923/RJ). Constando a su vez que “sería un contra senso jurídico la admisión de resarcimiento por lesión o daño moral individual, sin que se pudiese dar a la colectividad el mismo tratamiento, después de todo, si se ve afectado el honor de cada uno de los individuos de este grupo, el daño está sujeto a una indemnización”. En este sentido, el principio *in dubio pro natura* parece prescindir de la demostración de esta suposición, pero es precisamente el reconocimiento de la diferencia entre el individuo y la colectividad, el que permite la protección de esta última como algo diferente a la mera suma de individuos. Para el individuo, la asunción de daño moral es la protección de su subjetividad, el concepto incompatible con la noción de colectividad (que es subjetivo no puede ser colectiva).

En el caso de Colombia, el principio *in dubio pro natura* también se ha interpretado estrechamente vinculado al principio de precaución. A través de la Sentencia C-339 de 2002, la Corte relacionó el principio de precaución con la máxima *in dubio pro ambiente*, para sostener que, en caso de duda sobre los efectos nocivos que puedan ocasionarse en el medio ambiente con el desarrollo de una actividad, esta cederá para la protección de aquel. Sobre el particular indicó:

En la aplicación del inciso 3 se debe seguir el principio de precaución, principio que se puede expresar con la ex-

presión ‘in dubio pro ambiente’. El mismo principio debe aplicarse respecto del inciso cuarto del artículo 34 y que este debe ser observado también al estudiar y evaluar los métodos y sistemas de extracción, en consonancia con el principio número 25 de la Declaración de Río de Janeiro que postula: ‘La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables’.[...] Para el asunto que nos ocupa, esto quiere decir que en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la exploración o explotación minera de una zona determinada; la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección de medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba una grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias.

En la misma línea, la Sentencia C-339 establece que:

En materia del servicio público de saneamiento ambiental, se ha determinado que los *niveles permisibles* de contaminación deben establecerse anticipada y científicamente, conforme con los niveles de resiliencia del ecosistema, cuyos estándares han de actualizarse periódicamente, y siguiendo los principios rectores de prevención y precaución. La incidencia que tiene el daño ambiental, hace que el margen de lo tolerable deba *disminuirse*, fijándose cada vez de manera más rigurosa, empleando mecanismos eficaces para establecer si los niveles de contaminación se han reducido, y obligando al empleo de tecnologías amigables o más limpias, bajo la aplicación del principio *in dubio pro ambiens*.



Asimismo, un ejemplo claro de aplicación de este principio, lo exhibe la Sentencia C399 del 2002 del Consejo de Estado de la República de Colombia, donde se afirma

[...] el principio de protección prioritaria de la biodiversidad del país junto con un aprovechamiento en forma sostenible, de acuerdo con los principios universales y de desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992, ratificada por Colombia.

Con base en estos argumentos, la Sección Primera del Consejo de Estado ordenó la suspensión provisional de las actividades de aprovechamiento forestal que adelantaba el Consejo Comunitario General de la Costa Pacífica del Norte del Chocó “Los Delfines” y REM Internacional CISA, en Mecana (Bahía Solano – Chocó). Según la Sección, son numerosas las disposiciones que obligan al operador a tener en cuenta la precaución como parámetro para determinar la procedencia de medidas cautelares en esta materia. Tal es el caso del artículo 15 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 y del numeral 3° del artículo 3° de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, suscrita en Nueva York en 1992 y aprobada por la Ley 164 de 1994.

A juicio de la Sala, el aprovechamiento forestal dispuesto por la Resolución No. 2293 de 2006, constituye una amenaza para el medio ambiente, pues según lo señalado por el informe técnico contenido en la Resolución 0096 de 2011 por la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, ejerce temporalmente el conocimiento de los asuntos asignados a Codechocó, no se está dando cabal cumplimiento a las obligaciones contenidas

[Ir para o índice](#)

en el plan de manejo forestal al momento de otorgar el permiso de aprovechamiento.

El expediente fue devuelto al Tribunal Administrativo del Chocó, para que resuelva de fondo la acción popular que interpusieron las comunidades que habitan en las zonas donde se realizan dichas actividades económicas³⁶.

Posteriormente, la Sentencia de la Corte Constitucional C-449/15 relativa a la Facultad conferida al Ministerio del ambiente, para definir las bases de depreciación de recursos naturales por contaminación y fijación de tasas retributivas y compensatorias³⁷, ha contribuido a la determinación interpretativa del principio en cuestión. En concreto se establece que:

[...] el cambio de paradigma que ha venido operando con el paso del tiempo ha implicado un redimensionamiento de los principios rectores de protección del medio ambiente, como su fortalecimiento y aplicación más rigurosa bajo el criterio superior del *in dubio pro ambiente* o *in dubio pro natura*, consistente en que ante una tensión entre principios y derechos en conflicto la autoridad debe propender por la interpretación que resulte más acorde con la garantía y disfrute de un ambiente sano, respecto de aquella que lo suspenda, limite o restrinja. Ante el deterioro ambiental a que se enfrenta el planeta, del cual el ser humano hace parte, es preciso seguir implementando objetivos que busquen preservar la naturaleza, bajo regulaciones y políticas públicas que se muestren serias y más estrictas para con

36 Consejo de Estado, Sección Primera, Auto 2700123310002011.

37 Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-449-15.htm>. Consultada el: 14 oct. 2016.



su garantía y protección, incentivando un compromiso real y la participación de todos con la finalidad de avanzar hacia un mundo respetuoso con los demás. Se impone una *mayor consciencia, efectividad y drasticidad* en la política defensora del medio ambiente (6.5).

En México, el principio se aplicó por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Séptimo Circuito, en Boca del Río Veracruz, juicio de amparo 1697/2014, 23 abril 2015. En 2011, las comunidades indígenas de Veracruz, México, presentaron una denuncia contra la empresa hidroeléctrica Impulsa Generación Responsable (IGR) para detener la construcción de tres plantas hidroeléctricas a lo largo del río Jalacingo, un proyecto que había sido aprobado por las autoridades locales. Los denunciantes aseguran que dicho proyecto interferirá con su derecho al agua ya que el curso del río será alterado y sus fuentes tradicionales de agua serán interrumpidas. IGR argumenta que obtuvo los permisos necesarios de las autoridades luego de presentar la correspondiente evaluación de impacto ambiental. En este caso, los magistrados integrantes del Tribunal Colegiado estimaron que había suficiente indicio para la prevención de un daño ecológico irreparable de un sector desprotegido, resultando imperante la necesidad de establecer acciones que impidieran una catástrofe ecológica y social, derivada del daño irreparable a los manantiales de las comunidades indígenas. En este sentido, se entendió que la medida de suspensión evitará que se afecte el entorno ecológico de las comunidades indígenas, en particular del derecho humano al agua, evitándose un daño irreversible en los manantiales situados en dichos sectores desprotegidos de la vida nacional. Además se vincula la protección de la naturaleza, representado por este principio *in dubio pro natura* con el principio de que “toda persona tiene derecho de acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico

en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible”, y que el Estado es el responsable de garantizar este derecho. Sobre la base de esta argumentación, el Tribunal concedió una suspensión definitiva que “protege el entorno ecológico y el derecho humano al agua de comunidades indígenas y suspende la construcción de minicentrales hidroeléctricas”.

Otro caso en el que ha habido oportunidad de aplicar este principio en sede judicial fue el conocido por el Juzgado Séptimo de Distrito de Los Mochis, Sinaloa, mediante el cual prohibió la entrada a México de patata fresca proveniente de Estados Unidos. (40/2016 – Consejo de la Judicatura Federal)³⁸, por entender la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (Sagarpa), no adoptó las medidas fitosanitarias adecuadas para su ingreso seguro y declaró inconstitucionales las medidas fitosanitarias adoptadas SAGARPA establecidas en el Acuerdo de Mitigación de Riesgo para la Importación del tubérculo de papa proveniente de los Estados Unidos de América (EUA), todo ello amparándose en el derecho a la alimentación/seguridad alimentaria y derecho a un ambiente saludable, ambos reconocidos constitucionalmente. En este caso, la aplicación del principio permitió proteger y reforzar otros derechos fundamentales, que dependen inexorablemente de unas condiciones ambientales óptimas para su satisfacción y disfrute.

Todos estos pronunciamientos jurisprudenciales constituyen una suerte de judicialización estratégica de casos ambientales, pues en la medida que el sistema judicial es pro activo en la defensa del ambiente se irán desarrollando jurisprudencia vinculante que puede ser trascendental para la solución de futuros conflictos ambientales.

38 Consultar el caso en: <https://www.cjf.gob.mx/documentos/notasInformativas/docsNotasInformativas/2014/notainformativa84.pdf>.



CONCLUSIONES Y REPLANTEAMIENTOS TRANSFORMADORES DEL DERECHO AMBIENTAL

La región de América Latina ha sido reconocida como un laboratorio de soluciones innovadoras para la adaptación a la transformación del Derecho ambiental para enfrentar los retos que plantea la progresiva degradación de sus recursos naturales. En este sentido, principios protectores, como los expuestos en este análisis, tales como el *in dubio pro natura*, el de progresividad, y el de no regresividad, obligan al operador jurídico, en caso de un eventual conflicto normativo o político-administrativo, a aplicar las reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa para el interés público ambiental, incluso más allá de su rango o nivel jerárquico, de tratarse de una norma de carácter general o especial, o de su promulgación en el tiempo.

La regulación y reconocimiento del principio *in dubio pro natura* en sede constitucional en muchos países de la región, principalmente en Costa Rica, Brasil, Argentina y Ecuador, ha promovido una interpretación garantista y ecosistémica, con el establecimiento de reglas claras, profundamente ecológicas y abiertamente participativas para la observancia y cumplimiento tanto del Estado, los particulares y las empresas, en donde se establecen categorías conceptuales de aplicación directa como la responsabilidad subjetiva, reversión de la carga de la prueba, intangibilidad de áreas naturales protegidas, imprescriptibilidad de acciones para sancionar daños ambientales, etc. Este principio se convierte en efectivo, en el momento en que el Estado lo asuma y lo incorpore de forma inherente a las prácticas ambientales y no como simples aspiraciones ecologistas. De forma de la operatividad de este principio se condiciona a la voluntariedad política del Estado para apostar por la protección ambiental en beneficio del bien público y no al servicio de intereses privados y particulares.

[Ir para o índice](#)

Pero es en sede judicial, donde el principio *in dubio pro natura* ha transgredido con el esquema hegemónico tradicional del Derecho, para convertirse en una de las garantías rectoras de una exigibilidad judicial moderna del derecho y en una acción para el logro de la justicia ambiental. En este sentido, el principio se presenta en el contexto de muchos países latinoamericanos, como un nuevo paradigma jurídico transformador, rompiendo con el concepto antropocéntrico del derecho ambiental y se sitúa en una categoría biocentrista del derecho en expansión en otros Estados de la región.

Con todo lo analizado anteriormente, es pertinente considerar que el aspecto más trascendental del reconocimiento como de su aplicación práctica del principio *in dubio pro natura* es que favorece y contribuye a la interpretación progresiva del derecho. En realidad, esta función deriva de la función de progresividad y no regresión del Derecho ambiental, afirmado especialmente por el profesor Prieur.

Asimismo, a través de la aplicación judicial de este principio se evidencia cómo el poder judicial juega un papel clave en la protección efectiva del medio natural, mediante: la protección efectiva de los espacios naturales comunes, especialmente sensibles y que representan intereses difusos y mediante la *actio popularis* en defensa de los intereses colectivos, potenciando la noción de justicia relacionada con la naturaleza y aplicada más allá del escenario humano. El principio *in dubio pro natura* es un postulado hermenéutico, derivado de la función social de la propiedad, que amerita de un onus argumentativo pro ambiente, en beneficio del bien colectivo y como respuesta a la creciente degradación del medio ambiente en la región.

Seguramente, el reto en relación con este principio recae en su aplicación en la definición, elaboración e implementación de todas las políticas



gubernamentales. Lo que está claro es que, en sede judicial se distingue el principio *in dubio pro natura* del principio precautorio pues este sirve para la solución de incertezas científicas, mientras que el primero sirve de guía para las incertezas legales, como un principio interpretativo. Con el reconocimiento de este principio, el juez no puede inventar algo que no está, expresa o implícitamente, en el dispositivo, pero habiendo pluralidad de sentidos posibles, debe elegir el que mejor garantice el ambiente.

En definitiva, este principio se dirige a potenciar el enfoque preventivo, precautorio y la reparación integral, con el fin de revertir los efectos causados por los humanos y de replantear el modelo de desarrollo actualmente imperante en nuestras sociedades, para poder promover una transición hacia un modelo *pro natura*.

REREFENCIAS

AHTEENSUU, M. **In dubio Pro Natura?** A Philosophical Analysis of the Precautionary Principle in Environmental and Health Risk Governance [Doctoral Dissertation]. Turku (FI): Department of Philosophy, University of Turku, 2008.

ARTIGAS, C. **El principio precautorio en el derecho y la política internacional.** Santiago de Chile (CL): CEPAL/Naciones Unidas, 2001 (Serie Recursos Naturales e Infraestructura nº 22).

BARROSO, L. R. *et. al.* **As novas faces do ativismo judicial - Constituição, democracia e supremacia judicial:** direito e política no Brasil contemporâneo. Salvador: JusPodivm, 2011.

[Ir para o índice](#)

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. **Instituciones de Derecho Ambiental**. Madrid: La Ley, 2001.

BRYNER, N. S. In dubio pro natura: a principle for strengthening environmental rule of law. **Revista de Direito Ambiental: RDA**, São Paulo, v. 20, n. 78, 2015, p. 245-258.

CAFFERATTA, N. A. Principio precautorio y derecho ambiental. **Revista La Ley 2004-A**, 1202, Bs. As, 2004.

DE LUCAS, J. El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente. **Revista de Derecho Ambiental**, n. 12, 1994.

DE SOUZA LEHFELD, L.; FREITAS DE OLIVEIRA, R. M. **Estado socioambiental de direito e o constitucionalismo garantista. O princípio in dubio pro natura como mecanismo de controle do ativismo judicial contrário à tutela dos direitos fundamentais ambientais**, IV Encontro internacional do CONPEDI/OÑATI Estado, constitucionalismo e sociedade, 2016. Disponible en: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c50o2gn1/2l2559so/JUORPBaakN1ZQ94c.pdf>.

ESTEVES DE ALCANTARA, M. I.; LUCAS CARDOSO BALBINO, M. Proportionality as a Tool to Solve Conflicts between Principles on Environmental Criminal Law, 4 **Braz. J. Pub. Pol'y**, 2014, pp. 257-273.

FERNSTERSEIFER, T. **Estado socioambiental de derecho y el principio de solidaridad como su marco jurídico constitucional**. Disponible en: <http://jus.com.br>.

GARZA GRIMALDO, J. G. **Comentarios a la Ley de protección de la tierra del Distrito Federal y la reforma constitucional integral en el estado de Guerrero**, Congreso REDIPAL VIRTUAL VII Red de Investigadores



Parlamentarios en Línea Enero-agosto 2014 Febrero, 2014. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV-VII-29_14.pdf.

GORMLEY, W.P. **Human Rights and Environment:** The Need for International cooperation. Leyden: Sijhoff, 1976.

GUDYNAS, E. **El Mandato Ecológico. Derechos de la Naturaleza y políticas Ambientales en la nueva Constitución.** Quito: Abya Yala, 2009.

HANDL, G. "Human Rights and Protection of the Environment: A Mildly "Revisionist" View". En: CANÇADO TRINDADE (Ed.). **Derechos Humanos, Desarrollo sustentable y medio ambiente.** San José de Costa Rica: [s.n], 1995.

IRIBARREN, F. "La Inclusión del Principio Precautorio en la Ley General de Ambiente". **Revista de Derecho Ambiental**, n. 1, Enero/Marzo 2005, p. 92.

KISS, A., CANÇADO TRINDADE, A. "Two Major Challenges of Our Time: Human rights and the Environment". En: CANÇADO TRINDADE (Ed.). **Derechos Humanos, Desarrollo sustentable y medio ambiente.** San José de Costa Rica: [s.n], 1995.

LAURIDSEN, I. "Precautionary Action: Study on the Status and Implications of the Precautionary Principle in International Environmental Law", 19 **E. & Central Eur. J. on Env'tl. L.** 95, 2014.

LEE, J. "The Underlying Legal Theory to Support a Well-Defined Human Right to a Healthy Environment as a Principle of Customary International Law", en **Columbia Journal of Environmental Law**, vol. 25, nº. 2, 2000, p. 254-282.

MONTORO CHINER, M. J. El Estado Ambiental de derecho. Bases Constitucionales. En: SOSA, Wagner Francisco (coord.). **El derecho Admi-**

Ir para o índice

nistrativo en el siglo XXI- Homenaje al prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo. España: Tirant lo Blanch, 2000, t. III, p. 3437-3465.

MORATO LEITE, J. R.; NEIVA MELCHIOR, G. **O Estado de direito ambiental e a particularidade de uma hermêutica jurídica**. Brasil, Seqüência. n° 60, 2010.

OST, F. **Naturaleza y Derecho, Para un Debate Ecológico en Profundidad**. [S.l.]: Ediciones Mensajero, 1996.

PEÑA CHACÓN, M. “Hacia una nueva hermenéutica ambiental”, **Lex, Difusión y Análisis**, año XII, número 222, México, diciembre 2013.

PEÑA CHACÓN, M. “Los derechos adquiridos de buena fe y sus implicaciones ambientales”. **Revista Monfrague, Desarrollo Resiliente**, vol. II, n. 1, enero-2014. Accesible en: <http://monfragueresiliente.com/numero3/indice3.html>.

PEÑA CHACON, M. **Aplicación de la regla de la norma más favorable**, en Biblioteca Jurídica digital Maestría Derecho Ambiental, Universidad de Costa Rica, enero 2014. Accesible en: <http://maestriaderechoambientalucr.files.wordpress.com/2014/01/aplicacion-de-la-regla-de-la-norma-mas-favorable-en-el-derecho-ambiental-1.pdf>.

PRIEUR, M., SOZZO, G. **La non régression en droit de l'environnement**. Bruxelles: Bruylant, 2012.

STUTZIN, G. (1990), “Un Imperativo Jurídico. Reconocer Derechos a la Naturaleza”, **Ambiente y Desarrollo**, Nº I, diciembre de 1990.

THOMÉ, R. **Princípio da vedação do retrocesso socioambiental: no contexto da sociedade de risco**. Bahia: Juspodivm, 2014.



TROUWBORST, A. "Prevention, Precaution, Logic and Law the Relationship between the Precautionary Principle and the Preventative Principle in International Law and Associated Questions", **Erasmus Law Review** 2(2), 2009, p. 105-128.

VERDAN, T. L. "A afirmação jurisprudencial do princípio in dubio pro nature no cenário jurídico brasileiro". **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, ano MMXIII, Nº. 000038, 2013. Disponível em: <http://semanaacademica.org.br/artigo/afirmacao-jurisprudencial-do-principio-dubio-pro-nature-no-cenario-juridico-brasileiro>.

Os Direitos Humanos e do Ambiente na encruzilhada do neoconstitucionalismo com o novo constitucionalismo latino-americano

Human Rights and the Environment at the crossroads of neoconstitutionalism with the new latin american constitutionalism

MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS

INTRODUÇÃO

A construção do sistema de proteção do ambiente como direito humano, integrante da terceira dimensão ou geração de direitos, repousa na responsabilidade solidária e no dever fundamental de o Estado protegê-lo, na perspectiva de garantir a qualidade de vida, a dignidade do homem e sua sobrevivência no Planeta.

As Constituições da Espanha¹ e de Portugal, esta com mais ênfase a partir da revisão de 1997, adotaram o sistema de proteção objetiva da

1 GIMENO, José Pascual Fernández; MARTÍNEZ, Gloria Gamborino. El medio ambiente: conceptos generales. In: LOPES, Maria José Reyes (Coord.). **Medio ambiente español**. Valência: Tirant lo Blanc, 2001, p. 25.



natureza e, ao mesmo tempo, com características de direito fundamental, razão pela qual defende o professor Vasco Pereira da Silva², que não se deve excluir a proteção do ambiente a partir dos interesses particulares e, consequentemente, dos direitos subjetivos públicos, os quais se associam na defesa do Estado de Direito Ambiental.

1 DIREITOS HUMANOS E DO MEIO AMBIENTE NAS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS

O Brasil foi o primeiro país latino-americano, entre o primeiro e o segundo ciclo de reformas constitucionais na América Latina, a acolher as inovações ibéricas, com significativa influência das novas ideias em ebulição no Direito Internacional, principalmente em relação ao pluralismo e ao multiculturalismo dos povos indígenas, mais tarde escritos na Convenção nº 169 da OIT, desencadeando-se, então, uma série de transformações nos sistemas jurídicos insulares em matéria de Direitos Humanos e do Ambiente.

O primeiro ciclo de reformas constitucionais se desenvolveu na década de 80 do século XX, a partir da introdução dos direitos individuais e coletivos dos indígenas nos Textos Constitucionais do Canadá (1982), Guatemala (1985), Nicarágua (1987) e Brasil (1988). Raquel Fajardo rememora que o multiculturalismo canadense inspirou Guatemala e Nicarágua a saírem do processo belicoso interno e a reconhecer os direitos dos seus povos indígenas, mas, no caso do Brasil, houve maior avanço, haja vista a Constituição, de 1988, ter incorporado o que havia de mais avançado em termos de di-

² SILVA, Vasco Pereira da. **Verdes são também os direitos do homem**. Cascais: Príncipe, 2001, p. 17-22.

reitos indígenas e pluralismo no âmbito das Nações Unidas, antecedendo até mesmo a publicação do Convênio nº 169 da OIT, no ano seguinte, e, conseqüentemente, o segundo ciclo de reformas³.

No segundo ciclo, desencadeado nos anos 90 do século XX, fundado no pluralismo jurídico, foram incorporados, nas Constituições da Colômbia (1991), México (1992), Paraguai (1992), Peru (1993), Bolívia (1994), Argentina (1994), Equador (1996 e 1998), Venezuela (1999), os direitos individual e coletivo à identidade e diversidade cultural do primeiro ciclo, e desenvolvido o “[...] conceito de “nação multiétnica” e “estado pluricultural”, qualificando a natureza da população e avançando rumo ao caráter do Estado. Entretanto, as reformas também abriram espaços para as multinacionais se instalarem nesses países, entrando em conflito com diversos povos indígenas e tradicionais”⁴.

O terceiro ciclo emergiu na primeira década do século XXI, do diálogo entre os processos constitucionais da Bolívia (2007-2008) e do Equador (2008), “[...] um debate ainda não resolvido [...] sobre o “Estado Plurinacional” e um modelo de pluralismo legal igualitário, baseado no diálogo intercultural [...]”, no qual os povos indígenas não pretendem ser reconhecidos apenas como “[...] “culturas diversas”, mas como *nações originárias* ou sujeitos políticos coletivos com direito a participar nos novos pactos do Estado, que se configurariam, assim, como Estados plurinacionais [...]”, mormente para enfrentar o avanço das transnacionais sobre seus territórios e sobre suas vidas⁵.

3 FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. In: VERDUM, Ridardo (Ed.). **Povos indígenas**: Constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos Coronário, 2009, p. 25-27.

4 Idem, p. 25-27.

5 Ibidem, p. 25-27.



A questão tem se revelado mais complexa e antagônica nos sistemas latino-americanos, pois a ideia de Direitos Humanos ou fundamentais específicos dos povos indígenas, apesar de ter o ponto de partida na estabilização jurídica de uma carga discriminatória, evoluiu para o reconhecimento da situação de fragilidade e de necessidade de proteção constitucional, inicialmente como minorias sujeitas a maior risco na sociedade pós-moderna, e a partir daí o reconhecimento da condição de sujeitos coletivos de direitos e conseqüente proteção aos seus direitos fundamentais, construídos no evoluir das cinco gerações ou dimensões preconizadas por Karel Vasack⁶.

Apesar das conquistas jurídicas e do fim das concepções assimilacionistas e integracionistas, a situação precária das comunidades indígenas ainda demanda proteção em grau mais elevado, mormente nos casos em que são minorias, nos quais se torna mais explícita a desigualdade entre índios e não índios, decorrente dos dois modos de vida totalmente distintos, praticamente inconciliáveis, peculiaridades que demandam estudo mais aprofundado acerca dos impactos ocasionados pelo capitalismo no modo de vida e de produção dessas economias.

Vendo o homem rodeado por toda espécie de poluição, Félix Guattari profetizou a necessidade de uma releitura transversal e holística do ambiente, de modo a aproximar cultura e natureza e neutralizar as causas desse sofrimento, oriundas do próprio modo de proceder do homem, salientando que “[...] Mais do que nunca a natureza não pode ser separada da cultura e precisamos aprender a pensar “transversal-

6 VASAK, Karel. Por um direito internacional específico dos direitos do homem. *In*: VASAK, Karel (redator geral). **As dimensões internacionais dos direitos do homem**. Lisboa: ONU/Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos, 1978.

mente” as interações entre ecossistemas, mecanosfera e Universos de referência sociais e individuais⁷”.

Homem e meio ambiente estão intimamente relacionados no cotidiano da América Latina, em virtude da marcante heterogeneidade populacional e da presença de povos indígenas e outras populações tradicionais extremamente dependentes do meio ambiente saudável para sobreviverem. Em países como a Bolívia, o México e a Guatemala, chegam a ser maioria populacional, conforme dito alhures.

Nesse contexto, os povos indígenas trouxeram para o direito uma diferenciada cosmovisão, evidenciada nos diversos movimentos revolucionários desencadeados no curso da história latino-americana, os quais contribuíram para a democratização e inserção constitucional dos direitos humanos e do ambiente, iniciando-se pela Guatemala, em 1985; Nicarágua, em 1987; e pela Constituição do Brasil, de 1988.

A Constituição do Brasil, de certo modo, incorporou um pluralismo moderado, ou antropocentrismo alargado, influenciada pela Constituição de Portugal, de 1976, no que se refere à proteção do ambiente, conforme visto alhures, a qual permeou significativa parte do Texto Constitucional. A transversalidade do direito do ambiente na Constituição do Brasil, dessa forma, perpassa os demais subsistemas, principalmente os da cultura, das populações tradicionais e indígenas, além dos subsistemas dos direitos fundamentais, da saúde e da economia, dentre outros. Dessarte, não exclui o homem do seu contexto, justamente por essa transversalidade, da qual resulta uma proteção socioambiental, na qual o homem é beneficiário e responsável pelo ambiente em que vive. A proteção socioambiental

7 GUATARI, Felix. GUATTARI, Felix. **As três ecologias**. Tradução de Maria Cristina F. Bittencourt. Paris: Éditions Galilée, 1989, p. 25.



surge na Constituição do Brasil sob a mesma inspiração europeia da ética intergeracional, da qual resulta o princípio responsabilidade, no dizer de Hans Jonas⁸, fundamentada na solidariedade intergeracional, decorrente da fraternidade, terceira dimensão dos direitos humanos.

A inserção constitucional dos direitos humanos dos povos indígenas, mesclados ao direito do ambiente, contemplados em todo um capítulo distribuído em dois artigos com onze disposições, explicita a peculiar “vontade de constituição”, visivelmente pluralista, nitidamente influenciada pelo constitucionalismo fraternal, solidário⁹, que tem por diretriz a concreção da igualdade civil e moral de minorias, como verdadeiros trunfos contra a maioria¹⁰, centrada na dignidade da pessoa humana, mormente no que se refere à compensação das desvantagens e perdas perpetradas ao longo da história.

2 NOVOS RUMOS DOS DIREITOS HUMANOS E DO AMBIENTE NA AMÉRICA LATINA

No entanto, os teóricos propõem um novo sistema constitucional para países multinacionais e pluriétnicos, denominado Novo Constitucionalismo Latino-Americano, o qual trasborda das teorias da liberdade e

8 JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica.** Tradução do original alemão por Matijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

9 ANDRADE, Maria Inês Chaves de. **A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 241.

10 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático.** Coimbra: Coimbra, 2012, p. 55.

da igualdade vistas sob a ótica política, para tratá-las sob o ponto de vista socioeconômico, pluralista e inclusivo, harmonizador da vida humana com a natureza, em uma nova cultura do *bem viver*.

O Novo Constitucionalismo pressupõe ampla participação popular no processo constitucional, diferentemente do sistema de representação indireta das assembleias constituintes inspiradas no modelo liberal eurocêntrico, procurando, desse modo, dar maior legitimidade e força normativa ao Texto Constitucional, aproximando-se mais da ideia habermasiana de democracia deliberativa do que as demais Constituições Ocidentais.

Ademais, há um marcante diferencial entre ambos os modelos, pois, diferentemente do constitucionalismo tradicional, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano trata o ambiente na perspectiva de Direito Humano, enquanto patrimônio comum da América Latina, a exemplo do reconhecimento do direito fundamental à água e aos recursos hídricos pelas Nações Unidas, na Resolução A/RES/64/292, de 28 de julho de 2010, conforme proposto pela Bolívia, não se olvidando de que no Brasil a água já vinha sendo tratada como recurso ambiental fundamental às funções vitais, desde a década de 80 do século XX, nos termos do artigo 3º, V, da Lei nº 6.368, de 1981, bem como do artigo 2º, IV, da Lei nº 9.885, de 2000.

A reconstrução dos Direitos Humanos a partir desse novo conceito, atrelando-os ao ambiente natural, gravita em torno da ideia de que não se pode atribuir valor econômico à natureza, notadamente por ser o princípio fundamental da vida, sob a perspectiva do princípio responsabilidade, a demandar ações comunitárias inclusivas, participativas e pluralistas, no verdadeiro sentido de governança ambiental para gerir e proteger seus recursos naturais¹¹.

11 WOLKMER, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima S. O novo direito à água no constitucionalismo da América Latina. **Revista Internacional Interdisciplinar** INTERThesis. vol. 9, n. 1, jan./jun. 2012.



Nesse contexto, o Novo Constitucionalismo propõe um sistema biocêntrico, sem rejeitar o antropocentrismo, e inclui no texto das Constituições andinas o ecocentrismo, com o objetivo de romper com a ideia do homem como único sujeito de direitos e obrigações em suas relações com a natureza, concepção individualista e reducionista, segundo Wolkmer, própria do modelo capitalista, que não distribui riquezas e aprofunda as desigualdades entre os países. “[...] Assim, a racionalidade quantificadora que ignora a vida e a diversidade cultural está sendo questionada por visões mais abrangentes e solidárias que tentam frear o processo que está destruindo a Mãe Terra”¹².

3 CONSTITUCIONALISMO ENCRUZILHADO

O Constitucionalismo Latino-Americano está numa encruzilhada, pois um novo paradigma de constitucionalismo atravessou o caminho do neoconstitucionalismo nas últimas décadas, no contexto de novas realidades plurais, oferecendo opções biocêntricas para a proteção da natureza e dos recursos naturais, sob o prisma comunitário. Esse novo constitucionalismo se apresenta como plural, indígena ou mestiço, a exemplo da Constituição do Equador, de 2008, “[...] por seu arrojado – giro biocêntrico, admitindo direitos próprios da natureza e direitos ao desenvolvimento do – *bem viver* [...]”, situação, segundo Wolkmer¹³, que não restringe direitos coletivos “[...] – direitos das comunidades, povos e nacionalidades, destacando a ampliação de seus sujeitos, dentre as nacionalidades indígenas, os afro-equatorianos, os comunais e os povos costeiros (arts. 56 e 57)”.

12 *Idem.*

13 *Ibidem.*

Desse modo, a Constituição do Equador rompeu com o constitucionalismo ocidental ao admitir a natureza como sujeito de direitos e sobrepôs aos valores antropocêntricos das Constituições do Ocidente uma mudança radical que pretende influenciar o constitucionalismo latino-americano.

A força motriz desse constitucionalismo, segundo Diana Suárez, está no conceito de “*bien vivir*” ou “*Sumak Kawsay*”, que significa “boa vida, proveniente e sintonizado”, conforme tradução literal do Quechua, sob o prisma da “[...] *cosmovisión de armonía de las comunidades humanas con la naturaleza, em la cual lo ser humano es parte de una comunidade de personas que, a sua vez, es un elemento constituyente de la misma pachamama, o madre tierra*¹⁴,” da qual se toma apenas o necessário. A partir dessa concepção, busca-se tratar juridicamente a natureza como um “*espacio de vida*”, atribuindo-lhe personalidade jurídica, com amplitude ecocêntrica.

Adverte Wolkmer¹⁵ que há diferentes cosmovisões da *Pachamama*, devido ao pluralismo das próprias comunidades indígenas, muitas das quais não são biocêntricas, aproximando-se, nesse aspecto, das “[...] propostas do desenvolvimento sustentável e do ambiente ecologicamente equilibrado [...]”, o qual encontra referência na Constituição Equatoriana como “[...] concreta realização dos bens comuns (água, alimentação, ambiente sadio, cultura, educação, habitat, moradia, saúde, trabalho e segurança) como bens essenciais à vida e ao – *bem viver* em harmonia com a natureza [...]”, decorrendo dessa amplitude de proteção o direito

14 SUÁREZ, Diana Quirola. Sumak Kawsay. Hacia un nuevo Pacto Social en Armonía con la Naturaleza. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Compiladores). *El Buen Vivir: una vía para el desarrollo*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009, p. 104-107.

15 WOLKMER, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima S. O novo direito à água no constitucionalismo da América Latina. *Revista Internacional Interdisciplinar INTERThesis*. vol. 9, n. 1, jan./jun. 2012.



humano fundamental e irrenunciável à água, vértice da construção jurídica dos direitos da *Pachamama*.

A mescla de direitos humanos e do ambiente no sistema constitucional equatoriano estende o fundamento do princípio do bem viver para instituir os direitos ao ambiente e alimentos saudáveis, habitat e moradia seguros e saudáveis e uma vida urbana calcada na sustentabilidade, com direito aos espaços públicos e acesso ao sistema de saúde, com obrigações compartilhadas entre estado e comunidade.

A Constituição da Bolívia, de 2009, num segundo giro, acolhe o princípio do bem viver, clarificando ainda mais sua amplitude intergeracional para beneficiar as coletividades presentes e futuras, contemplando em seu texto a mescla dos direitos humanos com o direito do ambiente, sob a inspiração biocêntrica.

4 DIREITOS HUMANOS E DO AMBIENTE NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Apesar dos avanços na inserção de direitos nas Constituições Latino-Americanas, a violação aos direitos humanos e a degradação do ambiente subsistem em ambos os sistemas, tanto no Neoconstitucionalismo, quanto no Novo Constitucionalismo, expondo as vísceras de sistemas semânticos, de baixa força normativa, que ainda assim se encruzilham nos caminhos do constitucionalismo continental.

São inúmeros os conflitos socioambientais sem solução ou tardiamente solucionados nos sistemas jurídicos insulares, alguns dos quais levados à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e daí à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

[Ir para o índice](#)

Três casos clássicos decididos pela Corte IDH¹⁶, em países declarados pluralistas, revelam que tanto o Neoconstitucionalismo quanto o Novo Constitucionalismo ainda não têm respostas definitivas sobre a questão dos direitos humanos, principalmente no que se refere aos índios, e bem assim do ambiente, razão pela qual esses povos enfrentam de diversos modos a força do desenvolvimentismo e do poder econômico dos grandes grupos ou interesses internacionais.

O caso dos Yanomami (Resolução nº 12, de 1985, Caso nº 7.615 – Brasil –, constante do Relatório Anual da CIDH 1984-85) envolveu a construção de uma estrada para trânsito de pessoas estranhas, não indígenas. Além de contaminarem os índios com doenças às quais não têm resistência, a presença de estranhos trouxe diversos outros malefícios àquele povo. Constataram-se, nesse caso, várias violações à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no que diz respeito ao direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, e ao direito à preservação da saúde e do bem-estar. Apesar de ter sido apresentado e julgado antes da Constituição, de 1988, não houve evolução significativa na situação da política indigenista e do ambiente nas terras indígenas do Brasil.

O caso da comunidade indígena Awás Tingni Mayagna (Sumo) contra a Nicarágua diz respeito à demarcação de suas terras. O caso foi encaminhado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos à Corte Interamericana, sob a alegação de que o fracasso da demarcação e o reconhecimento do território, ante a perspectiva do desmatamento sancionado pelo governo nessas terras, constituíam violação da Convenção Americana, tendo a Corte decidido, em agosto de 2001, que o Estado

16 VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson. Repercussões ambientais do indigenato. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; ARAGÃO, Alexandra (Diretores). **Revista CEDOUA**, n. 31, ano XVI, 1.13. COIMBRA: Almedina/Tip. Lousanense, 2013, p. 84.



violara os arts. 21 e 25 da Convenção Americana (direito à *propriedade privada e proteção judicial*, respectivamente), recomendando que se efetivasse a demarcação das terras dos Awás Tingni. No caso da Nicarágua, cuja Constituição integrou o primeiro ciclo do giro constitucionalista latino-americano, a riqueza do Texto Constitucional não alcançou a força normativa necessária para efetivar os direitos dos Awás Tingni.

No caso Sarayaku, envolvendo o Equador, país em que o pluralismo é mais extremado e biocêntrico, houve violação de direitos dos índios Sarayaku, da Amazônia Equatoriana, vítimas da instalação de complexo petrolífero em suas terras sem prévia consulta. A reclamação foi levada à Comissão Interamericana, e, em 25 de julho de 2011, a Corte IDH deu ganho de causa aos Sarayaku e reconheceu que o Estado do Equador é responsável pela exposição desses indígenas a perigo, em razão da instalação de mais de 1.400kg de explosivos pela empresa petroleira em suas terras. Os dados foram divulgados pela Anistia Internacional e comemorados como alvissareiros precedentes, tendo em vista que a Corte entrou no mérito sobre o processo de consulta e explicitou a forma e o alcance da sua realização¹⁷.

O direito dos índios voluntariamente isolados ou semi-isolados, de se manterem nesse estado, tem proteção constitucional nos países latino-americanos, e ganhou força com o precedente do caso Yanomamy, na Corte Interamericana de Direitos Humanos; entretanto, ainda não se enfrentou judicialmente a situação de povos que, em estado de aculturação e integração à sociedade nacional, retornam ao estado de isolamento ou semi-isolamento, em razão de violações aos seus direitos

¹⁷ ANISTIA Internacional (AI) Brasil. Disponível em: <http://anistia.org.br/>. Acesso em: 22 dez. 2013.

humanos, até o de terem um ambiente sadio e propício à sobrevivência de conformidade com seus costumes ancestrais.

Os direitos em questão justificados nos direitos fundamentais, em suas diversas dimensões construídas a partir das ideias de liberdade, igualdade e fraternidade, as quais incluem os direitos à vida, à saúde, à livre determinação, aos direitos religiosos, culturais, políticos e ambientais, garantem essa iniciativa, como direito de resistência e estratégia de sobrevivência (mínimo existencial), não se configurando retrocesso social, tampouco ruptura com o pacto federativo, pois o Direito Internacional e as diversas Constituições pluralistas da América Latina, ao garantirem esses direitos fundamentais aos povos indígenas, incluem nesse rol o direito de autogestão e ao etnodesenvolvimento, sob o prisma socioambiental.

Karel Vasak¹⁸ já sustentava, na amplitude dos Pactos dos Direitos do Homem das Nações Unidas, que a autodeterminação é direito humano, e que “[...] os povos têm direito de dispor de si próprios. Em virtude deste direito determinam livremente seu estatuto político e garantem livremente os seus desenvolvimentos econômico, social e cultural”.

Nesse aspecto, mesmo que a questão seja analisada sob a ótica do racionalismo e da teoria piagetiana da evolução cultural em etapas, encontraria na concepção mítica de mundo, própria da cosmogonia indígena, ainda que incorporada racionalmente no agir comunicativo, a diferença fundamental em relação à sociedade ocidental. É a partir dessa diferença que se constituem os pressupostos pluralistas possibilitadores da livre determinação de natureza coletiva.

18 VASAK, Karel. A realidade jurídica dos direitos do homem. In: VASAK, Karel. **As dimensões internacionais dos direitos do homem**. Lisboa: ONU/Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos, 1978, p. 21.



Ainda se deve considerar, sob o ponto de vista habermasiano, que no pluralismo, devido ao seu caráter fragmentário, há dificuldades para a construção de mútuos entendimentos, justamente por conta das diferenças culturais e de crenças entre essas diversas culturas, assim como em relação à sociedade ocidental, principalmente, a impedir a universalização. Disso resultam, geralmente, acordos *ad hoc*, nos casos das populações indígenas, notadamente em razão da baixa participação política dessas comunidades no processo democrático, entregues à vontade da maioria, constituindo-se em obstáculo intransponível à ideia de igualdade, ainda que instrumental, situação que afasta a compreensão e solução desse problema específico a partir da ideia de justiça como equidade, defendida por John Rawls¹⁹.

Desse modo, ante a fragilidade desses acordos, os quais não podem perpetuamente subjugar os povos indígenas, minorias étnicas e culturais, a volta ao estado de vida natural constitucionalmente garantido pelos princípios socioambiental e da livre determinação, é direito fundamental que não coloca em risco o direito fundamental ao desenvolvimento de ambas as sociedades, tampouco o pacto federativo ou a soberania nacional, haja vista que índios continuam cidadãos nacionais em quaisquer hipóteses, mesmo habitando em áreas transfronteiriças, conforme recentemente decidiu o Supremo Tribunal Federal do Brasil, no caso “Terra Indígena Raposa Serra do Sol”²⁰.

No Brasil, há o precedente histórico dos Uru Eu Wau Wau, que tiveram suas cultura, saúde, crenças, tradições e vida social degradadas pelo contato com os não índios, e, às vésperas da extinção da etnia, os membros

19 RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 207-209.

20 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Brasil. Petição nº 3.388. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. In: **REVISTA Trimestral de Jurisprudência**. Brasília: STF, v. 212, abr./jun. de 2010, p. 87.

restantes decidiram voltar ao isolamento com o apoio dos órgãos governamentais, notadamente da Funai e do Ministério Público Federal²¹.

De outro modo, no caso dos sistemas pluralistas mais extremados, onde há maior abertura para a participação das comunidades indígenas no processo de construção democrático, os mecanismos de correção do sistema podem funcionar melhor do que no constitucionalismo tradicional. Todavia, principalmente em virtude da matriz pluralista, a opção pelo modo de vida em isolamento, em casos de violações aos seus direitos fundamentais, estaria mais amplamente fundamentada nos princípios constitucionais emanados do *buen vivir*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caminho a seguir nessa encruzilhada, ou a opção pelo grau de intensidade do pluralismo e descolonização, seja sob a ótica sociopolítica ou socioeconômica, antropocêntrica ou biocêntrica, não pode ser universalizado, pois a realidade fragmentária e as peculiaridades de cada caso recomendam que a própria sociedade escolha o caminho a seguir, conforme suas necessidades e prioridades, que variam de um para outro país da América Latina, notadamente em relação ao contingente populacional indígena, pois ambos os sistemas apresentam o mesmo problema das Constituições semânticas, e dependem das políticas públicas, da correção judicial, e da própria sociedade para alcançarem maior concreção. Ambos estão interconectados no plano continental e internacional,

21 COWELL, Adrian; RIOS, Vicente. 1990. **A década da destruição**: Na trilha dos Uru Eu Wau Wau (vídeo documentário). Disponível em: <http://imagensamazonia.pucgoias.edu.br/acervo.html>. Acesso em: 9 dez. 2013.



inspirados e instigados pela legislação internacional e pelos sistemas de proteção dos Direitos Humanos, principalmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja atuação tem sido significativa na busca pela efetivação dos Direitos Humanos, com destaque para os casos de populações minoritárias ou marginalizadas que têm sua qualidade de vida ameaçada por atividades desenvolvimentistas impactantes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Inês Chaves de. **A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel**. Coimbra: Coimbra, 2010.

ANISTIA Internacional (AI). Brasil. Disponível em: <http://anistia.org.br/>. Acesso em: 22 dez. 2013.

COWELL, Adrian; RIOS, Vicente. 1990. **A década da destruição**: na trilha dos Uru Eu Wau Wau (vídeo documentário). Disponível em: <http://imagensamazonia.pucgoias.edu.br/acervo.html>. Acesso em: 9 dez. 2013.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. *In*: VERDUM, Ricardo (Editor). **Povos indígenas**: Constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos – Coronário, 2009, p. 9-62.

GIMENO, José Pascual Fernández; MARTÍNEZ, Gloria Gamborino. El medio ambiente: conceptos generales *In*: LOPES, Maria José Reyes (coord.). **Medio ambiente español**. Valência: Tirant lo Blanc, 2001, p. 11-61.

Ir para o índice

GUATARI, Felix. GUATTARI, Felix. **As três ecologias**. Tradução: Maria Cristina F. Bittencourt. Paris: Éditions Galilée, 1989.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução do original alemão por Matijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. Coimbra: Coimbra, 2012.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verdes são também os direitos do homem**. Cascais: Principia, 2001.

SUÁREZ, Diana Quirola. Sumak Kawsay. Hacia un nuevo Pacto Social en Armonía con la Naturaleza. *In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Compiladores). **El Buen Vivir: una vía para el desarrollo***. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009, p. 103-114.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Brasil. Petição nº 3.388. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília: STF, v. 212, abr./jun. de 2010, p. 87.

VASAK, Karel. A realidade jurídica dos direitos do homem. *In: VASAK, Karel. **As dimensões internacionais dos direitos do homem***. Lisboa: ONU/Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos, 1978.

VASAK. Por um direito internacional específico dos direitos do homem. *In: VASAK, Karel (Redator Geral). **As dimensões internacionais dos direitos do homem***. Lisboa: ONU/Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos, 1978.



VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson. Repercussões ambientais do indigenato. **Revista CEDOUA**, n. 31, ano XVI, 1.13. COIMBRA: Almedina/Tip. Lousanense, 2013, p. 11-22.

OLKMER, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima S. O novo direito à água no constitucionalismo da América Latina. **Revista Internacional Interdisciplinar INTERThesis**. vol. 9, n. 1, jan/jun 2012, p. 51-69. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/1807-1384.2012v9n1p51>. Acesso em: 14 set. 2016.

A Pan-Amazônia e o ordenamento jurídico ambiental

The Pan-Amazon and the environmental legal system

BEATRIZ SOUZA COSTA

RESUMO

A Pan-Amazônia é constituída por 8 países e um departamento na América do Sul. Eles ocupam cerca de 40% do território; são eles: Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Guiana Francesa, Peru, Suriname e Venezuela. Proteger, especificamente, a floresta Amazônica, de todos os países envolvidos, é desafio. Há de se deixar claro que, pela proposição do trabalho, não haverá tempo para abordar estudos mais específicos sobre a qualificação política dos países. Este capítulo apresentará a legislação ambiental, que protege cada país, concernente aos recursos hídricos, recursos biológicos e minerais. Escolheu-se iniciar essa pesquisa pela Bolívia seguinte assim a ordem alfabética de cada país. Está nítido, na pesquisa, que a Amazônia convive com uma inumerável quantidade de legislações e políticas ambientais que hora se aproximam hora se afastam. Esse contexto não tem ajudado na proteção

[Ir para o índice](#)



geral socioambiental. O Tratado de Cooperação Amazônica se mostra, muitas vezes, ineficaz, para a proteção desse bioma precioso.

Palavras-chave: Pan-Amazônia. Legislação. Proteção Ambiental. Recursos Ambientais.

ABSTRACT

Pan-Amazon is composed of 8 countries and a department in South America. They occupy about 40% of the territory. They are: Bolivia, Brazil, Colombia, Ecuador, Guyana, French Guiana, Peru, Suriname and Venezuela. Protecting, specifically, the Amazonian forest, of all the countries involved, is a challenge. It should be made clear that, by proposing the work, there will be no time to address more specific studies on the political qualification of countries. This chapter will present environmental legislation, which protects each country, concerning water resources, biological resources and minerals. It was chosen to start this search for Bolivia following the alphabetical order of each country. It is clear, in the research, that the Amazon coexists with an innumerable number of environmental legislations and policies that are very different. This context has not helped in general socio-environmental protection. The Amazon Cooperation Treaty is often ineffective for the protection of this precious biome.

Keywords: Pan-Amazon. Frameworks. Environmental Protection. Environmental Resources.

[Ir para o índice](#)

INTRODUÇÃO

A Pan-Amazônia é constituída por 8 países e um departamento na América do Sul. Eles ocupam cerca de 40% do território. É reconhecida uma das regiões mais ricas em biodiversidade do mundo. O Brasil, com a maior parcela da floresta em sua jurisdição, cerca de 60% tem tido avanços na legislação que a protege, mas a política de meio ambiente e a implementação de todo o arcabouço jurídico são lentos, porque necessariamente dependem de vontade política e orçamento para tanto.

A Bolívia é país fronteiriço com o Brasil; possui pequena parte da floresta. O país busca proteger essa área com legislação especial como a Lei Mãe Terra, 300/12, e a sua Constituição, promulgada em 2009. A legislação observa a importância da região e estabelece que a área “é um espaço especial para o desenvolvimento integral do país”. Vê-se o empenho de seu povo na proteção sem esquecer-se do desenvolvimento, porque o Decreto Supremo nº 25.906, de 2000, que dispõe sobre a Reserva Nacional de Vida Silvestre Amazônica, também estabelece que, em casos excepcionais, é possível a exploração de recursos naturais, afinal vive-se deles.

Por sua vez, a Amazônia colombiana ocupa cerca de 40% do país e segue com as características de toda a floresta, ou seja, a menos povoada. Quanto à legislação específica de proteção de recursos naturais, como os hídricos, fica devendo, apesar de possuir o Decreto nº 2.811, de 1974, que trata de modo geral sobre os recursos naturais e meio ambiente. O país tem criado planos de desenvolvimento o SINCHI, Instituto Amazônico de Investigações Científicas dedicado a estudos de alto nível. Esse Instituto tem o objetivo de fornecer informações precisas relacionadas com a realidade biológica, social e ecológica da região



amazônica. Mas segue com problemas em elaborar legislação específica sobre determinados recursos naturais.

Percebe-se que proteger a floresta Amazônica, de todos os países envolvidos, é desafio imensurável.

Com a república peruana, não é diferente. Ela encontra-se na região ocidental da América do Sul fazendo fronteira ao norte, com o Equador e a Venezuela; a leste com o Brasil e a Bolívia; ao sul, com o Chile; e a oeste banhado pelo Oceano Pacífico.

O Peru é o 3º país mais extenso da América do Sul. A Amazônia peruana está localizada na porção leste do país, estende-se também de norte a sul, e ocupa quase dois terços do território nacional. A legislação sobre recursos hídricos é de 2009, e, em 2011, entra em vigor a legislação florestal com maior proteção, a Lei nº 29.763. Esta Lei foi criada sob pressão da população indígena do país, a qual tem ingerência na exploração e utilização da floresta, após lutas com exploradores estrangeiros e do próprio país. Permanece, no entanto, a dúvida em saber se foi uma conquista ou perda para a floresta.

Em relação, e pouco conhecida, a República do Suriname está situada na fronteira com o Brasil, Guiana e Guiana Francesa. A capital é Paramaribo, e a proteção da floresta é delicada. A constituição do país ressalva a preocupação sobre criar e melhorar as condições necessárias para a proteção da natureza e para a preservação do equilíbrio ecológico. Assim, como os países citados acima, o Suriname aderiu ao Tratado de Cooperação Amazônica, OTCA, em 2014. O país tem legislação extensa sobre recursos hídricos, de 1972, e também lei de proteção à Natureza, de 1954, mas mostra-se deficiente em proteger de forma global seus recursos naturais, principalmente no que se refere à sua população indígena.

[Ir para o índice](#)

O Equador é um país situado na linha equatorial, latitude zero, e possui uma pequena parte da floresta amazônica. Todavia, essa parte da floresta representa possibilidades infinitas de riquezas. Em 2013, foi autorizada pelo Congresso equatoriano a exploração de petróleo no parque nacional de Yasuní, onde guarda também sua maior biodiversidade. São os paradoxos da floresta, e, por isso, o Papa Francisco, em sua visita ao país, em julho de 2015, pediu pela preservação da Amazônia com a exploração responsável de seus recursos.

Portaria nº 012, de 2017 – Revogação/Nomeação de Portaria nº 14, de 2014 – A Guiana, cuja capital é Georgetown, é conhecida como a “terra de muitas águas”, por seus numerosos rios. O país tem 214.969km², destes, mais de 80% é composto de selva. Ela é uma das florestas tropicais virgens da América do Sul. É um território com alto índice de biopirataria devido à porosidade de suas fronteiras, seguida de sua vizinha Guiana Francesa.

A Guiana Francesa é um departamento ultramarino da França na Costa da América do Sul. A superfície dela é composta de 84.000km², limitada ao norte pelo Oceano Atlântico, a leste e a sul pelo Brasil e a oeste pelo Suriname. Possui uma rede de áreas protegidas, com a política francesa, no entanto, por seu aspecto ainda não dominado, é motivo de cobiça por suas riquezas naturais. A legislação do departamento segue à do país, e logicamente da União Europeia.

A Venezuela, ou República bolivariana da Venezuela, possui uma área territorial de 916.445km², e a área do Estado da Amazônia, criado em 1992, é constituído de 177.617km². Essa região é a de menor densidade demográfica do país. O Estado da Amazônia está localizado no extremo sul do país, fazendo fronteira com a Colômbia, Brasil e Guiana. A Legislação, principalmente a Constitucional, de 1999, tem certa preocupação,



em todo o texto, com o tema ambiental, em específico com a Amazônia de seu país. Todavia, como ocorre nos demais países, principalmente nas fronteiras, a falta de fiscalização e a aplicabilidade da legislação existentes quanto à biopirataria e à exploração da floresta são problemas recorrentes.

Há de se deixar claro que, pela proposição do trabalho, não haverá tempo para abordar estudos mais específicos sobre a qualificação política dos países. Este capítulo apresentará a Legislação Ambiental, concernentes aos recursos hídricos, mineração e recursos biológicos, que protege cada país, e as dificuldades encontradas para essa efetivação.

1. O ORDENAMENTO JURÍDICO AMBIENTAL NA PROTEÇÃO DA AMAZÔNIA BOLIVARIANA

A Bolívia é uma república representativa democrática e pluricultural. O país é dividido em nove departamentos. Ele faz fronteira com o Brasil ao norte e a leste. Também fronteira com a Argentina e Paraguai ao sul, e com Peru e Chile a oeste.

Em se tratando de legislação ambiental, Marcelo Kokke observa que “as leis ambientais bolivianas [...] optam pela estratégia funcional de fixação de regras gerais, cabendo aos regulamentos tecerem à concretização normativa”¹. No entanto, de forma geral foi dedicado na Constituição capítulo específico, como demonstra o autor:

¹ KOKKE, Marcelo. A Bolívia e a Amazônia. *In*: COSTA, Beatriz Souza (org). **Pan-Amazônia: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental**. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 22.

A Constituição boliviana possui capítulo específico tratando dos recursos naturais, definindo-os como de caráter estratégico e de interesse público para o desenvolvimento do país. A titularidade dos recursos naturais é do povo boliviano, cabendo ao Estado sua administração em função do interesse coletivo. A opção constitucional foi de atrair ao Estado a gestão e diretiva dos recursos naturais, com forte centralização, embora abra espaços para a atuação de pessoas privadas. A gestão centralizada, não obstante, está prevista com referências contínuas à participação popular comunitária, prescrevendo a Constituição que a exploração de recursos naturais deve passar pela consulta à população afetada, com especial distinção à consulta às populações indígenas, tendência que também se estende à legislação infraconstitucional².

A Constituição da Bolívia, de 2009, estabelece um artigo específico sobre os recursos naturais³ do país destacando entre eles a água, o ar, o solo, o subsolo, os minerais dentre outros recursos.

A questão da água na Bolívia já levou a conflitos sérios, principalmente na região de Cochabamba no que se trata de privatização da água. Após esse episódio, ocorrido em 2000, a Constituição bolivariana incluiu

2 Idem, p. 24.

3 Artículo 348. I. Son recursos naturales los minerales en todos sus estados, los hidrocarburos, el agua, el aire, el suelo y el subsuelo, los bosques, la biodiversidad, el espectro electromagnético y todos aquellos elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. II. Los recursos naturales son de carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país.



no artigo 373⁴ que é função essencial do Estado promover e garantir o aproveitamento responsável dos recursos naturais, como explica Kokke⁵. A água possui nesse artigo, a sua importância no contexto de proteção, sendo tratada como questão de soberania nacional.

1.1 A Lei da Mãe Terra na Bolívia

A Bolívia, em 2012, edita a Lei da Mãe Terra, ou seja, a Ley Marco de La Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien, Ley 300. Como expõe Kokke: “Não se pode adentrar na análise da disciplina dos recursos naturais na legislação boliviana sem ter-se em conta os pilares hermenêuticos estabelecidos pela Lei da Mãe Terra”⁶.

Em relação à água potável existe também a Lei nº 2.066, de 2000, que estabelece a classificação e a destinação das águas⁷.

Os recursos minerais, por sua vez, são regulados pela Lei nº 1.333, de 1992; entretanto, não impede a exploração ilegal, desse bem. Isso ocorre por falta de fiscalização ostensiva por parte do governo.

4 Artículo 373. I. El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad. II. Los recursos hídricos en todos sus estados, superficiales y subterráneos, constituyen recursos finitos, vulnerables, estratégicos y cumplen una función social, cultural y ambiental. Estos recursos no podrán ser objeto de apropiaciones privadas y tanto ellos como sus servicios no serán concesionados y están sujetos a un régimen de licencias, registros y autorizaciones conforme a ley.

5 KOKKE, Marcelo. A Bolívia e a Amazônia. *In*: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016.

6 *Idem*, p.23.

7 *Idem*.

Os recursos biológicos são regulamentados pelo Decreto Supremo nº 24.676, de 1997, como ensina Kokke:

[...] são divididos em dois polos principais: a regulamentação do regime comum de acesso aos recursos genéticos e o regulamento de biossegurança. O Regulamento Geral de Áreas Protegidas está presente no Decreto Supremo n. 24781, de 31 de julho de 1997, havendo previsões específicas no Decreto Supremo n. 2.366, de 20 de maio de 2015. Esse último Decreto Supremo permite a exploração de atividades com alto grau de potencial poluidor nas áreas de proteção, inclusive de atividade relativas à hidrocarbonetos e recursos minerais⁸.

Nessa senda, os recursos biológicos são protegidos na escala macro e micro pelo Decreto Supremo nº 24.676, de 1977, mas não se pode esquecer de que a Lei da Mãe Terra aborda várias questões relacionadas a esses recursos, e na qual se deve retornar sempre.

A Bolívia possui vasta área de parques e de monumentos naturais a qual é protegida, como informa Kokke

O Regulamento Geral de Áreas Protegidas está presente no Decreto Supremo n. 24781, de 31 de julho de 1997, havendo previsões específicas no Decreto Supremo n. 2.366, de 20 de maio de 2015. Esse último Decreto Supremo permite a exploração de atividades com alto grau de potencial poluidor nas áreas de proteção, inclusive de atividade relativas à hidrocarbonetos e recursos mine-

8 Idem, p.38.



rais. Não há dúvidas de que a medida é preocupante em termos de efetiva proteção ambiental, salientando previsão anterior restritiva prevista no Regulamento Geral. A norma prevê mesmo uma espécie de compensação ambiental a ser revertida para a área de proteção, em valor pecuniário, em razão dos impactos e riscos provocados. O Regulamento Geral de Áreas Protegidas prevê formalização de planos de manejos, com possibilidade de delimitação de zonas de amortecimento, corredores biológicos e áreas de influência, com restrições ao direito de propriedade. As áreas protegidas podem ser configuradas com caráter nacional ou regional, podendo ainda haver áreas protegidas de propriedade privada. O Regulamento ainda estabelece as seguintes categorias de manejo para fins de áreas protegidas: parque, santuário, monumento natural, reserva da vida silvestre, área natural de manejo integrado, reserva natural de imobilização⁹.

Em uma visão resumida, a Legislação boliviana foi enriquecida, sem dúvida alguma, pela Constituição, de 2009, na qual se interliga o tripé fundamental para um desenvolvimento, ou seja, a área social, a ambiental e a econômica dando nova interpretação aos bens ambientais. A Constituição brasileira já trilhava, desde 1988, esse caminho, como se pode ver a seguir.

9 KOKKE, Marcelo. A Bolívia e a Amazônia. In: COSTA, Beatriz Souza (org). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 45.

2. A AMAZÔNIA BRASILEIRA E O ORDENAMENTO JURÍDICO AMBIENTAL

Falar sobre a Amazônia sem descrever a sua grandiosidade é muito difícil, porque é a região compreendida pela bacia do rio Amazonas e a mais extensa do Planeta “formada por 25.000 km², de rios navegáveis, em cerca de 6.900.000 km², dos quais aproximadamente 3.800.000 km² estão no Brasil”¹⁰. A Amazônia brasileira representa 59% do território brasileiro¹¹.

O estado do Amazonas é o maior do Brasil, possuindo 1.559.148,890km². Já foi o tempo em considerar somente os grandes problemas do território amazônico, o vazio demográfico e a geopolítica. Atualmente, os problemas se agravaram com a violência de todo gênero, como o desmatamento, a biopirataria, a propriedade intelectual de bens ambientais e o tráfico de entorpecentes. No entanto, neste capítulo não há possibilidade de descrever problemas tão graves, pois não é o objetivo primeiro, mas em se tratando de desmatamento o Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM), publicou, neste mês de janeiro de 2017, que o “desmatamento aumentou nos Estados do Amazonas (54%), Acre (47%) e Pará (41%)”. A conclusão da pesquisa é que, em 2016, o desmatamento foi o maior, desde 2008¹².

Nesse pano de fundo, de notícias ruins, deve-se pensar se a legislação ambiental tem sido eficiente, já que a própria Constituição Federal dispõe em seu artigo 225 *caput*, e parágrafo 4º, especificamente sobre a proteção da Amazônia.

10 IBGE, 2017, *online*.

11 *Idem*.

12 VENEZUELA, 2017c.



Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 4º- A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.¹³

Portanto, a Floresta Amazônica é considerada patrimônio nacional, e assim deve ser protegida. Atualmente a proteção ambiental no Brasil é interligada, logo se estende para o ar, a água e solo. Assim, em se tratando de recursos hídricos foi criada a Lei nº 9.433, de 1997.

2.1 A Proteção dos Recursos Hídricos na Amazônia

Ao desenvolver estudo sobre a proteção de recursos hídricos, importante a informação de que cerca de “97% de toda água na Terra são salgadas. Menos de 2,5% são doces e estão distribuídas entre as calotas polares (68,9%), e os aquíferos (29,9%), rios e lagos (0,3%) e outros reservatórios (0,9%)”¹⁴. Portanto, percebe-se que a maior disponibilidade de água doce na Terra encontra-se praticamente em nível subterrâneo, mesmo assim a movimentação dessas águas é complexa e depende de uma infinidade de fatores que não se pode incluir neste

13 BRASIL, 2017a, *online*.

14 HIRATA, Ricardo. Recursos Hídricos. In: TEIXEIRA, Wilson *et. al* (org.). **Decifrando a Terra**. 3. ed. São Paulo: Companhia Nacional, 2008, p. 422.

trabalho¹⁵. Todavia, é informação importante para a presente e futuras gerações, porque dela depende sua sobrevivência. A preocupação com a água doce deve ser realmente muito séria.

Nesse contexto, da necessidade de proteção de recursos hídricos, a Lei nº 9.433, de 1997, faz 20 anos. Ela trouxe novidades na sua promulgação, ou seja, estabeleceu a água como um bem econômico e escasso. A lei protege a água como um todo no país, de forma que inclui os rios da Amazônia.

A Constituição Federal, nesse sentido, dispõe:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. ¹⁶

Ainda sobre a proteção da água, a Lei nº 9.605, de 1998, Lei de crimes ambientais, dispõe, no seu artigo 54, que o causador de poluição, de qualquer natureza, capaz de causar danos à saúde humana ou provocar mortandade de animais ou destruir a flora, pode sofrer reclusão de um a quatro anos, e multa. No mesmo artigo, a Lei aumenta a pena para reclusão de um a cinco anos, no caso de poluição hídrica, que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade.

Retomando o artigo 176, observa-se que os potenciais de energia hidráulica pertencem à União, e nesse mesmo contexto também os recursos minerais.

15 Ver estudos de Colombo C. G. Tassinari (2008, p. 102).

16 BRASIL, 2017a.



2.2 Recursos Minerais na Amazônia Brasileira e sua Proteção

Como dito supra, a Constituição Federal estabelece que os recursos minerais são bens da União, sendo assegurada, nos termos da lei, aos demais entes federativos, a participação no resultado da lavra. Também é explícito que incumbe à União a competência legislativa sobre o tema, como se verifica no artigo 20, § 1º, e artigo 22, inciso XII, da Constituição Federal.

De outro modo, é competência comum de todos os entes federativos registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios, nos termos do artigo 23 da Constituição Federal.

Os recursos minerais, assim como os potenciais de energia hidráulica, constituem propriedade distinta da do solo, e sua pesquisa e lavra somente poderão ser efetuadas após ordem da União.

A região Amazônica já sofreu explorações minerais de longas datas na história. De forma resumida, podem-se destacar três ocasiões bem marcantes. A primeira delas teve início no Amapá, Serra do Navio, com a exploração do manganês, em 1947¹⁷. A segunda foi a fase da exploração da bauxita, em 1970, próximo ao rio Trombetas, no município paraense de Oriximiná. A última fase, e mais divulgada, foi a que ocorreu na Serra dos Carajás, Pará, de 1980 a 1990, como explica Monteiro:

No período em que se assistiu à corrosão da base de sustentação do regime militar e sua queda, houve também grande elevação no preço do ouro no mercado mundial. Isto im-

17 MONTEIRO, Maurilio de Abreu. Meio século de mineração industrial na Amazônia e suas implicações para o desenvolvimento regional. **Revista Estudos Avançados**. v. 19, n. 53. São Paulo jan./ab. 2005, s/p.

pulsionou a expansão da valorização do ouro na Amazônia, uma dinâmica que implicou choques entre empresas mineadoras e garimpeiros em diversas áreas da região¹⁸.

A mineração no Brasil ainda é regida pelo Código de Mineração, Decreto-Lei nº 227, de 1967, mas em vias de sofrer sua revogação. O Decreto conceitua, dentre outros, o que seja mineração e jazida. A importância da mineração, muitas vezes, passa despercebida pelo homem em sua vida diária, pois, como Silvestre chama a atenção, “O homem ignora, por exemplo, que mais de 90% das coisas que o cercam são de origem mineral”¹⁹. Sem citar também a ignorância quanto aos bens biológicos da região.

2.3 A Proteção dos Recursos Biológicos

A partir da Conferência, de 1992, ou seja, a Eco-92 no Rio de Janeiro, passou-se a se preocupar com a diversidade biológica. Logo, a Convenção de Diversidade Biológica foi documento primordial na proteção de bens ambientais, como especificam Medeiros e Albuquerque:

O Brasil desempenhou papel de destaque na negociação da CDB, não apenas por ser o país-sede da CNUMD, mas principalmente em razão do patrimônio genético e da biodiversidade que possui. Falar de biodiversidade no Brasil é quase como falar da biodiversidade no mundo em razão do número impactante que a nossa biodiversidade representa no sistema global. Conforme dados

18 Idem.

19 SILVESTRE, Mariel. **Mineração em área de preservação permanente:** intervenção possível e necessária. São Paulo: Signus. 2007, p. 9.



do Ministério do Meio Ambiente (2014), o Brasil abriga mais de 20% do número total de espécies da Terra, o que destaca a posição do país entre as 17 nações com maior biodiversidade no mundo, como já foi mencionado²⁰.

O Brasil tem uma gama de legislações com o objetivo de proteger os seus bens ambientais. Citam-se algumas, como a Lei nº 9.985, de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC); a Lei citada acima sobre defesa dos recursos hídricos, a Lei nº 11.428, de 2006, com o objetivo de proteger a mata atlântica, além de outras. Entretanto, somente em 2015 foi promulgada a Lei nº 13.123, que dispõe sobre bens, direitos e obrigações relativos ao acesso ao patrimônio genético do país, ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, além de várias matérias conexas. Dessa forma, ainda se deve esperar pelo Decreto regulamentador dessa matéria no Brasil.

Outro país vizinho, que possui território amazônico, é a Colômbia, que demonstra uma legislação de proteção de seus recursos naturais no mesmo caminho brasileiro.

3. A AMAZÔNIA COLOMBIANA E A PROTEÇÃO AMBIENTAL

A República Colombiana faz fronteira a leste com o Brasil e a Venezuela e, de acordo com Ramos, “foi um dos primeiros países da América

²⁰ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; ALBUQUERQUE, Leticia. A quem pertence a biodiversidade? Um olhar acerca do marco regulatório brasileiro. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, [S.l.], v. 12, n. 23, p. 195-216, jan. 2016, p. 199.

Latina a apresentar normas específicas sobre a proteção dos recursos naturais e do meio ambiente”²¹.

A Colômbia é conhecida como um dos países da América Latina mega diverso, pois possui uma diversidade biológica riquíssima, devido ao seu território amazônico.

Informa Ramos que a proteção dos recursos hídricos não possui lei específica, mas algumas legislações fragmentárias nesse sentido:

A bacia amazônica colombiana compreende 16,14% do território do país e é composta por seis principais rios: Rio Amazonas, Rio Japurá, Rio Putumayo, Rio Guaviare, Rio Apaporis e Rio Uapés. O país não possui leis específicas de organização estrutural e instrumental, na gestão das águas. Uma dessas legislações é o Decreto nº 2.811 de 1974, Código Nacional de Recursos Naturais Renováveis e de Proteção ao Meio Ambiente, fundado no princípio de que o ambiente é patrimônio comum da humanidade, necessário para a sobrevivência e desenvolvimento econômico e social dos povos (art.1º). Já o Decreto nº 1.449 de 1977 dispõe, dentre outros aspectos, sobre a conservação e proteção das águas, no tocante às propriedades rurais [...]”²².

21 RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire. A Amazônia Colombiana. In: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p.97.

22 RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire. A Amazônia Colombiana. In: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p.98.



Quanto aos recursos minerais, a Colômbia, sendo um país tradicionalmente formado por populações indígenas, tem alguns aspectos peculiares quanto a essa exploração. Mas o país tem tido um desenvolvimento exponencial, principalmente na exploração de ouro.

Explica Ramos que o Sistema de Información Minero Colombiano (SIMCO), em seu

Catastro y Registro Minero que a região amazônica possui cerca de 140 títulos de mineração vigentes, o que abrange uma área aproximada de 100.000 hectares, em sua grande parte, dedicada à exploração de ouro. Em termos legais, a Colômbia possui um Código de Minas (ley nº 685/01) cujo objetivo, de acordo com o art. 1º, é fomentar a exploração técnica e a exploração dos recursos minerais de propiedades estatal e privada²³.

O Código de Minas, estabelecido pela Lei nº 685, de 2001, tem sido alvo de críticas contundentes, como a de Sema, pois a seu ver “[...] Entregou de forma perpétua os recursos do subsolo a multinacionais”, e também “[...] retira lucros de exploração de recursos das comunidades afrodescendentes e indígenas por meio da Lei nº 70, de 1993 [...]”²⁴. Essa interpretação pode ser observada no artigo 5º da Lei:

Artículo 5º *Propiedad de los Recursos Mineros*. Los minerales de cualquier clase y ubicación, yacientes en el suelo

23 RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire. A Amazônia Colombiana. In: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 104.

24 Idem.

el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares de comunidades o grupos. Quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas con arreglo a las leyes preexistentes.²⁵

O Código de Mineração Colombiano ao ressaltar as situações jurídicas anteriores abre realmente um precedente perigoso. Mas, no capítulo sobre regimes especiais, a lei observa os direitos de grupos étnicos, e Ramos explica:

O artigo 121 afirma que é obrigação do explorador de minas realizar suas atividades respeitando os valores culturais, sociais e econômicos das comunidades e grupos étnicos ocupantes da área. Os artigos seguintes regulamentarão a exploração mineral em terras indígenas e comunidades negras, considerando, também, as zonas mistas, isto é, que abranjam as duas situações. Entretanto, novamente não há menção específica ao território amazônico, podendo-se inferir que as minas que se encontrarem em tais condições especiais no território amazônico deverão obedecer ao disposto no capítulo XIV do Código.²⁶

25 VENEZUELA, 2017.

26 RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire. A Amazônia Colombiana. In: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental**. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 105.



Não é nenhuma novidade que na América Latina, principalmente em terras amazônicas, a Legislação de Proteção Ambiental não seja eficiente, na qual ficam à margem da lei povos indígenas e comunidades ribeirinhas, apesar de a Lei os incluir. Esse fato ainda é mais preocupante quando na cultura indígena se entende que a exploração do “ouro e demais minerais têm sua origem no sol, na lua e nas estrelas, ou seja, são uma espécie de “pegadas” que demonstram a relação dos astros com a terra [...]”²⁷.

Quanto à questão sobre os recursos biológicos, a Colômbia possui a Lei nº 165, de 1994, promulgada dois anos depois da Eco/92, no Brasil, dando estímulo pelo desenvolvimento e proteção da biodiversidade. Seguindo essa linha de proteção, também foi criada a Lei nº 388, de 1997, na qual se estabelece o ordenamento do território e reconhece as áreas protegidas, que foram especificamente consideradas no Decreto nº 2.372, de 2010.

Apesar de a Colômbia ter se empenhado, até com uma Constituição recente, 1991, os problemas ambientais são desafios constantes.

4. A AMAZÔNIA EQUATORIANA

A Constituição da República do Equador foi promulgada em 2008. É uma Constituição inovadora, totalmente dedicada ao tema de proteção aos seus recursos naturais. Desde seu preâmbulo, reconhece a natureza intitulada “Pacha Mama” que tem um significado especial, ou seja, é necessária a existência de todos os humanos e não humanos. Em seu artigo 1º deixa claro sua formação:

27 Idem, p. 105.

O Equador é um Estado constitucional de direitos e justiça, social, democrático, soberano, independente, unitário, intercultural, plurinacional e laico. É organizado como república e governado de forma descentralizada. A soberania reside no povo cuja vontade é o fundamento da autoridade e é exercida através dos órgãos do poder público e das formas de participação direta previstas na Constituição [...].²⁸

A Constituição equatoriana deu um “giro biocêntrico” e deixou para trás as demais constituições dos países da América Latina. Isso se deve ao reconhecimento da natureza como sujeito de direitos. Também quanto aos impactos ambientais graves, estabelece o artigo 72:

[...] en los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas²⁹.

O texto constitucional, segundo Bizawu e Cunha, “dispõe que os recursos naturais não renováveis do território do Estado pertencem a seu patrimônio inalienável, irrenunciável e imprescritível”³⁰.

28 ECUADOR, 2016.

29 ECUADOR, 2016.

30 CUNHA, Lorena Rogues Belo da; BIZAWU, Kiwonghi. O Equador e a Região Amazônica. In: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 146.



O Equador teve a preocupação de destacar, em sua constituição, os cuidados com seus bens ambientais e reservar às comunidades tradicionais a participação de uso e administração, conservação dos recursos naturais renováveis que se encontram em suas terras, artigo 57.

Em relação aos recursos hídricos, o Equador possui uma Legislação muito recente. É a Lei Orgânica dos Recursos Hídricos de uso e aproveitamento da água. O objetivo da Lei é garantir o direito humano à água, bem como regular e controlar a autorização, a gestão, a preservação, conservação, restauração, dos recursos hídricos.³¹

Para a fiscalização de exploração mineral, o Equador conta com uma Agência de Regulação. Esta é um órgão técnico-administrativo apoiado pela intitulada *Ley de Minería*, de 2009.

Sobre a proteção da diversidade biológica, a própria Constituição equatoriana, além de considerar a natureza sujeito de direitos³², ainda torna público,

No que diz respeito à prevenção dos danos à natureza, a Constituição do Equador reservou o artigo 73 para tratar do assunto. De acordo com esse dispositivo, é competência do Estado aplicar as medidas de precaução e estabelecer restrições para atividades que possam levar à

31 ECUADOR, 2016.

32 [...] la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza (ECUADOR, 2016).

extinção de espécies, à destruição de ecossistemas ou à alteração permanente dos ciclos naturais³³.

Não é novidade que existem problemas quanto à proteção dos bens ambientais no Equador, pois, como se pode observar, a Legislação é recente e depende de vontade política para que elas sejam implementadas. Da mesma forma, poder-se-á analisar a Legislação da Guiana, anteriormente denominada Guiana Inglesa.

5. A GUIANA E A AMAZÔNIA

A Guiana, embora não seja um país latino, faz parte da América do Sul e também compõe a Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA).

Conforme Oliveira e Brito:

A Guiana integra a *Commonwealth* Britânica. Desde 1970 é uma república e, a partir de 1980, adota o sistema semipresidencialista de governo. Em 1980, com a entrada em vigor da sua última Constituição, o Estado tornou-se uma democracia constitucional. Em 1989, a Guiana iniciou um processo de renovação e de recuperação de seu sistema econômico

33 CUNHA, Lorena Rogues Belo da; BIZAWU, Kiwonghi. O Equador e a Região Amazônica. In: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental**. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 146.



pelo qual deixou o modelo socialista de economia controlada e planejada pelo Estado para instituir o modelo capitalista de livre mercado. No ano de 2003, a Constituição passou por importantes reformas, de modo a aprimorar seu sistema político-econômico³⁴.

O território da Guiana é extensamente coberto por florestas, e somente 2,5% é cultivado. A proteção sob a forma de Legislação é bem recente. Informa o *site* da OTCA³⁵.

Somente a partir de 1990, o país passou a adotar normas específicas relacionadas ao meio ambiente. Pode-se citar a Lei de Proteção Ambiental Lei nº 11, de 1996, que pode ser considerada uma norma geral. Ela foi atualizada pela Lei nº 17, de 2005.

A Lei em pauta tem aplicação quanto ao manejo, conservação, proteção e melhoria do meio ambiente, prevenção e controle da poluição, avaliação de impacto do desenvolvimento econômico no meio ambiente, uso sustentável de recursos naturais, e estabelece responsabilidades por dano ao meio ambiente.

Informam, quanto às demais leis protetivas do meio ambiente, Oliveira e Brito:

Dentre os chamados “regulamentos subsidiários” da Lei de Proteção Ambiental, destacam-se: a) a legislação sobre a proteção de espécies (Regulamentos de 1999 e

34 OLIVEIRA, Márcio Luís de; BRITO, Franclim Jorge Sobral de. A Guiana e a Amazônia. In: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 170.

35 BRASIL, 2017c.

suas atualizações), b) legislação sobre a qualidade dos recursos hídricos (Regulamento nº 6, de 2000); c) a legislação sobre a gestão de resíduos perigosos (Regulamento nº 7, de 2000, e Regulamento nº 13, de 2005); d) a legislação de proteção sonora (Regulamento nº 8, de 2000); e) a legislação da qualidade do ar (Regulamento nº 9, de 2000); f) a legislação sobre licenciamentos e autorizações ambientais (Regulamento nº 10, de 2000, e Regulamento nº 14, de 2005); g) a legislação sobre o lixo (Regulamento nº 7, de 2013); h) a legislação de gestão e conservação da vida selvagem (Regulamento nº 6, de 2013); i) a legislação de *compliance* e de execução de normas ambientais (Regulamentos de 2014)³⁶.

Apesar da colonização britânica, a situação da Guiana vem se transformando gradativamente. Esse processo tem sido denominado “sul-americanização” que dialogam mais fortemente com a nova projeção do Brasil [...], como entende Iuri Cavlak.

Porém, existe uma necessidade de união dos países amazônicos para agilizar a defesa desse território.

6. A GUIANA FRANCESA E A AMAZÔNIA

A Guiana Francesa não faz parte da OTCA, por não ser considerado um país independente. Ela compõe o Estado Francês, por mais que isso

36 OLIVEIRA, Márcio Luís de; BRITO, Franclim Jorge Sobral de. A Guiana e a Amazônia. In: COSTA, Beatriz Souza (org). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 176.



cause estranheza. No entanto, não se pode desconsiderar que a Guiana Francesa possui território amazônico. Toledo entende que,

Em virtude da distância existente entre a Guiana Francesa e a França metropolitana, separadas pelo Atlântico, aquela sofre os malefícios do isolamento em relação a esta, o que tem lhe impedido de exercer plenamente suas potencialidades. Uma alternativa capaz de enfrentar esse isolamento seria integrar-se cada vez mais à região sul-americana, especialmente na categoria de países amazônicos, uma vez que apresenta o mesmo ecossistema florestal. Toda e qualquer legislação referente à meio ambiente, recursos hídricos, minerais são do Estado Francês³⁷.

Toledo explica que a Guiana Francesa “é uma coletividade territorial integrada à República Francesa, com o mesmo estatuto dos 95 departamentos da França metropolitana”³⁸. Dessa forma, toda a Legislação vigente relativa aos bens ambientais é válida também para a Guiana Francesa ultramarina. Sendo assim, esse departamento deve se submeter às normas jurídicas do país de origem.

A questão ambiental está expressa no preâmbulo da Constituição Francesa e, portanto, faz parte da hierarquia constitucional como demonstra Toledo:

O povo francês proclama solenemente o seu compromisso com os direitos humanos e os princípios da soberania na-

37 TOLEDO, André de Paiva. A Guiana Francesa e a Amazônia. In: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 184.

38 Idem, p. 188.

cional, conforme definido pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como com os direitos e deveres definidos na Carta Ambiental de 2004. Em virtude desses princípios e da livre determinação dos povos, a República oferece aos territórios ultramarinos que expressam a vontade de aderir a eles instituições novas fundadas sobre o ideal comum de liberdade, de igualdade e de fraternidade, e concebido com o propósito da sua evolução democrática³⁹.

Logo, ao tratar dos territórios ultramarinos, a Constituição Francesa os inclui também nesse ordenamento fundamental, e dispõe em seu artigo 34 questões de proteção ambiental, como mencionado por Toledo “que A lei determina os princípios fundamentais: [...] da preservação do meio ambiente”. No Capítulo XI, destinado ao Conselho Econômico, Social e Ambiental, o artigo 69 estabelece a sua função de relator de projetos normativos relacionados a matérias de sua competência⁴⁰.

O tratamento de proteção ambiental dos recursos hídricos, minerais e biológicos também é alvo da Legislação Francesa metropolitana. Seria um trabalho imensurável transcrever toda a Legislação que, certamente, não tem aplicabilidade na Guiana, pois se trata de realidades completamente distintas. No entanto, a Legislação que dispõe sobre a proteção dos recursos hídricos está disposta no Código Ambiental, artigo 211-1, como explica Toledo, “artigo inserido pela Lei sobre a Água, de 3 de janeiro de 1992, no qual determina que o ordenamento jurídico dedi-

39 Idem, p. 193.

40 TOLEDO, André de Paiva. A Guiana Francesa e a Amazônia. In: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 194.



cado à água tenha como objetivo o alcance e a realização de um manejo equilibrado dos diversos recursos hídricos”⁴¹.

No que diz respeito aos recursos minerais, o departamento ultramarino deve se ater ao Código de Mineração, de 1810, no qual esses recursos pertencem ao Estado Francês. Ensina Toledo que a exploração

[...] deve ser feita sempre por meio de uma autorização por parte deste, titular da soberania sobre os recursos naturais. De fato, na França, essa autorização se dá por ato do Poder Executivo, que se reveste sob a forma de um título de mineração. Esse título pode ser uma concessão ou uma permissão de exploração, atribuído por decreto do Conselho de Estado, após longo procedimento de análise⁴².

Relativamente aos recursos biológicos, a França, primeiramente “em 1994, por intermédio da Lei 94-477, ratificou a Convenção sobre a Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 1992”⁴³.

Esse foi um passo importante para uma floresta amazônica que está ainda 95% intacta, nesse território. Destaca-se que uma das poucas legislações instituídas, exclusivamente para proteção ambiental, foi o Decreto nº 2007-266, de 27 de fevereiro de 2007, para a criação do Parque Amazônico da Guiana, mas, como informa Toledo, existe a dificuldade de sua regulamentação.

41 TOLEDO, André de Paiva. A Guiana Francesa e a Amazônia. In: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 197.

42 Idem, 205.

43 Idem, 212.

A Guiana Francesa tem muitos desafios pela frente, um deles é a ilegalidade da imigração. Toledo informa que “A imigração ilegal de brasileiros para a Guiana Francesa é, realmente, uma preocupação das autoridades francesas, especialmente pelo fato de o destino desses imigrantes ser, normalmente, os garimpos clandestinos”⁴⁴.

7. A AMAZÔNIA PERUANA

A República do Peru ocupa um território com cerca de 1.285.220km² e situa-se na região ocidental da América do Sul⁴⁵. Oliveira e Sampaio informam que

A Amazônia, ou Selva peruana, está localizada na porção leste do país e estende-se também de norte a sul, ocupando 59% do território do Peru. A região apresenta densa selva de montanha, caracterizada por bosques enevoados e mata baixa. Na selva, encontram-se importantes bacias hidrográficas, dentre as quais se destaca a do rio Amazonas, que nasce da junção dos rios Marañón e Ucavali.⁴⁶

Em se tratando de proteção de recursos hídricos, o Peru sofre críticas em sua gestão, apesar de a Lei nº 29.338, de 2009, em seu artigo 64, estabelecer a proteção das águas para as comunidades campe-

44 TOLEDO, André de Paiva. A Guiana Francesa e a Amazônia. *In*: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 191.

45 PERU, 2017.

46 OLIVEIRA, Márcio Luís de; SAMPAIO, José Adércio Leite. A Amazônia Peruana. *In*: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 245.



sinas. Entretanto, há contrassenso a respeito dessa proteção, como demonstram Oliveira e Sampaio

[...] na política pública de águas, há problemas sérios a serem enfrentados, uma vez que o consumo da água no país é crescente em todos os segmentos de demanda, embora permaneça factualmente submetido à seguinte proporção: 80% destina-se ao setor agrícola; 18% à população e à indústria; e 2% à atividade de mineração.⁴⁷

Referente à mineração, esse país é famoso por suas jazidas de ouro, mas muito rico também em cobre, alumínio, zinco, prata, chumbo, ferro, petróleo e gás natural.

A mineração no país é regida pela Lei Suprema nº 014-92-EM, denominada Lei Geral de Mineração. Mas a extração de minérios no Peru tem provocado impactos ambientais graves. Também a facilidade em modificação da Lei pelo Poder Executivo leva à insegurança jurídica. A exemplo disso, foi a modificação da Lei Geral, no dia 5 de janeiro de 2017, por meio do Decreto Legislativo nº 1.320. Este documento modifica os artigos 40 e 41 que estabeleciam o tempo de exploração de jazidas.

No que concerne à proteção de fauna e flora, Oliveira e Sampaio evidenciam que no país,

[...] desde a década de 1960, o Peru já teve cinco legislações de proteção, ocupação, uso e exploração de suas florestas e, em certa medida, da sua biodiversidade, sobretudo sob o regime de concessões públicas, com participa-

47 Idem, p. 249.

ção dos povos nativos. Em 2011, entrou em vigor a Lei nº 29.763 – uma espécie de código florestal –, cuja elaboração foi motivada por pressão dos grupos nativos⁴⁸.

Constata-se que o país ainda necessita de gestão pública, implementação e fiscalização de suas leis para auferir o desenvolvimento sustentável. Como sinalizam Oliveira e Sampaio, o problema ambiental peruano transcende a esfera normativa. Para alcançar um legítimo desenvolvimento, deve-se investir na gestão eficiente, e isso só se adquire com investimento na educação, de forma generalizada.

8. O SURINAME E A REGIÃO AMAZÔNICA

A República do Suriname é uma ex Guiana Holandesa. Ela está localizada ao norte da América Latina, mas não se pode considerá-la como um país latino. Isso ocorre também com as demais Guianas, ou seja, a Francesa e a ex Guiana Britânica. Elas formam “uma região geopolítica própria, voltadas, para o Caribe, apesar de cobertas pela floresta amazônica”⁴⁹.

Esse país tem “uma superfície total de 163 mil km² e uma população total de 493 mil habitantes, mais da metade da população é urbana, somente a capital Paramaribo tem em torno de 243 mil habitantes”⁵⁰.

48 OLIVEIRA, Márcio Luís de; SAMPAIO, José Adércio Leite. A Amazônia Peruana. In: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental**. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 254.

49 VISENTINI, Paulo Fagundes. Guiana e Suriname: uma outra América do Sul. **Revista conjuntura Austral**, v. 1 n. 1; ago/set. 2010, p. 28.

50 Idem, p. 66.



A maior parte da população surinamesa “é dos chamados hindustani (indianos do norte), a mistura étnica pode ser evidenciada em algumas manifestações culturais, religiosas e linguística (crioulo). O idioma neerlandês é a língua oficial, mas também falam outras línguas como o javanês e o indonésio”⁵¹.

O Suriname foi colonizado em 1616 pelos holandeses e obteve sua independência somente em 1975, após várias ocupações e conflitos de todo gênero.

Entre 1980 e 1990, o país foi palco de golpes militares. Cinco anos após o rompimento de seus laços coloniais com os Países Baixos, militares disputaram o Governo Civil, proclamando a República Socialista do Suriname⁵².

Com uma independência tardia, a Constituição da República do Suriname foi promulgada em 1987. Contudo, em 1978, o país assinou o Tratado de Cooperação da Amazônia e incorporou em sua Constituição a proteção ambiental, como informa Cunha:

Assim, atendendo a esses princípios de proteção ao meio ambiente, o artigo 6º da Constituição do Suriname estabelece, em sua alínea g) que um dos objetivos sociais do Estado é “criar e melhorar as condições necessárias para a proteção da natureza e para a preservação do equilíbrio ecológico” (SURINAME, 1987, tradução nossa). É importante destacar o artigo 41, que também pode ser elencado com um dos exemplos de dispositivos constitucionais que integram o direito ao meio ambiente. O artigo em questão

51 Idem.

52 PROCÓPIO, Argemiro. A Amazônia Caribenha. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 50 Rev. bras. polít. int. vol.50 n. 2 Brasília July/Dec. 2007.

dispõe que “riquezas naturais e recursos são de propriedade da nação e devem ser utilizados para promover o desenvolvimento econômico, social e cultural [...]”⁵³.

Não há dúvidas de que o Suriname precisa de desenvolvimento social, econômico e ambiental. A Legislação Ambiental ainda é precária, mas, apesar de esparsa, existe uma legislação sobre recursos hídricos dentro da Lei de proteção à natureza, de 1954⁵⁴.

Ressalta Cunha a existência, também no Código Penal surinamês, da tipificação, como crime, da poluição das águas⁵⁵.

Quanto à mineração, o Suriname apresenta o Código de Mineração, de 1986. Cunha expõe que neste Decreto “todos os minerais localizados dentro do território do Suriname, incluindo o mar territorial, leito e subsolo são propriedades do Estado”⁵⁶. Enfatiza a autora, que o Código estabelece a preferência dos surinameses para a exploração mineral, tendo em vista a violação de suas terras pela imigração ilegal.

A legislação de recursos biológicos está inserida na Lei já citada, ou seja, a Lei de Proteção à Natureza, de 1958, conforme expõe Cunha:

Conforme seu artigo 5º, “é proibido na natureza: a) intencionalmente, ou por negligência, causar danos ao solo, à paisagem, à fauna, à flora ou efetuar operações,

53 CUNHA, Lorena Rodrigues Belo da. O Suriname e a Região Amazônica. *In*: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 268.

54 *Idem*.

55 *Idem*, p. 271.

56 *Idem*, p. 273.



comprometendo assim o valor da reserva como tal (...).” (SURINAME, 1954, tradução nossa). A partir do enunciado, pode-se afirmar que a lei em análise proíbe não só as condutas dolosas, como também as culposas, desde que causem danos aos recursos biológicos, visto que solo, paisagem, fauna e flora, por serem componentes de ecossistemas e possuírem real e potencial valor para a humanidade, podem ser assim considerados nos termos da definição elaborada pela CDB⁵⁷.

Percebe-se que o Suriname ainda tem muito a avançar na senda da proteção socioambiental. É necessária a união dos países insulares e demais países amazônicos nessa direção, para que riquezas humanas e ambientais não sejam desperdiçadas.

9. A AMAZÔNIA VENEZUELANA

A República Bolivariana da Venezuela encontra-se ao norte da América do Sul, tendo como fronteiras o Brasil, a Colômbia e Guiana, confrontando-se também com o Oceano Atlântico e o Mar do Caribe.

A área territorial do país é composta por 916.445km², sendo este o 33º país com maior território do mundo.

A Constituição da Venezuela, promulgada em 15 de dezembro de 1999, em substituição à de 1961, é a vigésima sexta da história do país. Em seu artigo 1º, o Estado passou a ser denominado República Bolivariana da Venezuela.

57 CUNHA, Lorena Rodrigues Belo da. O Suriname e a Região Amazônica. In: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 276.

A Constituição da Venezuela trouxe, em seu arcabouço, inovações quanto à proteção ambiental em vários aspectos. No que se refere à educação e à proteção cultural, como um todo, encontram-se os artigos de 98 a 102, e, de forma especial, a educação ambiental.

Tratando-se designadamente de proteção ambiental, a Constituição Bolivariana estabelece, no capítulo IX, os Direitos Ambientais:

[...] Artigo 127. É um direito e dever de cada geração proteger e manter o ambiente para o benefício de si e do mundo futuro. Todos têm o direito, individualmente e coletivamente, de desfrutar de uma vida e um ambiente seguro, sadio e ecologicamente equilibrado. O Estado deve proteger o meio ambiente, biodiversidade, recursos genéticos, processos ecológicos, parques nacionais e monumentos naturais e outras áreas de importância ecológica especial. O genoma de organismos vivos não pode ser patenteado, e a lei que se refere aos princípios bioéticos regulamentará esta matéria. É uma obrigação fundamental do Estado, com a participação ativa da sociedade, garantir que a população viva em um ambiente livre de poluição, onde o ar, água, solo, costas, clima, ozônio, espécies vivas sejam especialmente protegidas por lei.

Artigo 128. O Estado desenvolverá uma política de planejamento atendendo as realidades ecológica, geográfica, demográfica, social, cultural, econômica, política, de acordo com as premissas do desenvolvimento sustentável, incluindo a informação, consulta e participação. Uma lei orgânica deve desenvolver os princípios e critérios para esse fim.

Artigo 129. Todas as atividades suscetíveis de causar danos aos ecossistemas devem ser precedidas de estudos de im-



pacto ambiental e socioculturais. O Estado deve impedir a entrada no país de resíduos tóxicos e perigosos e a fabricação e uso de armas nucleares, químicas e biológicas. Uma lei especial regulará a utilização, manuseio, transporte e armazenamento de substâncias tóxicas e perigosas.

Nos contratos que a República celebre com pessoas naturais ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que conceda ou outorgue, exploração de recursos naturais, considerar-se-á incluída, mesmo que não esteja expressa, manter o equilíbrio ecológico, para permitir o acesso à tecnologia e transferi-lo em termos mutuamente acordados e restaurar o ambiente afetado ao seu estado natural, na forma prevista pela lei.[...]⁵⁸.

Quanto aos seus recursos hídricos, o país possui uma legislação específica, ou seja, a Lei nº 38.595, de 2 de janeiro de 2007, composta por 127 artigos e 16 disposições transitórias.⁵⁹

Esta Lei, em seu artigo 17, estabelece os seguintes princípios para a organização institucional e gestão das águas:

Artículo 20. Principios. La organización institucional para la gestión de las aguas atenderá a los principios de: 1.- Desconcentración, descentralización, eficiencia y eficacia administrativa. 2.- Participación ciudadana. 3.- Corres-

58 VENEZUELA, 2017a.

59 COSTA, Beatriz Souza. A Amazônia Venezuelana. In: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 301.

ponsabilidade na tomada de decisões. 4.- Cooperação interinstitucional. 5.- Flexibilidade para adaptar-se às particularidades e necessidades regionais e locais.⁶⁰

Esta lei versa sobre a proteção de todas as bacias hidrográficas do país, até mesmo a bacia do Orinoco e a da Amazônia venezuelana.

A riqueza mineral mais importante da República Bolivariana da Venezuela são as bacias petrolíferas. Ainda, elas se encontram fora do estado do Amazonas. Assinala Costa que “ao sul do Rio Orinoco encontram-se oitenta por cento dos recursos minerais do país. Eles podem ser exemplificados com as grandes reservas de manganês, ferro, ouro, titânio, diamantes, urânio, molibdênio, bauxita, estanho e cromo”.⁶¹

A Legislação mineral é constituída pelo Decreto nº 295, editado em 5 de novembro de 1999. Tal Decreto, chamado de Lei Mineral, é composto por 136 artigos e tem como objetivo principal regular as minas e os minerais existentes no território nacional, seja qual for sua origem ou apresentação, até mesmo sua exploração e exploração, assim como seu benefício, armazenamento, circulação, transporte e comercialização.

Dentre outras matérias, o Decreto nº 295 estabelece também sanções quanto à exploração ilegal, pois considera as minas e as jazidas minerais, em seu artigo 2º, sejam elas de qualquer classe, pertencentes à República e de domínio público, inalienáveis e imprescritíveis.⁶²

60 VENEZUELA, 2017f.

61 COSTA, Beatriz Souza. A Amazônia Venezuelana. *In*: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 305.

62 VENEZUELA, 2017a.



As riquezas biológicas da Venezuela são protegidas pela Lei de Gestão de Diversidade Biológica, Lei nº 39.074, de 2008, cujo objetivo é estabelecer os princípios regentes para a conservação de sua diversidade biológica. O texto é extenso, constituindo-se de 143 artigos, mais algumas disposições transitórias explicativas.

Em relação aos bens ambientais, informa Costa que já existia, nos idos de 1970, a Lei de Proteção à Fauna, Lei nº 29.289. Esta Lei estabelece, em seu artigo 6º, como dever do Estado, “desenvolver investigação científica, assim como organizar os serviços para este fim”, relativamente à proteção de animais silvestres e domésticos.⁶³

Costa ainda informa que, “atendendo à Constituição da República, alguns planos de ordenação territorial foram criados, assim como o órgão ambiental denominado Áreas de Bajo Régimen de Administración Especial (ABRAE), com o objetivo de conservar e garantir o futuro do patrimônio natural.”⁶⁴

A Venezuela é um país que trata de sua política ambiental há tempos, desde 1976, e atualmente está sendo reformulada, atualizada. Trata-se de um país privilegiado em questão de recursos naturais, primeiramente por suas bacias petrolíferas, o ouro negro, e depois pela parte generosa da Amazônia em seu território, o tesouro verde. Mas insiste-se pela união e cooperação entre todos os envolvidos com territórios amazônicos.

63 COSTA, Beatriz Souza. A Amazônia Venezuelana. In: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 306.

64 COSTA, Beatriz Souza. A Amazônia Venezuelana. In: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 308.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho não tem a ousadia de indicar soluções simplistas para resolver problemas complexos, que cobrem todos os países envolvidos com o território amazônico. As informações quanto à legislação, indicada, de proteção ambiental já é um caminho para verificar se ela é atual e eficiente. A Amazônia é um ecossistema de imensuráveis riquezas humanas e ambientais, com conhecimentos tradicionais agregados. Além de fornecer, para o mundo, uma diversidade de serviços ambientais incontáveis, e até mesmo inimagináveis. Não se deve permitir o processo de degradação que vem ocorrendo em todo o seu território.

Após o desenvolvimento deste trabalho, percebe-se que a Amazônia convive com uma incontável quantidade de legislações e políticas ambientais que ora se aproximam, ora se afastam. Esse contexto não tem ajudado na proteção geral da floresta. O Tratado de Cooperação Amazônico se mostra, muitas vezes, ineficaz para a proteção desse bioma precioso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea *j* do Artigo 8, a alínea *c* do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso



ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. **Tratado de Cooperação Amazônica**. Disponível em: http://www.otca.org.br/portal/admin/_upload/paises/pdf/Guyana_PT.pdf. Acesso em: 17 jan. 2017.

BOLÍVIA. **Constitución de Bolívia**. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 19 jan.2017.

BOLÍVIA. **Ley Madre Tierra**. Disponível em: <http://www.madretierra.gob.bo/portal/es/node/23>. Acesso em: 21 jan.2017.

BOLÍVIA. **Decreto Supremo Bolívia n. 25.906/200**. Disponível em: <http://www.lexivox.org/norms/BO-DS-25798.xhtml>. Acesso em: 20 jan.2017.

CAVLAK, Iuri; GRANGER, Sthéfane. Guiana Francesa e Amapá: Dinâmicas Políticas e Econômicas, 1940/1945. **Revista Desenvolvimento Regional em Debate**. Santa Catarina. v. 4, n. 1, jan./jun.2014, p.189-199.

COSTA, Beatriz Souza. A Amazônia venezuelana. In: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental**. Belo Horizonte: Dom Helder. 2016, p. 295-321.

COLÔMBIA. SIMCO. Sistema de información minero colombiano. **Catastro minero nacional y registro minero nacional**. Disponível em: <http://www.simco.gov.co/Inicio/CatastroMineroColombiano/tabid/107/Default.aspx>. Acesso em: 20 jan. 2017.

Ir para o índice

COLÔMBIA. **Ley nº 685, de 15 de agosto de 2001**. Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Disponível em: <http://www.bdlaw.com/assets/htmldocuments/Colombia%20-%20Ley%20658%20de%202001%20Mining%20Law.PDF>. Acesso em: 20 jan. 2017.

CUNHA, Lorena Rodrigues Belo da. O Suriname e a Região Amazônica. *In*: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental**. Belo Horizonte: Dom Helder. 2016, p.265-294.

CUNHA, Lorena Rodrigues Belo da; BIZAWU, Kiwonghi. O Equador e a Região Amazônica. *In*: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental**. Belo Horizonte: Dom Helder. 2016, p. 125-168.

ECUADOR. **Ley Orgánica de recursos hídricos, usos y aprovechamiento del agua**. Disponível em: http://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/ro_ley_organica_de_recursos_hidricos.pdf. Acesso em: 14 jan. 2017.

ECUADOR. Constituição (2008). **Constituição da República do Equador**. Disponível em: http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 13 jan. 2017.

ECUADOR. **Ley de Minería**. Disponível em: http://www.hidrocarburos.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/09/ley_mineria_ec.pdf. Acesso em: 02 jan. 2017.

FRANÇA. **Constituição Francesa de 1958**. Disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 19 jan. 2017.

FRANÇA. **La Législation française du droit du sous-sol, le code minier et ses reformes**. Disponível em: <http://controverses.sciences-po>.



[fr/cours/gaz_de_schiste_2/pdf/15.Le%20droit%20du%20sol%20en%20France.pdf](#). Acesso em: 26 jan. 2017.

GUIANA. **Legal Affairs**. Disponível em: <http://www.mola.gov.gy/information/laws-of-guyana>. Acesso em: 20 jan. 2017.

HIRATA, Ricardo. Recursos Hídricos. *In*: TEIXEIRA, Wilson et al (org.). **Decifrando a Terra**. 3. ed. São Paulo: Companhia Nacional, 2008, p. 420-444.

IBGE. **Amazônia Legal, 2017**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/geografia/amazonialelegal.shtm?c=2>. Acesso em: 2 jan. 2017.

KOKKE, Marcelo. A Bolívia e a Amazônia. *In*: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental**. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 21-71.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; ALBUQUERQUE, Letícia. A quem pertence a biodiversidade? Um olhar acerca do marco regulatório brasileiro. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, [S.l.], v. 12, n. 23, jan. 2016, p. 195-216.

MONTEIRO, Maurilio de Abreu. Meio século de mineração industrial na Amazônia e suas implicações para o desenvolvimento regional. **Revista Estudos Avançados**. v. 19, n. 53. São Paulo jan./abr. 2005, p. 114-125.

OLIVEIRA, Márcio Luís de; SAMPAIO, José Adércio Leite. A Amazônia Peruana. *In*: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental**. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p.237-264.

OLIVEIRA, Márcio Luís de; BRITO, Franclim Jorge Sobral de. A Guiana e a Amazônia. *In*: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia: o ordena-**

Ir para o índice

mento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 169-182.

PERU. **Portal Oficial de Promoção do Turismo do Peru**. Disponível em: <http://www.peru.travel/pt-br/sobre-o-peru/localizacao-geografia-e-clima.aspx>. Acesso em: 17 jan. 2017.

PERU. **Decreto Legislativo 1.320 de 2017**. Disponível em: <http://www3.vivienda.gob.pe/sg/documentos/DL-OS/D.L.%201320.pdf>. Acesso em 20 jan. 2017.

PERU. **La Ley n. 29.338 de 1999**. Disponível em: <https://www.ecolex.org/es/details/legislation/ley-no-29338-ley-de-recursos-hidricos-lex-faoc086229/>. Acesso em: 21 jan. 2017.

PERU. **Decreto Supremo 14-92**. Disponível em: <http://www.snmpe.org.pe/repositorio-legislacion/3717-decreto-supremo-n-014-92-em.html>. Acesso em: 20 jan. 2017.

PROCÓPIO, Argemiro. A Amazônia Caribenha. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 50, n.2, s/p. Disponível em: Brasília July/Dec. 2007 <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292007000200007&script=sciarttext&tlng=pt>. Acesso em: 17 jan. 2017.

RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire. A Amazônia colombiana. In: COSTA, Beatriz Souza (org.). **Pan-Amazônia: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental**. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 97-124.

SILVESTRE, Mariel. **Mineração em área de preservação permanente: intervenção possível e necessária**. São Paulo: Signus, 2007.



TASSINARI, Colombo C. G. Tectônica Global. In: TEIXEIRA, Wilson et. al (org.). **Decifrando a Terra**. 3. ed. São Paulo: Companhia Nacional, 2008, p. 97-111.

TOLEDO, André de Paiva. A Guiana Francesa e a Amazônia. In: COSTA, Beatriz Souza (Org.). **Pan-Amazônia**: o ordenamento jurídico na perspectiva das questões socioambientais e da proteção ambiental. Belo Horizonte: Dom Helder, 2016, p. 183-236.

VENEZUELA. **Constituição Bolivariana de 1999**. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/97025685/Constituicao-Bolivariana-de-1999>. Acesso em: 12 jan. 2017.

VENEZUELA. **Decreto 295 de 1999 (Lei de Minas da Venezuela)**. Disponível em: <http://www.pgr.gob.ve/dmdocumentos/1999/5382.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

VENEZUELA. **Hidrografia**. Disponível em: <http://hidrografiaenvenezuela.webnode.com.ve/news/hidrografia-venezolana/>. Acesso em: 20 jan. 2017.

VENEZUELA. **Lei Orgânica do Ambiente de 2006**. Disponível em: <http://www.monografias.com/trabajos92/ley-del-ambiente-y-ley-mina/ley-del-ambiente-y-ley-mina.shtml#delaplania>. Acesso em: 10 jan. 2017.

VENEZUELA. **Lei Penal Ambiental**. Disponível em: <http://www.mp.gob.ve/LEYES/ley%20penal%20del%20ambiente/Ley%20Penal%20del%20Ambiente.html>. Acesso em: 17 jan. 2017.

VENEZUELA. **Lei n. 38.595/2007 (Lei de Recursos Hídricos)**. Disponível em: <http://www.leyesvenezolanas.com/aguas.html>. Acesso em: 20 jan. 2017.

Ir para o índice

VENEZUELA. **Lei n. 39.074/2008 (Lei de Diversidade Biológica)**. Disponível em: <http://www.conare.gob.ve/phocadownload/ley%20de%20gestin%20de%20la%20diversidad%20biologica.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2017.

VISENTINI, Paulo Fagundes. Guiana e Suriname: uma outra América do Sul. **Revista conjuntura Austral**, v. 1 n. 1; ago/set. 2010, p. 27-39. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/ConjunturaAustral/article/view/16168/13704>. Acesso em: 17 jan. 2017.



O socioambientalismo indígena sob a ótica do princípio da igualdade: crítica à teoria de Marco Villas Boas a partir das ideias de John Rawls, Thomaz Piketty e Amartya Sen

The indigenous socio-environmentalism under the optical principle of equality: criticism to the theory of Marco Villas Boas from the ideas of John Rawls, Thomaz Piketty and Amartya Sen

ANTONIO RULLI JUNIOR

RESUMO

A tese da igualdade sustentada por Marco Villas Boas representa o direito primário e congênito de os índios voltarem a viver em isolamento ainda que aculturados. A igualdade, legítima por si só, dispensa a igualdade das aptidões ou de ordem econômica.

[Ir para o índice](#)

Palavras-chave: Indigenato. Direito Congênito. Direito ao Isolamento. Igualdade e Desigualdade.

ABSTRACT

The idea of equality support by Marco Villas Boas is assent in the original rights to the land represented by primary rights and congenitos rights to live again alone as tribe. The equality is legitime and out of aptitudes and out of economic order.

Keywords: *Original rights to the land. Equality. Primary rights. Congenitos rights.*

INTRODUÇÃO

O socioambientalismo indígena, sob o prisma da Constituição Federal, de 1988, abordado por Marco Villas Boas¹, revela-se um excelente trabalho para discussão acadêmica no momento em que se discute intensamente, sob o ponto de vista jurídico e econômico, a questão da igualdade, e de como o socioambientalismo pode equacionar o relacionamento dos povos indígenas e de outras populações tradicionais com a sociedade ocidental.

A Constituição Federal trata da igualdade como princípio basilar para o relacionamento entre os homens.

¹ Socioambientalismo Indígena na Constituição do Brasil, dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, defesa apresentada em Lisboa, em 2015.



1. A IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE 1988

O artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal estabelece igualdade perante a lei, sem distinção, de brasileiros ou de estrangeiros residentes no País, entre homens e mulheres, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Alexandre de Moraes ensina que o princípio da igualdade de direitos prevê

[...] a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico².

2. O INDIGENATO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE 1988

A matéria é tratada nos artigos 231 e 232 e, como salientado por Alexandre de Moraes, “A Constituição reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União [...]”³.

Portanto, estabelece igualdade para os índios em consonância com o princípio constitucional da isonomia.

Consequência evidente dessa igualdade é a de os índios ingressarem em Juízo com representante de escolha da tribo, não havendo mais a necessidade de estarem em Juízo representados pela Fundação Nacional do Índio e, como tal, sujeitos relativamente incapazes.

2 MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 40.

3 Idem, p. 882-884.

Até a Constituição, de 1988, os índios eram representados pela Funai, ou seja, eram considerados relativamente incapazes. A partir da Constituição, de 1988, passam a escolher quem irá representá-los em Juízo, de acordo com o princípio da igualdade. A capacidade processual dos índios, das comunidades indígenas e das organizações vem disposta no artigo 232 da Constituição Federal:

Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em Juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo. Este era um dispositivo da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que acabou elevado à categoria constitucional de 1988. Este direito era reconhecido em sentença, em 1984, em São Paulo, e foi levado em definitivo para a Constituição Federal ⁴.

3. O ALVARÁ RÉGIO, DE 1680

O artigo 1º do referido Alvará determinava que fossem respeitadas as terras ocupadas pelos índios. Essa tradição se constitui em consciência histórica da própria jurisdição no Brasil, pois era garantia das autoridades e da própria sociedade sobre os índios e o respeito às suas terras.

Marco Antonio Barbosa trata com muita percuciência essa relação dos índios com a terra em sua obra *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*⁵, demonstrando que o Alvará Régio, de 1680, seguia linha jurídica que determinava certa igualdade entre os índios e a sociedade

4 BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação** – direito à diferença. São Paulo: Plêiade, 2001, p.180.

5 Idem, p. 180.



da época. O Indigenato se constitui em valioso instrumento jurídico de reconhecimento da cultura dos índios e sua relação com as terras que ocupavam tradicionalmente, e a implantação das sesmarias respeitou a legislação indigenista portuguesa⁶.

A teoria do Indigenato, reconhecido como Instituto Luso-Brasileiro, distinguia a posse e a propriedade da posse e da propriedade das Ordenações.

Criava-se, assim, uma igualdade pela diferença.

4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE 1988, E O INDIGENATO

Não há dúvida de que a Constituição Federal, de 1988, adotou como princípio o Indigenato do Alvará Régio, de 1680, segundo o qual o índio era tratado com igualdade, defendido por Francisco de Vitória. Este sustentava que “[...] por si mesmo (o direito de descoberta) não justifica a posse (espanhola) sobre esses bárbaros mais do que eles houvessem descoberto a nós [...]”⁷. Ou como também salienta José Carlos Brandi Aleixo: “Vitória que defende a igualdade entre os povos e a reciprocidade de direitos e de deveres nas suas relações acentua ‘Nós não temos sobre os índios da América mais direitos do que eles teriam sobre nós se nos tivessem descobertos [...]’”⁸.

6 Idem, p. 58-61.

7 VITÓRIA, Francisco de. *apud* CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos dos índios**. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 56.

8 VITÓRIA, Francisco de. *Relecciones – Sobre os índios e sobre o poder civil*. Coleção Clássicos IPRI. In: José Carlos Brandi Aleixo (Org.). **Relecciones sobre os índios e sobre o poder civil**. Brasília: Universidade de Brasília/Fundação Alexandre de Gusmão, 2016, p.18. (Coleção Clássicos IPRI).

A teoria e a doutrina do Indigenato foram muito bem estudadas pelo jurista paulista João Mendes Junior, no início do século XX, como direito congênito – distinto da ocupação que é título adquirido –, daí decorrendo em definitivo a igualdade pensada pelos juristas lusitanos.

A linha de pesquisa de Marco Villas Boas tem sido nessa direção, considerando o direito à diferença na igualdade, sob o ponto de vista da autodeterminação, e não discriminação, o que enseja tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais.

Confirma-se, assim, a tese de que “o indígena, primariamente estabelecido, tem a [...] ‘sedum positio’, que constituem o fundamento da posse [...] além desse ‘ius possessionis’, tem o ‘jus possidendi’, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado desde o Alvará Régio de 1º de Abril de 1860, como ‘direito congênito’[.]”⁹.

Portanto, os artigos 231 e 232 da Constituição Federal, ao tratarem dos índios, seguem a tradição do Indigenato, Instituto Luso Brasileiro, que, por séculos, vem disciplinando de forma institucional o direito congênito dos índios, como suporte para o princípio da igualdade.

9 MENDES JUNIOR, João. **Os indígenas no Brasil** – seus direitos individuais e políticos. São Paulo: Typ. Hermes Irmãos, 1912, p. 58-59.



5. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO PENSAMENTO DE MARCO VILLAS BOAS E A IGUALDADE NAS OBRAS DE JOHN RAWLS, AMARTHYA SEN E THOMAS PIKETTY

É abrangente a forma de pensar do jurista do Tocantins¹⁰, pois sua tese vai além daquelas defendidas no âmbito das Nações Unidas quando das Declarações nºs 107 e 109 da OIT, fundamentais para a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, recentemente proclamada pela ONU e firmada pelo Brasil, atrelando os direitos fundamentais indígenas à auto-determinação, não discriminação e acesso à terra, ao direito fundamental ao ambiente e ao direito de serem consultados e efetivamente atendidos acerca de atividades de risco que possam causar impacto à suas comunidades, além do preconizado na Constituição Federal, onde se estabelece um mínimo existencial para a vida tribal e práticas ancestrais.

Para construir sua tese, Villas Boas elucida um eixo ambiental flutuante entre os subsistemas do ambiente, dos direitos sociais, da cultura, da educação, dos povos indígenas, da saúde, da economia e de diversos outros subsistemas da Constituição do Brasil, com evidente destaque para o capítulo que trata dos povos indígenas, trazendo a lume um socioambientalismo indígena, para além dos direitos socioambientais defendidos por outros doutrinadores na interpretação do direito infraconstitucional na perspectiva de um Estado de Direito Socioambiental.

A igualdade que apregoa advém da diferença, a partir do reconhecimento do outro, e da noção de povo, proveniente do direito natural, fundado na ótica tomista enriquecida por Bartolomé de Las Casas e Fran-

10 VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson. **Socioambientalismo Indígena da Constituição do Brasil**. Dissertação de mestrado apresentada e aprovada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015. Depositada na Biblioteca da FDUL, Lisboa-PT.

cisco de Vitória, direito congênito que a Constituição Federal encampou, reconhecendo o direito à diferença.

A igualdade de John Rawls¹¹, fundamentada na igualdade de liberdade e de participação política, e no princípio da diferença, sob o enfoque liberal de distribuição de riquezas, é uma busca por igualdade econômica a partir da aceitação da desigualdade, o que tem por escopo amenizar essas desigualdades entre os homens, porque a igualdade econômica, assim como entendia Stuart Mill, traria a felicidade como consequência da riqueza econômica:

As desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas por forma a que, simultaneamente: a) redundem nos maiores benefícios possíveis para os menos beneficiados, de uma forma que seja compatível com o princípio da poupança justa, e b) sejam a consequência do exercício de cargos e funções abertos a todos em circunstâncias de igualdade equitativa de oportunidades¹².

Mas o jurista tocantinense vai mais longe, porque esse sentido de evitar a desigualdade pelo econômico se torna um universo muito pequeno, uma vez que entre os índios não existe necessariamente desigualdades como na nossa sociedade. Vivem da coleta da pesca, caça e cultivo de pequenas roças, e todos colaboram de modo a satisfazer e saciar as necessidades de cada um e dos grupos, pouco interferindo as aptidões, em alguns mais do que em outros. Um modo de vida incompatível com o consumismo capitalista ocidental, no qual Rawls tenta

11 AWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

12 Id., ib., 2003, p. 239.



agasalhar a equalização de direitos na oferta de iguais oportunidades em busca de uma vida boa e feliz.

E da mesma forma, Amartya Sen¹³ procura resolver o problema da desigualdade econômica por meio do exercício da liberdade com amplitude, alcançando um conjunto de liberdades, como as políticas, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais; a garantia de transparência e a segurança protetora, asseverando que “O desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam, é considerado como: 1) o fim primordial, no qual possui papel constitutivo e importância na liberdade constitutiva; e 2) como meio do desenvolvimento, papel instrumental”¹⁴.

A teoria de Sen, de igual modo, não resolve o problema dos povos indígenas, exceto no exercício extremo da liberdade de não buscar o desenvolvimento no sistema econômico ocidental, o que seria a própria negação da teoria do renomado economista, pois, segundo ele, “[...] o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente [...]”¹⁵, ou seja, não é possível o exercício absoluto da liberdade, pois ela sempre dependerá da intervenção de terceiros (liberdade, e não dependência).

A teoria de Thomaz Piketty¹⁶ também não se presta a resolver o problema da desigualdade entre as comunidades indígenas e os não

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

14 Id.ib., p. 54.

15 Id.ib., p. 10.

16 PIKETTY, Thomaz. **O capital no século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. São Paulo: Intrínseca, 2014.

indígenas, apesar de levar em conta a necessidade de intervenção do estado na economia e da utilização de mecanismos de distribuição de riqueza como forma de se evitar a desigualdade entre os homens, sob o argumento de que o vertiginoso aumento das desigualdades põe em risco a democracia e, conseqüentemente, o futuro do próprio capitalismo. O pensamento de Piketty está mais voltado à sobrevivência do capitalismo do que à solução do problema da desigualdade, ou seja, apenas uma proposta de ampliação do bem-estar social, proposta que as Constituições do estado pós-social já proclamaram.

A ideia de Piketty teria alguma utilidade para populações indígenas e tradicionais se estivesse voltada à implementação de impostos verdes e da contenção do expansionismo capitalista periférico. Entretanto, não é o que se apreende da sua Economia da desigualdade.

As teorias modernas de justiça social exprimiram essa ideia sob a forma do princípio “maximin”, segundo o qual a sociedade justa deve maximizar oportunidades e condições mínimas de vida oferecidas pelo sistema social. Esse princípio foi introduzido formalmente por Serge Christophe Kolm [1971] e John Rawls [1972], embora o encontremos sob formas mais ou menos explícitas bem mais antigas, como, por exemplo, na noção tradicional de que direitos iguais os mais amplos possíveis devem ser garantidos a todos, pensamento bastante aceito em nível teórico. [...].¹⁷ O instrumento privilegiado da redistribuição pura é a redistribuição fiscal, que, por meio de tributações e transferências, permite corrigir a desigualdade das rendas produzida pela desigualdade das dotações

17 *Id., lb., p. 10.*



iniciais e pelas forças de mercado, ao mesmo tempo em que preserva ao máximo a função alocativa do sistema de preços. Concentramo-nos aqui na redistribuição fiscal das rendas do trabalho. A tributação e redistribuição das rendas do capital, além de terem um impacto limitado se comparadas às rendas de atividade, levantam problemas específicos já analisados¹⁸.

A simples redistribuição fiscal ou mesmo a redistribuição fiscal justa que propõe Piketty são insuficientes para nivelar ou amenizar as substanciais diferenças entre esses dois mundos antagônicos. Vejamos o que diz Piketty sobre a redistribuição fiscal justa:

Essas curvas de taxas médias e taxas marginais efetivas de redistribuição são ótimas do ponto de vista da justiça social? Deve-se aumentar ou diminuir as taxas médias e marginais impostas às diferentes faixas de renda? A resposta a essas perguntas depende em grande medida da importância quantitativa dos efeitos negativos das taxas de redistribuição elevadas sobre o estímulo ao trabalho, sobre a oferta de capital humano e, logo, sobre a própria redistribuição. Com efeito, vigora um amplo consenso quanto aos objetivos fundamentais da redistribuição pura: a redistribuição justa é aquela que permite fazer progredir o máximo possível as oportunidades e condições de vida dos indivíduos mais desfavorecidos, como exprime, por exemplo, o princípio rawlsiano do maximin (ver a Introdução). É claro que conflitos subsistem quanto à definição exata de indivíduos mais desfavorecidos,

a qual nem sempre é fácil num mundo onde os indivíduos distinguem-se de acordo com múltiplos aspectos. Isso pode suscitar problemas de definição da noção de responsabilidade e do próprio objetivo de justiça social, como atestam os recentes desdobramentos das teorias de justiça social [Fleurbaey, 1996; Roemer, 1996]¹⁹.

Dessarte, o próprio Piketty revela em seus apontamentos a deficiência dessa redistribuição fiscal em situações mais heterogêneas.

O direito ao etnodesenvolvimento, segundo Villas Boas, oriundo do socioambientalismo indígena que identifica e delinea na interpretação que dá aos arts. 231 e 232 da Constituição do Brasil, de 1988, confere aos povos e comunidades indígenas o direito de autogestão e de viverem sob sistema econômico e jurídico distintos, sob a ótica pluralista que Boaventura de Sousa Santos revelou pelas mãos de Alice, e que está explícita nos fundamentos da República do Brasil, logo no art. 1º da Constituição, de 1988.

Decorre disso o direito de rejeitarem a cultura ocidental, a moeda, a tecnologia, o conhecimento científico e a religião dos não índios, e, conseqüentemente, exercerem as práticas tradicionais da vida tribal no plano social, econômico, administrativo e jurídico, conforme seus conhecimentos ancestrais.

De outro modo, a opção do índio pela sociedade ocidental, desatrelada da vida tribal, não lhe retira o direito de praticar suas ancestralidades e religião, tampouco de retornar às origens ancestrais e exercer o modo de vida indígena.

19 *Id., ib.* p. 99.



Nesse aspecto, para o índio integrado à sociedade ocidental, deve ser garantido o direito à igualdade de chance, distribuição de renda e acesso aos bens e serviços para uma vida feliz, a exemplo das cotas para indígenas em universidades federais, bolsa família e de outros benefícios sociais, de conformidade com as ideias de Raws, Sen e Piketty, frise-se, sem excluir o direito à autodeterminação e a possibilidade de retorno à sociedade indígena.

Villas Boas não se enclausura nas teorias neoliberais e no neoconstitucionalismo, mas, também, não busca na economia e na política a solução para os conflitos entre o desenvolvimento e os direitos fundamentais indígenas, nem mesmo se vale de interpretação marxista do direito defendida em países de maioria populacional indígena, situação totalmente diferenciada do Brasil. Sua tese está constituída no antropocentrismo alargado da Constituição do Brasil, que, segundo ele, põe num grau mais elevado de proteção os direitos fundamentais indígenas atrelados à proteção ambiental.

6. A IMPORTÂNCIA DO PENSAMENTO DE MARCO VILLAS BOAS NA QUESTÃO DA IGUALDADE GARANTIDA NO INDIGENATO ASSUMIDO NOS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE 1988

Torna-se que a questão da igualdade na figura do Indigenato traz como consequência dois pontos principais, para Marco Villas Boas, sabendo-se que não se confundem com a mera igualdade de aptidões e econômica:

- a) As comunidades indígenas têm o direito não apenas de serem ouvidas ou consultadas, mas também de se oporem a atividades danosas ao meio ambiente de suas terras;

[Ir para o índice](#)

- b) Os povos indígenas, ainda que aculturados, têm o direito de voltar a viver em isolamento, principalmente quando desrespeitados seus direitos fundamentais;
- c) Os índios isolados, ou não contatados, têm o direito de continuar a viver em isolamento.

Esse posicionamento considera o direito primário dos índios e o seu direito congênito como princípios de igualdade para todos os fins, até mesmo o de se autodeterminarem, vivendo em aldeamento, isolados, ainda que aculturados. São povos dotados de cultura e conhecimentos tradicionais milenares, e, como tal, reconhecidos pelo pensamento humanista de Vitória, aos quais se deve o mesmo respeito e consideração. Nesse contexto, têm o direito à solidariedade e a viverem em paz, como universalmente declarado pelas Nações Unidas. E, assim, de se manterem isolados se ainda não contatados, como ocorre com aproximadamente 55 tribos vivendo na Amazônia.

REFERÊNCIAS

VITÓRIA, Francisco de. Relecciones – Sobre os índios e sobre o poder civil. Coleção Clássicos IPRI. In: José Carlos Brandi Aleixo (Org.). **Relecciones sobre os índios e sobre o poder civil**. Brasília: Universidade de Brasília/Fundação Alexandre de Gusmão, 2016, p.18. (Coleção Clássicos IPRI).

BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação – direito à diferença**. São Paulo: Plêiade, FAPESP, 2001.

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: EP-Editora Plêiade, em colaboração com a Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP, 2001.



CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos dos índios**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

MENDES JUNIOR, João Mendes. **Os indígenas no Brasil** – seus direitos individuais e políticos. São Paulo: Typ. Hermes Irmãos, 1912.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PIKETTY, Thomaz. **O capital no século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. São Paulo: Intrínseca, 2014.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

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

VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson. **Socioambientalismo Indígena na Constituição do Brasil**, dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, defesa apresentada em Lisboa, em 2015. Depositada na FDUL, Lisboa-PT.

Equívocos conceituais que dificultam o proveito da análise econômica do direito na defesa ambiental

Law & economics misconceptions
embarrass its availability to
environmental defense

JORGE DI CIERO MIRANDA

RESUMO

Por intermédio do artigo, pretende-se apresentar conceitos estruturantes da análise econômica do direito, úteis para aumentar a eficácia da defesa ambiental, quando conflita com o exercício do direito de propriedade imobiliária urbana. A conexão dos conceitos pode oferecer solução cooperativa para conflitos de interesses envolvendo os dois princípios constitucionais da propriedade privada e defesa ambiental. Extraído da dissertação de mestrado, serviu como suporte para exposição nos Diálogos Ambientais de Fortaleza. O método limita-se à revisão bibliográfica e se justifica para diminuir os equívocos conceituais das críticas dirigidas à Análise Econômica do Direito (AED). O escopo é demonstrar que o proveito perseguido pelo agente econômico pode incluir interesses co-

[Ir para o índice](#)



letivos, ideais de justiça quantificáveis e preservação ambiental. A forma de internalização das externalidades é indicada como determinante das expectativas de potencializar os resultados ao nível ótimo.

Palavras-chave: Propriedade Imobiliária Urbana. Análise Econômica do Direito. Espaços Naturais Urbanos.

ABSTRACT

The article aims to present structuring concepts of the economic analysis of the law, useful to increase the effectiveness of the environmental defense, when it conflicts with the exercise of the right of urban real estate property. The connection of concepts can provide a cooperative solution to conflicts of interest involving the two constitutional principles of private property and environmental defense. Extracted from the master's thesis, it served as a support for exhibition in the Environmental Dialogues of Fortaleza. The method is limited to the bibliographic review and is justified to reduce the conceptual misunderstandings of the criticisms directed to the Economic Analysis of the Law (Law & Economics). The scope is to demonstrate that the benefit pursued by the economic agent may include collective interests, ideals of quantifiable justice, and environmental preservation. The form of internalization of the externalities is indicated as determinant of the expectations of potentializing the results to the optimal level.

Keywords: *Urban Property; Economic Analysis of Law; Cities Natural Spaces.*

[Ir para o índice](#)

INTRODUÇÃO

Com a preocupação de harmonizar os princípios da propriedade privada e defesa do meio ambiente no espaço urbano, são identificadas e explicadas ferramentas da Análise Econômica do Direito (AED), também denominada *Law & Economics*. Seus conceitos estudados são estudados de modo a oferecer solução cooperativa para conflitos de interesses envolvendo os dois princípios constitucionais da propriedade privada e defesa ambiental.

Conhecer essas ferramentas é pré-requisito para extrair a contribuição que a Análise Econômica do Direito pode oferecer quando a propriedade privada encontra limites na defesa do meio ambiente. Sua utilidade específica consiste em indicar escolhas que os agentes são induzidos a tomar, de acordo com a legislação positivada, ou, por outro lado, indicar alteração legislativa útil para alcançar objetivos almejados.

Esse tipo de análise também é útil para aferir em que medida o ordenamento jurídico e as escolhas implementam a Política Nacional do Meio Ambiente. Isso importa compreender de que modo as diretrizes da política ambiental são capazes de criar custos para conformar o comportamento dos agentes econômicos.

O tema é jurídico porque busca a harmonia de dois princípios constitucionais da ordem econômica, almeja igualmente definir os contornos de ambos no sistema econômico e jurídico no Brasil. A proposta distancia-se do discurso ideológico que tende à inconsistência e se revela incapaz de encaminhar o caso concreto. Nesse sentido, pode-se dizer que o esforço todo converge para oferecer solução baseada em elementos quantificáveis, respaldados na proposta preservacionista do ordenamento jurídico brasileiro.



O meio ambiente aparece na Constituição brasileira quando ela se reporta à função social da propriedade (artigo 5º, XXII e XXIII) e na distribuição de competência material e administrativa dos entes federativos (artigos 23 e 24). No Título VII, que trata da Ordem Econômica e Financeira, a preocupação com o meio ambiente aparece em dois momentos: no Capítulo I, que trata dos Princípios Gerais da atividade econômica (artigo 170), bem como ocupa todo o Capítulo VI, “Do Meio Ambiente” (artigos 225 e seguintes). A livre iniciativa e a propriedade são, respectivamente, fundamento da República e direito previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição.

O trabalho se divide em quatro partes, além da introdução e considerações finais. Na primeira parte, a propriedade privada é compreendida pela perspectiva da análise econômica do direito. A propriedade que interessa ao estudo é aquela incidente sobre imóvel urbano que, em alguma circunstância, pode ameaçar a preservação de ambiente natural.

Na segunda parte, são vistas as condições de aplicação da Análise Econômica do Direito (AED) no âmbito econômico, jurídico e axiológico. O mercado é estudado para revelar vantagens e desvantagens. Estas últimas, também chamadas de falhas, convidam ações cíclicas para reduzir seus efeitos negativos. Investigam-se as características do modelo econômico aplicado no Brasil e de que modo a conjuntura nacional interfere no proveito que a Análise Econômica do Direito tem a dar.

O âmbito e a forma que o ordenamento jurídico brasileiro se utiliza para a proteção dos espaços naturais urbanos é visto no terceiro item.

Todo o engenho desenvolvido no trabalho se dirige a promover a aproximação do comportamento dos agentes econômicos com a proteção ambiental. Quantificar a extensão dos direitos de propriedade e efe-

[Ir para o índice](#)

recer elementos para que sejam limitados até o ponto que contribuem para a proteção ambiental, conforme previsão legal.

A limitação da faculdade do proprietário sugere duas preocupações: jurídica e econômica. Para o jurídico, importa saber a extensão e momento de imposição desses limites. Para o econômico, de que maneira o exercício desses direitos afeta a alocação dos recursos e impactam as escolhas.

Na quarta parte faz-se a conexão dos conceitos desenvolvidos para associar a Análise Econômica do Direito e Defesa Ambiental.

Manancial rico resulta da participação social e das discussões sobre a importância dos espaços naturais urbanos que ultrapassam a preservação de ecossistemas. A contribuição social refere-se a aspectos culturais, sociais e de identidade comunitária que em determinada circunstância significa inviabilizar a precificação dos espaços naturais, ou, noutra perspectiva, obriga que o valor desses espaços tenda a infinito, conforme se extrai do comportamento do mercado com a curva de preço e demanda.

Na conclusão, busca-se identificar de que modo as práticas jurídica e administrativa sinalizam as escolhas que os agentes econômicos fazem. Cotejar essas escolhas com a legislação ambiental e avaliar o seu escopo de modo eficiente, ou seja, com o menor custo e melhores resultados.

A título de resultado esperado, almeja-se ainda tornar evidente que a Análise Econômica do Direito seja ferramenta que permita avaliar o impacto econômico que os arranjos institucionais promovem, interferindo nas escolhas racionais. Aproxima-se, assim, a ideia de crescimento econômico da preservação ambiental, porque ambos trazem ínsita a pretensão de continuidade.

Como hipótese, especula-se que o atual conceito de sustentabilidade promove a convergência dos objetivos almejados pelo crescimento eco-



nômico e proteção ambiental, uma vez que se reconhece no ambiente natural o universo abrangente onde se desenvolve o ambiente econômico.

Na esfera jurídica, propõe-se o redimensionamento da abrangência do direito de propriedade, ou seja, encontrar forma de garantir segurança jurídica ao proprietário empreendedor sem comprometer a preservação de áreas urbanas com relevância ambiental. Conciliar critérios hermenêuticos que reconheçam a importância do crescimento econômico, mas sem desprezar a necessidade de preservação da qualidade de vida. Com esses instrumentos tornam-se evidentes potencialidades e fragilidades do Judiciário na solução de conflitos, até mesmo ao lidar com omissão legislativa e administrativa.

1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Alguns termos utilizados na Análise Econômica do Direito (AED) encontram correspondência semântica vulgar contaminada por outros ramos do conhecimento, ou do próprio direito, os quais se distanciaram do significado que a aplicação sugere na AED. Rachel Sztajn (1999) permite melhor leitura e compreensão sobre conceitos próprios do direito econômico para o sistema brasileiro.

Ela consegue simplificar a ideia de eficiência quando a identifica com “a aptidão para obter o máximo, ou melhor, resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à

função”¹. A eficiência é sempre meio para realizar o valor que é fim, sugere critérios e condições que viabilizam decisões (escolhas) mais aptas a alcançar objetivos, até mesmo o valor justiça, seja qual for a sinonímia que carregue.

Fica, portanto, desde logo, afastado o equívoco da crença que a Análise Econômica do Direito coincide com o esforço de emprestar primazia à eficiência econômica sobre qualquer outro critério ou valor. A contribuição da economia surge no sentido de aproximar a solução da complexidade própria do fenômeno social, incapaz de se subsumir ao jurídico. Para compreender o fenômeno social e encaminhar seus conflitos, igualmente concorrem outras ciências, como a história, sociologia e tantos outros ramos da ciência, mas o fazem sem causar o estranhamento ou a resistência observável com a economia.

Tentando traduzir para linguagem jurídica, pode-se dizer que o discurso deontológico, próprio da norma, encontra nos princípios a porta de entrada para argumentação consequencialista das regras, abrandam sua rigidez e possibilita a utilização da Análise Econômica do Direito como ferramenta capaz de dimensionar resultados. Essa vertente, no âmbito do direito é limitada, já que a ciência jurídica não se dispõe a informar como os indivíduos irão reagir diante de determinada norma.

As “Escolas” que se dedicam ao estudo da Análise Econômica do Direito adotam determinado conteúdo como sendo o valor pressuposto que deve ser buscado de modo eficiente. A confusão entre meio e fim, entre causa e efeito, criou a falsa noção de que eficiência é sinônimo da busca de lucro a todo custo, sobre qualquer princípio. Para que se possam distinguir

1 SZTAJN, Rachel. **Futuros e swaps**: uma visão jurídica. São Paulo: Cultural Paulista, 1999, p. 228.



ambos, busca-se demonstrar que se trata a associação (ou a identidade) eficiência e lucro, na melhor das hipóteses, de reducionismo.

Para alcançar esse objetivo é preciso transitar entre conceitos, como lucro, mercado, capitalismo, entre outros cuja combinação equivocada é capaz de fazer surgir imaginário que permite associar a intervenção estatal como sendo pura, sem ideologia e capaz de satisfazer da melhor forma possível os direitos previstos na legislação. A concepção reversa, de entrega de serviços à iniciativa privada, passa a ser passionadamente repudiada.

Propor a utilização da Análise Econômica do Direito enseja a compreensão de que as normas jurídicas são instituições econômicas que fornecem incentivos para a atuação racional dos agentes econômicos, racionais. Elas atuam na forma de reforço positivo ou negativo, o qual pode ser entendido como incentivo ou desestímulo capaz de provocar repercussões em agentes que se supõem econômicos e racionais.

Dizer que os agentes são racionais e econômicos pressupõe que suas escolhas recaem sempre na opção de maiores ganhos, de modo que o indutor para o comportamento desejado deve promover ganhos. Inversamente, a dissuasão enseja geração de custos, age no sentido de onerar a atividade geradora de riqueza, ou seja, reduz lucros.

Percebe-se que o cenário que melhor favorece a dimensão do significado de racionalidade é o ambiente de geração de riqueza. Por esse motivo, existe a necessidade de inserção no universo da economia, como ciência que se propõe a estudar a melhor forma para organizar os agentes sociais de modo a promover a produção de riqueza, agindo assim prepara os elementos indispensáveis de combate à pobreza, de modo a permitir a construção de ordem social justa.

[Ir para o índice](#)

Como noção introdutória, começa-se a compreender que o ordenamento é capaz de provocar respostas em agentes racionais. O referencial teórico da análise econômica imprime quantificação que promove dimensão objetiva aos resultados e aumenta a confiabilidade da sua proposta. Iniciar seu estudo enseja conhecer seus conceitos conforme se faz.

1.1 Escassez

O ambiente econômico pressupõe bens insuficientes para atender às necessidades ou interesses de uma população. A superação da disponibilidade de bens pela sua procura é que os torna economicamente relevantes, somente a partir dessa circunstância é que ele ingressa no mundo econômico.

Conforme Kinsella², a escassez é “a condição prévia necessária para o surgimento do conceito de propriedade”. A propriedade surge da necessidade de tornar exclusivo o uso de algo que não é abundante, previne e define disputas, porque aloca adequadamente o seu uso.

A consideração de que a economia só se ocupa dos bens escassos não é antagonica, nem desconhece a existência de bens abundantes, ocorre que a ausência de rivalidade ou de concorrência não justifica a apropriação. Só se pode falar em direito de propriedade sobre os bens passíveis de uso exclusivo, aqueles em que o custo de proteção é inferior à exclusividade do uso.

Em matéria ambiental, é inadequado raciocinar o bem ambiental especificamente pelo agente que o produz. As possibilidades de uso e pro-

2 KINSELLA, Stephan. Prefácio. **Uma teoria do socialismo e do capitalismo**. São Paulo: Hans-Hermann Hoppe, 2013, p. 8.



veito não se encerram na sua apresentação contingenciada pela forma que existe, mas pela função que o homem lhe atribui.

A partir desse raciocínio, pode-se dizer que o parque urbano é insuscetível de apropriação individual, conforme decorre da forma de implantação e natureza dos seus componentes, incorporados ao solo. No entanto, os serviços por ele gerados, como absorção pluvial, elevação de umidade e redução de temperatura são capazes de gerar microclima em determinado raio que afeta apenas a população que se encontra dentro dessa área. Desse modo, os imóveis incorporam em seu valor, benefício extra gerado pelo parque.

Por maior que seja a quantidade e qualidade dos serviços ambientais produzidos, eles são classificados como escassos porque o proveito permanente será assegurado apenas àqueles que conseguirem se implantar no raio de influência dos polos geradores respectivos. Existe, portanto, escassez nos bens decorrentes de serviços ambientais, que, por esse motivo, interessam à economia.

Parte desses serviços é apropriada por meio de ganhos sociais. Estes recebem essa distinção, até mesmo com reconhecimento econômico, porque são capazes de impactar a qualidade de vida. Eventualmente, sua preservação representa custos sociais que aumentam à medida que áreas similares, com o mesmo valor ambiental agregado, tornam-se escassas. Com isso, a pressão imobiliária tende a ser progressiva e cíclica: maior a escassez de serviços ambientais, maior o valor dos imóveis situados nas áreas abrangidas por sua influência, maior a pressão imobiliária sobre elas.

Os serviços ambientais gerados por aquele manancial são limitados e únicos. Somente os recursos naturais são capazes de atender às necessidades ilimitadas e múltiplas com a abrangência e significação social da

[Ir para o índice](#)

forma como são satisfeitas pelos ambientes naturais urbanos. Surge, portanto, o problema central da ciência econômica e do direito: a escassez e, como consequência, o conflito.

O Direito, como medida de justiça, tem de buscar parâmetro de decisão alinhado com os anseios da maioria ou totalidade do grupo social e conforme a técnica mais promissora e racional disponível.

1.2 Maximização racional

Para análise econômica do direito, parte-se da presunção de que as decisões do homem econômico são baseadas em escolhas que induzem maiores ganhos, a opção sempre é regida por imperativos hedonistas. Para a escola de Chicago, esses imperativos sempre se confundem com proveito econômico, conforme se verá adiante. O respeito sistemático e presumido, sempre subordinado a valor específico, é que faria com que as escolhas fossem admitidas como racionais.

Com essa presunção, é possível compreender, analisar e prever o comportamento decisório dos agentes econômicos. Eric Posner³ orienta que a Análise Econômica do Direito se constitui de cenário em que é possível fazer escolhas e que elas são capazes de afetar os “preços”, essas escolhas são regidas por racionalidade que contribui para escalonar preferências, evitando as condutas de maior custo.

3 POSNER, Eric; SALAMA, Bruno Meyerhof- organizador. Série DDJ - **Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?** Tradução de Luciana Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série direito em debate). Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502142534>. Acesso em: 2 ago. 2015.



Quer-se com isso dizer que o ponto de partida pressuposto é o de que os indivíduos são racionais e sua racionalidade se traduz em comportamento de maximização dos interesses. O direito utiliza-se desse ferramental quantitativo e presuntivo para gerar instituições capazes de produzir conjunto de incentivos que premia condutas eficientes e penaliza as ineficientes.

Nesse sentido, há desdobramento da visão da Análise Econômica do Direito. As instituições criadas pelo direito são capazes de afetar os custos e alterar a resultante econômica das trocas. Essa afetação induz resposta racional e necessária ao sistema gerado de incentivos que determinem prêmios e punições. Os incentivos se traduzem em possibilidades de ganhos ou de evitar perdas em contratos ou apropriação de bens escassos.

Ocorre que presunção de racionalidade de todos, o tempo todo (em todas as circunstâncias), movida por interesse único (vantagem econômica) pode precipitar conclusões incapazes de abranger a complexidade das motivações que induzem o agir humano, sem que isso importe em desconhecer no agente a condição de racionalidade que lhe é pressuposta.

Para melhor equacionar as variações de comportamento, no que diz respeito à motivação, há escolas que se ocupam em definir quais outros valores são capazes de condicionar a ação humana, sem suprimir a presunção de racionalidade na escolha. Mesmo critérios subjetivos ou passionais passam por crivo de agente que se crê racional. Para Bubb e Pildes⁴ “[e]xistem dois tipos principais de desvios. Primeiro, as pessoas são apenas limitadamente racionais: elas cometem erros de julgamento e percepção. Segundo, as pessoas têm força de vontade limitada”⁵.

4 BUBB, R.; PILDES, R. H. How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why. **Harvard Law Review**, v. 127, n. 6, p. 1594–1678, 2014. Harvard Law Review Association, p.1.603.

5 No original: “two main types of deviations exist. First, people are only boundedly rational: they make mistakes in judgment and perception. Second, people have bounded willpower”.

1.3 Como associar eficiência à preservação ambiental

Para o jurídico, a alocação dos direitos de propriedade na mão de quem mais o valoriza decorre necessariamente da ordem normativa. A norma, por sua vez, traz estrutura deontológica- do dever ser. Nesse sentido, a noção de eficiência, ínsito ao preceito normativo deve ser traduzida como maximização do proveito na alocação dos bens.

Para a Economia, as causas e efeitos econômicos são determinantes para o arranjo social. Para a Análise Econômica do Direito, as instituições econômicas condicionam o comportamento individual e corporativo, conforme imersos em arranjos econômicos e jurídicos. Os agentes econômicos, o ordenamento jurídico e a resposta comportamental influem na noção de eficiência que passa a integrar a hermenêutica da norma.

Há dois conceitos estruturantes da Análise Econômica do Direito que se referem à eficiência: Pareto e Kaldor-Hicks. A eficiência paretiana admite como ótimo o ponto até o qual é possível uma melhora na aplicação de um princípio sem uma piora em algum outro princípio. A eficiência na conduta importa benefício a alguém sem prejuízo a terceiros.

Conforme explicação de Cooter & Ulen⁶, “diz-se que uma situação específica é Pareto eficiente se for impossível modificá-la de modo a tornar, pelo menos, a posição de uma pessoa melhor (conforme a sua avaliação) sem, em contrapartida, piorar a posição de outra (também conforme a sua avaliação)”. Traduzindo de outro modo, pode-se dizer que o conceito de eficiência em Pareto é a situação segundo a qual não é possível melhorar a condição de alguém sem piorar a situação de pelo menos outro agente econômico.

6 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Tradução de Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.12.



Cooter e Ulen empregam a ideia de eficiência no processo produtivo indicando que ela está presente quando “não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando uma combinação de insumos de custo menor, ou, não é possível gerar mais produção usando a mesma combinação de insumos”⁷.

O ponto ótimo em Pareto importa em maior produção com o menor custo, mais benefício com menor esforço até que se alcance a situação do melhor resultado sem criar encargo para outros. Pareto aproxima-se da compreensão vulgar de eficiência porque induz o mais com menos, ou o mais sem afetar os outros, sem deixá-los em situação pior.

No entanto, como se está em ambiente de bens escassos, a melhora da condição de uns, normalmente importa restrição da disponibilidade para outros, o que se pode interpretar como situação menos favorável. Por esse motivo, Kaldor e Hicks trouxeram componentes diferentes para caracterizar eficiência e aproximá-la da realidade.

Para eles haverá eficiência na alocação dos recursos quando o agente econômico beneficiado compensa o prejudicado. Nessa transação, a compensação deve ser capaz de tornar a mudança interessante aos dois – beneficiado e prejudicado –, o que faria com que ambos ganhassem. O critério de eficiência de Kaldor-Hicks está fundado na ideia de compensação dos prejuízos suportados pelos atores econômicos.^{8 9}

7 *Op. cit.* p.38.

8 KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. **Economic Journal**. vol. 49. issue 195. p. 549-552.

9 HICKS, John Richard. The foundations of welfare economics. **Economic Journal**. vol. 49. issue 195. p. 692-712.

A contraprestação baseia-se em cálculo de ganhos recíprocos. A bonificação não pode ser alta demais de modo a retirar o proveito daquele que originariamente se beneficiaria, nem ficar restrita apenas à compensação das perdas a ponto de não incutir o interesse na mudança.

Por certo que os conceitos de eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks foram inaugurais e desencadearam reflexões mais complexas, como as questões destacadas em Mackaay¹⁰: 1. Eficiência não pode ser o fundamento absoluto da distribuição de propriedade; 2. A tese acerca de eficiência não é falseável, insuscetível de crítica; 3. Nenhum problema tem apenas uma solução eficiente; 4. Concebe-se a subjetividade dos valores que, juntamente com outros agentes de variação, incapacitam a aferição do resultado ótimo; 5. Põe em dúvida a origem da lógica da eficiência percebida; 6. Questiona o conceito quando confrontado com as questões distributivas.

O conceito de eficiência é fundamental porque é a partir dele que se organizam as propostas normativa e positiva, no sentido de identificar quão eficiente é o sistema de norma para induzir comportamentos específicos, ou de que modo a sanção afeta o comportamento destinatário da norma.

1.4 Custos de transação e externalidades

Os fatores de produção podem ser enunciados como sendo estrutura, matéria-prima, tecnologia, capital e mão de obra. A despeito da possibilidade de variação de cada um desses componentes, eles podem ser admitidos como conhecidos, ingressam como custos, revelam-se antes

¹⁰ MACKAAY, Evert P. History of law and economics. **Encyclopedia of law and economics**, 2000, p. 77-80.



de incorporar a linha de produção. Em economia, são tratados como informação capaz de afetar o preço. Para Marshall¹¹, a fórmula para valoração dos bens seria: utilidade marginal+lei da oferta e da procura+custos de produção (terra, capital e trabalho).

Os custos de transação abrangem, além dos componentes previstos para a produção, outros que são eventuais e de valor insuscetível de estimativa. São os custos que decorrem diretamente do grau de confiabilidade e clareza da alocação dos direitos, são também proporcionais à eficiência e previsibilidade da execução das dívidas.

Existem, no entanto, outros fatores que não são inseridos na informação e, por esse motivo, não compõem os preços. São acidentais e, portanto, de contabilização e estimativa oscilante. Quanto maior o grau desses fatores, menor a precisão na formação do preço. A presença desses fatores decorre das relações entre agentes econômicos. Apesar de a expressão remeter à ideia de oneração da produção, as externalidades podem ser positivas ou negativas.

Segundo Derani e Aquino Neto¹², “o grande problema das externalidades é que elas não se incorporam ao preço, uma vez que não geram custos aos agentes envolvidos na atividade em questão. Uma vez que não estão no custo, não podem fazer parte do preço”. Esse custo será assimilado por todos os envolvidos no processo econômico de geração de riqueza.

11 MARSHALL, Alfred. Principles of Economics. London: Macmillan and Co., Ltd. 1920. **Library of Economics and Liberty**. Disponível em <http://www.econlib.org/library/Marshall/marP.html>. Acesso em: 21 maio 2016.

12 AQUINO NETO, D. A. de; DERANI, C. A Valoração Econômica dos Bens Ambientais. **Hiléia**, v. 9, p. 49-69, 2014, p.57.

Em matéria ambiental, as externalidades negativas surgem da necessidade de oferecer serviços necessários que inicialmente eram prestados sem a intervenção humana, como oferecidos naturalmente, ou seja, é a tentativa de minimizar os efeitos daninhos gerados por atividades produtivas e de consumo¹³.

Surge com as externalidades outra justificativa de intervenção do Estado na economia: preveni-las. Ainda que solução interventora para os conflitos gerados por externalidades negativas deva ser evitada, ela não pode ser desprezada porque as forças de mercado tendem a buscar o maior proveito econômico na produção de riqueza e desprezar os custos que gera e distribui.

A busca de eficiência econômica (maior ganho) tende a isolar o processo produtivo, colocar dentro dele apenas o que afeta o preço, dirige-se a considerar cada investimento individualizadamente, descolado dos demais interesses que não o afetem, sejam eles próximos ou distantes, no espaço ou no tempo.

A projeção de longo prazo e a diversificação das preocupações que envolvem a geração de riqueza, como acontece em questões ambientais, transforma em parcela do custo o impacto que a atividade gera. Com isso, a oneração da atividade cria limitações capazes de reequilibrar o proveito dos empreendimentos, rumo à sustentabilidade.

Os custos para gerar riqueza, e que extrapolam a relação bilateral produtor e consumidor, passam a circular externamente aos agentes envolvidos na transação, são diluídos no mercado de modo aleatório.

13 ALCOFORADO, I. G.; BALLESTEROS, V. H. M. Apuntes Sobre: The Problem of the Social Cost. eGesta- **Revista Eletrônica de Gestão de Negócios**, v. 6, n. 1, p. 46–59, 2010, p.48.



A incapacidade das forças do mercado de prevenirem as externalidades permite conceituá-la como falha de mercado.

A ação econômica busca reduzir ao máximo as intervenções que oneram o produto final, não importando se seus efeitos atingem terceiros (externos) não envolvidos diretamente na relação de troca. A legislação protetiva ambiental tem o alcance econômico de inibir esse efeito, em algumas situações será capaz de fazer o custo médio de o produto tocar a curva de demanda em volume que a natureza seja capaz de suportar.

1.5 Utilidade da Análise Econômica do Direito

Os conceitos de Direito Econômico e Análise Econômica do Direito podem sugerir certa confusão. Os dois são instrumentos úteis para ação econômica, porque capazes de influir na ação do agente econômico. Diz-se Direito Econômico à “normatização da política econômica como meio de dirigir, implementar, organizar e coordenar práticas econômicas, tendo em vista uma finalidade ou várias e procurando compatibilizar fins conflituosos dentro de uma orientação macroeconômica”¹⁴.

A utilidade do Direito, pelo viés econômico, consiste em “traduzir normativamente os instrumentos de política econômica do Estado”, conforme estabeleceu Fábio Comparato¹⁵. Além de sistematizar o estudo de variáveis econômicas, o Direito ainda proporciona o estudo da regulação

¹⁴ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2007.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 80.

pública da economia e torna a abordagem funcional¹⁶, cria um objetivo a ser alcançado com os mecanismos econômicos.

A Associação Americana de Direito e Economia reconheceu a existência de quatro “pais” (*founding fathers*) da disciplina: Ronald Coase, Richard Posner, Guido Calabresi e Henry Manne¹⁷, a despeito da contribuição vasta que outros estudiosos deram para o seu progresso. Os estudos tendentes à conjugação do direito com economia surgiram nos Estados Unidos, nas Universidades Chicago e Yale, depois o movimento se espalhou primeiro pelos Estados Unidos e depois pelo mundo, por esse motivo essas duas escolas merecem destaque diferenciado na compreensão da Análise Econômica do Direito.

Outros estudiosos também foram relevantes para estruturar o que hoje se conhece por Análise Econômica do Direito. A contribuição de Guido Calabresi, da escola de Yale, incide sobre “Torts”, envolve aspectos de ilicitude, dano, responsabilidade e reparação. Para Calabresi, a indenização resultante de ação danosa deve seguir critérios de eficiência. Essa ideia é construída com o reconhecimento da reciprocidade de interesses na adjudicação das externalidades negativas geradas pela ação danosa. A sua principal contribuição vem com “Some Thoughts on Risk distribution and the Law of Torts” (1961).

Na análise econômica, a pergunta que está sempre presente é o que faz as pessoas agirem de determinado modo, para buscar mecanismo

16 SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos Parâmetros para Intervenção do Estado na Economia** - Série direito em debate. São Paulo: Saraiva, 02/2012, p.18. (Coleção DDJ- Vital-Source Bookshelf Online).

17 BECKER, Gary. **An Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 1976, p. 151-158, p. 154.



cooperativo que induza à realização do valor implícito na norma. A abordagem econômica do direito não descuida de dotar esses valores de facticidade. Justiça não é eficiência, mas não prescinde dela. Não há como discorrer sobre o justo sem contemplar o modo de realizá-lo, os meios e as consequências para alcançá-lo.

O juízo disjuntivo pelo qual o direito se expressa baseia-se na liberdade e tem como ideal a realização de justiça. A economia pressupõe escassez e está voltada para a eficiência. Essas premissas revelam que a combinação metodológica pode ser proveitosa. Nenhuma ciência social é capaz de abranger todas as implicações do fato social.

A Justiça não se subsume à eficiência, mas a contempla e demonstra interseção teórica necessária entre direito e economia. O justo no âmbito jurídico não pode se apartar das condições de realização e das consequências que acarreta. A economia oferece ferramentas e métodos úteis para se quantificar e uniformizar procedimentos, traz a possibilidade de apresentar parâmetros para serem usados nas categorias que o dogmatismo jurídico elege, contribui para realizar distribuição equitativa, para “dar a cada um o que é seu”, presta-se também para dimensionar consequências jurídicas.

Nesse sentido, pode-se dizer que justiça e eficiência são utopias, horizontes ou finalidades desses dois ramos do pensamento humano: direito e economia. O componente ético da economia é assimilado do político, expresso no jurídico. Esse horizonte, agora revestido de conteúdo ético, será reconhecido e dimensionado por indicadores que a economia oferece, no sentido de aperfeiçoar a noção de justiça, realizar mais com menos. A ela incumbe trazer a dimensão consequencialista que o direito não se ocupa.

Não há dificuldade em reconhecer injustiça no desperdício. O problema reside em dimensionar condições sociais e individuais que permitam extrair de um comportamento ineficiente o desperdício. Essa questão é traduzida em números e indicadores quando se utiliza o utilitarismo como fundamento teórico.

Com parâmetros quantificáveis, a pretensão de realizar justiça não está ancorada apenas na argumentação daquele que está incumbido da decisão. A proposta da Análise Econômica do Direito é encaminhar o jurista para alcançar eficiência, tomada como sinônimo de desperdício. Estima-se que mais adequadamente, ou em maior amplitude, será capaz de realizar direitos individuais e coletivos.

A eficiência respalda-se no utilitarismo, ele sugere a instrumentalização da felicidade para maior número de pessoas. Mas mesmo a noção de felicidade parece tão abstrata quanto à pretensão de justiça. Para sedimentá-la, o pragmatismo próprio da sociedade americana, permite substituir a ideia de felicidade por riqueza, conforme sugeria Adam Smith ao tratar da riqueza das nações.

Apesar de parecer reducionista, o salto necessário para traduzir justiça por riqueza se justifica porque a nossa organização social fez do monetário o bem mais fungível de todos. A riqueza substitui o vago dever-ser próprio do deontologismo, que promove o valor como hipótese, e não como resultados. É com riqueza (poder de barganha) suficiente e na presença de ambiente adequado para realizar trocas que as pessoas exercem sua autonomia e liberdade.

Por esses motivos, fica difícil pensar na Análise Econômica do Direito sem que esteja situada em cenário econômico que admita a apropriação privada, onde exista ambiente de trocas e liberdade de escolha. Em outras



palavras, o capitalismo, mercado e liberalismo são realidades incidíveis da compreensão da justiça a partir da eficiência na geração de riqueza.

No entanto, nem tudo que é eficiente pode ser tomado por justo, o resultado pode sinalizar que nem todos os componentes que deveriam ser considerados para se intuir eficiência entraram na consideração do “mais com menos”. Há reciprocidade nos valores eficiência e justiça, ambos importam, a relação é dinâmica e também oscila entre o quantitativo e o qualitativo.

O direito se propõe a oferecer resposta às questões insolúveis da filosofia quando se depara com a necessidade da preservação do direito de um, mesmo sob ameaça de vários. Mas oferecer solução dialética, criticável por seus fundamentos, capaz de reproduzir o fim social a que a lei se destina traz o Judiciário para questões de política pública.

Até o advento do Estado de bem-estar social, o privado regia as relações na sociedade, depois se funcionalizou. O direito público voltava-se para a administração pública, com a mudança de finalidade do Estado, ele passou a interferir também nas relações privadas. Ao tempo em que se propõe a oferecer direitos sociais, retira da sociedade recursos que deve empregar conforme as políticas públicas expressas pelo ordenamento. A eficiência, nesse caso, é um imperativo que se impõe na sua dimensão quantitativa mesmo.

Para esse intento, a Análise Econômica do Direito oferece contribuição que a dogmática jurídica é incapaz. O legislador vê-se compelido a sopesar quais os incentivos e desestímulos que a expressão normativa produz. Os indicadores econômicos são hábeis a demonstrar a eficiência da norma para produzir o resultado pretendido. Os ajustes necessários na criação, interpretação e aplicação da norma é complexo em razão do leque de princípios que a modernidade se dispôs a implemen-

tar. O direito converte-se em arte, exige genialidade e criatividade, para isso serve-se das contribuições de outras ciências.

Pode-se dizer que a Análise Econômica do Direito (AED) é ferramenta à disposição de todos aqueles que utilizam o direito. A eficiência é forma de alcançar valor, qualquer que seja ele, e deve ser buscada como indicador da capacidade de realizar mais com menos. A atuação do Judiciário, como função de Estado, também está ancorada nos conceitos econômicos de racionalidade, o encaminhamento das soluções a que se propõe passa pelo sistema de estímulo e desestímulo.

No entanto, não se deve confundir eficiência com eficiência econômica. Naquela, o valor perseguido comporta preenchimento, cabe à sociedade definir as balizas que estruturam sua organização social e econômica, é processo político em permanente construção. Nesse sentido, a eficiência econômica é mais um dos valores possíveis. A visão econômica das instituições atribui-lhes o papel de reduzir custos de transação, reduzir externalidades, eliminar falhas do mercado.

Supor o Direito como técnica de solução de problemas humanos, com conteúdo adaptável à evolução das questões, conforme sugere Gramstrup¹⁸, permite inferir a análise econômica não apenas como baliza axiológica e mecanismo hermenêutico. Como valor, está implícita na Análise Econômica do Direito a vantagem econômica. Como hermenêutica, o esforço de fazer convergir o direito para as pessoas que mais o valorizam economicamente:

18 GRAMSTRUP, Erik Frederico. Evolução histórica do direito privado – Sistemas jurídicos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Org.). **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008.



Pode-se definir a análise econômica do direito como uma metodologia fortemente influenciada por um pragmatismo filosófico e por uma lógica consequencialista (já presentes nas anteriores escolas do utilitarismo benthamiano e do realismo jurídico norte-americano), de maneira que o foco de estudo passa a ser não mais a investigação do fato causador, mas sim os resultados que se pretende obter e os meios necessários para tanto¹⁹.

Com a ajuda de Ivo Gico Jr. (2014, p.1), extrai-se que a Análise Econômica do Direito (AED) é campo do conhecimento humano, é ciência, é técnica, fundada na experiência econômica capaz de agregar componente na compreensão e alcance do Direito e, desse modo, trazer componente capaz de facilitar a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

A Análise Econômica do Direito não se confunde com Economia, tampouco com o Direito, encontra-se na relação entre ambos. Para Bruno Salama²⁰,

[...] o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser

19 TEIXEIRA, Pedro Freitas; SINAY, Rafael; BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. **A análise econômica do direito na axiologia constitucional**. BNDES (Biblioteca Digital). Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/3685/1/A%20an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito_P_BD.pdf. Acesso em: 17 out. 2017, p. 191.

20 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia”? In: TIMM, Luciano Benetti; CATEB, Alexandre Bueno *et al* (Org.). **Direito & Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 3.

científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade.

Assim como a existência dos ramos do direito não importa na pretensão de qualquer deles em se sobrepujar os outros, o conhecimento, ou técnica, tendentes a valorizar aspectos econômicos na solução de problemas jurídicos, não importa em tentativa de colonização do Direito pela Economia. Qualquer dos dois, ou ambos em conjunto, são incapazes de oferecer respostas definitivas para os desafios sociais.

Segundo Posner²¹, a compreensão dos aspectos econômicos dos direitos de propriedade, carece da distinção entre análise estática e dinâmica, aplicada na Economia: “a análise estática elimina a dimensão temporal da atividade econômica” e na análise dinâmica, a “premissa das adaptações instantâneas a mudanças é flexibilizada, é normalmente mais complexa que a análise estática”.

A Análise Econômica do Direito (AED) é método de avaliação de critérios para a distribuição do direito às partes em litígio, voltado para microeconomia²². Utiliza ordinariamente a fixação de preços para o balizamento da utilidade; na definição da distribuição dos direitos de propriedade, funciona como referência subsidiária que o Direito pode lançar mão.

Ainda sobre os elementos relevantes para compreender a Análise Econômica do Direito, sobressaem os custos do direito. Eles são relevantes para informação gerencial e dimensional da eficiência, de modo a possibi-

21 POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 6. ed. New York, NY, USA: Aspen Publisher's, 2002.

22 Microeconomia, o estudo de como os indivíduos e as firmas tomam decisões e de como essas decisões afetam os preços e a produção de bens e serviços. Por sua vez, a Macroeconomia é o estudo dos agregados de indivíduos, preços e produção (WESSELS, 2006, p.1).



litar a tomada de decisões. Os custos se convertem em baliza quantitativa da destinação da titularidade, ou preferência, do direito em questão.

A crítica que se opõe à análise econômica refere-se à abrangência da utilidade e da forma como são problematizadas as questões; a importância do direito não deveria estar restrita à execução dos contratos. Se assim fosse, caberia ao Judiciário apenas duas atribuições: reduzir externalidades e, juntamente com a funcionalidade da lei, assegurar a execução dos contratos. A coerção, como negação do direito, é repudiada por integrar o que se denomina soluções não cooperativas, conforme auxilia Copetti Neto²³:

Evidentemente, a coerção se fazia presente na esfera privada, talvez de modo indistinguível daquele exercido pelo poder governamental, porém tradicionalmente camuflada como liberdade de ação, protegida e possibilitada – pela coerção estatal – sob a forma de um sistema criado, acredita-se, justamente para fortalecer não a liberdade na sociedade em seu aspecto empírico, mas, especialmente para, de modo abstrato, enrijecer a premissa colocada como liberdade contratual.

Com estudos situados entre o Direito e a Ciência Econômica, Richard Posner encaminhou-se para explicar a atitude social do homem e tomou como referência a Teoria Econômica; desse modo, ela serviria de parâmetro para solução de conflitos e substituiria a aspiração de justiça de difícil quantificação por um conteúdo objetivamente dimensionável. Ele

23 COPETTI NETO, Alfredo. Pragmatismo em Filosofia, Realismo em Direito e o Duplo Assalto à Economia Política Clássica: as bases do First Law and Economics Movement na Progressive Era Americana (1880-1930). **Revista Sequência**, v. 33, n. 65, p. 209–239, 2012. Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, p. 225.

promoveu maior distanciamento da visão sociológica, antropológica ou filosófica do Direito. Posner contribui porque proporciona a mesma atitude de distanciamento de aspectos de difícil quantificação nos conflitos.

Pode-se afirmar que o estudo das relações entre Direito e Economia resulta na análise econômica do direito, constitui-se em estratégia de desenvolvimento econômico e melhoria do ambiente de negócios²⁴. Daí Armando Pinheiro inferir que a Análise Econômica do Direito se “constitui ferramenta econômica para discutir desenhos jurídico institucionais, bem como ser sensível à lógica interna ao sistema jurídico e sua estrutura normativa”.

A Análise Econômica do Direito seria, portanto, a análise dos custos dos direitos; num instrumento para “compatibilização entre a racionalidade econômica e a racionalidade jurídica”²⁵, útil para promover internalização de custos, aumento da previsibilidade de resultados e da precisão da vantagem econômica que se pode extrair da aplicação do direito (*Law and Economics*).

Fica evidente o universo de possibilidades a ser explorado em termos de aplicações práticas a partir de uma ideia relativamente simples, como é simples a motivação das escolhas humanas: otimização dos ganhos. A ausência de carga axiológica do mecanismo permite que a Análise Econômica do Direito seja utilizada para incrementar os valores que lhe sejam externos; no presente caso, os valores de preservação ambiental sem virar as costas para a propriedade privada.

Funções das leis econômicas, segundo “Direito Economia e Mercado”: 1. Proteger direito de propriedade privada; 2. Criar regra para ne-

24 SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 124.

25 GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. 2005, p. XXI.



gociação e alienação; 3. Definir regras de acesso e saída do mercado; 4. Promover competição; 5. Regular estrutura industrial como a conduta das empresas nos setores de monopólio.

O ordenamento, segundo Bobbio²⁶, é o conjunto de normas que visa determinar a conduta, a organização ou programa de agentes econômicos sustentados pela sanção do Estado. Daí a necessidade de se reconhecer quais seriam os comportamentos que a Análise Econômica do Direito busca induzir por seus valores, conforme sucede.

1.6 Valores protegidos pela Análise Econômica do Direito

Na interpretação da Lei há de se distinguir sempre quais são os objetivos pretendidos e os valores perseguidos, o Direito surge na comunicação e explicitação do que se entende por vida humana, fornece marcos simbólicos capazes de se converterem em vetores que definem o espectro de possibilidades do agir ético que costuma receber o nome de mínimo existencial.

Esse conceito apresenta-se progressivamente ao longo das gerações, supera a realidade que se degrada fisicamente como resultado da incapacidade de o ser humano se perceber parte, e não dono da natureza, com prerrogativas e garantias que surgem dos avanços históricos da humanidade, mas também com deveres contraídos pelas escolhas e ações mal formatadas.

Há, portanto, limite biológico suscetível de ser transposto por escolhas expressas no jurídico, mas estas não excluem preço que a raça humana pode ser chamada a pagar com a incompatibilidade biológica dos

26 BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 36.

espaços que cria. Para Carlos Gurgel²⁷, “[n]o que toca à ética do desenvolvimento, vale asseverar que nenhum crescimento econômico deve justificar a degradação das variantes ambientais a ponto de estabelecer uma ruptura intertemporal nas cadeias de reprodução da vida”.

Por se tratar de uma ferramenta, a Análise Econômica do Direito tem a sua contribuição axiológica limitada, o que não exclui sua utilidade para tornar efetiva a dupla tarefa que Dworkin²⁸ atribui ao ordenamento jurídico: a de garantir simultaneamente os requisitos de segurança jurídica (*fairness* e *due process* – respeito aos procedimentos e às regras pré-estabelecidas) e de justiça que se expressa na correção normativa substantiva, tendo-se em vista o conteúdo moral dos direitos fundamentais democraticamente positivados. Ainda conforme Dworkin²⁹ (1980), em sua visão crítica sobre a Análise Econômica do Direito,

A maximização da riqueza, assim definida, é alcançada quando os bens e outros recursos se encontram nas mãos daqueles que lhes atribuem maior valor, e alguém atribui mais valor a um bem somente se ele ao mesmo tempo está disposto a pagar e é capaz de pagar um valor pecuniário maior (ou em valor equivalente a dinheiro) para tê-lo. Um indivíduo maximiza a sua própria riqueza quando ele au-

27 GURGEL, Carlos Sérgio. **A Visão Antropocêntrica no Direito Ambiental Brasileiro**. Disponível em: https://www.academia.edu/19019907/A_VIS%C3%83O_ANTROPOC%C3%80NTRICA_NO_DIREITO_AMBIENTAL_BRASILEIRO. Acesso em: 28 dez. 2015.

28 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 96.

29 DWORKIN, R. Is wealth a value? **The Journal of Legal Studies**. v. 9, 1980. p. 237.



menta o valor dos recursos que ele possui; sempre que ele é capaz, por exemplo, de comprar algo que ele considera valioso por uma soma menor do que ele estaria disposto a pagar por isso.

No mesmo sentido é Hugo Segundo³⁰, ao discorrer sobre a segurança jurídica e a justiça como fundamento do ordenamento jurídico em termos metafísicos, proporciona reflexão sobre o grau de contribuição que a Análise Econômica do Direito pode dar para realizar os valores previstos no ordenamento de realizar segurança e justiça. Mas, como ele próprio destaca, “não deve ser procurada como algo que existe, em si e por si, na natureza”³¹, não é um sentimento que pode ser extraído conforme as convicções do julgador na solução casuística, precisa aproximar-se das escolhas que o ordenamento lhe impõe, baseado na eficiência.

A racionalidade que move o homem está mais para o hedonismo do que para o lucro de uma cadeia produtiva esvaziada de valores metafísicos. Tende a representar o útil, o justo. A razão humana reproduz sentimentos que projetam o sentido da vida e a consciência de proveito dentro de uma coletividade. Mesmo a satisfação individual só faz sentido em contexto social apto a reconhecer essa experiência.

A necessidade de reconhecer-se no outro faz da família e do espaço coletivo realidade indissociável do desenvolvimento pleno das potencialidades individuais. Da necessidade do espelho surgem as cidades. Da busca pelo bem-estar, a preservação ambiental. O indivíduo depende do corpo

30 MACHADO SEGUNDO, H. de B. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível, 2009. Universidade de Fortaleza.

31 *Op. cit.* p. 2.

social enquanto ambiente coletivo adequado para reconhecimento e desenvolvimento próprio. O inverso, sobre a dependência do corpo social em relação ao indivíduo, se expressa analogamente à ideia de corpo e membro: o membro separado do corpo tem pouca utilidade; o corpo sem membro fica funcionalmente debilitado, ou nos dizeres de Paulo Antunes ³²:

É evidente, nessas condições, que a cidade existe naturalmente e que é anterior aos indivíduos, pois cada um destes, isoladamente, não é capaz de bastar-se a si mesmo e está [em relação à cidade] na mesma situação que uma parte em relação ao todo; o homem que é incapaz de viver em comunidade, ou que disso não tem necessidade porque basta-se a si próprio, não faz parte de uma cidade e deve ser, portanto, um bruto ou um deus.”

A resistência que haveria para legitimar o método da Análise Econômica do Direito, em parte se deve à necessidade de dotá-la de justificação moral própria, que dispense elemento exterior ao pensamento econômico. Por esse motivo, sublima-se o crescimento econômico. Ele é o único capaz de conferir riqueza de modo a proporcionar realização pessoal pela aquisição de bens e condições que assegurem patamar mínimo de dignidade.

A maximização da riqueza da sociedade passa a ser tomada como instrumento, ou etapa necessária, para a realização plena do indivíduo e, nesse sentido, a Análise Econômica do Direito centra todos os seus esforços. Dela são excluídos objetivos distributivos, por se acreditar que essa finalidade não compete ao direito privado. Em Posner, a maximização da riqueza assume a feição de imperativo moral.

32 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: GEN, 2014, p. 9.



Essas considerações demonstram que a compatibilidade entre os princípios da propriedade privada e a defesa do meio ambiente importa numa nova epistemologia que os contemple de modo indissociável e complementar, conforme induz Enrique Leff³³:

A epistemologia ambiental não indaga unicamente sobre as estratégias de poder que se manifestaram nas formações discursivas do desenvolvimento sustentável e sobre a produção de conceitos práticos para a gestão ambiental. Também oferece fundamento para construir um novo objeto de conhecimento da economia. E epistemologia ambiental orienta a construção de uma nova racionalidade produtiva fundada na articulação de processos ecológicos, tecnológicos e culturais, do material e do simbólico.

Pode-se afirmar, ainda sob o escólio de Leff, que a racionalidade perseguida não é monofacetada. Essa racionalidade ambiental não está adstrita a uma estrutura econômica específica, tampouco o seu universo de valores é restrito. Ela se constitui pela expressão de “pensamentos, princípios éticos, processos de significação, práticas e ações sociais” diversificadas capazes de orientar a concretização de princípios.

Desse embate de ideias, para onde convergem os interesses sociais, emergem os valores que serão potencializados com a ajuda da Análise Econômica do Direito, porque dota de eficiência a intervenção que o Estado e a sociedade são chamados a fazer no sentido de alcançar sustentabilidade, conforme percebido por Jorge Reis Novais³⁴:

33 LEFF, Enrique. **Aventuras da epistemologia ambiental**: da articulação das ciências ao diálogo de saberes. Tradução de Glória Maria Vargas. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 46.

34 NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2003, p. 700.

Nas circunstâncias concretas da realidade constitucional, aquilo que há para ser avaliado axiologicamente e as opções que os poderes constituídos são chamados a fazer nunca se referem a cada um dos bens constitucionais no seu todo e abstractamente considerados enquanto tal, mas antes, e mesmo quando se está no plano da previsão reguladora do legislador, a modalidades concretas, parcelares, marginais ou circunstanciais de cada um deles.

Em certa medida, o que a ordem jurídica busca proteger, juntamente com a democracia e o ideal de autogoverno, são os valores de liberdade e igualdade. No entanto, para alcançá-los há quatro desafios que a organização social deve ser capaz de equacionar conforme sugere Vargas-Reina, em estudo sobre Adam Przeworski: 1. Gerar igualdade socioeconômica; 2. Participação política eficaz; 3. Garantir que os governos desempenhem o papel para o qual foram eleitos; 4. Equilibrar participação do Estado com liberdade.³⁵

Nesse sentido, a solução cooperativa, cerne da Análise Econômica do Direito, só faz sentido quando as pessoas afetadas pela decisão podem participar das deliberações, adequadamente informadas, de modo a repelir interferências indevidas ou equações incapazes de alcançar os custos sociais daí decorrentes.

35 No original: "Se ha asociado la democracia con el ideal de autogobierno y con los valores de libertad e igualdad, pero las democracias contemporáneas actuales enfrentan cuatro desafíos que no han podido resolverse y generan una profunda insatisfacción: 1. la incapacidad de generar igualdad socioeconómica; 2. de hacer sentir a la gente que su participación política es efectiva; 3. de asegurar que los gobiernos hagan aquello por lo que fueron elegidos; 4. de equilibrar orden con interferencia, es decir, garantizar estabilidad y, al mismo tiempo, libertad". (VARGAS-REINA, J. Reseña de "Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades de autogobierno" de ADAM PRZEWORSKI. **Revista Estudios Socio-Jurídicos**, v. 13, n. 1, p. 491-495, 2011. p. 491).



A proposta de harmonizar princípios exige olhar ambiental – sobre a propriedade – mais complexo e objetivo. Nesse sentido, há certa provocação para gerar novas significações sociais e subjetivas sobre princípios que se acreditavam perfeitamente configurados na sua natureza e limites, novas formas de subjetividade e posicionamentos políticos ante o mundo.

No entanto, para ampliar essas significações não se exploram a “questão do poder e a produção de sentidos civilizatórios”³⁶, gerados pelo contexto em que se aplica a harmonização. O incremento que a matemática e os indicadores trouxeram para o direito ajuda a encontrar respostas, mas as perguntas ainda ficam restritas no âmbito da hermenêutica.

Acho que tanto a teoria dos jogos – que é a forma moderna da teoria política – quanto os métodos econométricos [...] fizemos um progresso tremendo. Essas ferramentas são extremamente úteis. Os jovens estão aprendendo e estão fazendo um excelente trabalho. A estreiteza me incomoda. Vamos colocar da seguinte forma: acho que a nossa habilidade de fazer perguntas diminuiu; nossa habilidade de respondê-las aumentou.³⁷

Reconhecer tais limitações aos indicadores, não importa deixar de perceber que o pensamento da Análise Econômica do Direito leva em consideração valores complexos como a distribuição da riqueza e o fortalecimento do bem-estar social, mas o faz tomando por fundamento a

36 LEFF, Enrique. **Aventuras da epistemologia ambiental**: da articulação das ciências ao diálogo de saberes/Enrique Leff. Tradução de Glória Maria Vargas. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p.61.

37 LATTMAN-WELTMAN, F. Entrevista com Adam Przeworski. **Estudos Históricos (Rio de Janeiro)**, v. 27, n. 53, p. 207–214, 2014. FGV. p. 214.

primazia da escolha humana, individualista e liberal. O bem deve estar na mão de quem mais o valoriza.

Nesse sentido, evita-se a visão que identifica a Análise Econômica do Direito com proposta irracional de alienação e confirmação da incerteza gerada pelo mercado que oscila conforme as forças que nele atuam. Nem se admite que esse mercado precisaria estar sustentado sobre processo incontrolável e insustentável de produção. O modelo que conduz à falência de processos produtivos pela sua incapacidade de se tornar inesgotável não está necessariamente no escopo da Análise Econômica do Direito, tampouco toma essa lógica como expressão de sentido aproximado de desenvolvimento humano.

Desse modo, fica melhor para reconhecer que as linhas gerais expressas na Política Nacional de Meio Ambiente e na Constituição são compatíveis com a Análise Econômica do Direito. Admitir que o recurso natural deve ser entendido no seu contexto ecológico, faz desse valor objetivo a ser perseguido. A Análise Econômica do Direito atua no sentido de fornecer mecanismos para tornar essa a diretriz de reconstrução das práticas econômicas, o mais eficiente possível. Na percepção de Cristiane Derani,³⁸ destaca-se,

Na perspectiva de um utilitarismo econômico, a água é tão somente um recurso hídrico. Na perspectiva real da PNMA (e da Constituição), a água é um bem indispensável à saúde, à biodiversidade terrestre e aquática, aos valores estéticos, culturais e espirituais dos povos. Nesse

38 DERANI, C.; SOUZA, K. Instrumentos Econômicos na Política Nacional do Meio Ambiente: por uma economia ecológica. **Veredas do Direito: Direito Ambiental**, v. 10, n. 19, p. 247–272, 2013, p. 250.



diapasão deve seguir a compreensão sobre os recursos ambientais que compõem o meio ambiente.

Nesse sentido, é preciso reconhecer que a Ciência Econômica, voltada para o dilema da escassez e da necessidade de eficiência no uso dos recursos produtivos, pode oferecer subsídios e instrumentos para promover a busca do Direito por justiça. A dificuldade encontra-se na promoção de arranjo que delimite em que consiste justiça, mas não é o único desafio, conforme destaca John Rawls³⁹ “Um certo consenso nas concepções da justiça não é, todavia, o único pré-requisito para uma comunidade humana viável. Há outros problemas sociais fundamentais, em particular os de coordenação, eficiência e estabilidade”.

A análise econômica oferece mais objetividade e precisão na tomada de decisões. Esse tipo de análise toma como pressuposto o valor econômico da eficiência ou o princípio da maximização da riqueza como “standard ético para determinar quando uma decisão particular pode considerar-se justa”.⁴⁰

Diversamente do que possa sugerir, mesmo diante da pretensão de objetividade do direito americano, o valor justiça também é fundamento de validade de suas normas, conforme se observa na 14ª Emenda, em 1868, onde está prescrito que “nenhum Estado fará ou executará nenhuma lei, com efeito de reduzir as prerrogativas ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem tampouco Estado algum privará uma pessoa de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo jurídico (*without due process of law*); nem denegará a alguma pessoa, dentro de sua jurisdição, a igual proteção das leis”.

39 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 6.

40 ALVAREZ, A. B. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, estado e sociedade**, v. 9, n. 29 jul/dez, p. 49 a 68, 2006. Rio de Janeiro, p. 51.

A posição ideológica da Suprema Corte Americana é de alinhamento com a política econômica do *laissez-faire*, sob a fundamental premissa de que o individualismo é moral e economicamente ideal, conforme explicita Alfredo Copetti Neto.⁴¹

Ainda no que se refere a conteúdo valorativo do confronto dos princípios da propriedade e da defesa ambiental, César Benjamin⁴² observa que a obra Cuidando do Planeta Terra (HOLDGATE, 1991), publicação conjunta da UICN/PNUMA/WWF, representou substrato teórico para os novos posicionamentos do movimento ecologista. Ele ataca o modo de produção que importa em altos custos sociais e ambientais e que, por si só, representa a eleição de um valor específico.

Por fim, pode-se concluir, em relação à elevada carga valorativa que está envolvida no conflito relativo à proteção ambiental na presença de interesses de propriedade, que essa relação é dinâmica, isto é, oscila conforme o ser humano compreende seu papel e objetivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Análise Econômica do Direito é útil para a harmonia dos princípios da propriedade privada e defesa do meio ambiente no espaço urbano e dispõe de instrumentos legais úteis para aumentar a eficácia das normas

41 COPETTI NETO, Alfredo. Pragmatismo em Filosofia, Realismo em Direito e o Duplo Assalto à Economia Política Clássica: as bases do First Law and Economics Movement na Progressive Era Americana (1880-1930). **Revista Sequência**, v. 33, n. 65, p. 209–239, 2012. Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, p. 5.

42 BENJAMIN, César. Nossos verdes amigos. **Teoria & Debate**. v. 12. 1990, p. 54.



protetivas que podem ser utilizadas pelos três Poderes, assim como pelos agentes de mercado, conforme as escolhas racionais que fazem.

A lógica da vantagem individual não exclui o proveito coletivo, do contrário, o induz. Mesmo diante do esforço de se ampliar a proteção ambiental, pode-se ainda incrementar o proveito econômico da propriedade privada, com a alocação adequada dos direitos que lhe são agregados. Considerações sobre o custo social de atividade podem reposicionar a pretensão de investimentos dos empreendedores, de modo a torná-los agentes promotores dessa ordem centrada no ecológico.

O conhecimento dos conceitos da Análise Econômica do Direito (AED) revela natureza, utilidade e forma de aplicação dessa ferramenta que inculca elementos da economia para abordagem de questões jurídico-normativas. Por meio da Análise Econômica do Direito, conclui-se que as políticas econômicas atuais devem buscar a internalização das externalidades ambientais geradas no processo de acumulação do capital.

O pensamento econômico contribui para orientar o mecanismo regulatório e preventivo do qual o Estado e o Mercado dispõem para onerar condutas que superam a capacidade de processamento ambiental. Conferir eficácia às diversas leis ambientais publicadas é outro resultado que se pode esperar do pensamento econômico.

Eliminação de subsídios e isenções que acompanhe o interesse em despovoar áreas em que o uso do solo não seja adequado é o ponto de partida para o agir econômico na proteção ambiental. Cobrança adequada por serviços de água, drenagem e energia que leve em consideração o custo ambiental e social é mecanismo para tornar evidentes valores de troca que estão em jogo quando há pressão imobiliária sobre espaços naturais que prestam serviços ambientais urbanos.

[Ir para o índice](#)

Permitir, ou não onerar de forma adequada, a ocupação, ou degradação de espaços naturais, significa estimular formação de aglomerados habitacionais com alto potencial de desagregação e abandono ao longo do tempo; funciona como atrativo para interrupção de serviços urbanos básicos, reduz oportunidade de trabalho e aumenta a criminalidade.

Métodos de avaliação e quantificação da relevância dos espaços naturais urbanos concorrem com outros indicadores que a valoração jurídico-política possa revelar. Mesmo os recursos ambientais aparentemente abundantes precisam ser tratados como escassos, por três aspectos: alto valor de uso (sobrevivência), impossibilidade de ser produzido pelo homem e risco de perecimento quando confrontado com o efeito devastador da poluição.

Desse modo, a defesa ambiental não se restringe a imperativo legal e princípio constitucional, mas principalmente à necessidade biológica. À economia resta enfrentar a correta alocação para garantir às gerações futuras o direito de usufruir de um meio ambiente sadio.

Não cabe exclusivamente ao Legislativo a oportunidade de criar mecanismos para direcionar a escolha dos proprietários de imóveis no sentido de preservar espaços naturais. Existe o âmbito da liberdade no qual as trocas econômicas podem convergir para o comportamento esperado. A ação dos agentes políticos e econômicos devem convergir para incorporar premissas econômicas e ecológicas. O Judiciário, imbuído dessa lógica, é capaz de dar coerência a todo esse sistema protetivo, cujos incentivos econômicos apontam para atividades sustentáveis.

A conexão dos conceitos econômicos e ambientais deve ser apropriada pelo julgador, de modo a oferecer solução cooperativa para conflitos de interesses envolvendo os dois princípios constitucionais da proprieda-



de privada e da defesa ambiental. A preservação ambiental não é limite para o crescimento, mas condição de perenidade. Conservar espaços naturais urbanos guarda relação com o bem-estar, emprego e renda, movimentos migratórios entre bairros e degradação social. A consciência do problema, legislação e estrutura institucional adequados não são tão úteis como a ação das forças econômicas que concorrem no mercado.

A Análise Econômica do Direito permite avaliar o impacto econômico que os arranjos institucionais promovem e interfere nas escolhas racionais. Essa metodologia permite igualmente aproximar a ideia de crescimento econômico da preservação ambiental porque ambos trazem ínsitas a pretensão de perpetuação e a complementaridade.

Pode-se dizer em vaticínio que a Análise Econômica do Direito promove a convergência dos objetivos almejados pelo crescimento econômico e proteção ambiental e integra o conceito de sustentabilidade, porque reconhece o ambiente natural como universo abrangente onde se desenvolve o ambiente econômico.

REFERÊNCIAS

ALCOFORADO, I. G.; BALLESTEROS, V. H. M. Apuntes Sobre: The Problem of the Social Cost. eGesta - **Revista Eletrônica de Gestão de Negócios**, v. 6, n. 1, p. 46–59, 2010.

AQUINO NETO, D. A. de; DERANI, C. A Valoração Econômica dos Bens Ambientais. **Hiléia**, v. 9, p. 49–69, 2014.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: GEN, 2014.

[Ir para o índice](#)

ALVAREZ, A. B. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, estado e sociedade**, v. 9, n. 29 jul/dez, p. 49 a 68, 2006. Rio de Janeiro.

BECKER, Gary. **An Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 1976, p. 151-158.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BENJAMIN, César. Nossos verdes amigos. **Teoria & Debate**. v. 12. 1990. Disponível em: <http://www.teoriaedebate.org.br/materias/politica/nossos-verdes-amigos?page=full>. Acesso em: 17 out. 2017.

BUBB, R.; PILDES, R. H. How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why. **Harvard Law Review**, v. 127, n. 6, p. 1594–1678, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COPETTI NETO, Alfredo. Pragmatismo em Filosofia, Realismo em Direito e o Duplo Assalto à Economia Política Clássica: as bases do First Law and Economics Movement na Progressive Era Americana (1880-1930). (Portuguese). **Revista Sequência**, v. 33, n. 65, p. 209–239, 2012. Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COPETTI NETO, Alfredo. Pragmatismo em Filosofia, Realismo em Direito e o Duplo Assalto à Economia Política Clássica: as bases do First Law and Economics Movement na Progressive Era Americana (1880-1930).



(Portuguese). **Revista Sequência**, v. 33, n. 65, p. 209–239, 2012. Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2007.

DERANI, C.; SOUZA, K. Instrumentos Econômicos na Política Nacional do Meio Ambiente: por uma economia ecológica. **Veredas do Direito: Direito Ambiental**, v. 10, n. 19, p. 247–272, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. Is wealth a value? **The Journal of Legal Studies**. v. 9, 1980.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. Evolução histórica do direito privado – Sistemas jurídicos. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (org.). **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. 2005, p. XXI.

GURGEL, Carlos Sérgio. **A Visão Antropocêntrica no Direito Ambiental Brasileiro**. Disponível em: https://www.academia.edu/19019907/A_VIS%C3%83O_ANTROPOC%C3%8ANTRICA_NO_DIREITO_AMBIENTAL_BRASILEIRO. Acesso em: 28 dez. 2015.

HICKS, John Richard. The foundations of welfare economics. **Economic Journal**. vol. 49. issue 195. p. 692-712.

KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. **Economic Journal**. vol. 49. issue 195. p. 549-552.

Ir para o índice

KINSELLA, Stephan. Prefácio. **Uma teoria do socialismo e do capitalismo**. São Paulo: Hans-Hermann Hoppe, 2013.

LATTMAN-WELTMAN, F. Entrevista com Adam Przeworski. **Estudos Históricos (Rio de Janeiro)**, v. 27, n. 53, p. 207–214, 2014. FGV.

LEFF, Enrique. **Aventuras da epistemologia ambiental**: da articulação das ciências ao diálogo de saberes. Tradução de Glória Maria Vargas. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

MACHADO SEGUNDO, H. de B. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível, 2009. Tese- Universidade de Fortaleza, UNIFOR, 266f. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudo-site/F8602718011/Tese.pdf>. Acesso em: 15 dex.2017.

MACKAAY, Evert P. History of law and economics. **Encyclopedia of law and economics**, 2000, p. 77-80.

MARSHALL, Alfred. Principles of Economics. London: Macmillan and Co., Ltd. 1920. **Library of Economics and Liberty**. Disponível em: <http://www.econlib.org/library/Marshall/marP.html>. Acesso em: 21 maio 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2003.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 6. ed. New York, NY, USA: Aspen Publisher's, 2002.

POSNER, Eric; SALAMA, Bruno Meyerhof. **Análise econômica do direito contratual**: sucesso ou fracasso? Tradução de Luciana Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. Série direito em debate. São



Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça). Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502142534>. Acesso em: 2 ago. 2015.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia”? In: TIMM, Luciano Benetti; CATEB, Alexandre Bueno *et al* (org.). **Direito & Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 97-174.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos Parâmetros para Intervenção do Estado na Economia** - Série direito em debate. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção DDJ- VitalSource Bookshelf Online).

SZTAJN, Rachel. **Futuros e swaps: uma visão jurídica**. São Paulo: Cultural Paulista, 1999.

TEIXEIRA, Pedro Freitas; SINAY, Rafael; BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. **A análise econômica do direito na axiologia constitucional**. BNDES (Biblioteca Digital). Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/3685/1/A%20an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito_P_BD.pdf. Acesso em: 17 out. 2017, p. 181-222.

VARGAS-REINA, J. Reseña de “Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades de autogobierno” de ADAM PRZEWORSKI. **Revista Estudios Socio-Jurídicos**, v. 13, n. 1, p. 491–495, 2011.

Ir para o índice



II. CONSTITUCIONAL



Le affirmative actions nell'ordinamento costituzionale del Brasile: spunti di riflessione in prospettiva comparata¹

The affirmative actions in the brazilian constitutional system: some ideas in the comparative perspective

ANNA CIAMMARICONI

RIASSUNTO

L'articolo si appunta sulla compatibilità delle *Affirmative Actions* (*Ações afirmativas*) rispetto alle norme della Costituzione brasiliana del 1988. L'analisi è condotta privilegiando la prospettiva comparata (con incursioni sulle esperienze di USA e India) e osservando altresì gli orientamenti del STF a proposito delle misure adottate in Brasile per l'inclusione sociale degli afro-americani.

Parole-Chiave: Azioni positive. Principio di eguaglianza. Divieto di discriminazione. Costituzione Brasile 1988. Categorie sensibili. Soggetti deboli.

¹ Il contributo riprende e rielabora parzialmente lo scritto *Brevi riflessioni in tema di Ações Afirmativas nell'ordinamento costituzionale brasiliano*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2008, 1457 ss.

Ir para o índice

Abstract

The article focuses on the accordance of Affirmative Actions (Ações afirmativas) practice compared to the Brazilian Constitution of 1988. The analysis is conducted in the comparative perspective (with focus on US and India experiences) and also observing the STF jurisprudence about the measures for the social inclusion of African-Americans in Brazil.

Keywords: *Affirmative Actions. Equality constitutional principle. Prohibition of discrimination. Brazilian Constitution 1988. Disadvantaged persons or categories of persons*

1. – Siamo alla vigilia del 2018: un anno particolarmente importante per il Brasile, non solo in virtù della celebrazione dei trent'anni di vigenza della *Constituição da República Federativa do Brasil* del 1988 (meglio nota come *Constituição Federal*, o CF), ma anche, se si vuole, perché esattamente 130 anni fa veniva abolita nel Paese la pratica della schiavitù². Era, infatti, il 1888 quando l'Impero di Pietro II – la cui parabola discendente aveva preso avvio già dal 1870, dopo i conflitti sorti con la Chiesa e con

2 L'avvio della schiavitù in Brasile fu legata inizialmente alle coltivazioni di canna da zucchero: a partire dalla prima metà del XVI secolo, i portoghesi deportarono dalle colonie africane numerosi gruppi di neri che vennero impiegati nei campi del *Nordeste*. Solo il 13-5-1988, con l'entrata in vigore della *Lei Áurea*, n. 3.353, fu sancito quanto segue: «é declarada extinta, desde a data desta Lei, a escravidão no Brazil». L'atto in parola venne preceduto dalla c.d. *Lei do Ventre Livre* (n. 2.040 del 1871), considerata la prima legge abolizionista, in quanto garantiva ai figli degli schiavi nati dopo l'entrata in vigore dell'atto di essere considerati liberi. Per un quadro dettagliato sulle specificità di tali misure normative v. il contributo di D.L. de Lima Bertúlio, *Racismo e desigualdade racial no Brasil*, in E.C. Piza Duarte, D.L. de Lima Bertúlio, P.V. Baptista da Silva (coord.), *Cotas raciais no ensino superior. Entre o Jurídico e o Político*, Curitiba, Juruá Editora, 2008, 27 ss.



l'esercito – vide proprio nell'abolizione della schiavitù la conclusione definitiva della sua esistenza³. Anche se non è mancato chi ha fatto notare come gli schiavi, benché privati dei diritti civili, fossero generalmente sottoposti a un regime «paternalistico tollerabile»⁴, a dire il vero, il lascito di diversi secoli di asservimento e di dominio coloniale ha prodotto tali e profonde lacerazioni i cui effetti distorsivi sono tuttora avvertibili nel tessuto sociale del Paese⁵. Lo iato che distingue le condizioni esistenziali della popolazione di origine europea da quelle degli afro-discendenti è decisamente ampio, e tanto numerosi quanto diversificati appaiono gli ambiti della vita sociale e politica di fatto preclusi alla popolazione di colore (*pretos* e *pardos*)⁶, tuttora vittima di

3 Un'accurata ricostruzione delle vicende storiche è offerta da H. Herring, *Storia dell'America Latina*, Milano, Rizzoli, 1971, 1179 ss.

4 Cfr., ancora, H. Herring, *Storia dell'America Latina*, cit., 1189. L'A. sottolinea, in proposito, che gli schiavi «[p]otevano comperare la propria libertà, che talvolta veniva loro concessa da padroni benevoli; e i negri emancipati godevano degli stessi diritti dei cittadini bianchi: la linea di demarcazione era economica piuttosto che razziale: "Lo schiavo brasiliano" scrive Gilberto Freyre "faceva una vita di signore se paragoniamo la sua sorte a quella di un operaio d'officina inglese o di qualche altro paese europeo"».

5 D. Sarmento, *A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "de facto", Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa*, in M. Novelino (org.), *Leituras complementares de Direito Constitucional. Direitos humanos e direitos fundamentais*, Salvador-Bahia, Editora Jus Podium, 2008, 3ª ed., 203, parla, non a caso, di «[u]m racismo muitas vezes velado, "cordial", que raramente explode em episódios de violência física extrema, mas que nem por isso é menos insidioso». L'A., nell'offrire la descrizione sulla condizione di subalternità della popolazione di colore, afferma che «os negros no Brasil sofrem tanto a injustiça no campo da distribuição como no campo do reconhecimento, e que estas injustiças se reforçam reciprocamente, agravando uma à outra. Os afrodescendentes, por um lado, são mais pobres e têm acesso muito mais restrito aos bens econômicos em relação aos brancos. Por outro, são estigmatizados e tidos por muitos ... como integrantes de uma raça inferior: mais "brutos", menos inteligentes, mais propensos ao crime».

6 Con questi due vocaboli vengono indicati, rispettivamente, i neri e i mulatti. Per semplificare il discorso, nel presente studio saranno utilizzati come sinonimi sia il termine "neri" sia le espressioni "popolazione di colore" e "afro-discendenti". Sulle numerose implicazioni che scaturiscono, invece, da una rigorosa interpretazione di tali formule si rinvia a C. Pereira de Souza Neto, J. Feres Júnior, *Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade*, in D. Sarmento, D. Ikawa, F. Piovesan (coord.), *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008, spec. 357 s.

forme, sovente velate ma non per questo meno censurabili, di discriminazione⁷. Pur non esistendo nel Paese una segregazione razziale istituzionalizzata (come, ad esempio, è avvenuto negli Stati americani del Sud o in Sudafrica con l'*apartheid*), si presentano con estrema frequenza manifestazioni di «discriminação *de facto*» ovvero di «discriminação indireta», sovente generate dall'*impacto desproporcional* di una normativa apparentemente neutrale nei confronti di determinate categorie di persone⁸.

Le vicende politiche ed istituzionali brasiliane degli ultimi decenni, dal canto loro, non hanno certo contribuito ad attenuare le avverse conseguenze di tale gravosa eredità⁹.

7 Sul tema v. D. Sarmento, *A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "de facto", Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa*, in M. Novelino (org.), *Leituras complementares de Direito Constitucional. Direitos humanos e direitos fundamentais*, cit., 211.

8 Sul punto v., ancora, il contributo di D. Sarmento, *A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "de facto", Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa*, in M. Novelino (org.), *Leituras complementares de Direito Constitucional. Direitos humanos e direitos fundamentais*, cit., 213, nonché il volume di J.B. Barbosa Gomes, *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*, Rio de Janeiro, Renovar Editora, 2001, 24.

9 Archiviata la "turbolenta" esperienza della Prima Repubblica (1889-1930) – segnata, tra l'altro, da numerose "interferenze" militari, da un regionalismo, per così dire, "anarchico" e da un'economia vacillante – l'inizio dell'era di Getúlio Vargas viene a coincidere, fra alterne vicende, con l'instaurazione di un regime autoritario di chiara impronta fascista, ispirato all'*Estado Novo* del Portogallo di Salazar. In seguito all'uscita di scena dalla vita politica del Paese del leader populista (fu rovesciato dall'esercito nel 1945 e sempre dai militari fu costretto al suicidio nel 1954), affiorano in Brasile pesanti difficoltà in campo economico e sociale (alla fine della seconda guerra mondiale, il Paese aveva accumulato ingenti debiti) che, unitamente all'inarrestabile inflazione, pongono le già deboli istituzioni nella reale impossibilità di riuscire a risolvere le numerose problematiche che attanagliano il vasto Paese. Il 31-3-1964, un colpo di Stato segna l'avvio della dittatura militare, che, sino al 1985 (anno in cui ha avuto inizio il processo di transizione alla democrazia), porta il Brasile a fare i conti, tra l'altro, con la soppressione di alcuni diritti costituzionali e con l'intensificazione della repressione politica. Le misure economiche messe in atto durante gli anni del regime militare, inoltre, contribuiscono ad incrementare il livello di povertà, riducendo alla miseria estrema la maggior parte dei brasiliani. Dal punto di vista giuridico, sintomatico dell'incedere di questi continui rivolgimenti politici e istituzionali è il rapido susseguirsi, nel corso del Novecento, di almeno cinque testi costituzionali (1934, 1937, 1946, 1967, 1988) ai quali potrebbe essere aggiunto anche l'*Ato Institucional* n. 5 del 1968 con cui, tra le altre cose, si consentiva al Presidente della Repubblica di *decretar o recesso parlamentar*.



Con il varo della Costituzione del 1988 si dischiudono nuovi (ma non per questo meno problematici) scenari: le neonate istituzioni sono chiamate a misurarsi con il difficile compito di fare in modo che il dato giuridico-formale, improntato al rispetto delle logiche democratico-pluralistiche, potesse godere di efficacia concreta. In questo quadro, la controversa questione dell'integrazione della popolazione di colore costituisce una delle maggiori problematiche che mettono oggi a dura prova la "tenuta democratica" dell'ordinamento brasiliano.

Da alcuni anni, il tentativo di rimediare, almeno in parte, alle profonde contraddizioni che attraversano la società brasiliana ha trovato risposta nella previsione e nell'implementazione, sia a livello federale che statale, di una serie di politiche volte a favorire un riequilibrio sociale tra le varie componenti della popolazione (in particolar modo l'inclusione degli afro-discendenti). Anche il Brasile si confronta, dunque, con l'istituto delle c.d. azioni positive (*ações afirmativas*). La ricerca di un fondamento costituzionale che possa legittimarne l'impiego ha generato un acceso dibattito nell'opinione pubblica e attratto l'attenzione della comunità scientifica¹⁰. Tra le diverse politiche attuate, interesse particolare suscita la previsione di posti riservati (*cotas raciais*) agli afro-discendenti per accedere all'Università. In nome dello stesso principio di eguaglianza, tali misure hanno incontrato, da un lato, il favore di chi si pronuncia per la legittimità delle politiche

¹⁰ Limitandoci in questa sede a richiamare i contributi dottrinali brasiliani cfr., per un'analisi generale sull'argomento, oltre agli scritti contenuti nel già citato volume di D. Sarmento, D. Ikawa, F. Piovesan (coord.), *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*, cit., spec. pt. II (*Proteção dos Grupos Vulneráveis: Afro-Descendentes*), 345-471, i lavori di S. Madruga, *Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*, Brasília, Brasília Jurídica, 2005, spec. 227 ss., e di F. Piovesan, *Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e Perspectivas*, in M. Novelino (org.), *Leituras complementares de Direito Constitucional. Direitos humanos e direitos fundamentais*, cit., 233 ss.

introdotte¹¹, dall'altro, l'avversità di chi reputa le *ações afirmativas* e, in particolare, l'impiego di *cotas raciais no ensino superior* un mero palliativo, niente affatto compatibile con l'esigenza di inclusione sociale di determinati soggetti ma, all'opposto, causa di ulteriori fattori di disegualianza.

2. – Utile al fine di cogliere alcuni tratti specifici della (giovane¹²) esperienza brasiliana di ricorso alle *ações afirmativas* può esserne il raffronto con quella di altri ordinamenti che da più tempo si misurano con l'istituto delle *affirmative actions*, quali l'India (Paese che, com'è noto, vanta il primato nell'attuazione di politiche positive a vantaggio degli individui appartenenti alle "caste inferiori"¹³) e gli Stati Uniti (altro Paese che conosce un lungo ed affermato impiego di azioni positive¹⁴).

11 Nel tentativo di inquadrare all'interno di una cornice giuridica il ricorso alla pratica delle azioni positive C.L. Antunes Rocha, *Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*, in *Revista Trimestral de Direito Público*, 1996, 85-99, sostiene che «[a] ação afirmativa é, entao, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias»; in altri e più diretti termini, tale istituto «emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica».

12 Nella dottrina brasiliana si riscontra una sostanziale convergenza di opinioni nel reputare la Terza Conferenza Mondiale delle Nazioni Unite contro il razzismo (tenutasi a Durban, in Sudafrica, nel 2001) una tappa assai significativa, nella misura in cui avrebbe dato impulso alla promozione di politiche positive. In quell'occasione, del resto, il Governo brasiliano ha ammesso apertamente l'esistenza di forme di discriminazione razziale all'interno del Paese, evidenziandone le pesanti ripercussioni sulla popolazione; contestualmente ha convenuto sull'assoluta necessità di migliorare le condizioni esistenziali degli afro-discendenti incentivando l'impiego di "politiche positive". Non a caso, F. Piovesan, *Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e Perspectivas*, cit., 240, sottolinea come «[n]a experiência brasileira vislumbra-se a força catalizadora da Conferência de Durban no tocante às ações afirmativas».

13 Sull'argomento v. D. Amirante, *Azioni positive, "quote riservate" e società multiculturale. Il Novantatreesimo emendamento e la "politica delle quote" nell'ordinamento indiano*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 1599 ss.

14 Assai diffusa è la tesi per cui si sia iniziato a parlare di *affirmative actions* negli USA a partire dal discorso pronunciato dal Presidente Lyndon Johnson il 4-6-1965 presso la Howard University di WDC. Per la verità, già in precedenza erano state adottate misure finalizzate a promuovere l'inclusione sociale della popolazione di colore: si pensi, in particolare, all'*Executive Order* n. 10.925 del 6-3-1961, emesso dal Presidente John Kennedy (con



Il parallelo con gli USA appare pressoché scontato per via di una serie di elementi di affinità con il Brasile: la prossimità geografica, le analogie relative all'organizzazione dei poteri, sia in senso orizzontale che verticale, e, soprattutto, i comuni strascichi connessi alla "questione razziale" costituiscono, infatti, comun denominatore tanto da potersi considerare il modello brasiliano di *ações afirmativas* omologo a quello americano¹⁵. Ad ogni buon conto, l'osservazione di determinati elementi attinenti prevalentemente alle scelte di *drafting* fatte proprie dal Costituente brasiliano suggerirebbe¹⁶ di collocare il Brasile, per così dire, "a metà strada" tra le altre due esperienze appena sopra richiamate: se, per un verso, il contesto sociale tenderebbe ad accostare il Brasile agli Stati Uniti, per altro verso, il profilo giuridico (e in particolar modo quello costituzionale) sembrerebbe indurre ad una diversa conclusione, accreditata dall'individuazione di significativi punti di contatto tra l'ordinamento brasiliano e quello indiano.

Lasciando sullo sfondo le dinamiche connesse al momento genetico dei testi costituzionali di India e Brasile, affinché possa dirsi fondato il parallelo tra i due ordinamenti occorre osservare soprattutto la tecnica redazionale fatta propria dai costituenti per definire il *diritto* di eguaglianza, unitamente allo sforzo profuso al fine di individuare le categorie di "soggetti deboli".

Senza troppo indugiare sull'esperienza indiana, è opportuno evidenziare come nell'attuale Costituzione (in vigore dal 1952) l'eguaglianza ri-

cui si istituiva *Committee on Equal Employment Opportunity*), o al titolo VII del *Civil Rights Act* del 2-7-1964 (nel quale veniva incentivato l'impiego di politiche positive per il riconoscimento dei diritti delle vittime di pratiche discriminatorie). Successivamente (il 24-9-1965), fu proprio lo stesso Lyndon Johnson ad emettere l'*Executive Order* n. 11.246 che fissava la necessità «to take affirmative action ... to assure equality».

¹⁵ In questo senso cfr. C. Pereira de Souza Neto, J. Feres Júnior, *Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade*, in D. Sarmento, D. Ikawa, F. Piovesan (coord.), *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*, cit., spec. 347.

¹⁶ Si ritiene di ricorrere all'uso del condizionale per via della ancora non consolidata produzione giurisprudenziale sul tema in questione.

sulti declinata alla stregua di un vero e proprio diritto sociale¹⁷. In questa specifica prospettiva, non sorprende la circostanza per cui al più alto livello normativo si rintraccino frequentemente disposizioni che alimentano l'intervento dei pubblici poteri (nelle più diverse modalità e, dunque, anche attraverso l'impiego di *affirmative actions*) allo scopo di garantire e promuovere il *diritto* di eguaglianza¹⁸. In un simile contesto, nel quale evidenti appaiono le contraddizioni di una società multietnica, multireligiosa e plurilinguistica¹⁹, lo sforzo del costituente di individuare le categorie di "soggetti deboli"²⁰ – come avverrà nel biennio 1987-88 anche per il Brasile (cfr. *amplius* par. 3) – rappresenta forse uno dei più convincenti motivi idonei a giustificare il *favor* dell'ordinamento nei confronti dell'impiego di tali misure.

17 Cfr., in tal senso, gli artt. 14-18, relativi alla disciplina del «Right to Equality». Come ricorda D. Amirante, *Azioni positive, "quote riservate" e società multiculturali. Il Novantatreesimo emendamento e la "politica delle quote" nell'ordinamento indiano*, cit., 1601, l'eguaglianza appare nella realtà indiana «non solo e non tanto una "condizione" già esistente nella società (e quindi semplicemente da proteggere, utilizzando lo strumentario giuridico delle libertà negative), quanto soprattutto un "obiettivo" da raggiungere, attraverso l'intervento attivo dei pubblici poteri».

18 Per evidenti motivi legati alla pluridecennale esperienza di segregazione razziale, questa impostazione trova piena e più articolata affermazione nell'ordinamento sudafricano. La Costituzione del 1996 contiene, infatti, nel proprio *Bill of Rights*, un minuzioso riferimento all'eguaglianza che acclude anche l'espressa menzione della pratica di politiche positive. In particolare, l'art. 9 sancisce, tra l'altro, quanto segue: «1. Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law. 2. Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken». Per approfondimenti sul caso sudafricano v., nella letteratura italiana, il volume di M. Caielli, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Napoli, Jovene, 2008, spec. 162 ss.

19 Cfr. D. Amirante, *India*, Bologna, il Mulino, 2007, 111.

20 Nell'elencazione costituzionale, oltre alle donne e ai fanciulli figurano, infatti, le comunità tribali, le caste inferiori e, più genericamente, le classi disagiate.



Questa impostazione di fondo, pur senza menomare le prerogative proprie del supremo organo di giurisdizione od offuscarne il prestigio, ha scoraggiato il frequente intervento della *Supreme Court* diretto a dichiarare di volta in volta (ricorrendo ai “grimaldelli” della ragionevolezza e della proporzionalità) la legittimità o meno dell’impiego di determinate politiche positive. L’impianto costituzionale così definito ha contribuito, inoltre, a generare un sensibile incremento delle previsioni normative implicanti azioni positive; conseguenza, quest’ultima, da non guardare, però, con estremo ottimismo, attese la transitorietà e la straordinarietà consustanziali alle *affirmative actions*²¹.

Diversa è invece l’evoluzione della politica di implementazione di “discriminazioni positive” nel contesto statunitense. Rispetto al caso indiano, qui il “protagonismo” della *Supreme Court* è apparso del tutto evidente. Sin dall’avallo della nota dottrina del “*separate but equal*” (di cui antesignano è il famoso caso *Plessy vs Ferguson*²²) – con cui prese avvio un modello ufficiale di segregazione razziale²³ –, i giudici della Corte suprema hanno giocato un ruolo fondamentale nel tratteggiare i contorni del principio di eguaglianza e del divieto di discriminazione.

21 Sul punto v. ancora i rilievi conclusivi di D. Amirante, *Azioni positive, “quote riservate” e società multiculturale. Il Novantatreesimo emendamento e la “politica delle quote” nell’ordinamento indiano*, cit., 1611 ss. Secondo l’A., «la cristallizzazione di alcuni privilegi sociali ... può degenerare in fenomeni di “parassitismo” qualora i beneficiari considerino le azioni positive come diritti acquisiti e non come strumenti transitori volti a favorire il superamento di condizioni storiche di arretratezza o disagio e quindi destinati, prima o poi, a scomparire».

22 163 U.S. 537 (1896).

23 Superata solo a partire dagli anni cinquanta del XX secolo, sotto la pressione dei movimenti in lotta per i diritti civili. Emblematico è l’altrettanto noto caso *Brown vs Board of Education*: 347 U.S. 483 (1954).

Com'è ampiamente noto, benché la prima misura di *affirmative action* avesse messo a dura prova l'unità dell'organo giurisdizionale²⁴, l'occasione fu comunque propizia per indurre la Corte suprema federale a pronunciarsi sulla validità e legittimità dell'impiego di "*affirmative actions*"²⁵. Nel corso del tempo, le problematiche sorte con la crisi del *Welfare State* unitamente all'affermazione di un atteggiamento, per così dire, più "conservatore" del supremo organo di giustizia americano²⁶, hanno portato quest'ultimo a porsi con maggiore prudenza dinanzi al fenomeno delle azioni positive²⁷. La posizione più cauta dei giudici è stata indirettamente artefice di una sensibile riduzione della previsione di misure implicanti "discriminazioni positive"; circostanza favorita peraltro dalla pressoché

24 Nella celeberrima sentenza *University of California Regents vs Bakke* [438 U.S. 265 (1978)] la Corte, spaccata letteralmente a metà (quattro giudici a favore e quattro contrari cui si aggiunse il voto decisivo del giudice Powell), si espresse per l'illegittimità della previsione della riserva di posti a studenti appartenenti alle minoranze etnico-razziali per l'accesso alla Facoltà di Medicina dell'Università della California (*Davis Medical School*), dando così ragione allo studente bianco Alan Bakke che non aveva potuto accedere all'Università a causa del trattamento preferenziale riservato alle minoranze. Per approfondimenti sul caso in esame v. S. Nepor, *Il caso Bakke: eguaglianza e accesso all'istruzione superiore in una recente decisione della Corte suprema federale degli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 224 ss.

25 Posizione confermata da una cospicua serie di sentenze successive. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle pronunce *United Steelworkers of America vs Weber* del 1979, *United States vs Paradise* del 1984, o *Metro Broadcasting Inc. vs Federal Communications Commission* del 1990: per un'accurata ricostruzione della giurisprudenza della Corte suprema in tema di *affirmative actions* v., nella dottrina italiana, G.F. Ferrari, *Localismo ed eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*, Padova, CEDAM, 1984, *passim*.

26 Condizionato dalle nuove nomine effettuate dall'amministrazione repubblicana (in particolare, dai Presidenti Ronald Reagan e George Bush Sr.): in questo senso v., nella letteratura brasiliana, R. Raupp Rios, *Direito da Antidiscriminação*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008, 171.

27 È ampiamente noto lo *strict scrutiny* con cui la Corte ha interpretato la legittimità delle misure sottoposte al suo giudizio: al riguardo v., tra le numerose pronunce, *City of Richmon vs J.A. Croson Co.* del 1989 e *Adarand Constructors vs Peña* del 1995.



assente (fatto salvo il rinvio al XIV emendamento) legittimazione costituzionale sull'opportunità di utilizzo di tale tecnica di intervento pubblico²⁸.

La rapida incursione nelle esperienze di India e Stati Uniti consente, almeno in una certa misura, di delineare i possibili tratti evolutivi del sistema brasiliano di ricorso alle *ações afirmativas*: mentre sul piano fattuale l'esperienza del Brasile è assimilabile a quella statunitense²⁹ (ne è riprova la quasi pedissequa riproduzione delle misure adottate a vantaggio della popolazione afro-discendente, individuabili, tra l'altro, nella previsione di riserva di quote per l'accesso all'Università)³⁰, sul versante giuridico-formale si riscontrano significative affinità con le scelte fatte proprie dal costituente indiano³¹, sicché, per il futuro, non sembrerebbe

28 In proposito assai vasta è la letteratura americana: tra i molti, cfr. l'ormai classico studio di M. Rosenfeld, *Affirmative Action and Justice*, New Haven, Yale University Press, 1991. Sul tema, particolarmente interessanti sono altresì i volumi, rispettivamente in lingua francese e in lingua portoghese, di G. Calvès, *L'Affirmative Action dans la Jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis*, Paris, L.G.D.J., 1998, spec. 127 ss. e J.B. Barbosa Gomes, *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade*, cit., spec. 93 ss.

29 Benché non sia stata istituzionalizzata una dottrina affine alla "separate but equal", occorre ammettere come in Brasile le pratiche discriminatorie abbiano di fatto pervaso tutti i livelli della società. Sulla scorta dell'esempio nordamericano e in virtù del processo di lotta anti-razziale guidato dai vari gruppi del *Movimento Negro Nacional*, i vari Governi brasiliani hanno così ritenuto opportuno intervenire varando politiche positive a vantaggio della popolazione di colore.

30 I fondamenti più frequentemente invocati al fine di motivare l'implementazione di politiche positive risultano essere: la giustizia compensatrice, la giustizia distributiva, la promozione del pluralismo e il rafforzamento del senso di identità del gruppo destinatario di tali misure. Il primo tende a rimarcare la consapevolezza delle ingiustizie subite in passato dagli afro-discendenti; il secondo si fonda sulla constatazione empirica del terribile svantaggio in cui versano i neri; il terzo profilo aspira alla promozione di un contatto reale e paritario tra soggetti riconducibili ad etnie differenti; l'ultimo ha lo scopo di contrastare tutti quegli stereotipi legati al concetto di appartenenza razziale. Sull'argomento v. D. Sarmento, *A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "de facto", Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa*, in M. Novelino (org.), *Leituras complementares de Direito Constitucional. Direitos humanos e direitos fundamentais*, cit., 218 ss.

31 V. al riguardo P. Daflon Barrozo, *a Idéia de Igualdade e as Ações Afirmativas*, in *Lua Nova*, 2004, 114 (paper reperibile all'indirizzo telematico www.scielo.br), il quale sottolinea che «no sistema constitucional brasileiro a igualdade é direito oponível tanto ao Estado e seus agentes quanto, qualificadamente, a indivíduos e entidades privadas».

azzardato prospettarne analoghi esiti (nel senso, cioè, di una proliferazione delle politiche positive, che rischi, però, di metterne in secondo piano la loro stessa natura transitoria, dando luogo ad una stabilità e, nel contempo, ad una cristallizzazione della condizione d'inferiorità di determinate categorie di persone).

3. – Come evidenziato da autorevolissima dottrina, una lettura “in filigrana” della Costituzione promulgata il 5 ottobre 1988 consente di sgombrare il campo da ogni possibile dubbio in merito alla legittimità costituzionale delle *ações afirmativas* nell’ordinamento brasiliano³².

Ispirata, per quel che concerne il catalogo dei diritti, alla Legge Fondamentale tedesca e alla Costituzione portoghese del 1976, la Carta brasiliana del 1988 rappresenta l’esito di un processo democratico e inclusivo fortemente condizionato dalla decisa pressione dei movimenti in difesa dei diritti, emersi nel Paese a partire dagli anni settanta³³.

32 Tra i numerosi contributi in cui si sottolinea la conformità dell’istituto delle azioni positive con il dettato costituzionale v. J.B. Barbosa Gomes, *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro*, in *Rev. Inf. Leg.*, 2001, 129 ss., M.A. Mendes de Farias Mello, *A Igualdade e as Ações Afirmativas*, in *Rev. Br. Dir. Const.*, 2003, 23 ss., M.A. Maliska, *Análise da Constitucionalidade das Cotas para Negros em Universidades Públicas*, in E.C. Piza Duarte, D.L. de Lima Bertúlio, P.V. Baptista da Silva (coord.), *Cotas Raciais no Ensino Superior. Entre o Jurídico e o Político*, Curitiba, Juruá Editora, 2008, 57 ss., A. Coelho Duarte, *A constitucionalidade das Políticas de Ações Afirmativas*, Senado Federal, 2014.

33 Per un’analisi generale sul processo costituente e sull’instaurazione del sistema democratico in seguito all’adozione del testo costituzionale del 1988, molto ampia è la letteratura giuridica. Interessanti sono i contributi contenuti nel Volume AA.VV., *La nouvelle République Brésilienne*, Paris, Economica, 1991 e, in particolare, gli scritti di B. Cabral, *La Transition démocratique et la Nouvelle Constitution brésilienne*, *ivi*, 47 ss., e M. Gonçalves Ferreira Filho, *La Constitution de 1988: aspects généraux*, *ivi*, 59 ss.



Sin dal preambolo, il testo costituzionale enuncia le finalità e le aspirazioni che hanno animato il processo costituente. Tra tutte, emerge il proposito³⁴ di costruire uno Stato democratico di diritto destinato ad assicurare «o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos». È, in particolare, l'art. 3 CF ad esplicitare gli obiettivi fondamentali che la Repubblica federale brasiliana si propone di perseguire: «construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação»; si tratta, evidentemente, di finalità strettamente compromesse con la promozione (-protezione) dell'eguaglianza, intesa nella sua dimensione sostanziale o «de resultados»³⁵.

Sotto il profilo dell'attinenza con l'implementazione di politiche positive, l'utilizzo di verbi quali *construir*, *erradicar*, *reduzir*, *promover* ha indotto acuta dottrina a coglierne la compatibilità con il diretto intervento dei pubblici poteri³⁶. Il significato intrinseco di ciascuno di questi termini presuppone, infatti,

34 Confermato dall'art. 1 CF, di cui fornisce un analitico commento L. Pegoraro, *La Costituzione brasiliana del 1988 nella chiave di lettura dell'art. 1*, Bologna, Clueb, 2007.

35 È definita da P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, 19ª ed., 376, quale «centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica ... o direito-chave, o direito-guardião do Estado social».

36 A mettere in rilievo questi aspetti è C.L. Antunes Rocha, *Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica*, cit., 85 ss. In argomento v. anche lo scritto di M.A. Mendes de Farias Mello, *A Igualdade e as Ações Afirmativas*, in *Rev. Br. Dir. Const.*, 2003, 24 e il saggio di J.B. Barbosa Gomes, *As Ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva*, cit., 105. Quest'ultimo A. evidenzia come proprio da tale impostazione scaturisca la concezione moderna e dinamica del principio costituzionale di eguaglianza. Una concezione che presuppone l'impegno dello Stato ad abbandonare un atteggiamento di neutralità e ad assumere un comportamento attivo e «quase militante, na busca da concretização da igualdade substancial».

«um comportamento ativo», finalizzato, tra l'altro, a dare efficacia al *diritto-principio* di eguaglianza, espressamente consacrato nel dettagliato art. 5 CF³⁷.

La forte carica *principiológica* che traspare dal testo costituzionale del 1988 non pregiudica del resto il fatto che all'insieme di diritti fondamentali venga riconosciuta un'immediata efficacia giuridica³⁸: conformemente al disposto dell'art. 5, § 1, CF, «[a]s normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata», sicché l'eguaglianza – che apre il catalogo di *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos* contenuto nell'art. 5 – non sembra svincolata, come il resto dei diritti fondamentali³⁹, dalla necessità di trovare immediata applicazione. Questa impostazione sembra ben coniugarsi con la previsione nel testo della CF di alcune specifiche categorie di “soggetti deboli”, meritevoli di “particolare attenzione” da parte delle istituzioni: è il caso, ad esempio, delle donne e dei disabili⁴⁰. In altri termini, la presenza stessa nella CF di disposizioni

37 Il cui *incipit* recita «[t]odos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade».

38 Sul tema cfr. M.G. Ferreira Filho, *A Aplicação Imediata das Normas Definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais*, in *Rev. Proc.-Ger. Est. SP*, 1988, 35 ss., e I.W. Sarlet, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed., 2008, 9ª ed., 273. Come evidenzia quest'ultimo A. «qualquer preceito da Constituição (mesmo sendo de cunho programático) é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade, consoante a normatividade lhe tenha sido outorgada pelo Constituinte».

39 Contenuti nel Titolo II CF o localizzati in altre parti del testo o, ancora, desumibili – in forza del § 3 dell'art. 5, CF – dai Trattati internazionali ratificati dal Brasile. Di tale avviso è, tra gli altri, F. Piovesan, *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*, São Paulo, RT, 1995, 90.

40 Cfr. gli artt. 7,XX, CF («[São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:] proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei»), 37,VIII, CF («[A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:] a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão») e 227, § 1, II, CF («[O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:] criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência»).



che individuano categorie svantaggiate suona come implicita ammissione di (-esortazione a) un impegno attivo che lo Stato deve assumersi al fine di realizzare compiutamente *o direito da igualdade*⁴¹.

Per analogia, il minuzioso riferimento operato dal costituente brasiliano del 1987-88 al divieto di discriminazione e al perseguimento dell'eguaglianza tra le etnie⁴² sembrerebbe accogliere anche per questa fattispecie un impegno diretto dei pubblici poteri⁴³. Dal canto loro, le "sanzioni" all'inerzia del legislatore avvalorate dalla previsione del *mandado de injunção* e dell'*ação direta de inconstitucionalidade* fungerebbero quasi da *passé-partout* alla previsione di *ações afirmativas* anche nei confronti della popolazione di colore⁴⁴.

41 L'*input* derivante dalla lettera delle disposizioni appena richiamate ha indotto il legislatore ad adottare alcune misure implicanti azioni positive. Con riferimento alle donne si possono ricordare le leggi n. 9.100/95 e 9.504/97 inerenti la previsione di percentuali di candidature femminili alle elezioni; relativamente ai disabili, va menzionata, ad esempio, la legge n. 8.112/90 con cui si è fissata una quota di posti riservati ai portatori di *handicap* nei concorsi pubblici. Nel 2002, l'Amministrazione federale ha provveduto ad adottare il *Programa Nacional de Ações Afirmativas (Decreto Federal 4.228/02)* con cui, tra l'altro, sono state introdotte ulteriori misure in favore di donne e disabili.

42 Frequente è, non a caso, l'uso nella CF di termini od espressioni quali: «Raça e cor» (art. 3.IV); «Racismo» (art. 4.VIII e 5.XLII); «Povos» (art. 4, par. *único*); «Cor» (art. 7.XXX); «Culturas populares, indígenas e afro-brasileiras» (art. 215, par. 1); «Grupos participantes do processo civilizatório nacional» (art. 215, par. 1); «Diferentes segmentos étnicos nacionais» (art. 215, par. 2); «Grupos formadores da sociedade brasileira» (art. 216).

43 Per ulteriori approfondimenti cfr. J.B. Barbosa Gomes, *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro*, in *Rev. Inf. Leg.*, 2001, 129 ss.

44 Su questi aspetti v. F. Piovesan, *Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e Perspectivas*, in M. Novelino (org.), *Leituras complementares de Direito Constitucional. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*, cit., spec. 235.

4. – Nell’esperienza concreta, il settore maggiormente esposto all’introduzione di *ações afirmativas* è quello dell’istruzione⁴⁵. La necessità di varare politiche positive ben potrebbe definirsi quale inevitabile precipitato di un sistema educativo nazionale congegnato in maniera tale da precludere di fatto l’accesso degli afro-discendenti ai vari livelli scolastici, incluso il percorso universitario⁴⁶. In effetti, in questo specifico ambito decisamente marcate risultano le differenze tra le condizioni e le opportunità offerte ai bianchi rispetto a quelle riservate ai neri⁴⁷.

45 Situazione non dissimile rispetto a quanto avvenuto negli Stati Uniti, dove peraltro particolarmente accesa è stata la *querelle* sull’efficacia del sistema di quote riservate: sul punto cfr., nella dottrina italiana, M. Ainis, *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quad. cost.*, 1999, 363 e, in un’ottica più ampia, M. Caielli, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., 89 ss.

46 J.B. Barbosa Gomes, *O Debate Constitucional sobre as ações afirmativas*, cit., 8, afferma icasticamente che il sistema scolastico brasiliano risulta organizzato in modo da proporsi alla stregua di una «fomidável “machine à exclure”», dove l’esclusione risulta «orquestrada e disciplinada pela lei». Più nel dettaglio, è molto netto in Brasile il divario tra la scuola pubblica (aperta a tutti) e la scuola privata (anch’essa formalmente aperta a tutti ma di fatto discriminatoria, nella misura in cui gli elevati costi necessari per frequentarla la rendono accessibile soltanto a coloro che appartengono alle classi più agiate e che nel contesto brasiliano si identificano sovente con la popolazione bianca); tale contrapposizione risulta rafforzata dalla previsione di un insieme di agevolazioni riconosciute alla scuola privata, tra cui figura, ad esempio, l’esenzione dal pagamento di tributi (c.d. “*renúncia fiscal*”). Non meno diversa appare la situazione per quel che concerne i livelli più elevati (*ensino superior*) dell’istruzione: le modalità con cui vengono selezionati i candidati per accedere all’Università finiscono, infatti, per privilegiare coloro che provengono dalle scuole private. In argomento cfr. anche il contributo di D. Ikawa, *Discriminação racial na educação*, in *Rev. Br. Dir. Const.*, 2004, 30 ss.

47 Per avere un’idea della netta sproporzione tra la presenza di bianchi e quella di neri nel campo dell’istruzione, è sufficiente menzionare uno degli aneddoti citati da J.B. Barbosa Gomes, *ibid.*, spec. nt. 23. L’A., nel riferire l’esperienza di un docente della *Faculdade de Direito* della USP, sottolinea come quest’ultimo, in 28 anni di attività, abbia avuto all’incirca 7000 studenti, di cui soltanto cinque non bianchi. Complessivamente, si calcola infatti che in Brasile appena il 2% di studenti universitari siano di colore. Per ulteriori informazioni, v. il saggio di D.L. de Lima Bertúlio, *Racismo e Desigualdade racial no Brasil*, in E.C. Piza Duarte, D.L. de Lima Bertúlio, P.V. Baptista da Silva (coord.), *Cotas Raciais no Ensino Superior. Entre o Jurídico e o Político*, cit., spec. 41 ss.



Il tentativo di contrastare tale situazione ha indotto alcuni Stati membri del Brasile ad introdurre una serie di misure volte a consentire l'aumento della percentuale di studenti di colore nelle Università pubbliche: tra i vari interventi normativi adottati, quella maggiormente praticata è consistita nella previsione di *cotas raciais*, vale a dire di posti riservati ai neri per accedere alle Università⁴⁸.

Lo Stato di Rio de Janeiro si è mosso per primo in tale direzione e nel breve volgere di qualche anno numerosi altri Stati membri hanno deciso di seguirne l'esempio⁴⁹. Il Governo federale, a sua volta, ha ricalcato l'impostazione fatta propria dagli enti federati facendosi promotore di una serie di misure finalizzate all'inclusione sociale degli afro-discendenti. Interessante è, ad esempio, il *Programa Universidade Para Todos* (ProUni), adottato con decreto presidenziale (*Medida Provisória*) n. 213/2004 e convertito nella *Lei* n. 11.096/2005. Si tratta di un progetto molto impegnativo che, tra le altre cose, prevede l'assegnazione di borse di studio al fine di incentivare la presenza dei meno abbienti

48 Più specificatamente, sono state quattro le *species* di misure "favorevoli" impiegate: la riserva di posti nei confronti della popolazione di colore mediante la previsione di quote; la riserva di una percentuale di posti a vantaggio degli studenti provenienti dalla scuola pubblica; il riconoscimento di un punteggio aggiuntivo nelle prove di selezione a coloro che hanno frequentato scuole pubbliche; un aumento di posti rispetto a quelli fissati per favorire l'accesso dei neri provenienti dalle scuole pubbliche. Cfr. al riguardo D.L. de Lima Bertúlio, *Racismo e Desigualdade racial no Brasil*, in E.C. Piza Duarte, D.L. de Lima Bertúlio, P.V. Baptista da Silva (coord.), *Cotas Raciais no Ensino Superior. Entre o Jurídico e o Político*, cit., 52.

49 In particolare, nello Stato di Rio de Janeiro sono state inizialmente approvate le leggi n. 3.524/2000 e n. 3.708/2001, successivamente abrogate dalla l. n. 4.151/2003. Tali interventi normativi hanno riservato in vario modo specifiche percentuali di posti per accedere alle Università a studenti provenienti da scuole pubbliche ovvero a studenti autodichiarantisi afro-discendenti. Tratteggia un quadro complessivo delle diverse misure statali approvate S. Madruga, *Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*, cit., 243 ss.

all'interno delle Università (una quota delle borse è destinata proprio a studenti *pretos, pardos* e alla popolazione *indígenas*)⁵⁰.

Come anticipato, fin dall'entrata in vigore delle prime politiche a vantaggio degli afro-discendenti, il dibattito dottrinale e, in generale, il confronto tra i diversi orientamenti dell'opinione pubblica si sono incentrati sulla questione giuridica della compatibilità o meno di tali misure con il dettato costituzionale⁵¹. In senso favorevole depongono, al riguardo, oltre alle modalità sopra esposte di declinazione del *diritto-principio* di eguaglianza nella Carta del 1988, significativi segnali provenienti dal STF, pur in assenza di una consolidata giurisprudenza sul punto. Al riguardo, giova ricordare che l'ex giudice Carlos Ayres Britto si è espresso per la costituzionalità del ProUni, contestata, attraverso le *Ações Diretas de Inconstitucionalidades*⁵², oltre che dalla Confenem, anche dai democratici (DEM) e dalla *Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social* (Fenafisp). Nelle parole del *Ministro* Britto «[n]ão se pode criticar uma lei por fazer distinções. O próprio, o típico da lei é fazer distinções, diferenciações, “desigualações” para contrabater renitentes “desigualações”»⁵³. Non va sottovalutato come all'epoca dell'introduzione del *Programa Universidade Para Todos*, membri del supremo organo giurisdizionale

50 Tutti i dettagli del programma in questione, unitamente alla legislazione succedutasi dal 2004 al 2017, sono disponibili sul sito <http://prouniportal.mec.gov.br/>.

51 Non a caso, la *Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino* (Confenem) si è fatta promotrice di specifiche *Ações Diretas de Inconstitucionalidades* che hanno interessato sia le leggi adottate dallo *Estado do Rio de Janeiro* (nello specifico il giudizio è stato ritenuto estinto dal STF per via dell'abrogazione degli atti in questione) sia il *Programa Universidade para Todos*.

52 ADIs n. 3330, 3314 e 3379.

53 Sul punto cfr. R. Raupp Rios, *Direito da Antidiscriminação*, cit., 190 ss., e M. Campos Galuppo, R. Faria Basile, *O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no Estado Democrático de Direito*, paper reperibile all'indirizzo telematico www.senado.gov.br.



federale brasiliano erano giudici che in sede accademica avevano ripetutamente sostenuto la conformità delle azioni positive rispetto al dettato costituzionale: ci si riferisce, in particolare, ai giudici Joaquim B. Barbosa Gomes e Carmen Lúcia Antunes Rocha, Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Elementi che hanno anticipato un maggiore attivismo sul punto da parte del STF, anche per far fronte a numerose questioni lasciate aperte dagli interventi del legislatore (statale e federale): si pensi al necessario bilanciamento tra il perseguimento dell'eguaglianza sostanziale e quanto disposto in tema di accesso all'istruzione dall'art. 208.V, CF⁵⁴; o, ancora, alla difficoltà di individuare i beneficiari delle azioni positive previste, specialmente quando esse si fondano su criteri evanescenti e discutibili quali il dato dell'appartenenza razziale (per di più in un contesto come quello brasiliano caratterizzato da un'altissima *miscigenação* della popolazione).

54 Che stabilisce, tra l'altro, quanto segue: «o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um».

O Estado das Coisas Inconstitucional

- Transplante da Colômbia para o Brasil

- Uma interpretação análoga para o direito fundamental ao meio ambiente

The Unconstitutional State of Things
- transplant from colombia to Brazil
- an analogous interpretation to the
fundamental right of global environment

BLEINE QUEIROZ CAÚLA¹
FRANCISCO LISBOA RODRIGUES

RESUMO

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) surge no Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento das liminares insertas na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347-MC/DF, em novembro de 2015. O presente estudo instiga o diálogo entre juristas acerca da aplicação no Brasil do Estado de Coisas Inconstitucional Am-

1 A ordem da autoria obedeceu ao critério alfabético.



biental ante as falhas do Estado ao comando constitucional de defensor e protetor do meio ambiente. A inquietação surge a partir da inefetividade das normas ambientais, principalmente pelo Poder Executivo, mas não exclusivamente. As hipóteses do estudo foram investigadas por meio de pesquisa bibliográfica numa abordagem teórico-empírica. Conclui-se que o Estado de Coisas Inconstitucional constitui, num oceano de decisões, uma gotícula representativa do diálogo transnacional. Por se tratar de uma ferramenta de controle, melhor dizendo, um ativismo estrutural para forçar o Poder Executivo a adimplir com as funções que lhe são constitucionalmente atribuídas, ainda é prematura a doutrina brasileira sobre o tema. É prudente um olhar atento sobre o Estado de Coisas Inconstitucional no controle da efetividade da gestão pública ambiental por força do princípio da prevenção inerente ao Direito Ambiental. A história da gestão ambiental brasileira registra o quão padecem Estado e sociedade do empoderamento dos deveres ambientais.

Palavras-chave: Estado de Coisa Inconstitucional. Transplante. Interpretação Análoga. Direito Fundamental. Meio Ambiente.

ABSTRACT

The Unconstitutional State of Things (ECI) arises in the Federal Supreme Court from the judgement of uncertain injunctions on the claims of non-compliance with a fundamental precept (ADPF) nº 347-MC/DF, in November of 2005. This study instigate the dialogue among legal practitioners about the implementation of the environment unconstitutional state of things before the government failures to the constitutional rules of defender and protector of the environment. The concern began with the infectivity of the environment rules, mainly, by the executive power,

[Ir para o índice](#)

but not exclusively. The hypotheses of the study have been investigated by the bibliographic research in a theoretical-empirical approach. It's concluded that the unconstitutional state of things represents, in a branch of decisions, just one more representative decision among the many others in the transnational dialogue. As it is an a control tool, or to tell in better way, an structural activism created to force the executive power comply with the functions that is in charge by law. It is still premature the Brazilian legal doctrine about this subjective. It's wise to take a close look about The Unconstitutional state of things and it's effectivity control in the environment public administration in accordance with the principle of inherent prevention of the environmental law. The history of Brazilian environmental management records how much lack, the state and society, have of the empowerment of environment duties.

Keywords: *Unconstitutional State of Things. Transplant. Analogous Interpretation. Fundamental Right. Environment.*

INTRODUÇÃO

O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347-MC/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), ocorreu em 9 de setembro de 2015, e provocou turbulência na doutrina brasileira, com variadas reações. De um lado, os críticos do ativismo judicial, capitaneados por Lenio Streck, provavelmente o mais destacado dentre eles; doutro, vozes como a de Carlos Alexandre de Azevedo Campos e Dirley da Cunha Júnior, por todos, a defender o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), a partir do modelo construído pela Corte Constitucional Colombiana.



A Decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 – MC/DF –, de relatoria do ministro Marco Aurélio, intensificou o debate sobre o ativismo judicial no Brasil, especialmente no Supremo Tribunal Federal, colocando em dúvida a legitimidade democrática do *judicial review*. A datar da famosa decisão em *Marbury x Madison*, proferida pelo *Justice* John Marshall, em 1803, à época presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, o *judicial activism* é alvo de ataques de toda ordem, especialmente pelos que enaltecem o modelo de democracia representativa com alicerce dogmático na separação de poderes, supremacia do Parlamento e na representação política. Ademais, a arbitrariedade decisional (subjetivismo desregrado) completa o rol dos argumentos contrários ao Estado de Coisas Inconstitucional como modelo de decisão ativista levada a termo pela Corte Constitucional Colombiana.

O objetivo central do artigo-texto é fazer um breve inventário das decisões judiciais que culminaram no Estado de Coisas Inconstitucional, caracterizá-lo e firmar suas bases teóricas e pragmáticas, demonstrando a não ofensa ao princípio democrático ou à separação de poderes para, ao final, defender sua aplicação a casos excepcionais, como no âmbito das políticas dirigidas ao meio ambiente. Longe de pretender esgotar o tema, pródigo em desdobramentos, mantém-se o norte na proposta de considerar viável o manejo prático do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) pela Corte Constitucional brasileira.

Como metodologia, a razão transversal, divulgada no Brasil por Marcelo Neves e fruto do esforço teórico de Wolfgang Welsch, será o fio de Ariadne. Marcelo Neves (2009, p. 42) reconstrói o pensamento de Welsch ao afirmar que

[Ir para o índice](#)

todo âmbito de comunicações, ao expor-se em conexão com um outro, pode desenvolver seus próprios mecanismos estáveis de aprendizado e influência mútuos. Então, cabe falar de racionalidades transversais parciais, que podem servir à relação construtiva entre as racionalidades particulares dos sistemas ou jogos de linguagem que se encontram em confronto. Cada racionalidade transversal parcial está vinculada estruturalmente às correspondentes racionalidades particulares, para atuar como uma “ponte de transição” específica entre elas.

Assim, parte-se da ideia de Marcelo Neves para falar de pontos de transição entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a partir do núcleo comum entre todos e a Constituição Federal. O sistema constitucional irradia efeitos que vinculam os três poderes e exige, para sua concretização, um diálogo interinstitucional capaz de defesa efetiva dos direitos fundamentais e de afastamento das falhas estruturais, acaso existentes, no atuar isolado de qualquer deles. O emprego da racionalidade transversal possui ainda o mérito de conduzir à observação do espaço público de decisão que, virtuosamente, une os poderes e autoridades competentes.

As hipóteses do estudo foram investigadas a partir de pesquisa bibliográfica, recorrendo-se a um caso prático, o que colima na abordagem teórico-empírica. Utilizou-se uma abordagem quantitativa e qualitativa, voltada a aprofundar e compreender o debate sobre o assunto, mediante observações intensivas dos fenômenos sociais. A pesquisa é descritiva e exploratória, visto que conceitua, explica, descreve, interpreta, inova, discute e esclarece os fatos.

A estrutura do texto encontra-se dividida em cinco sessões. Inicia-se com notas introdutórias, seguidas de um capítulo, como exigência lógica,



nele apresentados o Estado de Coisas Inconstitucional transplantado da Corte Constitucional Colombiana; no segundo, a interpretação análoga à do Estado de Coisas Inconstitucional para o direito fundamental ao ambiente. Encerra-se o estudo com as considerações finais, em que pese ao melhor entendimento da autoria subscrita.

1 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL TRANSPLANTADO DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Deve-se compreender, inicialmente, que o Estado de Coisas Inconstitucional exige, para seu desfecho jurisdicional, um modelo de sentença constitucional de clara matriz protagonista e, como tal, incorre no risco de assumir alguma vertente ativista incompatível com a solução adequada no Estado de Coisas Inconstitucional. Ademais, tendo em conta as constantes e, muitas vezes, parciais ou infundadas críticas ao ativismo judicial, não o entendemos como aprioristicamente nocivo ou atentatório aos valores democráticos ou violador do princípio da separação de poderes². Portanto, dizer, por exemplo, que o Estado de Coisas Inconstitucional se verifica a partir de uma visão unilateral do julgador, dependente de seu subjetivismo e vontade é desconhecer, no mínimo incompletamente, o Estado de Coisas Inconstitucional.

O antecedente remoto do Estado de Coisas Inconstitucional, sem dúvida, é o *judicial review of legislation*. Quando Marshall, então *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, na célebre decisão em *Marbury x Madison*, em 1803, consolidou a possibilidade de qualquer ór-

² Uma exploração detida do que significa *ativismo judicial*, como o adotamos, será exposta na segunda parte do texto. Entretanto, adiantamos a natureza multidimensional do mesmo em função dos variados contextos em que se desenvolve.

ção do Poder Judiciário afastar a aplicação de norma jurídica, no caso concreto, por considerá-la inconstitucional (comprometimento da dimensão de validade), ficou elaborado, de uma vez por todas, o conhecido modelo de controle de constitucionalidade das leis difuso, concreto e incidental.

Distantes de um consenso sobre a origem do *judicial review*, estudiosos apontam antecedentes desde a Grécia antiga. Outros, como Eduardo García de Enterría (2006, p. 57 e ss.) e Lenio Luis Streck (2004, p. 306), apontam o *Bonham's Case*, julgado por Sir. Edward Coke, no início do século XVII, como o primeiro a estabelecer as teses que seriam sistematizadas em *Marbury v. Madison*³. Dada a amplitude da expressão *judicial review of legislation*, utilizamos da Navalha de Ockham para fixar a origem do Estado de Coisas Inconstitucional na conjugação dos *Political Question Doctrine*, *Structural Remedies* e neoconstitucionalismo ideológico. E apontamos a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, de 1954, em *Brown vs. Board of Education*⁴, como a primeira decisão que reestruturou o modelo de sentença constitucional até então possível, ao interferir na estrutura do Estado Moderno.

Para os fins perseguidos neste texto, interessa-nos a origem mais próxima do Estado de Coisas Inconstitucional: as *sentencias* da Corte Constitucional Colombiana. Elaborado, enquanto decisão, pela Corte Constitucional da Colômbia, possui a peculiaridade de proporcionar um espaço público de diálogo entre os atores, pessoas jurídicas e autorida-

3 Uma referência no estudo minucioso da evolução do *judicial review of legislation*, com abordagem comparatista, é o trabalho de Francisco Fernández Segado (**La evolución de la justicia constitucional**. Madrid: Dickinson, 2013).

4 Reconheceu-se, na decisão, que as violações aos valores constitucionais provinham, inclusive, das burocracias reinantes em tempo-espaço estatal e que se apresentam como obstáculos à consumação de tais valores.



des, direta ou indiretamente envolvidos com a proteção inexistente ou deficiente de direitos fundamentais. Este fato nos conduz a uma breve referência ao papel do Estado.

O Estado moderno nasce com a missão de proteção de direitos fundamentais, por meio de condutas negativas não violadoras de tais direitos, bem como de promoção e realização do bem comum, além de realizar as promessas de bem-estar⁵. Em acréscimo, as Revoluções dos Séculos XVII e XVIII assumiram a promessa de limitação do poder político por meio do mecanismo da separação de poderes e a exigência de asseguramento e proteção dos direitos fundamentais. O conhecido art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 (Art. 16 – *Toda a sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem em absoluto constituição*), é indicador insofismável da teleologia estatal mencionada.

A insuficiência fática dos aparatos instrumentais da ideologia do Estado Liberal como escudo dos direitos fundamentais ocasionou a eclosão do Estado Social (*welfare state*) como consequência da industrialização e dos problemas sociais. As políticas assistencialistas abarcando as áreas de renda, habitação e previdência social, aliadas à prestação de serviços públicos, patrocinaram uma contundente intervenção do Estado na área econômica, de modo a regulamentar praticamente todas as atividades produtivas e assegurar a geração de riquezas materiais objetivando a diminuição das desigualdades sociais.

5 No que pese a existência de várias teorias sobre o aparecimento do Estado (muitos citam Nicolau Maquiavel como o primeiro a empregar a palavra Estado), entendemos que seu surgimento, com autonomia financeira, política, afastado da personalidade do governante e como entidade abstrata, deu-se a partir da primeira metade do Século XVII. (CREVEL, Martin van. **Ascensão e declínio do estado**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 177 e ss.).

Na década de 70 do Século passado, este modelo de Estado entrou em colapso em virtude da dificuldade de harmonizar crise fiscal e a prestação de serviços públicos, notadamente os de natureza assistencial. A crise financeira e de legitimidade do *Welfare State* foi decisiva para a alteração das relações entre Estado e sociedade. Os efeitos mais nítidos desse desequilíbrio e que são relevantes à abordagem aqui desenvolvida, foram medo, insegurança, risco securitário, pobreza, fome, desamparo, escassez, para citar alguns, como decorrências da hipertrofia do Estado Providência. Pierre Rosanvallon (1997, p. 8), em abordagem inovadora, defende que a crise do Estado Providência não se restringiu a aspectos econômicos, mas também à verdadeira crise social e política, sendo o maior desafio para sua superação a busca de “novo contrato social entre indivíduos, grupos e classes”⁶.

Dessa forma, as democracias contemporâneas passaram a enfrentar inúmeras questões de natureza político-social, ocasionando milhares de demandas, que não são discutidas no âmbito das arenas majoritárias, cabendo ao Poder Judiciário a responsabilidade de ofertar a prestação jurisdicional adequada aos casos que se lhes são endereçados, sob pena de negativa de jurisdição. Assim, os representantes dos poderes Executivo e Legislativo adotam uma postura passiva de autocontenção ante a polêmicas de alto custo político. A transferência indevida (troca de sujeito) do debate de demandas controvertidas do âmbito das arenas representativas para o Poder Judiciário convencionou-se denominar Judicialização da Política.

6 A intensificação dos conflitos sociais, como resultado lógico da falência do *Welfare State*, é observável, até mesmo, no âmbito penal com a propagação da ideologia da “tolerância zero” contra os indivíduos que não se enquadram na categoria de *consumidor*, nem conseguem acompanhar os avanços científico e tecnológicos. (Ver MORAIS, Jose Luis Bolzan de; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A crise do welfare state e a hipertrofia do estado penal. **Sequência**. Florianópolis, n. 66, jul. 2013, p. 161-186,



A relevância do panorama rapidamente relatado verifica-se na ampliação dos poderes judiciais, não constituindo exagero afirmar que se transformou em arena pública de deliberação ao lado do Legislativo e do Executivo e sede de produção normativa⁷. Ideologias à parte, o protagonismo judicial no processo de deliberação política é realidade no mundo globalizado e complexo. As exigências acompanharam a onda de avanço científico e tecnológico, além da consagração de novos direitos e modelos de conduta⁸.

Evidentemente, tais relações complexas, com características identificadoras dos litígios estruturais⁹, não devem receber o mesmo tratamento metodológico presente no processo de matriz liberal-individualista. A configuração dos fatos não coincide com o modelo triangular em cujos vértices da base encontram-se as partes e no vértice superior o sujeito processual que decidirá a demanda: o órgão judicial. Dizer que o juiz dirige a reconstrução das estruturas burocráticas já não causa “assombro” a nenhum observador, mesmo de áreas diversas da do direito. Um novo modelo de solução de controvérsias se instaurou.

7 No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção nº 712-PA, relator ministro Eros Grau, tomado como paradigma, fez constar da Ementa: “4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia”. Inconteste a função normativa exercida pelo Tribunal neste caso.

8 Ver TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995.

9 Referimo-nos a litígios cuja solução transcende os interesses postos pelas partes e expande o domínio territorial de atuação jurisdicional. Também conhecidos como casos estruturais, coletivos, sistêmicos, agregativos, de impacto, estratégicos, redistributivos, litígios públicos, demandas de direitos de segunda e terceira geração ou como mero ativismo judicial, não se limitam a regular as relações jurídicas entre as partes ao se afastar do modelo de qualificação jurídica dos fatos. Antes de ser um fato empírico, aparece como fato jurídico e como uma particular forma de atuação do Poder Judiciário. Trata-se, por fim, de um conflito policêntrico oriundo de um complexo feixe de vínculos causais

Amadurecidas as premissas necessárias, e a título de conceito de Estado de Coisas Inconstitucional, adotaremos o elaborado na Sentencia T-025, de 2004¹⁰, pela Corte Constitucional da Colômbia, segundo a qual

El ECI es una decisión judicial, por medio de la cual la Corte Constitucional declara que hay una violación masiva generalizada y sistemática de los derechos fundamentales es de tal magnitud, que configura una realidad contraria a los principios fundantes de la Constitución Nacional y estas situaciones pueden provenir de una autoridad pública específica que vulnera de manera constante los derechos fundamentales, o de un problema estructural que no solo compromete una autoridad sino que incluye también la organización y el funcionamiento del Estado, y que por tanto se puede calificar como una política pública, de donde nace la violación generalizada de los derechos fundamentales.

Em outra passagem da mesma decisão encontram-se os fatos que caracterizam o Estado de Coisas Inconstitucional:

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción

¹⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-025-2004**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Acesso em 28 nov. 2017.



de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

A Corte Constitucional Colombiana, dessa forma, construiu e delimitou o que se deve entender por Estado de Coisas Inconstitucional. A ferramenta foi gestada desde a década de noventa do século passado (Sentencia US.559-1997)¹¹, o que implica reconhecer a paternidade dela à Corte colombiana.

Na visão de Peña (2011, p. 6)

El ECI es una figura enmarcada en la jurisprudencia progresista que la Corte Constitucional produce, en un contexto de grave desigualdad económico-social, y violaciones sistemáticas y permanentes a los derechos humanos, y al derecho internacional humanitario, en medio de un largo y degradado conflicto armado interno.

11 A pendência envolvia quarenta e cinco professores dos municípios de María La Baja e Zambrano cujos direitos previdenciários negados pelas autoridades municipais.

Como é de fácil percepção, o Estado de Coisas Inconstitucional não brota de visão unilateral ou de caprichos metodológicos de julgadores ativistas. A crise que se instaura em virtude dos bloqueios estruturais e que impede a efetivação de direitos fundamentais próprios das conquistas históricas do Estado Constitucional Democrático de Direito não autoriza o alheamento do Judiciário sob o argumento de intervenções indevidas.

Para Clara Inés Vargas Hernández (2003, p. 205-206), a Corte Constitucional não deve permanecer em sua “Torre de Marfim”, distante da realidade social. O juiz constitucional possui compromisso ético de não permanecer inerte e indiferente diante de situações estruturais que se comunicam e violam de maneira grave, permanente e contínua numerosos direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional Colombiano fez uso de sentenças estruturais para o afastamento de violações reiteradas e massivas a direitos fundamentais de presidiários e professores. Pedimos vênia para transcrever parte de trabalho anterior¹², no qual ficou assentado que,

No que pesem os cuidados e deferências aos demais poderes pela Corte Constitucional da Colômbia, o emprego do estado de coisas inconstitucionais no Brasil, pelo STF, tem gerado inúmeras críticas. Artigo publicado no Estadão de 19 de setembro de 2015, intitulado *Estado de Coisas Inconstitucionais*¹³, os Professores Raffaele de

12 RODRIGUES, Francisco Lisboa. Direito comparado e transjusfundamentalidade – o estado de coisas inconstitucional no STF. *In: Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*. MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (Coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et al. (Org.), v. 6, 2016, p. 429-448.

13 GIORGI, Raffaele de, FARIA, José Eduardo, CAMPILONGO, Celso. Estado de coisas inconstitucional. *Estadão*. Edição de 19.09.2015. Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em 20 jan.2016.



Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo no qual defendem que o ECI pode dificultar e ameaçar a efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais. O ilustre Professor Lenio Luiz Streck, na coluna do Conjur, de 24 de setembro de 2015, escreveu no *O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil*¹⁴ que tem receio do ECI, pois “essa coisa” é *fluída, genérica e líquida. Por ela, tudo pode virar inconstitucionalidade. Das doações em campanha ao sistema prisional (ADPF 347). Mas pergunto: o salário mínimo não faz parte desse Estado de Coisas Inconstitucional?*

Os fundamentos das críticas são conhecidos e se aproximam, sensivelmente, da contrariedade ao ativismo judicial. Subjetivismo e arbítrio judicial (decido de acordo com minha consciência), ilegitimidade democrática (os juízes não são eleitos pelo voto popular) e irresponsabilidade institucional de juízes e cortes (não há controle institucionalizado das decisões do STF), violação à separação de poderes (os poderes são independentes. Embora harmônicos) e o eclipse da fronteira entre Direito e Política (judicialização da política e politização do direito).

Reconhecidas a relevância e as esmeradas considerações levantadas pelos Professores nas críticas acima referidas sinteticamente, opõe-se que não há compatibilidade entre os fatos descritos como ECI pelos autores e o ECI que desenvolve a Corte Constitucional de Colombia. Ade-

14 STRECK, Lenio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil. **Conjur**. Edição de 24.09.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>. Acesso em 20 jan.2016.

mais, na liminar concedida na ADPF n. 347-DF, o Ministro Marco Aurélio afasta, de modo rápido e em lúcida passagem, as críticas delineadas:

Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deve agir em diálogo com os outros Poderes e com a sociedade. Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções.

Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias. Há de se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas na Carta da República.

O Supremo Tribunal Federal ratifica a tendência, observada ao longo dos anos, da sua atuação, qual seja, dialogar com outras Cortes Constitucionais no intuito de apresentar decisões que respondam, satisfatoriamente, às complexas demandas que são apresentadas para julgamento. O Estado de Coisas Inconstitucional constitui, num oceano de decisões, uma gotícula representativa do diálogo transnacional. Destacando a realidade das falhas



estruturais, ele se apresenta como fundamento de sentenças estruturais aptas a promover diálogo entre os Poderes da República, com o fito de afastar violações a direitos fundamentais e promover sua efetivação.

2 INTERPRETAÇÃO ANÁLOGA À DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PARA O DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE

O estudo traz uma interpretação análoga à do Estado de Coisas Inconstitucional para o direito fundamental ao ambiente ante as falhas do Estado brasileiro no comando constitucional de defensor e protetor do meio ambiente – prevenir e controlar as violações generalizadas e estruturais do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado.

A sentença constitucional fundamentada no Estado de Coisas Inconstitucional e os efeitos da sentença são estendidos extraordinariamente, segundo Peña (2016, p. 7), “para proteger directamente a todo un conjunto de personas, e indirectamente a toda la sociedad, que se considera potencialmente en peligro mientras subsista esta realidad contraria a la Constitución”.

Nessa senda, a Corte Constitucional, guardiã da integridade e supremacia da Constituição, ordena salvar determinada situação por meio de ações imediatas, e não progressivas; estrutural, e não conjuntural; e de longo prazo. Sua aplicação deve ocorrer quando as ações só podem ser resolvidas no âmbito de uma política de Estado e envolver toda a institucionalidade para resolver a anormalidade.

A inquietação que motivou a investigação do tema surge a partir da (in)efetividade das normas ambientais, principalmente pelo Poder Executivo, mas não exclusivamente. Instrumentos de gestão ambiental pú-

[Ir para o índice](#)

blica – preventivos contra danos ambientais – como a Agenda 21 Local e Sistema de Gestão Ambiental (SGA), não adotados ainda pela Administração Pública da maioria dos municípios brasileiros¹⁵. Saneamento básico¹⁶, poluição, pobreza energética, lixões¹⁷ e transportes públicos constituem graves problemas que motivam a rediscussão da harmonia e independência dos Poderes da República, de modo que a segurança jurídica da Constituição, em especial a efetividade dos direitos fundamentais, seja blindada. A inobservância ao grave quadro constituído pela violação dos direitos fundamentais – calamidade pública, sobrevida, insalubridade, situações inferiores ao mínimo existencial para uma vida digna – instiga o Poder Judiciário a atuar como corretor.

Na prática processual, os operados do Direito permanecem resistentes à interdisciplinaridade dos problemas ambientais e a premente existência dos riscos que as atividades produzem, agravados pela irreversibilidade dos danos. Gestão pública ambiental indubitavelmente não se sustenta apenas nas leis. Áreas como Antropologia, Administração, Engenharia e Arquitetura atuam diretamente na gestão da Administração Pública.

15 Ver Caúla (2012).

16 Trata Brasil. Saneamento é saúde. Situação saneamento no Brasil. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS 2015). Fonte: Estudo Trata Brasil “Ranking do Saneamento – 2015”. Tratamento esgoto: 42,67% dos esgotos do país são tratados. Percentual por região brasileira: **Norte:** apenas 16,42% do esgoto são tratados, e o índice de atendimento total é de 8,66%. A pior situação entre todas as regiões. **Nordeste:** apenas 32,11% do esgoto são tratados. **Sudeste:** 47,39% do esgoto são tratados. O índice de atendimento total de esgoto é de 77,23%. **Sul:** 41,43% do esgoto são tratados, e o índice de atendimento total é de 41,02%. **Centro-Oeste:** 50,22% do esgoto são tratados. A região com melhor desempenho, porém a média de esgoto tratado não atinge nem a metade da população. Disponível: <<http://www.tratabrasil.org.br/saneamento-no-brasil>>. Acesso em 29 nov. 2017.

17 Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ano referência 2013, apontam que 34 municípios cearenses (com + de 20 mil habitantes) num total de 184, não possuem Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos. No contexto atual, de 2017, não se sabe a realidade desse quadro. Disponível: <<http://www.sinir.gov.br/web/guest/2.5-planos-municipais-de-gestao-integrada-de-residuos-solidos>>. Acesso em 29 nov. 2017.



De outro modo, instrumentos legais como processo de licitação (Lei nº 8.666, de 1993) e o procedimento administrativo de licenciamento ambiental não conseguiram ainda reduzir problemas ambientais como o das escolhas ineficientes relacionadas às obras públicas em desacordo com os parâmetros e limites ambientais.

O debate sobre o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) aplicável ao meio ambiente nasce a partir da inobservância do poder público aos graves crimes ambientais e suas reais consequências para a coletividade – real afrontamento ao direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado para a presente e às futuras gerações cujas consequências são difusas. Princípios como o da Prevenção e o da Responsabilidade são preteridos pelo desafio dos riscos presumidos das principais atividades impactantes.

O transplante do Estado de Coisas Inconstitucional para o direito fundamental ao ambiente é uma excepcionalidade para corrigir uma omissão (deixar de fazer o que está obrigado) ou negligência do Estado (causar o dano ou facilitar) nas suas funções precípuas e no poder fiscalizatório. Oportuno que o Poder Judiciário atue como o protagonista da medida coercitiva que restabeleça a segurança jurídica e a efetividade da norma constitucional. A Constituição, ao preceituar a harmonia entre os Poderes, conduz ao diálogo de correção. Dito de outra maneira, quando um dos poderes não atinge a máxima responsabilidade a ele inerente caberá uma correção-comando-tarefa que o obrigue a cumpri-la na sua integralidade. A independência dos Poderes não significa blindagem de eximi-lo de um comando de correção¹⁸ – obrigação de executar suas responsabilidades constitucionais.

18 Supremo Tribunal Federal julgou, em 29/11/2107, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), contra a Lei nº 12.687, de 2007, do Estado de São Paulo, e proíbe a extração, comercialização de amianto crisotila na construção civil no Brasil. O produto já é proibido nos países da Europa devido aos malefícios provocados à saúde e ao meio ambiente. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353599>. Acesso em 30 nov. 2017.

2.1 A contaminação por chumbo em Santo Amaro, na Bahia, e o rompimento da barragem do Fundão com 35 bilhões de litros de rejeitos de minério – Minas Gerais

Os estados da Bahia e de Minas Gerais registram dois graves crimes que abrem precedentes pela falta de gestão ambiental pública no Brasil e a necessária aplicação de correção pelo Poder Judiciário. A contaminação por chumbo em Santo Amaro (Bahia, 1960) e o rompimento da barragem do Fundão com 35 bilhões de litros de rejeitos de minério (Minas Gerais, 2015) são exemplos de que o Poder Executivo não garante o cumprimento das políticas ambientais impostas pela Constituição Federal, leis federais, estaduais e municipais, no âmbito de suas competências legislativas.

2.1.1 Santo Amado da Purificação

A Plumbum Mineração e Metalurgia, anteriormente chamada de Companhia Brasileira de Chumbo (COBRAC), funcionou durante 33 anos na cidade de Santo Amaro da Purificação, na Bahia, na produção de ligas de chumbo, utilizando processo metalúrgico que resultou no lançamento, na atmosfera, de subprodutos que, segundo ensaios realizados, conforme a NBR10.004, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), os metais pesados chumbo (Pb) e cádmio (Cd) são considerados resíduos perigosos e altamente tóxicos. A escória foi utilizada para o calçamento da cidade, construção de muros e jardins nas residências de Santo Amaro¹⁹.

A empresa, após promover graves danos ambientais irreversíveis, como a contaminação de chumbo e descarte inadequado, poluição e o óbito de várias vítimas, foi desativada em 1993. O Ministério Público

¹⁹ A COBRAC produzia ligas de chumbo, a partir do minério de chumbo das minas de Boquira. Disponível em <http://sopadechumbo.blogspot.com.br/>. Acesso em 30 nov. 2017.



Federal (MPF), na Bahia, ajuizou uma Ação Civil Pública (Processo nº 2003.33.00.000238-4/ Justiça Federal na Bahia) contra a União, a Plum-bum Mineração e Metalurgia e a Fundação Nacional de Saúde (FUNASA). A sentença resultou na condenação da empresa a pagar 10% do fatura-mento bruto, de 1989 a 1993, às indenizações; a União e a Funasa foram condenadas a criar um centro de referências para atendimento das víti-mas de contaminação. Conforme divulgado no *site* do Ministério Público Federal da Bahia, “o município de Santo Amaro é o mais contaminado por chumbo no mundo”²⁰.

Existe, ainda, cerca de 500 toneladas enterradas nas proximidades da empresa e uma imensa quantidade de lixo tóxico encoberto por ino-centes cultivos, como bananeiras e mandiocas, que servem de alimento tanto à população local como para exportação para outras regiões, até mesmo para a capital Salvador²¹. Das 3.500 pessoas que trabalham na fábrica, 948 já morreram.

Importa destacar que o Estado de Coisas Inconstitucional pode ser o re-médio preventivo para a má gestão administrativa pública ambiental. Medi-das cautelares poderão inibir a continuidade da negligência do poder público.

2.1.2 Barragem do Fundão em Mariana

A empresa Samarco causou um dos mais graves crimes ambientais no Brasil e danos de improvável recuperação, em 2015. Crimes ambientais ocor-ridos nos anos anteriores não inibiram as empresas e os governos federal e estaduais a colocarem na pauta política a prevenção de danos ambientais.

20 Disponível em: <https://uc.socioambiental.org/en/noticia/dia-mundial-do-meio-ambiente-confira-atuacoes-do-mpfba>. Acesso em 30 nov. 2017.

21 Disponível em <http://sopadechumbo.blogspot.com.br/>. Acesso em 30 nov. 2017.

A barragem do Fundão, rompida na tarde de 5 de novembro de 2015, despejou rejeitos de minérios de ferro da mineradora Samarco, chegando ao litoral do Espírito Santo. As sequelas ambientais, sociais e econômicas são incomensuráveis. A gestão ambiental pública se mostra inexistente. Pagamentos de propinas, burocracia no processo de licenciamento de atividades empresariais, improbidade administrativa, vulnerabilidade da sociedade no empoderamento dos deveres ambientais insculpidos na Constituição e na Lei de Educação Ambiental (Lei nº 9.795, de 1999)²² são realidades que desafiam a segurança ambiental.

Na visão de Caúla, Martins e Tôres (2016, p. 86)²³ “O tema suscita até o controle de convencionalidade para restabelecer os Direitos Humanos, umbilicalmente vinculados ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado”. Entrementes, a atividade mineradora deve ser conduzida pela prevenção de qualquer situação de anormalidade.

Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis (IBAMA) divulgou que foram constatados os danos econômicos e sociais. O laudo extraído revela que 82% do distrito de Bento Rodrigues foi destruído pela lama e estendeu-se para os estados da Bahia e de Santa Catarina (CAÚLA, MARTIS, TÔRRES, 2016, p.92).

Os instrumentos de tutela – ação civil pública, ação popular, mandado de segurança – não são suficientes para restabelecer o meio ambiente

22 Ver pesquisa com 880 professores de escolas públicas sobre a eficácia social da Lei de Educação Ambiental. CAÚLA, Bleine Queiroz. [A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente](#): os 20 anos de melodia das agendas 21 locais, 2012.

23 CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; TÔRRES, Lorena Grangeiro de Lucena. Mineração, desenvolvimento econômico e sustentabilidade ambiental: a tragédia de Mariana como parâmetro de incerteza. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (Coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (Org.). *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*. Vol 6, 2016, p. 86.



atingido. No entanto, o Poder Judiciário pode utilizar-se da ferramenta do Estado de Coisas Inconstitucional para reforçar o comprometimento e esforços dos governos locais (estados e municípios) na prossecução de suas funções. No caso Mariana *versus* Samarco, que sejam investidos valores do Fundo Nacional e Estadual de Meio Ambiente para o restabelecimento do ambiente e da qualidade de vida da população local. Os danos não podem esperar a tramitação dos processos ajuizados. Os entes federativos e órgãos ambientais respondem proporcionalmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) constitui, num oceano de decisões, uma gotícula representativa do diálogo transnacional. Por se tratar de um instrumento de controle, melhor dizendo, um ativismo estrutural para forçar o Poder Executivo a adimplir nas funções constitucionalmente a ele atribuídas, causa turbulência na doutrina do direito constitucional, sendo ainda escassa a doutrina brasileira sobre o tema.

A origem do Estado de Coisas Inconstitucional demonstra ser ele o instrumento adequado para afastar e superar litígios estruturais advindos de falhas administrativas e/ou legislativas que violam direitos fundamentais. A construção jurisprudencial não foi repentina ou de ocasião. Como visto, a Corte Constitucional Colombiana, desde a década de 1990, do século passado, trabalha com a elaboração da sentença constitucional que ficou conhecida como Estado de Coisas Inconstitucional.

No Brasil, o tema veio ao debate na ADPF nº 347-MC/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), cujo julgamento se deu em 9/9/2015, firmando o entendimento de que o sistema carcerário brasi-

[Ir para o índice](#)

leiro possui falhas estruturais graves e que tal estado de coisas ocasiona reiteradas e massivas violações de direitos fundamentais.

A expansão dos poderes do Judiciário, longe de caracterizar desarmonia ou desnivelamento democrático em relação aos demais Poderes, abre nova frente de solução para problemas estruturais que acometem as sociedades do Século XXI. Concluir dessa forma não significa abonar decisões abusivas ou flagrantemente desrespeitosas à separação de poderes, porque não há substituição entre poderes estatais constituídos.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal decidiu alguns pedidos liminares constantes na ADPF nº 347-MC/DF sem que houvesse ingerência nas atividades dos outros poderes ou submissão arbitrária destes às decisões desta Corte Suprema. A harmonia e a independência dos três Poderes (Executivo, Legislativo, Judiciário) não podem sobrepor-se aos deveres do Estado no tocante à efetividade dos direitos fundamentais.

Entrementes, a defesa de uma interpretação análoga à do julgamento parcial da ADPF nº 347-MC/DF (Sistema Penitenciário Nacional – direitos humanos da população carcerária brasileira) ao direito fundamental do ambiente – tem assento no descaso do Estado ao mandamento constitucional insculpido no artigo 225 da Constituição Federal, de 1988, e a vasta legislação infraconstitucional (federal e estadual) de proteção ambiental. O artigo abordou dois gravíssimos crimes ambientais ocorridos no Brasil – Santo Amaro da Purificação (1960) e Mariana (2015) –, por força de fatores diversos (negligência estatal, falta de gestão pública ambiental, corrupção envolvendo licenciamento e licenças ambientais, improbidade administrativa, descumprimento das empresas à vinculação aos direitos fundamentais), podendo configurar uma anormalidade que deve ser corrigida pelo Judiciário – sentença judicial – para restabelecer a garantia dos direitos fundamentais constitucionais.



É prudente um olhar atento sobre o Estado de Coisas Inconstitucional no controle da efetividade da gestão pública ambiental. Temas como *Ativismo Judicial, Políticas de Governo e Supremacia da Constituição* estão umbilicalmente entrelaçados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em 24 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999**. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=321>. Acesso em 4 dez. 2017.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 347-MC/DF**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 17 out. 2017.

CAÚLA, Bleine Queiroz. **A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente**: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais, 2012.

CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; TÔRRES, Lorena Grangeiro de Lucena. Mineração, desenvolvimento econômico e sustentabilidade ambiental: a tragédia de Mariana como parâmetro de incerteza. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 71-98. Disponível em: [Ir para o índice](http://www.dialogo-</p></div><div data-bbox=)

[aci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol-6.pdf](http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol-6.pdf). Acesso em 4 dez. 2017.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-025-2004**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Acesso em 28 nov. 2017.

CREVEL, Martin van. **Ascensão e declínio do estado**. Tradução de Jus-sara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Navarra: Civitas, 2006.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A crise do welfare state e a hipertrofia do estado penal. Sequência. Florianópolis, n. 66, jul. 2013, p. 161-186. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n66p161/25064>. Acesso em: 4 dez. 2017.

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

PEÑA, Gabriel Bustamante. **Estado de cosas inconstitucional y políticas públicas**. Trabajo monográfico para optar al título de Magister en Estudios Políticos. 103fls. Bogotá, 2011. Disponível em: [file:///C:/Users/Bleine/Downloads/Estado%20de%20Cosas%20Inconstitucional%20y%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Bleine/Downloads/Estado%20de%20Cosas%20Inconstitucional%20y%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20(1).pdf). Acesso em 27 nov. 2017.

RODRIGUES, Francisco Lisboa. Direito comparado e transjusfundamentalidade – o estado de coisas inconstitucional no STF. In: **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. MIRANDA, Jorge. GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 429-448. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/publicacoes/>. Acesso em 27 nov. 2017.



ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Trad. Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UFG; Brasília: UNB, 1997.

SEGADO, Francisco Fernández. **La evolución de la justicia constitucional**. Madrid: Dickinson, 2013.

STRECK, Lenio Luis. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado “Estado de cosas inconstitucional”. **Estudios Constitucionales**, v. 1, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Santiago, 2003, p. 203-228. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/revista/7833/a/2003>. Acesso em: 27 nov. 2017.

Novamente os problemas do acesso a medicamentos em Portugal suscitados pelo Tribunal Unificado de Patentes ¹

Again, the problems of access to medicines in Portugal raised by the Unified Patent Court

AQUILINO PAULO ANTUNES

RESUMO

O Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes, já ratificado por Portugal, tem implicações desvantajosas para o acesso a medicamentos a custos comportáveis e para a sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde.

¹ O presente trabalho corresponde a uma revisão e actualização do texto sobre o mesmo tema publicado na obra *Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão. 50 anos de vida universitária*, Associação Portuguesa de Direito Intelectual e E-Pública, *Revista Electrónica de Direito Público*, nº 5, Número Especial, 2015. O mesmo trabalho serviu de guião à palestra proferida pelo signatário no IX Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, em 4 de outubro de 2016, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.



Palavras-chave: Patentes. TRIPS. Tribunal Unificado. Lei nº 62, de 2011. Arbitragem Necessária.

ABSTRACT

The agreement on the Unified Patent Court, already ratified by Portugal, has disadvantageous implications for access to affordable medicines and for the sustainability of the National Health Service.

Keywords: Patents. TRIPS. Unified Court. Law nº. 62/2011. Compulsory arbitration.

INTRODUÇÃO

Foi assinado, em 19 de fevereiro de 2013, por 25 Estados-Membros da União Europeia, o Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes (TUP). O Acordo relativo ao TUP só entra em vigor após a sua ratificação por, pelo menos, 13 Estados-Membros Contratantes, nos quais deverão incluir-se a Alemanha, a França e o Reino Unido².

O mesmo Acordo, além de atribuir competência exclusiva ao TUP para julgar processos de litígios relacionados com patentes europeias e patentes europeias de efeito unitário, bem como as regras de processo da tramitação dessas ações, consagra também alguns aspectos de

2 Cfr. último Considerando do Acordo.

direito material referentes às mesmas patentes e Certificados Complementares de Protecção (CCP)³.

Tal como se demonstra neste trabalho, o Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes apresenta implicações desvantajosas para o acesso a medicamentos a custos comportáveis e para a sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde (SNS). Estas implicações resultam, por um lado, da consagração no Acordo de algumas regras de direito material que limitam a liberdade de conformação legislativa por parte dos Estados-Membros Contratantes em matéria de patentes e Certificados Complementares de Protecção, e dos direitos por eles conferidos; por outro, do facto de serem estabelecidas a competência exclusiva do Tribunal Unificado de Patentes e regras processuais próprias, com a consequente postergação do tribunal arbitral necessário e das regras processuais previstos na Lei nº 62, de 2011, de 12 de dezembro, para os casos abrangidos pelo mesmo Acordo.

Está neste momento em curso o processo de ratificação do Acordo em causa. As desvantagens para o acesso a medicamentos, advinentes da aplicação do Acordo, superam as vantagens dela resultantes, atendendo à relevância em Portugal das patentes farmacêuticas no mercado total das patentes europeias e nas patentes europeias de efeito unitário⁴.

3 Nos termos da alínea f) do artigo 2º do Acordo, as patentes europeias de efeito unitário são aquelas que, tendo sido concedidas nos termos da Convenção da Patente Europeia, gozem de efeito unitário nos termos do Regulamento (UE) nº 1.257, de 2012. As referidas patentes proporcionam protecção uniforme e produzem os mesmos efeitos em todos os Estados participantes (nº 2 do artigo 3º do citado Regulamento).

4 Em sede de processo de ratificação pela Assembleia da República, igualmente se pronunciaram desfavoravelmente o Senhor Professor Doutor Rui Medeiros, a Associação Portuguesa dos Consultores em Propriedade Intelectual, a Associação Internacional para a Protecção da Propriedade Intelectual e a Confederação Empresarial de Portugal.



A eventual entrada em vigor do Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes constituirá um rude golpe para o acesso dos medicamentos genéricos ao mercado em Portugal, com os consequentes custos para os utentes e para a sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde.

Não abordaremos aqui a natureza jurídica deste Acordo nem aquela que será a sua relação, designadamente hierárquica, com o direito da União Europeia. Parece, no entanto, que, no mínimo, se tratará de um instrumento de direito internacional, pelo facto de ser subscrito por um conjunto de Estados soberanos.

1 BREVE DESCRIÇÃO DO ACORDO RELATIVO AO TRIBUNAL UNIFICADO DE PATENTES

Passamos, de seguida, a uma breve descrição do Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes. Este é, pelo menos, um acordo de direito internacional outorgado por 25 dos 28 Estados-Membros da União Europeia⁵; não o outorgaram a Espanha, a Polónia e a Croácia.

Como se referiu, o citado Acordo só entra em vigor após a sua ratificação por, pelo menos, 13 Estados-Membros Contratantes, nos quais deverão incluir-se a Alemanha, a França e o Reino Unido⁶, decorrendo neste momento

5 Dizemos “pelo menos”, porque a relação do Acordo em apreço com o direito da União Europeia não resulta clara dos seus Considerandos. Além disso e como se verá adiante, algumas disposições do Acordo são desconformes com o direito vigente na União Europeia. Por isso subsiste a dúvida de saber qual a vontade dos Estados participantes, pois se esta fosse no sentido da conformação, não se teriam registados tais disparidades. No sentido de que o Acordo configura um tratado internacional, cfr. Muller-Stoy, T. & R. Teschemacher (2016).

6 Eram os três Estados-Membros da União Europeia com maior número de patentes europeias vigentes em 2012.

esse processo de ratificação. Actualmente, a ratificação foi apenas formalizada por 11 Estados participantes, entre os quais a França⁷. Portugal ratificou o Acordo em 28 de agosto de 2015, sendo que o Parecer emitido pela Comissão de Negócios Estrangeiros e Comunidades Portuguesas, elaborado previamente à ratificação pela Assembleia da República, é totalmente omisso quanto ao impacto do Acordo ratificando no que respeita aos litígios com patentes farmacêuticas. De resto, o referido Parecer centra-se na questão da existência, ou não, de pedidos de patentes abrangidas pelo Acordo, olvidando outros impactos, como o que estamos a analisar.

Interligadas com a entrada em vigor do Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes, estão ainda alguns regulamentos da União Europeia, como sejam:

- a) O Regulamento (UE) nº 1.215, de 2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial;
- b) O Regulamento (UE) nº 1.257, de 2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2012, que regulamenta a cooperação reforçada no domínio da criação da proteção unitária de patentes;
- c) O Regulamento (UE) nº 1.260, de 2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2012, que regulamenta a cooperação reforçada no domínio

⁷ Julga-se que a saída do Reino Unido da União Europeia poderá determinar adaptações ao Acordo, em particular, ao seu regime de entrada em vigor. Sobre o tema, cfr. Muller-Stoy, T. & R. Teschemacher (2016) e Silva, P.S. (2014), 287.



da criação da proteção unitária de patentes no que diz respeito ao regime de tradução aplicável.

De seguida, enunciaremos os objectivos visados pelo Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes, bem como os principais traços do regime por ele consagrado, nas vertentes de direito substantivo e de direito adjectivo, na parte que interessa para a presente análise⁸.

1.1. Objectivos

Tal como decorre dos considerandos do Acordo, este tem por objectivos, entre outros: (i) melhorar o respeito pelas patentes; (ii) melhorar a defesa contra reivindicações infundadas e patentes que deveriam ser extintas; e (iii) aumentar a segurança jurídica. Os referidos objectivos seriam, no entender dos subscritores, atingidos pela criação do Tribunal Unificado de Patentes, destinado a compor litígios relacionados com a violação e a validade das patentes.

Os problemas que com esta medida se pretende resolver são: (i) as dificuldades decorrentes da actual necessidade de recurso aos vários tribunais nacionais para discussão da violação ou validade das patentes, como sejam, os custos, a divergência de decisões e a incerteza jurídica; (ii) a prática da escolha do tribunal mais conveniente aos interesses do demandante, baseada na vantagem decorrente das divergências de interpretação do direito harmonizado e do direito processual, bem como na maior ou menor celeridade processual dos tribunais, consoante o demandante pretenda uma mais célere ou mais demorada decisão do pleito, ou nos montantes indenizatórios fixados nas várias ordens jurídicas.

8

Para maiores desenvolvimentos sobre o TUP, cfr. Silva, P.S. (2014).

1.2. Principais traços do regime

Vejamos agora os principais traços do regime definido no Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes, relevantes para a apreciação que nos propomos fazer.

No quadro do direito substantivo, o artigo 25º do Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes prevê que as patentes europeias de efeito unitário previstas no Regulamento (UE) nº 1.257, de 2012, “conferem ao seu titular o direito de impedir a terceiros que não tenham o seu consentimento [o] fabrico (...) e a utilização do produto objeto da patente, bem como (...) a sua detenção em depósito para esses fins” e também “[a] oferta (...) ou a detenção em depósito para esses fins, de produtos obtidos diretamente pelo processo objeto da patente” [cfr. alíneas a) e c)]. No fundo, os indicados preceitos proíbem a armazenagem do produto na vigência da patente ou do certificado complementar de protecção.

Por seu turno, as alíneas b), d) e e) do artigo 27º do mesmo Acordo, estabelecem que “[o]s direitos conferidos pela patente não abrangem [o]s atos praticados para fins experimentais relacionados com o objeto da invenção patenteada; [o]s atos praticados unicamente a fim de efetuar os estudos, testes e ensaios previstos (...) no artigo 10º, nº 6, da Diretiva 2001/83/CE, no que diz respeito a qualquer patente que abranja o produto” na aceção desta Diretiva; “[a] preparação ocasional de medicamentos em farmácias, para casos individuais, mediante receita médica, ou atos relativos a medicamentos assim preparados”. Os citados preceitos consagram exceções aos direitos conferidos pelas patentes, quando se trate de actividade experimental, quando se trate dos ensaios pré-clínicos, clínicos e toxicológicos necessários à obtenção de uma autorização de introdução no mercado de um medicamento ou quando se



trate da preparação de medicamentos manipulados – preparados oficiais ou fórmulas magistrais – por parte de uma farmácia.

O artigo 29º do Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes estabelece que

[o]s direitos conferidos pela patente europeia não são extensivos aos atos respeitantes ao produto coberto por essa patente após a colocação desse produto no mercado da União pelo titular da patente ou com o seu consentimento [...].

Trata-se do esgotamento, de âmbito regional, dos direitos conferidos pela patente europeia⁹.

Por último, o artigo 30º do Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes estabelece que “[o]s certificados complementares de proteção conferem os mesmos direitos que os conferidos pelas patentes e são sujeitos às mesmas limitações e obrigações”. No essencial, este artigo reproduz o estabelecido no artigo 5º do Regulamento (CE) nº 469, de 2009, relativo ao certificado complementar de protecção para os medicamentos.

Note-se, no entanto, que actualmente o âmbito regional vigente na União Europeia e em Portugal, respectivamente nos artigos 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e 103º do Código da Propriedade Industrial, abrange o *mercado interno*, ou seja, o Espaço Económico Europeu. Por isso, o Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes, ao prever o esgotamento apenas no mercado da União Europeia, acaba por restringir o actual âmbito regional do esgotamento do direito. Este facto dificulta as importações paralelas de medicamentos.

⁹ Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, cfr. Antunes, A.P. (2012), 161 e ss; Silva, P.S. (1996) e Silva, P.S. (2000).

No quadro do direito adjetivo, o Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes consagra no nº 1 do seu artigo 32º a competência exclusiva do mesmo Tribunal para um conjunto de acções relacionadas com patentes europeias, ou patentes europeias de efeito unitário, e certificados complementares de protecção, como sejam as que assentem em violação ou ameaça de violação; as de simples apreciação negativa; os procedimentos cautelares; as de extinção de patentes e de declaração de nulidade dos certificados, bem como os pedidos reconventionais; de responsabilidade civil por violação ou por protecção provisória, etc. O nº 2 do mesmo artigo consagra, em termos meramente residuais, a competência dos tribunais nacionais para julgarem as acções “que não sejam da competência exclusiva do Tribunal”.

Ademais, o Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes prevê, na sua Parte III (artigos 40º e seguintes), as disposições de organização do Tribunal e de tramitação processual. Isto é, o Acordo prevê o processo próprio a observar pelo Tribunal na tramitação das acções e procedimentos perante ele intentados.

2 DOS ASPECTOS PREJUDICIAIS PARA O ACESSO A MEDICAMENTOS EM PORTUGAL

Como demonstraremos de seguida, o Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes apresenta, no seu âmbito de aplicação, aspectos que são prejudiciais para o acesso a medicamentos a custos comportáveis, em Portugal.

Antes de mais, recorde-se, de um modo muito simplista e incompleto, que a matéria dos direitos de propriedade industrial relativos a



medicamentos, para além de diversos instrumentos específicos, como sejam as Convenções da União de Paris e da Patente Europeia, encontra-se essencialmente consagrada nos seguintes instrumentos, que agora enunciamos por se tornarem relevantes para a presente apreciação: o Acordo ADPIC/TRIPS¹⁰; a Declaração de *Doha*, de 14 de novembro de 2001, relativa ao Acordo TRIPS e à Saúde Pública¹¹; o Regulamento (CE) nº 469, de 2009, relativo aos certificados complementares de protecção de medicamentos, e o Código da Propriedade Industrial.

Recorde-se igualmente que uma parte significativa dos litígios em Portugal relacionados com medicamentos e direitos de propriedade industrial respeitam a patentes europeias.

2.1 Considerações introdutórias

Os preceitos acima indicados do Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes são, sob o ponto de vista do acesso a medicamentos a custos comportáveis, susceptíveis de críticas. Em primeiro lugar, porque procedem à rigidificação das liberdades de conformação conferidas pelo Acordo ADPIC/TRIPS.

Em segundo lugar e interligado com o anterior, porque, nalguns casos, os mesmos preceitos conduzem a um retrocesso do regime que actualmente vigora na União Europeia e em Portugal, no que respeita ao regime da obtenção das autorizações administrativas – de introdução no mercado, de autorização de preço de venda ao público e de comparticipação pelo Estado – por recriarem condições aptas ao bloqueio, pelos titulares de direitos de propriedade industrial, da obtenção dessas autorizações.

10 Cfr. *infra* nº 3.2.

11 Cfr. *infra* nº 3.2.

Estes dois primeiros aspectos serão mais adiante abordados conjuntamente.

Em terceiro lugar, porque, no que respeita às patentes europeias e patentes europeias de efeito unitário, contendem com o regime de composição de litígios instituído em Portugal com a Lei nº 62, de 2011, de 12 de dezembro, que tem estado a permitir a obtenção de decisões com o valor de sentença de mérito produzidas num curto espaço de tempo.

Veremos esses aspectos com mais detalhes. Mas, antes de mais, concretizaremos melhor o que entendemos por *liberdades de conformação conferidas pelo Acordo ADPIC/TRIPS*.

2.2 As liberdades de conformação conferidas pelo Acordo ADPIC/TRIPS

O Tratado que criou a Organização Mundial do Comércio (Tratado da OMC), celebrado em Marraquexe na sequência do *Uruguay Round* e em vigor em Portugal desde 1º de janeiro de 1995, tem por objectivo, entre outros, reforçar os direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio¹².

Do Anexo IC ao Tratado da Organização Mundial do Comércio consta o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (Acordo ADPIC/TRIPS), que consagra as normas de reforço dos mencionados direitos de propriedade intelectual.

Posteriormente, no âmbito da Agenda de *Doha* para o Desenvolvimento, também sob a égide da Organização Mundial de Comércio, foi proferida a Declaração Ministerial, de 14 de novembro de 2001, contendo a decla-

12 Sell, S.K.(2003), 7; Antunes, A.P. (2012), 149 e ss.



ração sobre o Acordo ADPIC/TRIPS e a Saúde Pública. A mesma declaração (Declaração de *Doha*) preconiza, no essencial, que os outorgantes do Tratado explorem as margens de flexibilidade admitidas pelo mencionado Acordo, com o objectivo de garantirem o acesso a medicamentos.

Temos para nós que a Declaração de *Doha* configura um verdadeiro princípio interpretativo das disposições do Acordo ADPIC/TRIPS, que, por isso, deve ser tido em conta pelos respectivos contratantes e permitir que as disposições do Acordo sejam interpretadas e aplicadas no sentido mais favorável ao acesso a medicamentos¹³. De resto, a Declaração de *Doha* foi aprovada por unanimidade de todos os membros da OMC, pelo que, no mínimo, vale como interpretação autêntica do Acordo ADPIC/TRIPS, o qual é, desse modo, moldado pela vontade dos seus subscritores.

Existe quem restrinja o alcance da Declaração de *Doha* apenas às importações paralelas, às licenças compulsórias e à moratória da aplicação do Acordo para os países em desenvolvimento¹⁴. Porém, entendemos que esse alcance não se confina apenas a estas, antes se alargando também a outras matérias em que pelo Acordo ADPIC/TRIPS seja concedida aos membros determinada margem ou liberdade de conformação legislativa¹⁵.

Adiante, referir-nos-emos indistintamente às flexibilidades e às demais liberdades de conformação admitidas pelo Acordo ADPIC/TRIPS apenas como liberdades de conformação.

13 Cfr. Antunes, A.P. (2012), 152 e ss e, também neste sentido, Bellmann, C. & G. Dutfield, R. Meléndez-Ortiz (2003), 151.

14 Pugatch, M.P. (2004), 221 e ss. Mota, P.I. (2005), 497-506.

15 Antunes, A.P. (2012), 156 e ss.

Com interesse para a presente análise e de entre as liberdades de conformação conferidas pelo Acordo ADPIC/TRIPS destaca-se, desde logo, o disposto no seu artigo 6º, que prevê o esgotamento do direito para efeitos de importações paralelas e permite que esse esgotamento tenha âmbito nacional, regional ou internacional.

Depois, o artigo 30º do Acordo ADPIC/TRIPS. Este preceito permite aos membros a consagração de excepções ao regime ali previsto em matéria de patentes, sob as condições de essas excepções (i) não colidirem injustificavelmente com a exploração normal da patente e (ii) não prejudicarem injustificavelmente os legítimos interesses do titular da patente, ponderados os legítimos interesses de terceiros. Este artigo constitui o alicerce jurídico, por um lado, da excepção de uso experimental e da “Cláusula *Bolar*”, previstas, respectivamente, na alínea c) do artigo 102º do Código da Propriedade Industrial e no nº 1 do artigo 19º do Decreto-Lei nº 176, de 2006, de 30 de agosto, respectivamente, e, por outro, das licenças compulsórias¹⁶.

Por último, o artigo 28º do Acordo ADPIC/TRIPS, sobre o âmbito da protecção conferida pela patente. Neste âmbito, destaca-se, em resumo, o direito que assiste ao titular da patente de impedir que qualquer terceiro, sem o seu consentimento, fabrique, utilize, ponha à venda, venda ou importe para qualquer destes efeitos o produto patenteado ou, tratando-se de patente de processo, o produto obtido directamente pelo processo patenteado. Este é um preceito que consagra a protecção mínima conferida pela patente e admite a previsão de uma protecção mais ampla em âmbito nacional, conforme resulta do nº 1 do artigo 1º do Acordo ADPIC/TRIPS.

16 Antunes, A.P. (2012), 156 e ss; Deere, C. (2009), 80 e ss. Abbott, F.M. & R.V.V. Puybroeck (2005), 9 e 22.



2.3 A rigidificação das liberdades de conformação e o retrocesso relativamente ao direito da União Europeia e português em matéria de autorizações de comercialização de medicamentos

Como se demonstrará de seguida, o Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes procede à rigidificação das mencionadas liberdades de conformação.

Desde logo, quanto às importações paralelas. Esta figura permite o acesso a medicamentos a custos comportáveis, porque um produto legalmente colocado em certo mercado pode, com o incentivo do diferencial entre os preços praticados nos dois locais, ser daí importado e colocado noutra mercado, desde que, tratando-se de medicamento, o produto já se encontre legalmente introduzido neste mercado¹⁷. Para tanto, é relevante a questão do esgotamento do direito, cujo âmbito pode, à luz do Acordo ADPIC/TRIPS, ser nacional, regional ou internacional, sendo este o mais favorável e o primeiro o menos favorável a esse mecanismo¹⁸. Sob a perspectiva dos direitos conferidos pela patente, o mecanismo do esgotamento do direito afasta a possibilidade de objecções por parte do titular daqueles direitos. Sob o ponto de vista da protecção de outros interesses, como é o caso da saúde pública, o referido operador económico ainda tem de cumprir um conjunto de obrigações previstas na nossa lei (artigos 80º e seguintes do Decreto-Lei nº 176, de 2006, de 30 de agosto, na sua redacção actual).

No nosso país, o regime do esgotamento do direito é regional, por força do direito da União Europeia, o que já constitui uma solução que

17 Deere, C. (2009), 75.

18 Deere, C. (2009), 75.

não dá cabal cumprimento à Declaração de *Doha*, pois a União Europeia não explorou toda a liberdade de conformação que o Acordo ADPIC/TRIPS lhe permite. A situação será agora substancialmente agravada, caso o Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes entre em vigor, pois haverá mais um instrumento de direito internacional a restringir o âmbito do esgotamento do direito ao território da União Europeia (cfr. artigo 29º do Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes). Com a agravante de que, como vimos *supra*, o Acordo restringe ainda mais o âmbito regional actualmente vigente na União Europeia e em Portugal.

Regista-se também um retrocesso por referência ao regime jurídico que actualmente vigora na União Europeia e em Portugal em matéria de autorizações de comercialização de medicamentos e, em particular, dos medicamentos genéricos. É o que se demonstrará de seguida.

Sob essa perspectiva, destaca-se, no que se refere aos direitos conferidos pela patente, a divergência entre o preceituado no artigo 28º do Acordo ADPIC/TRIPS e no nº 1 do artigo 101º do Código da Propriedade Industrial.

O mesmo artigo 101º confere ao titular da patente o direito de impedir a terceiros, sem o seu consentimento, o fabrico, a oferta, a armazenagem, a introdução no comércio ou a utilização de um produto objecto de patente, ou a importação ou posse deste, para algum dos fins mencionados.

Do cotejo do artigo 101º com o artigo 28º do Acordo ADPIC/TRIPS resulta a existência no direito nacional de três elementos que não estão previstos neste Acordo: a armazenagem, a utilização e a posse do produto patentado. Saliente-se que o artigo 28º tem de ser lido, na parte que ora interessa, em conjugação com a alínea c) do artigo 102º do mesmo Código, segundo a qual os direitos conferidos pela patente não abrangem os actos realizados exclusivamente para fins de ensaio ou experimentais, incluindo



experiências para preparação dos processos administrativos necessários à aprovação de produtos pelos organismos oficiais competentes, não podendo, contudo, iniciar-se a exploração industrial ou comercial desses produtos antes de se verificar a caducidade da patente que os protege.

Por isso, das três referidas inovações do direito nacional previstas no artigo 101º, sobra apenas o problema da proibição da armazenagem na vigência dos direitos de exclusivo, porque a utilização e posse do medicamento para a preparação do procedimento administrativo tendente à autorização da colocação do medicamento no mercado tem sido considerada admitida pela alínea c) do artigo 102º do Código da Propriedade Industrial.

Quanto à proibição da armazenagem, é certo que o nº 1 do artigo 1º do Acordo ADPIC/TRIPS permite que os estados contratantes alarguem o âmbito da protecção resultante do mesmo Acordo. Por esse motivo, o legislador português poderia ter feito o que fez, isto é, permitir essa proibição.

Não obstante, ao adoptar a redacção que consta do nº 2 do artigo 101º do Código, o legislador português ofendeu um princípio basilar em matéria de acesso aos medicamentos, que é o de que o concorrente produtor de um medicamento genérico deve poder ter tudo preparado para entrar no mercado no dia seguinte ao da extinção dos direitos de propriedade industrial incidentes sobre o medicamento.

De facto, ao conferir ao titular da patente o direito de impedir a armazenagem do produto objecto de patente¹⁹, o legislador português parece ter contribuído para dificultar a vida a quem carece de dispor de um lote de

¹⁹ É certo que poderia fazer-se uma leitura mais fina do teor do preceito e considerar que o “produto objecto de patente” é apenas aquele sobre o qual incide a patente, e não o produto genérico, pelo que o direito de impedir aqueles actos apenas diria respeito ao produto A, e não ao seu genérico B, mas uma tal leitura – que apesar de tudo é legítima, uma vez que se trata de matéria de restrição de direitos dos concorrentes e, por isso, deve ser interpretada restritivamente – retiraria alcance prático ao que estamos a analisar.

medicamentos, devidamente produzido e armazenado para, no dia seguinte ao da extinção dos direitos de propriedade industrial, entrar no mercado.

Abre-se aqui um parêntesis para fazer notar que este princípio, que, como veremos, também resulta do Acordo ADPIC/TRIPS, foi reforçado com a entrada em vigor da Lei nº 62, de 2011, de 12 de dezembro. Esta lei esclarece que os procedimentos e as autorizações de introdução no mercado, autorização de preço de venda ao público de medicamentos e autorização de comparticipação não são susceptíveis de violar direitos de propriedade industrial e, por isso, não podem ser revogadas, suspensas ou anuladas com fundamento na subsistência desses direitos. Com efeito, desse modo, veio permitir-se que o titular de um medicamento genérico, na vigência de uma patente ou de um certificado complementar de protecção, obtenha todas as autorizações que o habilitam a entrar no mercado.

A esse propósito, importa salientar que, alguns anos antes, o órgão de composição de litígios e de interpretação do Acordo ADPIC/TRIPS, no caso Canadá/União Europeia, aceitou uma norma jurídica segundo a qual a empresa produtora de genéricos pode, na vigência da patente, obter a autorização de introdução no mercado, bem como produzir e aprovisionar as quantidades necessárias do seu medicamento, tendo em vista a obtenção daquela autorização, com o objectivo de entrar com o medicamento no mercado imediatamente após a extinção da patente. Tal decisão fundamentou-se no facto de se tratar de uma excepção limitada aos direitos de exclusivo, que não colide de modo injustificável com a exploração normal da patente nem prejudica de forma injustificável os legítimos interesses do titular da patente, tendo em conta os legítimos interesses de terceiros²⁰.

20 Cfr. Marques, J.P.R. (2008), 99 e ss. Cfr. "WORLD TRADE ORGANIZATION, WT/DS114/R, 17 March 2000, (00-1012), CANADA – PATENT PROTECTION OF PHARMACEUTICAL PRODUCTS", p. 157 e ss. Disponível em: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/7428d.doc.



O referido órgão entendeu também que outra norma jurídica que visava permitir o fabrico e armazenagem, com intuito comercial, nos últimos seis meses de vigência da patente, não constituía excepção limitada, pelo seu impacto nos direitos conferidos pela patente²¹. O órgão de composição de litígios, embora admita que a prorrogação “de facto” dos direitos conferidos pela patente pode ser consequência dos direitos estabelecidos no artigo 28º do Acordo, não exclui totalmente a possibilidade de fabrico e armazenagem antes da extinção da patente; apenas considera que o “limite” de seis meses previsto na norma canadiana não é suficiente para constituir excepção limitada aos direitos conferidos pela patente. Este facto deixa em aberto a possibilidade de se permitir o fabrico e armazenagem num horizonte temporalmente mais reduzido do que seis meses, por exemplo, no último mês de vigência da patente.

Parece, por isso, poder respigar-se desta decisão que, por um lado, a prorrogação “de facto” dos direitos conferidos pela patente não configuraria interesse legítimo do respectivo titular.

Por outro lado, se a armazenagem, mesmo com intuítos comerciais, constituir excepção suficientemente limitada aos direitos conferidos pela patente, está ela conforme com o artigo 30º do Acordo, visto que a prorrogação “de facto” da protecção conferida pela patente não constitui direito legítimo do titular.

Esse entendimento do órgão de composição de litígios, adoptado em 2000, deve ser lido à luz da Declaração de *Doha* a que vimos fazendo referência, em sentido ainda mais favorável ao acesso precoce ao mercado, tendo em conta o princípio da interpretação e aplicação favorável ao acesso a medicamentos e à protecção da saúde pública que resulta da mesma Declaração.

21 Marques, J.P.R. (2008), 153 e ss.

Com efeito, o artigo 30º do Acordo ADPIC/TRIPS manda ter em conta os “legítimos interesses de terceiros” na ponderação da adequação da excepção nele prevista. Como tanto os interesses dos concorrentes que pretendem aceder ao mercado como os interesses dos cidadãos em aceder a medicamentos a custos comportáveis e dos Estados em garantir a sustentabilidade orçamental são legítimos – e, nalguns casos, constitucionalmente garantidos – parece claro que a autorização da armazenagem com a finalidade única de permitir o início da comercialização do genérico no dia seguinte ao da extinção da patente é compatível com o mesmo Acordo. Além disso, tal possibilidade constitui também um corolário lógico do princípio que preside à permissão da excepção regulatória. Recorde-se que esta excepção permite que seja também produzida, detida e armazenada a quantidade de medicamento necessária à obtenção da autorização administrativa de que depende comercialização.

Acresce que, como se referiu, o artigo 28º do Acordo não confere expressamente ao titular da patente a faculdade de proibir a armazenagem – embora, como se salientou, o Acordo permita a sua consagração pelos membros nos respectivos ordenamentos jurídicos, por via extensão admitida pelo nº 1 do artigo 1º. O facto de a proibição da armazenagem não constar do elenco dos direitos conferidos pela patente tem de revestir também relevância interpretativa, no quadro do Acordo, no sentido de que esse não é o cerne da protecção conferida pela patente.

Com efeito, à excepção da colocação à venda e da venda, os demais direitos previstos no artigo 28º do Acordo destinam-se apenas a reduzir o risco de comercialização – este, sim, o facto susceptível de verdadeiramente violar os direitos de exclusivo conferidos pela patente.



Essa discrepância do direito nacional, que consiste na previsão da proibição da armazenagem como direito conferido pela patente, embora constitua, como se salientou, o exercício de uma faculdade permitida pelo Acordo no nº 1 do seu artigo 1º, é, naturalmente, contrária à orientação decorrente da Declaração de *Doha* sobre o Acordo TRIPS e a saúde pública. É contrária porque poderá ser interpretada em termos que dificultam o acesso a medicamentos e prorrogam de facto, que não de direito, os privilégios conferidos pela patente. A mesma prorrogação, tal como o próprio órgão de composição de litígios reconhece, não constitui interesse legítimo do titular da patente.

Essa situação será agravada se o Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes vier a entrar em vigor. Com efeito, as alíneas a) e c) do artigo 25º deste Acordo conferem ao titular de uma patente europeia de efeito unitário o direito de impedir terceiros de, sem o seu consentimento, deterem em depósito o produto objecto da patente ou o produto obtido directamente pelo processo objecto da patente.

Numa tal hipótese, deixa de ser possível a armazenagem de genéricos de medicamentos protegidos por uma patente europeia de efeito unitário, facto que relança novamente a questão de saber se o titular do medicamento genérico pode, ou não, ter tudo pronto na vigência da patente, de modo a poder entrar no mercado no dia imediatamente após ao da extinção dessa patente.

Essa dúvida é ainda agravada pelo disposto na alínea d) do artigo 27º do Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes. Na realidade, o mesmo preceito refere que os direitos conferidos pela patente não abrangem os actos praticados unicamente com a finalidade de efectuar os estudos, testes e ensaios previstos no nº 6 do artigo 10º da Directiva nº 2001/83/CE alterada.

[Ir para o índice](#)

O mesmo preceito nada diz quanto aos procedimentos e decisões administrativos necessários à autorização de introdução do medicamento genérico no mercado. Por isso, poderá suscitar-se a dúvida de saber se, ao nível da União Europeia, se entenderão esses procedimentos e decisões como estando englobados na excepção da citada alínea d) do artigo 27º do Acordo relativo ao TUP.

Recorde-se que, quando da adopção da Directiva nº 2004/27/CE, que alterou a Directiva nº 2001/83/CE, a Comissão e o Conselho da União Europeia aprovaram a Posição Comum, nº 61, de 2003, na qual esclarecem que a decisão de concessão de uma autorização de introdução no mercado e o procedimento a ela conducentes são meramente administrativos e, por isso, insusceptíveis de violar direitos de propriedade industrial.

Ora, atendendo a que esta doutrina não é, de uma qualquer forma, retomada no quadro da alínea d) do citado artigo 27º do Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes, a primeira questão que imediatamente se colocará é a de saber se, também aqui, a mesma doutrina deverá valer ou se, pelo contrário, deverá se considerar derogada pela redacção adoptada no mesmo Acordo.

Por conseguinte, parece estar a abrir-se caminho para um novo foco de litigância nessa matéria, que poderá prejudicar o acesso a medicamentos a custos comportáveis, por retardar a entrada dos genéricos no mercado e, simultaneamente, prejudicar a sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde, conhecida como é a influência que os medicamentos genéricos têm na redução da despesa pública com medicamentos²².

22 Cfr. Antunes, A.P. (2013), 16.127 e ss e 16.147 e ss.



No fundo, fica agora expressamente consagrada no instrumento de direito internacional a proibição da armazenagem. E o mesmo instrumento não exclui expressamente dos direitos conferidos pela patente o direito de impedir os procedimentos e actos administrativos necessários à comercialização do genérico, designadamente as autorizações de introdução no mercado, preço de venda ao público e comparticipação.

Estes dois pequenos pormenores poderão permitir o relançamento de todo um conjunto de acções e providências, judiciais, ou não, destinadas a retardar o acesso do medicamento genérico ao mercado, que bem foram identificadas no Inquérito ao Sector Farmacêutico lançado pela Comissão Europeia em 2007-2009 e que levaram à instauração de centenas de processos nos nossos tribunais administrativos²³. Basta recordar que se as aludidas autorizações e se a armazenagem de um lote de entrada no mercado só puderem ser obtidas após a extinção dos direitos de exclusivo, isso implicará a prorrogação *de facto* – que não *de direito* – da protecção conferida pelas patentes e certificados complementares de protecção. Isso constituirá um rude golpe para o acesso a medicamentos a custos comportáveis em Portugal.

2.4. O retrocesso relativamente ao actual regime de composição de litígios com medicamentos e direitos de exclusivo, vigente em Portugal

Por último, o Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes constitui ainda um evidente retrocesso, por referência ao regime de composição de litígios relacionados com direitos de propriedade industrial, entre medicamentos de referência e medicamentos genéricos, vigente no nosso país.

23 Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, ver, por todos, Antunes, A.P. (2014).

a) *A Lei nº 62, de 2011, de 12 de dezembro*²⁴

Com efeito, a já referida Lei nº 62, de 2011, de 12 de dezembro, veio sujeitar esses litígios à arbitragem necessária, prevendo uma tramitação apta a conduzir a decisões de mérito céleres.

Esta Lei surgiu com o objectivo de reduzir ou eliminar o bloqueio nos tribunais administrativos das decisões de autorização de introdução no mercado, preço de venda ao público e comparticipação, que vinha a registar-se à época.

Por isso, o legislador teve em conta diversos aspectos. Em primeiro lugar, ponderou que, se esse objectivo fosse alcançado – como efectivamente veio a ser –, as empresas titulares de direitos de propriedade industrial teriam a sua posição afectada negativamente, porquanto passariam de uma situação em que já existia tutela, ou expectativa de tutela, favorável aos seus interesses no foro administrativo para uma situação em que a tutela teria de ser obtida no foro da propriedade intelectual, mediante processo moroso e sob a forma ordinária, ainda que estivesse ao seu alcance o procedimento cautelar, que à época revestia morosidade significativa.

²⁴ Cfr., para maiores desenvolvimentos sobre o tema, Antunes, A.P. (2014), 1.616 e ss; Antunes, A.P. (2015); Vicente, D. M. (2012), 971 e ss; Marques, J.P.R. (2014), 33 e ss. No que respeita a este último autor, importa salientar que, com o devido respeito, não se subscreve o entendimento de que, por força do Regulamento (CE) nº 44, de 2001, existem algumas matérias subtraídas aos tribunais arbitrais. Com efeito, o argumento extraído do nº 4 do artigo 22º do Regulamento não parece adequado, porquanto nesse preceito apenas se trata de atribuir competência exclusiva aos tribunais do Estado-Membro em razão do território, e não da natureza estadual ou arbitral dos tribunais desse Estado. Além disso, o mesmo argumento parece não ter considerado o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia proferido em 13 de fevereiro de 2014, no Processo C-555/13, *Merck Canada Inc. vs. Accord Healthcare, Ltd, e Alter, S.A.*, que, nos parágrafos 15 e seguintes, reconhece o tribunal arbitral necessário consagrado pela Lei nº 62, de 2011, de 12 de dezembro, como órgão jurisdicional na aceção do artigo 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.



Em segundo lugar, o legislador considerou a estratégia de recurso aos tribunais administrativos, pelos titulares de direitos de propriedade industrial, não acompanhada de processos paralelos no foro da propriedade intelectual, onde se discutisse a existência de violação da patente. Essa estratégia indiciava que o recurso ao foro administrativo visava apenas ao retardamento do acesso dos genéricos ao mercado, e não a obtenção de uma decisão de mérito quanto à questão de fundo.

Em terceiro lugar, o legislador considerou que, enquanto os titulares dos direitos de propriedade industrial dispunham de duas vias de tutela cautelar – a do foro administrativo e a do foro da propriedade industrial – as empresas produtoras de genéricos não dispunham de nenhum mecanismo processual célere para forçar a obtenção de uma decisão que lhes “abrisse o caminho” para o mercado.

Por último, era inequívoco que, ao lado dos interesses das empresas de genéricos, estavam também o interesse do Estado na sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde e os direitos à saúde e ao acesso a medicamentos a custos comportáveis, bem como os direitos dos consumidores, constitucionalmente consagrados.

Para atingir os objectivos visados, poderia optar-se por um de três caminhos para composição desses litígios: (i) criar um procedimento cautelar; (ii) adoptar um processo especial no contencioso da propriedade intelectual; (iii) consagrar a arbitragem necessária como meio exclusivo²⁵.

25 Note-se que já há vários anos existe a possibilidade de recurso à arbitragem para composição desses litígios, mas esta, por ser voluntária, não tinha até então – pelo menos que se saiba – sido utilizada. Por isso, a solução, quanto a este aspecto, passaria por incentivar o recurso à arbitragem por meio da sua obrigatoriedade legal.

A criação de uma via meramente cautelar era insuficiente, porque, na apreciação perfunctória da aparência do bom direito, os tribunais tenderiam a valorizar o título da patente em detrimento da apreciação de fundo quanto à validade da mesma patente. Também a criação de um processo especial foi considerada insatisfatória.

Porque na área dos direitos de propriedade intelectual a arbitragem necessária já era conhecida, noutros países e em âmbito nacional (nº 4 do artigo 221º do Código dos Direitos de Autor²⁶), o legislador optou por esse mecanismo.

Essa opção visou ainda criar condições de concorrência e de equilíbrio da distribuição do impacto pelos destinatários do novo regime jurídico, por um lado, evitando que acessem ao mercado genéricos em violação de direitos de propriedade industrial; por outro, permitindo que acessem ao mercado aqueles que nenhuma violação cometessem.

A eficiência da solução escolhida seria tanto maior quanto a decisão de mérito fosse tomada em momento mais precoce relativamente à entrada do genérico no mercado. Por outras palavras, a empresa produtora do genérico não teria incentivo para aceder ao mercado nem incorreria nas despesas necessárias a esse acesso – tais como as decorrentes da produção de lotes de medicamentos, armazenagem, promoção dos produtos etc. – se já houvesse uma decisão de primeira instância no sentido da existência de violação do direito de propriedade. Assim, evitar-se-iam prejuízos para essa empresa, como também se evitariam os prejuízos para as empresas titulares de direitos de propriedade industrial, decorrentes da concorrência dos genéricos ilegítimamente comercializados.

26 Cfr. Vicente, D. M. (2012), 973 e ss e Antunes, A.P. (2014), 1643.



Nessa perspectiva, o processo foi gizado de modo a iniciar-se o mais cedo possível e ser dotado de celeridade que permita uma decisão de mérito no prazo médio de decisão pelo INFARMED – Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P. dos pedidos de autorização de introdução no mercado dos medicamentos genéricos. Desse modo, criaram-se condições para que, à data da concessão dessa autorização, já se saiba, em regra, se o genérico em causa viola, ou não, direitos de propriedade industrial.

Com este procedimento, definem-se os direitos de propriedade industrial à partida e reduz-se a margem de incerteza quanto a esses direitos, pelo que tendem a ser menos atractivas as soluções contenciosas e passam a ser mais compensadoras as soluções negociadas, em que as partes procurem maximizar os seus benefícios e minimizar eventuais prejuízos.

Ao mesmo tempo, a solução legislativa reduziu a interligação entre o contencioso da propriedade industrial, por um lado, e os procedimentos administrativos de autorização de introdução no mercado, preço de venda ao público e comparticipação, por outro, de modo a evitar o *patent linkage* e a consequente captura de renda de monopólio decorrente do prolongamento *artificial* dos privilégios conferidos pelos direitos de propriedade industrial²⁷. Assim e embora o início da contagem do prazo de 30 dias para recurso à arbitragem esteja ligado a um facto que indicia o propósito de acesso ao mercado de um novo genérico, o certo é que, verificado esse facto, o processo arbitral, por um lado, e os aludidos procedimentos administrativos, por outro, seguem caminhos paralelos sem jamais voltarem a tocar-se²⁸.

27 Araújo, F. (2008), 199 e ss.

28 Cfr. Artigo 15º-A do Decreto-Lei nº 176, de 2006, de 30 de agosto, na redacção republicada, por último, em anexo ao Decreto-Lei nº 128, de 2013, de 5 de setembro, e nº 1 do artigo 3º da Lei nº 62, de 2011, de 12 de dezembro.

A tramitação gizada pelo legislador é simples. O INFARMED publicita, na sua página electrónica, a existência de um pedido de autorização de introdução no mercado de um genérico que inclui certas informações sobre este e sobre o medicamento de referência. Com essa publicitação, inicia-se um prazo de 30 dias para os titulares de eventuais direitos de propriedade industrial recorrerem à arbitragem necessária, decorrido o qual, caso não se verifique esse recurso, o genérico não pode ser impedido de aceder ao mercado. Nessa hipótese, nem sequer há litígio e fica precludido o direito de impedir a comercialização do medicamento genérico publicitado²⁹.

A empresa produtora do genérico dispõe de igual prazo de 30 dias para contestar, contado da notificação para o efeito pelo tribunal arbitral³⁰. Não o fazendo no referido prazo, a mesma empresa não poderá legitimamente colocar o genérico no mercado.

As provas são indicadas pelas partes com os articulados (actualmente, este mecanismo já vigora também no processo civil) e a audiência de produção da prova a prestar oralmente deve ter lugar no prazo de 60 dias após a apresentação da contestação³¹.

Até à decisão arbitral, nada impede que o genérico aceda ao mercado (excepto a obrigação de respeitar direitos de propriedade industrial válidos

29 No sentido da não preclusão do direito, Vicente, D. M. (2012), 979 e ss; Marques, J.P.R. (2014), 44. Nota-se, no entanto, que as posições destes autores parecem não ter em consideração que, tal como o produtor do genérico que não conteste a acção arbitral não pode iniciar a comercialização do medicamento na vigência dos direitos de propriedade industrial, também o titular destes direitos, caso não recorra à arbitragem necessária no prazo de caducidade de 30 dias, não pode impedir a comercialização do genérico com fundamento nos mesmos direitos. O que o legislador pretende é uma clarificação precoce da existência, ou não, de conflito relativamente ao medicamento genérico em causa, de modo a assegurar a solução mais eficiente (neste caso, a que menores custos traz às partes e à sociedade).

30 Nº 2 do artigo 3º da Lei nº 62, de 2011, de 12 de dezembro.

31 Nºs 3 a 5 do artigo 3º da Lei n.º 62, de 2011, de 12 de dezembro.



e eficazes, se for o caso), visto que, como referido, se trata de processos paralelos. Ou seja, se o genérico já dispuser de autorização de introdução no mercado, a pendência do processo arbitral não o impede desse acesso, a menos que seja proferida decisão cautelar no âmbito do litígio³².

A falta de contestação ou a decisão arbitral são notificadas às partes, ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial e ao INFARMED³³. Da decisão arbitral cabe recurso para o Tribunal da Relação, com efeito meramente devolutivo, pelo que a decisão arbitral se mantém até que o tribunal de segunda instância se pronuncie em definitivo³⁴.

Os casos omissos são resolvidos pelo regulamento do centro de arbitragem, institucionalizada, ou não, e subsidiariamente pela lei da arbitragem voluntária.

A prática já demonstrou ser possível alcançar uma decisão arbitral com essa tramitação em cerca de seis meses. Tendo em conta que o prazo de concessão de uma autorização de introdução no mercado é de 210 dias, a decisão arbitral pode, em regra, ser proferida antes da concessão daquela autorização.

b) As implicações decorrentes do Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes

Vejamos agora em que medida é que o Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes poderá colocar em causa o regime de composição

32 Sobre a admissibilidade de procedimentos cautelares em sede arbitral, cfr. Marques, J.P.R. (2014), 67 e ss.

33 Nº 6 do artigo 3º da Lei nº 62, de 2011, de 12 de dezembro.

34 Nº 7 do artigo 3º da Lei nº 62, de 2011, de 12 de dezembro.

desses litígios vigente no nosso país, quando estejam em causa patentes europeias ou patentes europeias de efeito unitário.

Desde logo e como vimos supra na breve descrição que fizemos, o mesmo Acordo atribui ao Tribunal Unificado de Patentes a competência exclusiva para dirimir os litígios relacionados com patentes europeias, ou patentes europeias de efeito unitário, e certificados complementares de protecção, como sejam as que assentem em violação ou ameaça de violação; as de simples apreciação negativa; os procedimentos cautelares; as de extinção de patentes e de declaração de nulidade dos certificados, bem como os pedidos reconventionais; de responsabilidade civil por violação ou por protecção provisória (cfr. nº 1 do artigo 32º do Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes).

Por isso, o Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes, por resultar de um instrumento de direito internacional, prevalece no ordenamento jurídico nacional sobre a lei ordinária, como é o caso da Lei nº 62, de 2011, de 12 de dezembro (cfr. nº 2 do artigo 8º da Constituição da República Portuguesa, e nº 2 do artigo 7º do Código Civil). Pelo que a competência para a composição desses litígios deixa de ser competência do tribunal arbitral necessário para ser competência do Tribunal Unificado de Patentes³⁵. De resto, o facto de o artigo 35º do Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes prever a disponibilização pelo mesmo Tribunal de meios para mediação e arbitragem desses litígios, demonstra o carácter amplo e pleno da competência atribuída ao Tribunal Unificado de Patentes e a clara intenção de banir qualquer outro meio de composição desses litígios.

35 Julga-se que, em face do preceituado no nº 2 do artigo 7º do Código Civil e à redacção do nº 1 do artigo 32º do Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes, é inequívoca a intenção de revogação do regime especial consagrado na Lei nº 62, de 2011, de 12 de dezembro.



Mas, muito mais grave do que a revogação da competência do tribunal arbitral necessário para a composição destes litígios, é o facto de o Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes prever um processo próprio para a tramitação das acções e procedimentos perante ele intentados.

Isso significa que os titulares de direitos conferidos por patentes europeias, ou patentes europeias de efeito unitário, e seus CCPs, no caso de litígios relacionados com esses direitos que respeitem a medicamentos de referência e a medicamentos genéricos, deixam, por exemplo, de ter o prazo peremptório de 30 dias, após a publicação pelo INFARMED da apresentação de um pedido de autorização para um genérico, para recorrerem a uma via litigiosa de composição do litígio. Com o Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes, poderão, em regra, fazê-lo no prazo de cinco anos após o conhecimento do facto violador (cfr. artigo 72º do Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes). Não parece que o prazo de 30 dias previsto no nº 1 do artigo 3º da Lei nº 62, de 2011, de 12 de dezembro, possa subsistir em vigor, dado que se trata de norma de carácter processual, directamente derogada pelo processo definido no Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes, e dado que a aplicação do direito nacional permitida pelo artigo 24º do mesmo Acordo parece respeitar apenas a direito nacional substantivo, e não adjectivo.

Assim, a possibilidade de obtenção de uma decisão de mérito com valor de sentença, sobre a existência de violação de patente europeia ou patente europeia de efeito unitário que protege um medicamento de referência, ainda antes da concessão pelo INFARMED de uma autorização de introdução no mercado para o genérico, deixará de ser possível.

Essa é uma situação menos eficiente do que a actualmente vigente em Portugal, uma vez que, na maioria dos casos, a decisão quanto à existência de violação da patente europeia, ou patente europeia de efeito unitário,

[Ir para o índice](#)

ou seu CCP, será proferida muito tempo depois do início da comercialização do genérico. Isso significa que não se evitará que o titular deste medicamento incorra nos custos necessários à entrada no mercado e que o titular dessa patente sofra os prejuízos decorrentes da sua violação.

Além disso, não se evitará que os doentes comecem a ser tratados com um genérico que, no caso de posterior declaração de violação da patente, será retirado do mercado, pelo que esses doentes terão de alterar a sua medicação. Com a agravante de que o SNS terá de suportar maiores encargos com a aquisição do mesmo fármaco, se houver lugar à extinção do grupo homogéneo, conhecida como é a influência que os genéricos têm na redução dos custos para o Estado com a comparticipação de medicamentos, por, nomeadamente, darem lugar à aplicação do Sistema de Preços de Referência, circunstância em que essa comparticipação passa a incidir sobre um preço de referência, e não sobre o preço de venda ao público³⁶.

É, pois, inequívoco que a solução prevista no Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes, se for aplicada sem reserva, constitui um retrocesso relativamente ao regime vigente em Portugal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes tem aspectos negativos para o acesso a medicamentos a custos comportáveis e para a sustentabilidade do SNS, que decorrem da limitação da liberdade de conformação legislativa por parte dos Estados-Membros Contratantes em matéria de patentes europeias, ou patentes europeias de efeito unitário,

36 Antunes, Aquilino Paulo (2013), 16127 e ss e 16147 e ss.



e seus CCPs e dos direitos por estes conferidos, bem como do facto da atribuição de competência exclusiva do Tribunal Unificado de Patentes e do estabelecimento de regras processuais próprias, com a consequente postergação do tribunal arbitral necessário e das regras processuais previstos na Lei nº 62, de 2011, de 12 de dezembro.

Está neste momento em curso o processo de ratificação do Acordo em causa. A entrada em vigor do mesmo Acordo acarretará várias desvantagens para acesso a medicamentos em Portugal, que são superiores a eventuais vantagens resultantes da aplicação do Acordo no nosso país.

REFERÊNCIAS

GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; RICARDO, Pedro (Coord.). **Arbitragem e Direito Público**. Lisboa: AAFDL, 2015.

ABBOTT, Frederick M.; RUDOLPH V. Van Puymbroeck. Compulsory licensing for public health: A guide and model documents for implementation of the Doha Declaration paragraph 6 decision, **World Bank working paper**, n. 61, Washington, D.C., 2005.

ANTUNES, Aquilino Paulo. O Acordo ADPIC/TRIPS no Direito Português: A Perspectiva do Acesso a Medicamentos e da Saúde Pública. *In*: ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Industrial**. Coimbra: Almedina, 2012. v. VIII.

ANTUNES, Aquilino Paulo. Alguns aspectos da autorização e do acesso ao mercado de medicamentos em Portugal. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Ano 2, nº 14, 2013.

[Ir para o índice](#)

ANTUNES, Aquilino Paulo. Medicamentos e direitos de propriedade industrial: Análise da génese e aplicação da Lei nº 62/2011, **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Ano 3, n.º 3, 2014.

ANTUNES, Aquilino Paulo. Arbitragem necessária sobre medicamentos e propriedade industrial: duas questões em aberto, **AA. VV.**, 2015.

ARAÚJO, Fernando (2008), **A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: o Problema Económico do Nível Óptimo de Apropriação**. Coimbra: Almedina, 2008.

BELLMANN, Christophe; GRAHAM, Dutfield; RICARDO, Meléndez-Ortiz. **Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability**. London: UK Earthscan, 2003.

DEERE, Carolyn. **The implementation game: the TRIPS agreement and the global politics of intellectual property reform in developing countries**. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009.

HILTY, Reto; THOMAS, Jaeger; MATTHIAS Lamping; HANNIS, Ullrich. **The Unitary Patent Package: Twelve Reasons for Concern**, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper n. 12-12 (2012). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2169254>.

MARQUES, João Paulo Remédio. **Medicamentos versus Patentes: Estudos de Propriedade Industrial**. Coimbra: Coimbra, 2008.

MARQUES, João Paulo Remédio. A arbitrabilidade dos litígios e a dedução de providências cautelares por empresas de medicamentos de referência, na sequência da aprovação de medicamentos genéricos, **Revista de Direito Intelectual**, n.º 2014-I, 33-99, APDI, Coimbra, Almedina.



MOTA, Pedro Infante. **O Sistema Gatt/OMC Introdução Histórica e Princípios Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

MULLER-STOY, Tilman; RUDOLF, Teschemacher. The Unitary Patent & Unified Patent Court System – Perspectives after the Brexit Referendum. **Paper**, 8. out. 2016.

Pugatch, Meir Perez. **The International Political Economy of Intellectual Property Rights**. UK: Edward Elgar Publishing, 2004.

SELL, Susan K. **Private power, public law**: The globalization of intellectual property rights. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003.

SILVA, Pedro Sousa e. Direito Comunitário e Propriedade Industrial: o Princípio do Esgotamento dos Direitos, **Stvdia Iuridica**, n. 17, Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1996.

SILVA, Pedro Sousa e. **O “Esgotamento” do Direito e as “Importações Paralelas”**: Desenvolvimentos Recentes da Jurisprudência Comunitária e Nacional, Paper.

SILVA, Pedro Sousa e. O Tribunal Unificado de Patentes”, **Revista de Direito Intelectual**, n.º 2014-I, 243-257, APDI, Coimbra, Almedina.

VICENTE, Dário Moura. O Regime Especial de Resolução de Conflitos em Matéria de Patentes (Lei n.º 62/2011), **Revista da Ordem dos Advogados**, Ano 72, Volume IV, Outubro-Dezembro, 971-990, 2012.

Judicialização da saúde em Fortaleza: o caso das vagas em leitos de UTI

The judicialization of health in Fortaleza: difficulties in access to public beds in intensive care units

RÔMULO GUILHERME LEITÃO
MANUELA VIEIRA COSTA

RESUMO

A judicialização na área da saúde pública brasileira é tema recorrente na pesquisa acadêmica em direito, ciência política e sociologia, com ênfase na análise de decisões do Supremo Tribunal Federal em ações de controle de constitucionalidade. No âmbito local e analisando decisões de magistrados de primeira instância, empreendeu-se um levantamento de dados entre os anos 2013 e 2016, na busca de identificarem-se as causas e consequências de um incremento de aproximadamente 1.000% na quantidade de liminares concedidas para internação de pacientes em leitos de terapia intensiva na cidade de Fortaleza. As decisões são fundamentadas a partir do entendimento consolidado na jurisprudência do



Supremo Tribunal Federal, no sentido de dar a mais ampla interpretação possível ao artigo 196 da Constituição da República, mas a compatibilização do direito à saúde com a necessidade de utilizar critérios técnicos para organizar a fila de espera por leitos de UTI é uma problemática que merece análise racional, haja vista o comprometimento do princípio da impessoalidade que rege todos os poderes da República.

Palavras-chave: Poder local. Judicialização da Saúde. Unidades de Terapia Intensiva. Direito à Saúde. Princípio da Impessoalidade.

ABSTRACT

The Judicialization of public health area in the Brazil is a recurring theme in academic research in law, political science and sociology, with emphasis on the analysis of Federal Supreme Court decisions on constitutionality control actions. At the local level and analyzing decisions of magistrates of first instance, a survey of data was carried out between the years 2013 and 2016, in the search to identify the causes and consequences of an increase of approximately 1000% in the number of injunctions granted for hospitalization of patients at ICU in the city of Fortaleza. Decisions are based on a consolidated understanding in the jurisprudence of the Federal Supreme Court, in order to give the broadest possible interpretation to article 196 of the Constitution of the Republic, but the compatibility of the right to health with the need to use technical criteria to organize the queue for ICU beds is a problem that deserves rational analysis, given the commitment of the principle of impersonality that governs all the powers of the Republic.

Keywords: Local power. Judicialization of health. Intensive care units. Right to health. Principle of impersonality.

[Ir para o índice](#)

INTRODUÇÃO

Este artigo examina a questão das decisões judiciais determinando a internação de pacientes em leitos de Unidade de Terapia Intensiva, no âmbito da cidade de Fortaleza, entre os anos 2013 e 2016, buscando identificar as causas e consequências do fenômeno jurídico que tem abrangência nacional, mas se apresenta de modo agudo nesta cidade.

O sistema de saúde pública brasileiro está em crise, e a crescente intervenção judicial em demandas ligadas à saúde – nas dimensões do fornecimento de medicamentos, realização de procedimentos cirúrgicos e decisões que determinam o internamento de pacientes em leitos de Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) – tem desafiado os agentes estatais a buscarem soluções para o problema, que é dramático porque lida com questões no limite entre a vida e a morte.

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendimento consolidado no sentido mais amplo da obrigação de o Estado fornecer leito, até mesmo de UTI/CTI, a qualquer paciente que necessite¹, devendo, se for o caso, custear leitos na iniciativa privada. Os tribunais e juízes brasileiros têm seguido essa linha de interpretação e concedido decisões judiciais nesse sentido, mas já se nota uma inflexão no entendimento em decisões da Justiça Federal de primeiro grau, como restará discutido em tópico específico.

A estrutura física da Secretaria Municipal de Saúde conta com uma Central de Regulação das Internações de Fortaleza (CRIFor), desde 2003, que recebe a demanda ordinária por leitos, oriunda dos hospitais, unidades de atendimento e SAMU, além da crescente demanda de mandados judiciais determinando internações, independentemente de fila de espera por vagas.

¹ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n.º 867023/RJ. Brasília-DF, 23 de fevereiro de 2015.



A pergunta central do texto é: Como compatibilizar o direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil (CR), com a necessidade de utilizar critérios técnicos para organizar a fila de espera por leitos de UTI?

Para responder à questão, o artigo está dividido em quatro seções: a primeira discutirá o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) em questões de efetivação do direito social à saúde; a segunda apresentará a estrutura de regulação da internação de pacientes em leitos de UTI no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde; em seguida serão apresentados dados oficiais das decisões judiciais determinando a internação de pacientes em leitos de UTI entre 2013 e 2016; por fim far-se-á uma reflexão teórica sobre o problema a partir da perspectiva dos limites da intervenção judicial em casos de efetivação de políticas públicas de saúde.

1 PRECEDENTES DO STF EM AÇÕES DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS: A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O acórdão relatado pelo ministro Celso de Mello no RE nº 271.286 (Rio Grande do Sul), em 2000, é o precedente célebre e ponto de partida na consolidação do entendimento acerca da aplicabilidade imediata do artigo 196 da Constituição Federal, cujo trecho da ementa é relevante reproduzir:

EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF ARTS. 5º, CAPUT, E 196 – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

[Ir para o índice](#)

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUENCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE ².

Na ADPF nº 45 (2004), o mesmo relator, em decisão monocrática igualmente paradigmática, reconhece a legitimidade do controle e da intervenção do Poder Judiciário em temas de efetivação de políticas públicas para preservar a integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciado do “mínimo existencial”:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO

² Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS. Brasília-DF, 24 de novembro de 2000.



DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) ³.

Com relação à obrigatoriedade de internação de paciente em leito de UTI/CTI, o STF firmou o seguinte entendimento, precedente do ministro Celso de Mello:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DO AGRAVADO HIPOSSUFICIENTE. AUSÊNCIA DE VAGA EM CTI DE HOSPITAL PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PARTICULAR A EXPENSAS DO AGRAVANTE. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA PARA CASO DE INADIMPLEMENTO. AGRAVANTE QUE NÃO TRAZ AOS AUTOS NOVOS ARGUMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A REVISÃO DO JULGADO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO⁴.

A questão da contratação de leito privado depende do interesse de o hospital particular disponibilizar o leito para a central de regulação, não sendo possível obrigar ninguém a contratar com a Administração Pública, mas essa discussão não é relevante pelo menos nesse momento.

A partir de alguns desses precedentes e nos limites deste texto, não serão apresentados outros julgados igualmente relevantes, pois o enten-

³ Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45/RS. Brasília-DF, 4 de maio de 2004.

⁴ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n.º 867023/RJ. Brasília-DF, 23 de fevereiro de 2015.

dimento sobre o tema se consolidou, não só entre os integrantes do STF, mas também nos tribunais superiores e nas decisões judiciais de todas as instâncias do Poder Judiciário brasileiro, com tendência crescente ao alargamento das hipóteses em que a intervenção passou a ser admitida e tornou-se regra, e não mais exceção, a justiciabilidade de situações individuais em busca do fornecimento da mais ampla gama de medicamentos, insumos, equipamentos, realizações de cirurgias e internações de pacientes em leitos de UTI/CTI, aqui discutido, com evidentes impactos financeiros e orçamentários.

Os impactos financeiros e orçamentários das decisões judiciais na área da saúde é tema recorrente nas discussões acadêmicas e até jornalísticas, mas existe certa tendência manifesta no sentido de que mencionar razões financeiras e orçamentárias, quando se está diante da vida, é apelar para questões menores, e que o direito à saúde é irrestrito. Essa tendência vem posta em decisões do STF, novamente o ministro Celso de Mello para quem “entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (artigo 5º, *caput* e artigo 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, *um interesse financeiro e secundário* do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e saúdes humanas”⁵.

No âmbito local, as decisões judiciais – até mesmo acerca de internação em leitos de UTI/CTI – se balizam em uma construção jurisprudencial que toma por base alguns dos precedentes aqui apresentados.

5 Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 393.175-0/RS. Brasília-DF, 2 de fevereiro de 2007.



2. A CENTRAL DE REGULAÇÃO DAS INTERNAÇÕES EM FORTELEZA (CRIFor)

Desde 2003, a Central de Regulação das Internações de Fortaleza (CRIFor) regula a totalidade de leitos instalados de Terapia Intensiva e Enfermaria cadastrados no SUS, no âmbito do Município de Fortaleza pelo Decreto Municipal nº 11.411, de 20 de maio de 2003.

As atribuições do órgão integrante da Secretaria Municipal de Saúde são as seguintes, nos termos do normativo: a) requisitar bens e serviços para garantia do processo assistencial a leitos de internação em UTI e Enfermaria; b) definir a alocação de leitos hospitalares para a reorganização da assistência prestada aos usuários do SUS; c) determinar as direções dos hospitais próprios e/ou contratados do SUS à adoção de medidas necessárias ao funcionamento da rede de assistência; d) realocar leitos e/ou pacientes de maneira a garantir a capacidade instalada hospitalar à assistência dos pacientes; e) redefinir prioridades dos serviços de saúde, de maneira a garantir a assistência aos leitos de UTI e Enfermaria, podendo cancelar procedimentos eletivos, se necessário; f) requisitar leitos de UTI e Enfermaria em estabelecimentos privados, se necessário; g) definir as diretrizes e regras para o transporte inter-hospitalar de usuários do SUS que necessitam de UTI no âmbito municipal; h) receber solicitações de internação para regulação, identificar leitos vagos compatíveis com as solicitações e autorizar as internações e/ou colocar os pacientes em lista de espera; e i) executar a transferência de pacientes, trabalhando de forma integrada com a Central de Ambulâncias do SAMU 192 Fortaleza.

O fundamento legal da atribuição de responsabilidades e obrigações aos entes municipais no controle dessa atividade se deu em razão da Gestão Plena do Sistema Municipal de Saúde, com fundamentação jurídica no seguinte conjunto normativo: a) Norma Operacional de

Ir para o índice

Assistência à Saúde 01/02; b) artigo 198, I, da Constituição Federal; e c) Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Uma central de regulação de leitos, portanto, faz a distribuição de vagas de leitos de UTI/CTI a partir de critérios de priorização⁶, redefinidos recentemente pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.156, de 28 de outubro de 2016, que podem ser agrupados em níveis de prioridade, numa escala decrescente de 1 a 5, sendo este último o paciente não adequado para estar em um leito de terapia intensiva.

CRITÉRIOS DE PRIORIZAÇÃO

PRIORIDADE 1 – Pacientes que necessitam de intervenções de suporte à vida, com alta probabilidade de recuperação e sem nenhuma limitação de suporte terapêutico.

PRIORIDADE 2 – Pacientes que necessitam de monitorização intensiva, pelo alto risco de precisarem de intervenção imediata, e sem nenhuma limitação de suporte terapêutico.

PRIORIDADE 3 – Pacientes que necessitam de intervenções de suporte à vida, com baixa probabilidade de recuperação ou com limitação de intervenção terapêutica.

PRIORIDADE 4 – Pacientes que necessitam de monitorização intensiva, pelo alto risco de precisarem de intervenção imediata, mas com limitação de intervenção terapêutica.

⁶ O texto optou por apresentar os critérios de priorização de internação em leito de terapia intensiva do Conselho Federal de Medicina (2016), em detrimento dos critérios do Decreto Municipal nº 11.411, de 2003, em razão da atualidade daqueles em relação ao normativo local, que deverá ser atualizado.



PRIORIDADE 5 – Pacientes com doença em fase de terminalidade, ou moribundos, sem possibilidade de recuperação. Em geral, esses pacientes não são apropriados para admissão na UTI (exceto se forem potenciais doadores de órgãos). No entanto, seu ingresso pode ser justificado em caráter excepcional, considerando-se as peculiaridades do caso, e condicionado ao critério do médico intensivista.

O artigo 2º da Resolução nº 2156 do Conselho Federal de Medicina dispõe ainda que “a admissão e a alta em Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) são de atribuição e competência do médico intensivista, levando em consideração a indicação médica”, ou seja, o intensivista avalia e classifica o paciente entre as prioridades de internação, não sendo suficiente apenas a indicação do médico que encaminha à central a solicitação de leito de terapia intensiva. Esse aspecto tem relevância quando se discutem as decisões judiciais que determinam a internação de pacientes, independentemente da “fila de espera” controlada por uma central de regulação.

A realidade da central de regulação já seria dinâmica se não houvesse judicialização. Com o crescente número de liminares em casos de internação, as dificuldades em compatibilizar a fila de espera ordinária com a fila de casos judicializados se torna dramática.

3. AS DECISÕES JUDICIAIS DETERMINANDO A INTERNAÇÃO EM LEITOS DE UTI (2013-2016)

As ações judiciais envolvendo tutelas que determinam a internação de pacientes em leitos de UTI/CTI na cidade de Fortaleza têm crescido exponencialmente nos últimos três anos, alcançando o patamar de 740

[Ir para o índice](#)

liminares, em 2016. Os pacientes que buscam leitos de terapia intensiva são representados pela Defensoria Pública do Estado e da União em quase a totalidade dos casos, sendo insignificante o número de ações patrocinadas por advogados particulares.

As demandas judiciais, que tramitam no foro federal ou estadual, consistem em ações ordinárias com pedido de antecipação de tutela e vêm instruídas com prescrição e laudo médico para internação em leito de terapia intensiva, em que se descreve o quadro do paciente e se justifica a necessidade e nível de urgência. As decisões judiciais – em sua quase totalidade – são concessivas e determinam a internação imediata do paciente em leito público ou privado, sob pena de multa diária por descumprimento.

Após a concessão da antecipação da tutela, o oficial de justiça se dirige à central de regulação de internação e intima o médico regulador; o paciente passa a integrar a fila dos “judicializados”, os quais têm seu *status* próprio, tendo em vista possuírem prioridade sobre os pacientes que não demandaram judicialmente uma vaga de UTI/CTI. Essa realidade acaba por forçar os pacientes que aguardam vagas a buscarem a Defensoria a fim de obterem uma decisão judicial que os torne “judicializados”, em um ciclo vicioso que leva a situações como as enfrentadas atualmente. É relevante destacar que a judicialização de filas de espera não se limita apenas a vagas de UTI/CTI, espraia-se para cirurgias eletivas, fornecimento de medicamentos e até equipamentos (cadeira de rodas, por exemplo), questões que não serão tratadas nos limites deste texto.

No âmbito da Justiça Federal, tem-se notado discreta inflexão no entendimento dos magistrados, alguns já denegam a antecipação de tutela



e reconhecem caber à central de regulação examinar qual paciente deve ocupar a vaga, e não um juiz; outros concedem a liminar, mas submetem a ordem aos critérios da central de regulação, que deverá decidir quem será internado em primeiro lugar. Na Justiça Estadual não se tem notícias de decisão denegando leito de UTI/CTI no período da pesquisa.

Tramita, ainda, uma ação civil pública (Processo nº 0807044-20.2014.4.05.8100), perante a Segunda Vara da Justiça Federal no Estado do Ceará, ajuizada pela Defensoria Pública da União, com o objetivo de ampliar em cento e cinquenta leitos de UTI a rede municipal e estadual num prazo de quatro anos, ainda pendente de julgamento na primeira instância. A demanda repete tentativas passadas do Ministério Público de impor ao Poder Público, por meio de decisões judiciais, a melhoria de políticas públicas deficientes. Para além da boa intenção, o histórico de iniciativas dessa natureza não tem sido promissor, seja porque o processo tende a se eternizar nas instâncias superiores, seja porque a problemática passa por dificuldades orçamentárias e de gestão da Administração Pública.

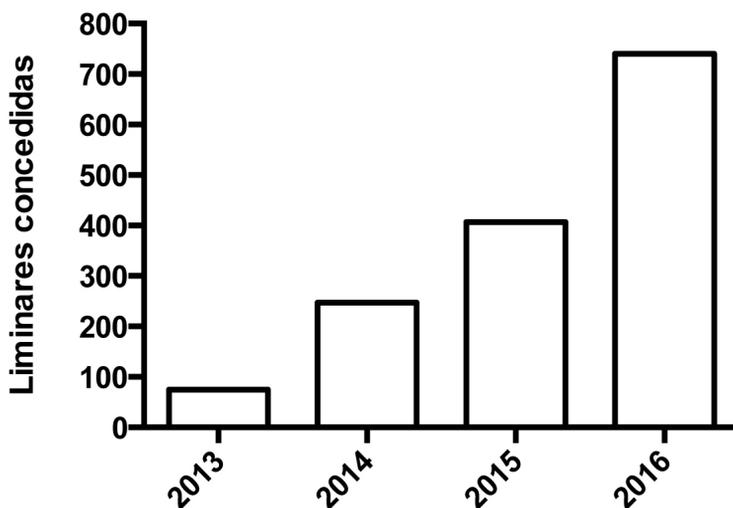
A questão central do texto, a compatibilização do direito à saúde com a necessidade de utilizar critérios técnicos para organizar a fila de espera por leitos de UTI, tem se confrontado com um quadro de incremento do número de decisões judiciais, nos últimos três anos, que desafia a operacionalização da central de regulação de leitos.

Em 2013, foram setenta e cinco decisões judiciais determinando a internação em leitos de UTI/CTI; em 2014, o número cresceu para duzentos e quarenta e sete decisões; em 2015, quatrocentas e sete decisões; em 2016, esse quantitativo alcançou a marca de setecentas e quarenta liminares.

[Ir para o índice](#)

GRÁFICO 1 – Número de liminares concedidas

Decisões Judiciais em casos de UTI



FONTE: Secretaria Municipal de Saúde do Município de Fortaleza
– Central de Regulação das Internações de Fortaleza (CRIFor)

Não é regra geral, mas nesse significativo número de liminares há casos de pacientes que não têm indicação de internação em leito de terapia intensiva, outros ocupam leitos estando com morte encefálica diagnosticada, e ainda pacientes que buscam a internação por ausência de leitos de UTI no interior do Estado, mas, no geral, os beneficiários das ações judiciais se encontram em estado grave, no limite entre a vida e a morte. Ainda



que o paciente necessite da internação – e não se discute neste texto essa questão –, o incremento de aproximadamente 1.000% do quantitativo de decisões liminares em três anos indica situação que desafia uma análise.

4. REFLEXÃO TEÓRICA

Há crise no sistema de saúde brasileiro nas dimensões de infraestrutura, recursos financeiros e humanos, é inegável, mas a interpretação que o Poder Judiciário deu ao artigo 196 da Constituição Federal – que trata de direito à saúde “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, e não por meio de decisões judiciais em casos individuais – tem gerado uma demanda imprevisível, e, portanto, não planejável, que torna o sistema mais desigual e injusto, tendo em vista que o acesso à representação jurídica não é universal e está longe disso.

É inegável a relevância do papel da Defensoria Pública (estadual e federal) no patrocínio de ações na área de saúde (medicamentos, cirurgias, internações) e o incremento de demandas judiciais em Fortaleza vem na razão direta dessa atuação. A estruturação material da carreira e o comprometimento dos agentes que atuam nessa linha de defesa da população vão ao encontro de um permissivo constitucional (artigo 134 CF/88). Uma das questões que se põe nessa reflexão teórica é se a atuação em favor de um paciente que aguarda um leito hospitalar justifica a preterição de outros em estado de saúde semelhante ou mais grave. Em outras palavras, por que não observar o direito de preferência dos pacientes em razão dos critérios elaborados por médicos? Que interpretação autoriza a preterição de uma vida em relação a outra apenas porque há o ajuizamento de uma demanda judicial?

[Ir para o índice](#)

De uma perspectiva mais ampla, é possível conjecturar que a demanda por leitos de UTI na cidade de Fortaleza é superior à capacidade existente e que mais leitos deveriam ser construídos. Poder-se-ia dizer que a demanda que vem de cidades da região metropolitana e de todo o interior do Estado inviabilizaria o sistema de saúde da cidade e que mais leitos deveriam ser construídos em regiões estratégicas; ou ainda que o investimento em saúde seria insuficiente ou estaria direcionado à atenção básica. Todas essas questões são relevantes e fazem parte do diagnóstico do problema, mas fogem ao escopo do artigo, que trata de compatibilizar um direito constitucional com um fenômeno judicial que gera distorções e injustiça, para colocar em termos didáticos.

Não é razoável supor que em três anos a deficiência estrutural tenha gerado uma demanda que aumentou de 75 para 740 liminares. O crescimento da demanda – 1.000% em três anos – indica muito mais a atuação proativa da Defensoria e a liberalidade do Poder Judiciário do que a necessidade de crescimento de 1.000% dos leitos de UTI, que tomando esse percentual indicaria a necessidade de quantitativo que supera qualquer lógica ou limitação real e orçamentária.

Para além desses dados, tem-se a questão da invasão de competência constitucional do Poder Judiciário na área de política pública de saúde a partir de um raciocínio processual: Se há pedido judicial acompanhado de prescrição médica, a tutela deve ser concedida, independentemente de critérios que levem em consideração a limitação da realidade e simplesmente desconsidere a racionalidade de uma fila de espera por leitos. Nesse momento, é relevante considerar que não se têm notícias de judicialização da fila de transplante de órgãos, que é balizada por critérios técnicos previamente definidos e a cargo de órgãos que centralizam a informação globalmente, e não individualmente sem considerar a situação de outros pacientes, como se tem verificado no caso das UTIs.



O princípio da impessoalidade – que não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia de acordo com Celso Bandeira de Mello⁷ – é solapado, de igual modo, porque a aplicação deveria ser linear e observada pelos três Poderes da República, até mesmo o Judiciário, surgindo a inquietante questão “do tratamento diferenciado para aqueles que vão a juízo reclamar uma prestação positiva e individualizada do Estado: em que medida a prestação jurisdicional assecuratória de tratamento médico individual atende, na sua plenitude, ao direito fundamental à saúde consagrado no texto constitucional?”⁸ (LUPION, 2013, p. 315). A compatibilização é problemática e de difícil superação.

Outro aspecto delicado do problema tem relação direta com a questão cultural da não aceitação da morte de um familiar, principalmente em países de tradição católica; não com isso que seja ilegítimo buscar o melhor tratamento disponível para o paciente, mas há limitações nos tratamentos médicos que não podem ser superadas com a internação em terapia intensiva. Há relatos de profissionais da saúde que se sentem pressionados por familiares dos pacientes, que enxergam a UTI como um recurso imprescindível para manutenção da vida e acabam por encaminhar o problema para a central de regulação de leitos.

Nesse particular, é sabido que o *critério de priorização* elaborado pelo Conselho Federal de Medicina dispõe que “pacientes com doença em fase de terminalidade, ou moribundos, sem possibilidade de recuperação” em geral não têm indicação de internação em leito de UTI, por exemplo. A regra não é absoluta, sendo possível em alguns casos a análi-

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1996, p. 68.

8 LUPION, Ricardo. O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 315.

se individual a cargo do médico que faz a regulação, e não do profissional que encaminha o paciente para a internação e muito menos por um magistrado que não tem conhecimento técnico para avaliar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre 2013 e 2016, a quantidade de decisões judiciais determinando a internação de pacientes em leitos de terapia intensiva, no âmbito da cidade de Fortaleza, passaram de 75 para 740 liminares, um incremento de 1.000%, sem que tenha havido registro de qualquer epidemia, desastre natural ou causa externa que justifique o quadro.

As causas que explicam esse número de decisões judiciais, pelo menos no âmbito local, passam pela estruturação material das Defensorias Públicas (estadual e federal) que concentram a quase totalidade das ações dessa natureza em demandas que tramitam na Justiça Federal e Estadual; por deficiências estruturais do sistema brasileiro de saúde, que vão de carência de leitos de internação não intensivos que geram uma demanda para os leitos de terapia intensiva; por carência de equipamentos de saúde na região metropolitana da cidade e interior do Estado. Acresça-se a isso a questão cultural da não aceitação da irreversibilidade do fenômeno morte em casos de pacientes terminais, combinada com a pressão dos familiares dos enfermos sobre a ação do médico que acaba por fazer o encaminhamento do paciente para leitos de terapia intensiva.

O entendimento consolidado pelo STF, que reverbera nas decisões judiciais de todas as instâncias, é fator igualmente relevante na explicação do crescimento das demandas judiciais. O raciocínio é simples: Se liminares foram concedidas para pacientes que estavam em uma fila de espera



por vaga, e estes tiveram prioridade “judicial” sobre outros enfermos, a judicialização da questão é a única via legítima para obter a mesma providência, gerando um ciclo vicioso que se autoalimenta. A mudança de entendimento verificada em decisões de parte dos juízes da Justiça Federal as quais denegam liminares em casos de UTI ainda é insignificante, ainda mais considerando o entendimento da segunda instância, mas provavelmente gerará racionalização no trato da questão nos anos seguintes.

As consequências do quadro aqui apresentado têm duas dimensões: a primeira material, que aponta para o colapso do sistema de regulação de UTI na cidade de Fortaleza, que, em 2016, recebeu 2,02 liminares por dia da semana, inviabilizando qualquer planejamento do órgão e dificultando a tomada diária de decisões sobre a vida ou morte de pacientes em estado grave, a ponto de tornar impossível o cumprimento das ordens judiciais porque forma-se uma fila dos “judicializados”, em detrimento da fila dos não “judicializados”. Em razão disso, não é exagero dizer que pacientes que poderiam estar vivos podem ter perecido em razão das dificuldades do sistema de regulação por causa da (hiper)judicialização.

Outra consequência, na dimensão jurídico-constitucional, é o enfraquecimento do princípio da impessoalidade que impõe o tratamento equânime a todos, não justificando a internação de uns em detrimento de outros, sem que se tenham informações sobre todos que estão na espera de uma vaga em leito de UTI. Não há como fazer a compatibilização do direito fundamental à saúde previsto no artigo 196 da Constituição da República, que fala da concretização do direito por meio de políticas sociais e econômicas, e não por intermédio de decisão judicial individual, sem comprometer o princípio da impessoalidade que obriga o tratamento sem discriminação a todos, e, em última análise, o princípio da igualdade.

[Ir para o índice](#)

REFERÊNCIAS

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n.º 373, de 27 de fevereiro de 2002**. Norma Operacional de Assistência à Saúde /SUS - NOAS-SUS 01/02. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0373_27_02_2002.html. Acesso em: 14 dez. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 14 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 271.286/RS**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 14 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45/RS**. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>. Acesso em: 14 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 393.175-0/RS**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>. Acesso em: 14 dez. 2017.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n.º 867023/RJ**. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/ver-ProcessoAndamento.asp?incidente=4713494>. Acesso em 15 dez. 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n.º 2156, de 28 de outubro de 2016**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=331807>. Acesso em: 15 dez. 2017.

FORTALEZA. **Decreto Municipal nº 11.411, de 26 de maio de 2003**. Sistema Único de Saúde (SUS). Disciplina as atividades da Central de Referência e Regulação das Internações de Fortaleza na forma que indica. Disponível em: <http://www.samu.fortaleza.ce.gov.br/index.php/repositorio-institucional/send/9-legislacao-local-sms-fortaleza/8-decreto-11-411-de-20-de-maio-de-2003>. Acesso em: 15 dez. 2017.

LUPION, Ricardo. O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 311-324.

Controle de sustentabilidade pelos Tribunais de Contas e a necessária ênfase à dimensão ambiental

Sustainability control by the Public Accounts and the necessary emphasis of the environmental dimension

DANIELA ZAGO GONÇALVES DA CUNDA

RESUMO

Neste estudo, sustenta-se a importância da dimensão ambiental/ecológica da sustentabilidade, como dever e princípio constitucional. Nesse contexto, a atuação das Cortes de Contas recebe destaque, com possibilidade de controlar a qualidade da decisão política, que não poderá apenas visar a demandas de curto prazo, mas também tutelar a solidariedade intergeracional assentada no princípio de curadoria das gerações futuras. Simultaneamente, refere-se que os Tribunais de Contas deverão preocupar-se não somente com o controle dos atos comissivos em desconformidade com a lei, com Constituição Federal e com o princípio/dever de sustentabilidade, mas também atentar para as omissões específicas e flagrantemente inconstitucionais.

[Ir para o índice](#)



Palavras-chave: Sustentabilidade. Solidariedade Intergeracional. Tribunais de Contas. Controle Externo. Direitos e Deveres Fundamentais. Direito Ambiental.

ABSTRACT

This study supports the importance of environmental/ecological dimension of sustainability, as duty and constitutional principle. In this context, the role of the Public Accounts gets emphasis, with the possibility to control the quality of political decision, which may not only aim at short-term demands, but also protect intergenerational solidarity supported in a curatorial principle of future generations. Simultaneously, it refers to the Audit Courts should worry about not only with control of leaving out acts in lack of conformity in law or the Constitution or in principle/duty of sustainability, but also pays attention to the specific omissions and notoriously unconstitutional.

Keywords: Sustainability. Intergenerational Solidarity. Public Accounts. External Control. Fundamental Rights and Duties. Environmental Law.

INTRODUÇÃO

José de Alencar, ilustre filho do estado do Ceará, onde se realizou uma das etapas do *IX Seminário Internacional Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*, além de seu brilhantismo como escritor, deixou registrada sua eloquência na vida política, como em seu discurso “Voto de Graças” que pretendia proferir na Sessão de 20 de maio, em 1873, no Rio de Janeiro. O então deputado José de Alencar questionou: “Quem é

[Ir para o índice](#)

responsável perante o país pelo ano inutilmente consumido, pelo abuso de se governar durante dias sem lei de orçamento, recolhendo-se aos cofres públicos, não impostos, mas verdadeiras extorsões?”¹ No referido discurso, em apertada síntese, destacou como necessidades públicas mais urgentes *a reforma eleitoral, a necessária coibição da corrupção no governo e a necessidade de reforma municipal*.

Percebe-se, facilmente, que as *insustentabilidades social, econômica, tributária e fiscal* não são novas; já de longa data ensejam preocupações e acarretarão sempre cautela.

Se há formas, mesmo que de alta complexidade, de contornar o orçamento ineficiente, a insustentabilidade financeira, ou alternativas para coibir a corrupção e a dívida pública, quanto à *dimensão ambiental da sustentabilidade*, “não há Planeta B”².

Na atual “crise” econômico-financeira, escassez de recursos, necessidade de estancar a corrupção, imposição de análise do comprometimento de direitos fundamentais sob o manto da *reserva do possível*³ ou inevitabi-

1 Atualizou-se a grafia. Discurso disponível na íntegra, conforme acesso em nov. 2016, no site: <http://www.brasiliana.usp.br/handle/1918/00016400#page/1/mode/1up>.

2 Considerações sobre não haver “Planeta B” para as próximas gerações em abordagem sobre a “Responsabilidade intergeracional e direito ao (ou dever de?) não uso dos recursos naturais”, vide: GOMES, Carla Amado. **Revista do Ministério Público**. nº 145, jan./mar. 2016. Lisboa, p. 75-99.

3 Sobre “reservas à reserva do possível” remete-se aos seguintes estudos mais aprofundados sobre o tema: CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **Tutela da efetividade dos direitos e deveres fundamentais pelos Tribunais de Contas**: direito/dever fundamental à boa administração pública (e derivações) e direitos fundamentais à saúde e à educação. Dissertação de Mestrado, PUC/RS, 2011. CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Direito fundamental à boa administração tributária e financeira. **Revista Jurídica Tributária**, Porto Alegre: Nota Dez, v. 3, n. 10, p. 103-130, jul./set. 2010. A expressão “reservas à reserva do possível” é da autoria e consta na seguinte obra: FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 307.



lidade do controle da redução simplista de investimentos em serviços públicos essenciais⁴, defender a atuação dos Tribunais de Contas no controle da gestão ambiental poderia aparentar um ato de coragem. A rigor, entretanto, a atuação das Cortes de Contas na fiscalização do dever de tutela do meio ambiente (a que os gestores públicos estão vinculados) trata de um *dever constitucional institucional*. Ao mesmo tempo, a abordagem a ser desenvolvida estará centrada no *dever fundamental de tutela dos recursos naturais* ao qual todo cidadão está vinculado, e, por consequência, deverá assumir sua parcela de responsabilidade e de atuação⁵.

Ao mesmo tempo em que os Tribunais de Contas deverão traçar linhas de atuações considerando o fato de que o Brasil, infelizmente, ocupa posição de destaque no *ranking* dos países mais corruptos (4ª posição de nação mais corrupta do mundo, conforme levantamento realizado pelo Fórum Econômico Mundial⁶, em comparativo entre 138 países; ou a 76ª

4 Especificamente a respeito da *dimensão fiscal* da sustentabilidade, comentários sobre a necessidade de fiscalização das diretrizes trazidas pela Emenda Constitucional nº 93, de 8/9/2016, visando à desvinculação de receitas da União e estabelecer a desvinculação de receitas dos Estados, Distrito Federal e Municípios, para que não comprometam a eficácia de direitos fundamentais, e a necessária cautela na aplicação e fiscalização da Emenda Constitucional nº 95, de 15/12/2016, que institui o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, *vide*: CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Controle de Sustentabilidade Fiscal pelos Tribunais de Contas: tutela preventiva da responsabilidade fiscal e a concretização da solidariedade intergeracional, *In*: LIMA, Luiz Henrique; OLIVEIRA, Weder; CAMARGO, João Batista (Coord.). **Contas Governamentais e Responsabilidade Fiscal: desafios para o controle externo**. Estudos de Ministros e Conselheiros Substitutos dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

5 Sobre um sistema de “responsabilidade partilhada” entre Administração Pública e cidadãos pela boa efetivação dos direitos fundamentais: CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **O Dever fundamental à saúde e o dever fundamental à educação na lupa dos Tribunais (para além) de Contas**. Porto Alegre: Simplíssimo Livros, 2013.

6 Cf. informação constante no site: <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index/competitiveness-rankings/#series=GCI.A.01.01.02>. Acesso em: 17 nov. 2016.

posição no *ranking* da Transparência Internacional, dentre 168 países analisados⁷), terão de sopesar a situação global preocupante do ambiente.

Tal como afirma Viriato Soromenho-Marques, há certa exaustão quanto ao termo “crise”, e a *crise ambiental* “é a única crise verdadeiramente planetária”,⁸ ao afetar indiscriminadamente todas as zonas da Terra. Para o autor, há três características que distinguem e denotam a gravidade da crise ambiental: a *universalidade*, a *transtemporalidade* e a *irreversibilidade* (sua característica mais dramática). Carla Amado Gomes, ao referir as características da “verdadeira crise”, menciona que na última década, no mês de agosto, começa-se a “viver em sobrecapacidade”, o que significa que seria preciso 1,5 Terra/ano (média) ou 4 Terras/ano (levando-se em consideração a pegada ecológica de um cidadão dos EUA) para satisfação das demandas humanas⁹.

No contexto nacional, a situação do ambiente também enfrenta prolongada crise e de fácil constatação, mediante notícias frequentes da retomada do crescimento no desmatamento na Amazônia, sem falar nas reiteradas sinalizações do ambiente a demonstrar o aquecimento global. Ainda sobre o panorama nacional, em temática interligada ao ambiente, conforme relatório apreciado pelo Pleno do Tribunal de Contas da

7 Cf. dados apresentados no site: <http://www.valor.com.br/internacional/4411692/brasil-piora-no-ranking-da-corrupcao-para-76-lugar-entre-168-paises>. Acesso em: 17 nov. 2016.

8 SOROMENHO-MARQUES, Viriato. Crise Ambiental. **Revista Visão**. Jan. 2016. Disponível em: <http://www.viriatosoromenho-marques.com/>. Acesso em: 17 nov. 2016.

9 GOMES, Carla Amado. Responsabilidade intergeracional e direito ao (ou dever de?) não uso dos recursos naturais. **Revista do Ministério Público**, n.º 145; jan./mar. 2016, p. 75 e ss. Disponível em: http://wwf.panda.org/about_our_earth/all_publications/lpr_2016/. Acesso em: 21 fev. 2016.



União¹⁰, em meados de setembro de 2016, abordou-se a precária atuação do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), órgão responsável pela fiscalização das barragens do País. Quanto às barragens de alto risco, verificou-se que apenas 6% das fiscalizações entre 2012 e 2015 foram feitas em barragens consideradas de alto risco. “A explicação poderia vir do fato de que barragens classificadas como tal são minoria. Ocorre que, no mesmo período, apenas 35% das barragens dessa natureza foram fiscalizadas pelo DNPM”,¹¹ conforme informou a equipe técnica do Tribunal de Contas da União. “Em alguns estados da Federação, a situação é mais grave; as superintendências do Amapá, Amazonas, Maranhão, Paraná, Rio de Janeiro, Rondônia e Sergipe não realizaram uma fiscalização sequer entre 2012 e 2015”,¹² acrescentou-se no Relatório.

Diante de quadro tão preocupante, cada cidadão e cada instituição têm de agir com a máxima urgência. Ademais, no Brasil, há um dever de tutela ambiental estabelecido no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), ou seja, há um *dever fundamental de sustentabilidade* (com destaque à dimensão ambiental). Nesse contexto, serão abordadas as possibilidades de atuações dos Tribunais de Contas, antecedidas de noções sobre a atuação das Cortes de Contas em um Estado Democrático de Direito e a tutela da efetividade dos direitos/deveres fundamentais (*Tribunais para além de Contas*).

10 Sobre Auditoria Operacional acerca do controle dos Planos de Segurança das Barragens de Mineração, implementados pelos empreendedores e fiscalizados pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) vide: processo n.º TC-032.034/2015-6; Relator Ministro José Múcio Monteiro, Acórdão do Pleno do TCU n.º 2440/2016, Sessão em 21/9/2016.

11 Acórdão do Pleno do TCU n.º 2440/2016, Sessão em 21/9/2016.

12 Acórdão do Pleno do TCU n.º 2440/2016, Sessão em 21/9/2016.

1. NOÇÕES SOBRE A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA TUTELA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS/DEVERES FUNDAMENTAIS (TRIBUNAIS PARA ALÉM DE CONTAS)

Raras são as pesquisas sobre as possibilidades de atuação dos Tribunais de Contas na tutela dos direitos e deveres fundamentais. Da mesma forma, nas informações disponibilizadas à sociedade, pouco se divulga a atividade das Cortes de Contas no desempenho de sua missão constitucional.

Sob um aspecto internacional, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (artigo 15) ficou consignado o *direito de solicitar prestação de contas* aos gestores públicos. No Brasil, a instituição do Tribunal de Contas foi criada pelo Decreto nº 996-A (de 24/2/1891) e já constava prevista na primeira Constituição da República, em 1891 (artigo 89), como entidade responsável pela fiscalização das receitas e despesas públicas.

Os Tribunais de Contas são uma das modalidades de Entidade Fiscalizadora Superior ou Instituições Superiores de Auditorias (nomenclaturas genéricas para referir instituições equivalentes em outros países); no Brasil seguem o *modelo colegiado* (ao invés do *modelo de controladoria* adotado por outros países como nos EUA – *Government Accountability Office*¹³ –, e Inglaterra – *National Audit Office*)¹⁴ –, e não integram formalmente nenhum dos poderes constituídos¹⁵. Na Constituição da Repúbli-

13 Disponível em: <http://www.gao.gov>. Acesso em: 29 ago. 2016.

14 Disponível em: <https://www.nao.org.uk>. Acesso em: 29 ago. 2016.

15 Exemplificando: em Portugal, o Tribunal de Contas integra o Poder Judiciário (artigo 209, 1, “a”, da Constituição portuguesa), já na França, posiciona-se entre o Parlamento e o Governo (artigo 47-2 da Constituição francesa) e liga-se à autoridade judicial (artigos 64 e seguintes), na Espanha consta previsto no artigo 136 da Constituição espanhola, como Órgão Supremo fiscalizador das contas e gestão econômica do Estado. Para maiores aprofundamentos sobre estudos comparativos entre instituições de controle, *vide*: CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Modelos de auditoria pública. Um estudo comparado entre instituições brasileiras e a italiana. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, vol. 33, nº 1, jan. fev. mar. 2015, p. 62-86. Também disponível no seguinte site: <https://libano.tce.mg.gov.br/seer/index.php/TCEMG/article/view/40/18>.



ca Federativa do Brasil, de 1988, receberam previsão nos artigos 70 e seguintes, e são dotados de independência e garantias equiparadas ao Poder Judiciário. No transcorrer de sua existência, constata-se que em momentos de autoritarismo ficaram mais restritas suas atribuições¹⁶. Na estrutura brasileira, as missões constitucionais devem ser visualizadas conjuntamente com o *dever constitucional de sustentabilidade*, mediante a leitura conjunta dos referidos dispositivos constitucionais com os artigos 225; 170, inciso VI; 3º, todos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Explicitamente a Carta Constitucional do Brasil prevê a possibilidade de realização de inspeções, auditorias, assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias para o cumprimento da lei (CRFB, artigo 71, inc. IX). Nesse contexto, os Tribunais de Contas deverão também realizar o *controle de sustentabilidade*¹⁷ (da gestão ambiental em conjunto com as demais dimensões)¹⁸.

16 Cumpre referir, todavia, que “são várias as propostas para reformar o Tribunal de Contas (PECs 126/1995, 556/1997, 123/1999, 227/2000, 397/2001, 209/2003, 222/2003, 229/2004, 427/2005, 531/2006, 15/2007(S), 28/2007, 30/2007(S), 75/2007, 146/2007, 157/2007, 316/2008, 42/2009(S), 143/2012, 235/2012, 256/2013, 329/2013, 378/2014, 474/2014, 180/2015 e 276/2016), algumas encaminhando a sua extinção (PECs 19/1999, 36/1999(S), 193/2000, 329/2001, 90/2007(S) e 148/2015). Sobre o tema, vide: SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo. **Como o nosso Tribunal de Contas se compara ao de outros países?** Associação dos Membros dos Tribunais de Contas, 13-02-2017. Disponível em: <http://www.atricon.org.br/artigos/como-o-nosso-tribunal-de-contas-se-compara-ao-de-outros-paises/>. Acesso em: 27 fev. 2017.

17 Vide também: CUNDA, Daniela Zago G. da. Controle de sustentabilidade pelos Tribunais de Contas: proposta de marco legal a ser utilizado no controle externo concretizador da sustentabilidade ambiental. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 18, n. 96, mar./abr. 2016.

18 Dimensões especificadas no capítulo 2 do estudo já referido. CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas**. Tese de doutorado. Porto Alegre, PUCRS, 2016, p. 100 e ss.

Nos parâmetros constitucionais, há previsão de competência, no sentido de *dever constitucional*, aos Tribunais de Contas para fiscalização, de maneira a concretizar políticas públicas (nacionais e internacionais) na tutela do meio ambiente e outros direitos fundamentais (v.g. saúde e educação)¹⁹. Além dos dispositivos constitucionais acima referidos, cumpre destacar a necessária leitura do artigo 71 (com destaque também dos incisos, IV, VIII, IX e X)²⁰, com os parâmetros trazidos no artigo 225, todos da Constituição da República Federativa do Brasil. Somente haverá eficiente gestão operacional e patrimonial quando forem levadas em considerações as dimensões da sustentabilidade.

Em estudos anteriores,²¹ procurou-se desenvolver o que poderia ser considerado *bom paradigma de Corte de Contas*, questão que merece ser retomada, mesmo que resumidamente. Recebeu destaque a necessária preocupação com *a efetividade de direitos fundamentais* e com o correto *cumprimento de deveres fundamentais* (a incluir o meio ambiente equilibrado), considerando o modelo de Estado previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, que de retraído assumiu postura de Estado comprometido a tutelar uma gama crescente de direitos fundamentais. Consequentemente, os Tribunais de Contas deverão *tutelar*

19 Sobre o tema, abordagem desenvolvida mais especificamente: CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **O Dever Fundamental à Saúde e o Dever Fundamental à Educação na Lupa dos Tribunais (para além) de Contas**. Porto Alegre: Simplíssimo Livros, 2013.

20 Vide também: MENDONÇA, Edalgina G. C. Furtado de. **Tribunal de Contas e Patrimônio ambiental**: um novo paradigma de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

21 Questão abordada mais detalhadamente em: CUNDA, Daniela Zago G. da. Os deveres das gerações presentes para com as futuras: atuação dos Tribunais (para além) de Contas como provedores do princípio da solidariedade intergeracional. **Revista do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul**, v. 1, p. 1-28, 2015. E ainda: CUNDA, Daniela Zago G. da. Modelos de auditoria pública. Um estudo comparado entre instituições brasileiras e a italiana. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, vol. 33, n.º 1, jan./fev./mar. 2015, p. 62-86. Também disponível em: <https://libano.tce.mg.gov.br/seer/index.php/TCEMG/article/view/40/18>.



os custos (lado lunar dos direitos fundamentais) e a *qualidade dos investimentos em direitos fundamentais*. Em paralelo, os *Tribunais para além de contas* deverão: a) providenciar um controle externo prévio e concomitante (não apenas *a posteriori*); b) zelar pela efetividade de suas decisões (mediante a utilização do poder geral de cautela), assim como pelo *enforcement* de seus julgados (v.g. contornar o baixo valor das multas e monitorar o efetivo ressarcimento ao erário); c) zelar pela averiguação de resultados, incluindo o controle da qualidade dos investimentos no setor público; d) estar em sintonia com o controle social, providenciando o controle da efetividade dos princípios da publicidade e transparência e do *direito/dever à informação*; e) monitorar a possibilidade de participação social qualificada (v.g. com auxílio da advocacia, audiências e consultas públicas efetivas e não meros simulacros); f) ter previsão constitucional constituída por órgãos colegiados compostos por julgadores, em sua maioria, com admissão mediante concurso público específico; e g) consubstanciar o *princípio ou direito/dever fundamental à sustentabilidade e solidariedade intergeracional* (em todas as suas dimensões)²².

Providenciada uma rápida abordagem sobre a atuação das Cortes de Contas na tutela da efetividade dos direitos/deveres fundamentais, como supedâneo para um recomendável modelo de *Tribunal para além de Contas*, no tópico a seguir será mencionado o que se entende por *sustentabilidade multidimensional* (dimensões ecológica/ambiental, social, econômica, fiscal, jurídico-política e ética) e a necessária primazia às

22 Destacaram-se apenas as diretrizes mais relevantes e pertinentes ao tema central. Abordagem mais ampla consta nas seguintes pesquisas: CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas**. Tese de doutorado, 2016... e **O Dever Fundamental à Saúde e o Dever Fundamental à Educação na Lupa dos Tribunais (para além) de Contas...** 2013.

dimensões ambiental e ecológica da sustentabilidade a ser providenciada no *controle de sustentabilidade* pelos Tribunais de Contas.

2. CONTROLE DE SUSTENTABILIDADE MULTIDIMENSIONAL PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS (DIMENSÕES ECOLÓGICA/AMBIENTAL, SOCIAL, ECONÔMICA, FISCAL, JURÍDICO-POLÍTICA E ÉTICA)

O *princípio da sustentabilidade* tem como características a estatura constitucional (artigos 3º; 225; 170, IV, todos da Constituição da República Federativa do Brasil) e ser de eficácia direta e imediata²³ a ensejar controle sistemático (tarefa a ser exercida nos controles externo, interno, social e realizado pelo Poder Judiciário e Ministério Público). No presente estudo, utiliza-se a terminologia “sustentabilidade”, no sentido amplo (sustentabilidade multidimensional)²⁴ e no sentido estrito (sustentabilidade ecológica), ambas com *status* constitucional.

Antes da abordagem central deste estudo – sustentabilidade ambiental e/ou ecológica –, serão tecidas considerações gerais quanto ao *princípio e dever constitucional da sustentabilidade*. O princípio em estudo

23 Considerações quanto ao direito/dever fundamental à sustentabilidade são detalhadas nos seguintes estudos: CUNDA, Daniela Zago G. da. **Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas**. Tese de doutorado. Porto Alegre, PUCRS, 2016. CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **O Dever Fundamental à Saúde e o Dever Fundamental à Educação na Lupa dos Tribunais (para além) de Contas**. Porto Alegre: Simplíssimo Livros, 2013. CUNDA, Daniela Zago G. da. Tutela da efetividade dos direitos e deveres fundamentais pelos Tribunais de Contas: direito/dever fundamental à boa administração pública (e derivações) e direitos fundamentais à saúde e à educação. Dissertação de Mestrado, PUC/RS, 2011.

24 Terminologia proposta pelo seguinte autor: FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



redefine o papel e as funções do Estado, agregando uma missão de curadoria²⁵ tanto ao Estado (administração e órgãos de controle – *controles interno e externo*), como à sociedade (v.g. mediante o *controle social*, consumo sustentável)²⁶. Mais recentemente surge uma nova dimensão de solidariedade,²⁷ em sede específica e inicialmente ambiental – a *solidariedade intergeracional* –, que está interligada e se confunde, de certo modo, com a sustentabilidade (outro postulado do Direito Internacional do Ambiente). De fato, “se a preocupação dos defensores do princípio da solidariedade intergeracional (*intergenerational equity*)²⁸ é assegurar o aproveitamento racional dos recursos ambientais, de forma a que as gerações futuras também possam deles tirar proveito, então a coincidência entre ambas as noções é grande”²⁹. Na Constituição da República Federativa do Brasil, o *princípio da solidariedade* entre gerações está previsto

25 BOSELTMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 23.

26 Sobre o tema vide: GOMES, Carla Amado. **Consumo sustentável**: ter ou ser, eis a questão. Disponível no site: http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/texto-ter_ou_ser.pdf. Acesso em: 23 dez. 2013.

27 Sobre a noção de solidariedade sob a ótica do Direito Administrativo e posituação da solidariedade no âmbito do Direito Público: REAL FERRER, Gabriel. La solidaridad em derecho administrativo. **Revista de administración pública (RAP)**, n. 161, mayo-agosto 2003. Disponível no site: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/.../721284.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2016.

28 Tendo como referenciais teóricos: BROWN WEISS, Edith. Our rights and obligations to future generations for the environment. **What obligations does our generation owe to the next? An approach to global environmental responsibility**. AJIL, v. 94, p. 198 e ss, 1990. _____. **In fairness to future generations**: International Law, common patrimony and intergenerational equity, 1989. Tokyo, Japan: The United Nations University e New York: Transnational Publishers. Chapter on Planetary Rights, pp. 95-117, 1989. E a versão traduzida para o espanhol: BROWN WEISS, Edith. **Un mundo justo para las futuras generaciones: derecho internacional, patrimonio común y equidad intergeneracional**. Traducción de Máximo E. Gowland. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 1999.

29 GOMES, Carla Amado. **Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de deveres de Protecção do Ambiente**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 155.

na *caput* do artigo 225, em conjunto com o artigo 170, VI, que consubstancia o *princípio da sustentabilidade*³⁰.

Juarez Freitas sustenta o “dever improtelável³¹, incorporado por norma geral inclusiva (CF, art. 5º, parágrafo 2º), de adotar a diretriz vinculante da sustentabilidade”³². Tanto os gestores públicos, como os órgãos de controle, assim como a sociedade deverão tomar consciência do referido “dever de sustentabilidade”, postulado constitucional e constante em inúmeros documentos internacionais.

Entende-se por sustentabilidade *o dever constitucional e fundamental que objetiva tutelar direitos fundamentais (com destaque ao ambiente ecologicamente equilibrado e aos direitos fundamentais sociais), também princípio instrumento a dar-lhes efetividade, ou seja, princípio que vincula o Estado (e suas instituições) e a sociedade, mediante responsabilidade partilhada, e redesenha as funções estatais, que deverão ser planejadas não apenas para atender demandas de curto prazo, mas*

30 Também previstos em várias outras Cartas Constitucionais, como na Constituição da República de Portugal, constando no artigo 66º/2/d. Paralelamente, o *dever de sustentabilidade quanto à dimensão ambiental* encontra-se modelado no artigo 20a da Lei Fundamental da Alemanha, que prevê a proteção ambiental como tarefa ou objetivo estatal de proteção ambiental, de maneira a vincular os Poderes Públicos (sem, contudo, prever uma dimensão subjetiva, ou um direito fundamental ao ambiente). Na Espanha, o direito ao ambiente consta previsto no art. 45 da Constituição, de 1978 (junto aos princípios destinados à política social e econômica). Para um apanhado mais completo “No plano do Direito Constitucional comparado”, com ponderações críticas quanto ao princípio, vide também: GOMES, Carla Amado. A insustentável leveza do “Princípio do Desenvolvimento Sustentável”. **Revista do Ministério Público 147**, jul./set., 2016, p. 137-158. E ainda: CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas**. Tese de doutorado. Porto Alegre, PUCRS, 2016, pp. 16 e ss.

31 Cumpre questionar qual a natureza desse dever, se dever fundamental, dever legal, dever constitucional ou de outra natureza? Entende-se que para além de um dever constitucional e legal é também um dever fundamental. Tema a ser retomado na análise dos princípios correlatos e ajustes terminológicos.

32 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 117 e ss.



também providenciar a tutela das futuras gerações.³³ Pretende-se com o referido conceito abordar as duas noções de sustentabilidade: sentido amplo (englobando as dimensões ambiental, social, ética, fiscal, econômica e jurídico-política)³⁴ e sentido mais específico (denominado por Bosselmann como *sustentabilidade forte*)³⁵, que, em regra, dá primazia à dimensão ecológica (interligada ao dever fundamental de tutela ao ambiente natural ecologicamente equilibrado)³⁶.

O controle sistemático da sustentabilidade multidimensional a ser exercido pelas Cortes de Contas deverá tutelar a própria qualidade de vida (dignidade humana) e dos direitos fundamentais para além do am-

33 Conceito desenvolvido nos seguintes estudos: CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas**. Tese de doutorado, 2016, pp. 32 e ss. CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Controle de Sustentabilidade Fiscal pelos Tribunais de Contas: tutela preventiva da responsabilidade fiscal e a concretização da solidariedade intergeracional, *In*: LIMA, Luiz Henrique; OLIVEIRA, Weder; CAMARGO, João Batista (Coord.). **Contas Governamentais e Responsabilidade Fiscal: desafios para o controle externo**. Estudos de Ministros e Conselheiros Substitutos dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

34 Nos termos propostos por Juarez Freitas (**Sustentabilidade: direito ao futuro**, 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016), Ignacy Sachs (**Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**, 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008) e detalhados no capítulo 2 do seguinte estudo: CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas** (Tese de doutorado, 2016). Especificamente sobre o *controle de sustentabilidade fiscal*, vide: CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Controle de Sustentabilidade Fiscal pelos Tribunais de Contas: tutela preventiva da responsabilidade fiscal e a concretização da solidariedade intergeracional, *In*: LIMA, Luiz Henrique; OLIVEIRA, Weder; CAMARGO, João Batista (Coord.) **Contas Governamentais e Responsabilidade Fiscal**.

35 BOSELLMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**, p. 47 e 27, 28, 36, 42.

36 Quanto à natureza de direito e também dever, vide: MEDEIROS, Fernanda Fontoura. **Meio Ambiente. Direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Quanto ao “ambiente como bem jurídico”, enquanto direito e dever e tutela em sentido objetivo e subjetivo, vide também: SARAIVA, Rute Neto Cabrita e Gil. **A Herança de Quioto em Clima de Incerteza: Análise Jurídico-Econômica do Mercado de Emissões num Quadro de Desenvolvimento Sustentado**, p. 195 e ss. E ainda: ANTUNES, Tiago. Ambiente: um direito, mas também um dever, *in* **Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos**, vol. II. Coimbra.

biente equilibrado, como o direito à saúde, à educação e à previdência social³⁷ (que também requerem políticas públicas planejadas em longo prazo). Concomitantemente, em sua essência, a sustentabilidade, como sinônimo da manutenção da integridade dos sistemas ecológicos, deverá ser objeto de controle frequente pelos Tribunais de Contas na análise da gestão ambiental (inserida na noção de *good governance*)³⁸.

Nesse contexto, a fiscalização a ser desempenhada pelos Tribunais de Contas deverá ser abrangente, considerando-se a eficácia negativa do princípio da sustentabilidade, abarcando a própria discricionariedade³⁹, denominada por Juarez Freitas de “discricionariedade vinculada”⁴⁰.

Não há como se negar a complexidade de implementação do princípio da sustentabilidade, ainda mais no âmbito internacional, em razão da ausência de normas cogentes, ou seja, considerando-se a “insustentável leveza da grande parte dos compromissos” internacionais, como afirma Carla

37 Sobre a temática e a atuação das Cortes de Contas, vide: LIMA, Luiz Henrique; SARQUIS, Alexandre (Coord.). **Controle externo dos regimes próprios de Previdência Social**. Estudos de Ministros e Conselheiros Substitutos dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

38 Cumpre lembrar que na Declaração de Nova Deli o princípio da *good governance* consta como um dos princípios interligados. Acerca do direito fundamental à boa administração vide: FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à boa Administração Pública**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. Sobre a visualização sob a ótica de “dever fundamental à boa administração”: FALZONE, Guido. **Il Doveri di Buona Amministrazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953. CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **O Dever Fundamental à Saúde e o Dever Fundamental à Educação na Lupa dos Tribunais (para além) de Contas**. Porto Alegre: Simplíssimo Livros, 2013.

39 FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**, p. 130: “parafrazeando o artigo 421 do Código Civil, a liberdade administrativa só poderá ser exercida ‘em razão e nos limites’ da sustentabilidade”.

40 FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**, p. 349 e ss.



Amado Gomes⁴¹. Todavia, além da incorporação em normas de *soft law*, as diretrizes do *princípio da sustentabilidade* acabaram por ser inseridas em várias Cartas Constitucionais, como no Brasil, em que o princípio recebe estatura de dever constitucional e tem sido detalhado em vários diplomas infraconstitucionais, como será demonstrado no presente estudo⁴².

No que se refere à abrangência dos objetos protegidos no princípio (e sua *volatilidade*),⁴³ a delimitação das dimensões (quando em voga o sentido amplo de sustentabilidade) e o destaque da visualização da sustentabilidade no sentido estrito (com foco no direito/dever ao ambiente) acabam por suavizar a amplitude e esvaziamento do conceito de sustentabilidade.

Na concepção ampla do princípio da sustentabilidade (denominada nesta investigação de *sustentabilidade multidimensional*),⁴⁴ o papel de curadoria do Estado e da sociedade é mais abrangente e está interligado a uma amplitude de direitos fundamentais. Na fiscalização das várias dimensões da sustentabilidade (fiscal, social, econômica, ética, político/jurídica), a incluir com primazia as *dimensões ecológica e ambiental*, os

41 GOMES, Carla Amado. **Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de deveres de Protecção do Ambiente**, p. 27 e ss. (versão ebook).

42 Para um apanhado mais completo dos diplomas legais atinentes ao ambiente a serem fiscalizados pelos Tribunais de Contas: CUNDA, Daniela Zago Gonçalves. Controle de sustentabilidade pelos Tribunais de Contas: proposta de marco legal a ser utilizado no controle externo concretizador da sustentabilidade ambiental. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 18, n. 96, mar./abr. 2016.

43 Carla Amado Gomes, na obra supra referida, refere que a “*volatilidade do princípio do desenvolvimento sustentado, o relativismo geográfico da efectividade da protecção do ambiente, aliados a uma posição jurídica intensamente permeável ao conceito metamorfoseante de qualidade de vida põem em causa a seriedade da proclamação de um direito ao ambiente*”. (p. 27 e ss.)

44 Com amparo na ideia sustentada por Juarez Freitas, em especial na seguinte obra: **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Tribunais de Contas deverão controlar até mesmo o “controlador”, mediante sintonia do controle externo e interno⁴⁵.

De maneira a contornar a complexidade de implementação da solidariedade intergeracional, é importante que se registre a essencialidade de trazer os interesses futuros à ponderação da tomada de decisões com ênfase na política de Estado, na defesa de direitos fundamentais intertemporais, e não apenas em políticas de governo.

Uma das limitações apontadas por Edith Brown Weiss⁴⁶ à solidariedade intergeracional reside justamente no comprometimento da democracia e representatividade das gerações futuras. No transcorrer dos últimos tempos, foram propostas alternativas de tutela da democracia participativa das gerações futuras que poderão servir de inspiração às Cortes de Contas (e demais órgãos de controle) até que o Brasil adote instituições específicas para tal⁴⁷. Destacam-se: a) Provedores para as gerações futuras (Hungria, Israel e França);⁴⁸ b) Comissões Parlamentares

45 Como, por exemplo, a situação referida nas considerações iniciais, quanto à atuação do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), responsável pela fiscalização das barragens do país, constada pelo Tribunal de Contas da União como “frágil e deficiente”, não sendo suficiente, deste modo, para impedir a tragédia provocada pelo rompimento da barragem da Samarco, em Mariana (MG). Controle direto da gestão ambiental (medidas adotadas pelas Prefeituras e Governo Estadual e Federal).

46 BROWN WEISS, Edith. Our rights and obligations to future generations for the environment... e a versão traduzida: BROWN WEISS, Edith. **Um mundo justo para las futuras generaciones**: derecho internacional, patrimonio común y equidad intergeneracional. Traducción de Máximo E. Gowland. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 1999.

47 BURNS H. WESTON, Climate change and intergenerational justice: foundational reflections, in **Vermont Journal of Environmental Law**, vol. 9, 2008, p. 375, ss. 387-388. O autor analisa algumas propostas e acaba por aderir a tese de Elise Boulding como geração presente “dos 200 anos” (two hundred years present), ou seja, geração presente será aquela que começou para quem faz cem anos hoje e terminará daqui a cem anos, quando um bebê hoje nascido fizer cem anos.”

48 GOMES, Carla Amado. Responsabilidade intergeracional e direito ao (ou dever de?) não uso dos recursos naturais. **Revista do Ministério Público**, n. 145; jan./mar. 2016, p. 75 e ss.



para futuras gerações (Finlândia e Israel); ou ainda, c) Ministro da Mãe Terra ou Provedor da Terra (cf. nova Constituição da Bolívia) com especial missão a defesa dos interesses da Natureza, contornando a “falência do antropocentrismo” e o reconhecimento de “direitos ao não uso”⁴⁹.

Nessa linha, o papel de tutela das decisões administrativas, mais de Estado do que temporárias e de governo, e o papel de *provedor da equidade intergeracional ou da sustentabilidade*, no Brasil, poderiam ser assumidos por várias instituições, como pelos Tribunais de Contas, Ministério Público e Advogados Públicos (de “Estado”), com *ênfase no dever de prevenir*, mais que no *dever de reparação*; assim, em simultâneo, mediante tutela da *responsabilidade intrageracional* pela “ponderação imparcial do interesse ambiental e na inclusão desta no processo decisório”⁵⁰.

Esboçadas considerações sobre a sustentabilidade multidimensional, antes do exame da dimensão ecológica e/ou ambiental,⁵¹ convém retomar algumas questões referentes à delimitação da sustentabilidade e às modalidades de *controle de sustentabilidade pelos Tribunais de Contas*, o qual, embora seja uno, para melhor visualização, foi especificado em estudos an-

49 Nos termos referidos por Carla Amado Gomes, com amparo nos ensinamentos de Jan Laitos, *in* Responsabilidade intergeracional e direito ao (ou dever de?) não uso dos recursos naturais. *Revista do Ministério Público*, n. 145; jan./mar. 2016, p. 75 e ss. Vide também: http://wwf.panda.org/about_our_earth/all_publications/lpr_2016/. (acesso em fevereiro/2016). A autora também questiona: “quem é o melhor intérprete do interesse ambiental”? Seriam somente as Cortes Constitucionais (como o STF, no Brasil)? Somente Tribunais Internacionais, supranacionais?

50 Conforme mesma autora e mesma obra.

51 Detalhamento sobre as demais dimensões da sustentabilidade, conforme já referido, vide: CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas**, p. 32 e ss. e CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. *Controle de Sustentabilidade Fiscal pelos Tribunais de Contas: tutela preventiva da responsabilidade fiscal e a concretização da solidariedade intergeracional*, *In*: LIMA, Luiz Henrique; OLIVEIRA, Weder; CAMARGO, João Batista (Coord.). **Contas Governamentais e Responsabilidade Fiscal**.

teriores, tendo como modalidades o *controle de sustentabilidade ecológica*, *controle de sustentabilidade social* e *controle de sustentabilidade fiscal*.

Pretendeu-se ter deixado claro que a ideia básica de sustentabilidade é composta pela dimensão ecológica (com o fim precípua de garantir a durabilidade dos bens ambientais naturais e o equilíbrio dos ecossistemas terrestres) e nessa dimensão, em regra, deverá estar centrado o controle de sustentabilidade a ser realizado pelos Tribunais de Contas. Conjuntamente, mesmo diante das dificuldades de operacionalização da sustentabilidade multidimensional (no sentido amplo), os Tribunais de Contas deverão também visualizar as demais dimensões da sustentabilidade (com destaque a *dimensão fiscal*, sua missão por excelência).

O *controle de sustentabilidade social* deverá ter como parâmetro os direitos fundamentais sociais previstos na Carta Constitucional, os quais integram especificamente a *dimensão social*. Por tal motivo, um desejável *controle de sustentabilidade social* deverá averiguar a *gestão da saúde*, *da educação*,⁵² *da segurança pública*, *a gestão da previdência social* (e da seguridade social, a englobar a assistência social e saúde também), *a gestão urbanística* a tutelar moradia universal e digna, o cumprimento da atenção prioritária à infância, inclusão de pessoas com deficiências e refugiados em termos ecológicos, assim como a *gestão da mobilidade urbana*, de maneira a instrumentalizar o direito ao transporte. O *controle da sustentabilidade social*, ainda, em conjunto com questões relacionadas às dimensões fiscal e jurídico-política (que lhe dão suporte), também

52 Estudo mais específico que aborda temáticas referentes ao *controle de sustentabilidade social*, em especial quanto aos direitos/deveres fundamentais à saúde e à educação: CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **O Dever Fundamental à Saúde e o Dever Fundamental à Educação na Lupa dos Tribunais (para além) de Contas**. Porto Alegre: Simplíssimo Livros, 2013.



abará a fiscalização do acesso público aos dados e informações de interesse público em geral e interesse ambiental⁵³.

No exercício do controle externo, simultaneamente com o *controle de sustentabilidade* referente à dimensão ecológica e à dimensão social, os Tribunais de Contas realizarão o *controle de sustentabilidade fiscal*, uma de suas funções mais características, tendo por principal objeto o controle das leis orçamentárias, controle das diretrizes estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal, controle da qualidade dos gastos e efetividade dos direitos fundamentais que visam a financiar (em especial a gestão ambiental) e controle preventivo a obstaculizar fatores de insustentabilidade fiscal (“pedaladas fiscais”, a dívida pública e a corrupção).

A *dimensão jurídico-política* não enseja a sistematização de um controle de sustentabilidade específico, mas tem o propósito de dar o suporte instrumental na implementação das demais dimensões. Assim, o *controle de sustentabilidade*, a ser realizado quanto às demais dimensões, deverá abranger a averiguação da *dimensão jurídico-política*, ou seja, avaliar o cumprimento dos dispositivos constitucionais, legais e documentos internacionais (sentido lato, a incluir normas *soft law*) referentes à *sustentabilidade multidimensional* (a incluir a *sustentabilidade ecológica, sentido estrito*); conjuntamente, deverá verificar se a tomada de decisão foi preventiva, motivada, transparente, participativa e com ponderações a longo prazo. Da mesma forma, as dimensões econômica e ética não implicam realização de controle de sustentabilidade específico, mas devem ser levadas em consideração nas ponderações das decisões

53 Conforme as Leis nº 10.650, de 2003, Leis Complementares nº 101, de 2000, e nº 131, de 2009 e Lei nº 12.527, de 2011.

políticas e respectivas sindicabilidades. Quanto ao *controle de sustentabilidade*, tendo por base a dimensão econômica, em determinadas situações, a intervenção do Estado (ou a ausência dela) e outras questões atinentes à *dimensão econômica* poderão ser objeto de sindicabilidade pelos Tribunais de Contas.

Como será abordado a seguir, os Tribunais de Contas, ao realizarem o *controle de sustentabilidade ecológica*,⁵⁴ com amparo no marco legal que dá suporte ao artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, deverão averiguar a efetividade das diretrizes estabelecidas nas leis infra-constitucionais, em especial as que tutelam a noção de “meio ambiente natural”. E ainda, adotando-se uma noção mais ampla de ambiente, deverão estar inseridas no *controle de sustentabilidade ambiental*⁵⁵ questões relacionadas ao “meio ambiente urbano”, temáticas abordadas a seguir.

3. PRIMAZIA DA DIMENSÃO AMBIENTAL E/OU ECOLÓGICA DA SUSTENTABILIDADE

Conforme ajuste terminológico realizado anteriormente, o sentido mais estrito de sustentabilidade, com primazia dos interesses ecossistêmicos, denomina-se *dimensão ecológica* da sustentabilidade. Já a visualização mais abrangente é tratada como *sustentabilidade multidimensional*.

54 No controle de sustentabilidade ecológica, pelo que se demonstrou, deverá receber destaque o controle da tutela do “meio ambiente natural”.

55 Em um sentido mais amplo que o “controle de sustentabilidade ecológica” (destinado a averiguar especificamente questões relacionadas ao meio ambiente natural), porém não tão amplo quanto ao controle de sustentabilidade (que abarca as demais dimensões).



Independentemente da terminologia que se utilize, entende-se que ao se salvaguardar a *dimensão ecológica* contribui-se igualmente para a *sustentabilidade multidimensional*⁵⁶.

Nessa linha, encontram-se várias manifestações doutrinárias, como a de Klaus Bosselmann que afirma que “o conceito de desenvolvimento sustentável apenas é significativo quando relacionado com a ideia central de sustentabilidade ecológica”⁵⁷. Carla Amado Gomes, ancorada na análise do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil e no artigo 66º/2/d da Constituição Portuguesa, sustenta que *ao garantir a durabilidade dos bens ambientais e o equilíbrio dos ecossistemas terrestres salvaguarda-se a sustentabilidade ecológica e contribui-se igualmente para a sustentabilidade ambiental*⁵⁸.

Carlowitz, apontado como um dos criadores do termo sustentabilidade, percebia as condições ecológicas como determinantes para todas as atividades humanas, não se referindo apenas às *demandas econômicas* em face da sustentabilidade ecológica, ressaltando também as *preocupações sociais* (com a ética fincada na *justiça social*) como parte da sustentabilidade ecológica. Sua obra precursora demonstra apelo pela responsabilidade com as gerações futuras⁵⁹.

56 Nesse sentido, da sustentabilidade ecológica e sustentabilidade ambiental (ora denominada “sustentabilidade multidimensional”) como realidades complementares: GOMES, Carla Amado. **Sustentabilidade ambiental: missão impossível?**

57 BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**, p. 27.

58 GOMES, Carla Amado. **Sustentabilidade ambiental: missão impossível?** Cumpre mencionar que a autora portuguesa adota as terminologias de J. J. Gomes Canotilho, referindo-se à sustentabilidade no sentido essencial (e estrito) como sustentabilidade ecológica, e no sentido amplo denomina sustentabilidade ambiental.

59 CARLOWITZ, H. C. Von (1713). *Sylvicultura oeconomica. Anweisung zur wilden Baum-Zucht* (Leipzig, repr. Freiberg, TU Bergakademie Freiberg und Akademische Buchhandlung, 2000). Cf. BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**, p. 36 e 37.

Assim, pelo afirmado até o momento, é essencial o *cumprimento do dever de tutela ao meio ambiente (sentido amplo)*, razão pela qual é necessária a mais urgente visualização da sustentabilidade pelos Tribunais de Contas com enfoque especial na dimensão ecológica (ambiental).

Gomes Canotilho subdivide a sustentabilidade em: *i) sustentabilidade ambiental* (sentido mais amplo, lastreado na ideia de aproveitamento de recursos naturais para geração de riqueza e bem-estar com condicionamentos crescentes); e, *ii) sustentabilidade ecológica* (sentido estrito, com objetivo de gestão dos bens ambientais naturais, com interesses ecossistêmicos, com valor intrínseco e independente do seu valor de uso ou de mercado)⁶⁰.

Diante das considerações apresentadas, sem maiores delongas, entende-se por *dimensão ecológica da sustentabilidade a que predominantemente dá primazia ao interesse ecossistêmico, de maneira a visualizar a sustentabilidade como um objetivo centrado na gestão dos “bens ambientais naturais” com valor intrínseco e independentemente do seu valor de uso ou de mercado*. Essa delimitação da dimensão da sustentabilidade é inspirada nas considerações de Carla Amado Gomes que muito bem sintetiza que a sustentabilidade, por si só, se assenta em duas premissas: “*i) assegurar mecanismos de compensar no futuro, as perdas do presente; ii) trazer os interesses futuros à ponderação da tomada de decisões no presente*”⁶¹.

60 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Sustentabilidade. Um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática. **Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra**, v. 88, (1), 2012. p. 1-11.

61 GOMES, Carla Amado. **Sustentabilidade ambiental**: missão impossível? Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/palmas-sustentabilidade.pdf>. Acesso em 2 maio. 2015.



Por consequência, no *controle de sustentabilidade ecológica*, deverá receber destaque o controle da tutela do “meio ambiente natural”. Conjuntamente, adotando-se uma noção mais ampla de ambiente, também deverão estar inseridas no *controle de sustentabilidade ambiental* questões atinentes ao “meio ambiente urbano” (Lei nº 10.257, de 2001, e Lei nº 13.089, de 2015, Estatutos da Cidade e da Metrópole) e “meio ambiente do trabalho” (em especial a preocupante terceirização abusiva)⁶².

No transcorrer desta pesquisa *afirma-se a primazia “em tese” da dimensão ecológica/ambiental, considerando-se primordial a análise de cada caso concreto a ser realizada tanto pelo Administrador como pelos Tribunais de Contas no exercício do controle de sustentabilidade*. Dito com outras palavras, *como regra geral a essência da sustentabilidade encontra-se abarcada pela dimensão ecológica*.

Os documentos internacionais com a intenção de abranger as demais dimensões da sustentabilidade e de conceder tutela a vários direitos fundamentais (ou direitos humanos, no sentido internacional) para além da proteção específica do ambiente natural, acabam por gerar imprecisão do que seja sustentabilidade em seu cerne⁶³. Na leitura das *declarações internacionais*, é necessário que se dê ênfase às diretrizes atinentes a tutelar o meio ambiente natural e o equilíbrio dos ecossistemas terrestres. Importante, portanto, mais uma vez pontuar que *o núcleo da sustentabilidade é sua dimensão ecológica*.

62 Cumpre esclarecer que no presente estudo, em regra, utiliza-se o termo sustentabilidade ecológica como sinônimo de ambiental, no sentido estrito e atrelados ao meio ambiente, todavia, a rigor, em uma terminologia mais precisa, adotada em outras pesquisas, há distinção, como acima referido.

63 M. PALLEMAERTS, La Conférence de Rio: Grandeur et décadence du Droit International de l’Environnement? **RBDI**, 1995/1, p. 175 ss. e 185 ss.

De maneira a realizar a leitura com enfoque “ecológico” das recentes tratativas da ONU (2015), a *dimensão ecológica (ambiental)* encontra-se predominantemente prevista ao objetivar-se a gestão sustentável da água e saneamento para todos (item 6), cidades sustentáveis (item 11), tomada de medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos (item 13), proteção e restauração dos ecossistemas terrestres, combate à desertificação, reversão da degradação da terra, estancar a perda de biodiversidade e gestão sustentável das florestas (item 15).

Temáticas idênticas foram reafirmadas na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável do Rio de Janeiro (2012), conforme as que constam no *quadro de ação e acompanhamento*: água e saneamento, energia renovável, agricultura sustentável, cidades e assentamentos humanos sustentáveis, oceanos e mares, mudanças climáticas, florestas, biodiversidade, desertificação, degradação do solo e seca, produtos químicos e resíduos, consumo e produção sustentáveis.

No âmbito nacional, o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil também traz várias diretrizes atinentes à concepção original de sustentabilidade, ou seja, sua *dimensão ecológica*, assim como prevê explicitamente a solidariedade (ou equidade) intergeracional. O Capítulo destinado ao “Meio Ambiente” estabelece, no artigo referido, o *dever de defesa e preservação do ambiente às presentes e futuras gerações*, estabelecendo como destinatários desse dever constitucional o Poder Público e a sociedade, mediante *responsabilidade compartilhada*. O parágrafo primeiro do art. 225 estabelece, em seus sete incisos, diretrizes visando à efetividade do dever de tutela ao ambiente, de maneira a preservar e restaurar os processos ecológicos de manejo ecológico das espécies e ecossistemas, patrimônio genético, determinação de áreas a serem protegidas, estudo prévio de impacto ambiental, controle da poluição e proteção da fauna e da flora.



Reconhecer o “valor intrínseco e não meramente instrumental atribuído ao ser humano” não impede o reconhecimento deste mesmo valor intrínseco “quanto a outras formas de vida não humana, ou seja, à própria Natureza em si”, com amparo no que Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer denominam de “antropocentrismo jurídico ecológico”.⁶⁴ Adotando-se uma posição *antropocentrista ecológica*, ou *ecocentrista*, ou ainda *antropocentrista jurídico-ecológica*, a conclusão acabará por ser a mesma: não poderá haver vida humana sem o resguardo do objeto abarcado pela dimensão ecológica.

Nessa linha, Juarez Freitas, ao abordar a *dimensão ambiental da sustentabilidade*, apresenta três assertivas: “não pode haver qualidade de vida e longevidade digna em ambiente degradado”, “não pode sequer haver vida humana sem o zeloso resguardo da sustentabilidade ambiental” e “ou se protege a qualidade ambiental ou, simplesmente, não haverá futuro para a nossa espécie”⁶⁵.

Pretende-se ter deixado claro que *a ideia básica de sustentabilidade é composta pela dimensão ecológica (com o fim precípua de garantir a durabilidade dos bens ambientais naturais e o equilíbrio dos ecossistemas terrestres) e nesta dimensão, em regra, deverá estar centrado o controle de sustentabilidade a ser realizado pelos Tribunais de Contas.*

Os Tribunais de Contas, ao realizarem o *controle de sustentabilidade ecológica*, tendo em mente o respectivo marco legal⁶⁶ (que dá suporte ao artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil) a seguir referido, deverão averiguar o correto destino dos resíduos sólidos

64 SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**, p. 61.

65 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, p. 65.

66 CUNDA, Daniela Zago G. da. Controle de sustentabilidade pelos Tribunais de Contas: proposta de marco legal a ser utilizado no controle externo concretizador da sustentabilidade ambiental. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 18, nº 96, mar./abr. 2016.

(Lei nº 12.305, de 2010), saneamento ambiental (Lei nº 11.445, de 2007), controle da qualidade das águas (Lei nº 9.433, de 1997),⁶⁷ índices de poluição (atmosférica, sonora, química, *v.g.* Lei nº 7.802, de 1989), impactos ambientais (a incluir tutela referente às mudanças climáticas, Lei nº 12.187, de 2009) e se a gestão ambiental dá primazia às energias renováveis e aquisição de produtos e serviços sustentáveis (Lei nº 12.349, de 2010). Conjuntamente, dependendo da situação geográfica, o *controle de sustentabilidade ecológica* deverá abarcar a fiscalização de quais as medidas tomadas quanto ao combate à desertificação (Lei nº 13.153, de 2015), reversão da degradação da terra, perda de biodiversidade, a responsável gestão das florestas (Lei nº 11.284, de 2006, e Lei nº 12.854, de 2013), oceanos e mares (Lei nº 11.959, de 2009) e proteção da fauna e da flora em geral (Leis nº 9.605, de 1998, nº 12.651, de 2012, e 12.727, de 2012).

Tendo em mente as abordagens anteriores, depreende-se que o *controle externo deverá concomitantemente ser um controle de sustentabilidade*, mediante algumas adaptações de instrumentos em parte já são utilizados pelos Tribunais de Contas e Entidades Fiscalizadoras Superiores, como abordado nas linhas a seguir. Embora um dos objetos centrais da pesquisa seja o *controle de sustentabilidade ecológica*, que tem sido o aspecto que mais enseja implementações e aprimoramentos, os instrumentos de controle externo concretizador da sustentabilidade, a seguir tratados, destinam-se ao *controle de sustentabilidade multidimensional*, que é uno e composto pelo *controle de sustentabilidade ambiental*,⁶⁸ *controle de*

67 De maneira a incluir as águas subterrâneas, qualidade da água, enchentes, saneamento e ambiente marinho. Sobre o tema vide: LEEUWEN, Sylvia van. Auditoria em Assuntos Hídricos: Experiências das Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS). Texto traduzido, original da EFS da Holanda. **Revista do Tribunal de Contas de Portugal**. Jul./dez.2004, pp. 286/301.

68 A incluir o *controle de sustentabilidade ecológica*, referente ao controle mais específico do meio ambiente natural.



sustentabilidade social e controle de sustentabilidade fiscal, todos em cotejo com as demais dimensões (político-jurídica, econômica e ética).

4. CONTROLE DE LEGALIDADE AMPLIADO E INDUTOR DE SUSTENTABILIDADE, SIMILAR AOS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE, CONVENCIONALIDADE E CONTROLE DE UM ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL (ECI) PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Em investigação mais ampla⁶⁹, foram desenvolvidas algumas propostas de instrumentos a serem utilizados pelos Tribunais de Contas no *controle de sustentabilidade*, tanto na modalidade de *controle de sustentabilidade ecológica/ambiental* como nos *controles de sustentabilidade fiscal ou social*. Os instrumentos que mereceram destaque, pela possibilidade de aprimoramento e fiscalização da qualidade dos investimentos nos direitos fundamentais, nomeadamente foram: a) auditorias operacionais e auditorias coordenadas de sustentabilidade; b) termo de ajustamento de gestão sustentável; c) realização e controle de qualidade das audiências e demais participações públicas; d) controle de sustentabilidade simultâneo e poder geral de cautela; e e) *controle de legalidade ampliado e indutor de sustentabilidade* (com similitudes aos controles de constitucionalidade, convencionalidade e controle de um Estado de Coisa Inconstitucional (ECI)), ferramenta a ser detalhada a seguir.

69 CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas**. Tese de doutorado, 2016, pp. 32 e ss. CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. *Controle de Sustentabilidade Fiscal pelos Tribunais de Contas: tutela preventiva da responsabilidade fiscal e a concretização da solidariedade intergeracional*, In: LIMA, Luiz Henrique; OLIVEIRA, Weder; CAMARGO, João Batista (Coord.) **Contas Governamentais e Responsabilidade Fiscal: desafios para o controle externo**. Estudos de Ministros e Conselheiros Substitutos dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

A missão de controle de legalidade estabelecida constitucionalmente aos Tribunais de Contas, no *caput* do artigo 70 da Constituição da República Federativa do Brasil, necessariamente deverá englobar averiguação de *conformidade com a Constituição Federal*, incluindo seus princípios fundamentais e o princípio/dever de sustentabilidade multidimensional. Nas questões ambientais, deverá ser providenciada uma leitura conjunta dos artigos 70 e ss. com os artigos 225, 3º e 170, VI, todos da Constituição da República Federativa do Brasil.

É essencial que se registre que o controle de legalidade e de constitucionalidade a que se propõe deverá ser específico, interligado aos casos concretos, dentro das atribuições das Cortes de Contas, sem afronta ao princípio da unidade da jurisdição e à ampla atuação do Poder Judiciário. O Tribunal de Contas tem “como *dever*”⁷⁰, mas sem adentrar em competência alheia (do Judiciário),⁷¹ agir dentro dos limites de suas atribuições (de modo que não *declara* inconstitucionalidade) e *negar executoriedade ao ato de administração inconstitucional*,⁷² com respaldo na *competência original aprofundada*⁷³ ou na *teoria dos poderes implícitos*⁷⁴. Se é corre-

70 Pontes de Miranda sustenta tratar-se de um dever, não só poder dos Tribunais de Contas para examinar e interpretar a lei, sindicando sua constitucionalidade. MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição Federal de 1967, com a Emenda 1/69**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, t. II. p. 249.

71 Considerando-se o princípio constitucional da jurisdição una.

72 SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de Contas no Brasil e Controle de Constitucionalidade**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul- UFRGS, Porto Alegre, 2006. p. 205.

73 Nos dizeres de: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, p. 493- 494.

74 Implied Powers, nos termos constantes na Jurisprudência da Suprema Corte Americana. No direito constitucional norte-americano, desenvolveu-se a doutrina dos poderes implícitos dos órgãos constitucionais, também denominados “inerentes”, “incidentes”, “deduzidos” ou “agregados”. Trata-se da outorga de poder que não é expressamente declarada na Constituição nem especificamente concedido pelo Congresso, in FISHER, Louis. **Constitutional Conflicts between Congress and the President**. 4. ed. Kansas: University Press of Kansas, 1997, p.14.



to afirmar que o controle de constitucionalidade é tarefa do Poder Judiciário, também é verdadeira a assertiva de que “todos são intérpretes da Constituição”⁷⁵ e por consequência o controle de sua observância não é monopólio de um dos três Poderes⁷⁶. Nesse contexto, cumpre esclarecer que as Cortes de Contas não exercem o controle repressivo de constitucionalidade, mas sim uma *averiguação de consonância das normas aplicadas frente à Constituição Federal*⁷⁷ e aos seus princípios fundamentais, incluindo-se o princípio/dever de sustentabilidade multidimensional.

Cumpre ser referido que embora haja previsão na *Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal* de que “o tribunal de contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”, a possibilidade de averiguação da legalidade e legiti-

75 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: constituição para a interpretação pluralista e “Procedimental” da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Fabris Editor, 2002. Nas p. 17 e ss. refere o autor que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.

76 Nesse sentido, vide: BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Também abordando a temática: BITENCOURT, Lucio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 91 e ss.; CLÈVE, Clèmerson Merlin, **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 246 e ss. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004; BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas competências controvertidas. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

77 Em sentido semelhante, Ricardo Lobo Torres, sobre o *controle de legalidade* pelos Tribunais de Contas, afirma que o controle “implica ainda o da superlegalidade, ou seja, o da constitucionalidade das leis e atos administrativos.” (TORRES, Ricardo Lobo, p. 36 e ss.) Vide, especificamente sobre o tema, dentre outras obras: WILLEMANN, Marianna Montebello. Controle de constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais. **Revista Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, ano 12. n. 139, p. 56-75, set. 2012.

midade (a incluir a fiscalização de consonância com a Constituição Federal, seus princípios, direitos/deveres fundamentais, e com tratados internacionais) descende diretamente da Constituição Federal (artigo 70, *caput*). Em várias Cortes de Contas, aplica-se até mesmo a *Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal*, declinando-se a competência para o julgamento de tais questões constitucionais ao Pleno dos Tribunais de Contas.

Ademais, os Tribunais de Contas deverão preocupar-se *não somente com os atos comissivos em desconformidade com a lei*, com Constituição Federal e com o princípio/dever de sustentabilidade, mas também atentar para as *omissões específicas e flagrantemente inconstitucionais*, com destaque às omissões que acarretam insustentabilidades ecológicas, ambientais, fiscais, sociais, econômicas, jurídico-políticas e éticas (situação em que o controle a que se propõe estará muito próximo ao *controle de um Estado de Coisa Inconstitucional (ECI)*)⁷⁸. O controle de legalidade

78 Vide sobre o tema “Estado da Coisa Inconstitucional (ECI)”, incluindo considerações críticas: STRECK, Lenio. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Observatório Constitucional**. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Também do mesmo autor: “O STF e o Pomo de Ouro”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>. Explicitando o “Estado da Coisa Inconstitucional” e suas circunstâncias em boa síntese: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Disponível em: <http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional”? Consultor Jurídico, São Paulo, 15 out 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>. Autores que são favoráveis ao instituto do ECI como foi decidido na Colômbia, mas criticam a liminar do STF brasileiro, afirmando que a decisão foi “mandatória e monológica” e fez refletir um “profundo alheamento” em relação à necessária construção de uma jurisdição supervisora e de sentenças estruturantes: VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Disponível em: <http://www.jota.info/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido Processo Legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 94 e ss. DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Opinião: Estado de coisas inconstitucional**. Estadão, São Paulo, 19 set. 2015. Disponível em: http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral_estado-de-coisas-inconstitucional.1000000043. Texto em sentido diverso, mas considera que o ECI pode vir a ser uma espécie de divisor de águas nas políticas públicas brasileiras: RODRIGUES, José Rodrigo. Disponível em: <http://jota.info/estado-de-coisas-surreal>.



ampliado, a ser realizado pelas Cortes de Contas, poderá também ter sintonia com o controle do *Estado de Coisa Inconstitucional*. Entende-se, haver previsão constitucional para tal (cf. o inc. IX do artigo 71 da Constituição da República Federativa do Brasil), uma vez que o Tribunal de Contas tem como missão constitucional “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade” (leia-se ilegalidade e inconstitucionalidade por ação ou omissão). Nessa linha, às Cortes de Contas caberá emitir uma espécie de *determinação de excoutoriedade constitucional* de maneira a contornar o *Estado de Coisas Inconstitucionais* e omissões na tutela dos direitos fundamentais⁷⁹. Apesar de haver diferenças institucionais importantes entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Constitucional da Colômbia (que deu origem ao instituto atinente ao *Estado de Coisa Inconstitucional*) e não se desconheça a polêmica quanto à “importação” do instituto em questão, não há impedimento, na linha acima sustentada, de que as *instituições de controle* que têm como missão constitucional avaliar o cumprimento da legalidade e constitucionalidade (por ação ou omissão) passem a apurar *falhas estruturais prejudiciais à efetividade dos direitos fundamentais dos brasileiros*⁸⁰. No exercício do referido controle, mais uma vez, dever-se-á ter cautela quanto à *discricionariedade*

79 Nosso país tem reiterados “estados de coisas inconstitucionais”, possuindo quadros de violação massiva e contínua de direitos fundamentais decorrentes e agravadas por omissões administrativas, bloqueios políticos e institucionais (v.g. saneamento básico, saúde pública em diferentes estados e municípios, violência urbana em diversas regiões metropolitanas, sistema carcerário, descumprimento das metas do Plano Nacional de Educação, ausência de tutela do meio ambiente pelos gestores públicos, dentre outros).

80 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Disponível em: <http://jota.info/jota-mundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional”?** Consultor Jurídico, São Paulo, 15 out. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>.

administrativa, reservando-se a atuação das Cortes de Contas para situações de flagrantes inações constitucionais por parte dos gestores públicos, ao não cumprirem *deveres constitucionais*.

A terceira ênfase diz respeito à necessidade de, na realização do *controle ampliado de legalidade indutor de sustentabilidade*, examinar-se a *conformidade com os tratados internacionais*, mediante a leitura do artigo 70, conjuntamente com o artigo 4º e § 3º do artigo 5º, todos da Constituição da República Federativa do Brasil (controle próximo ao *controle de convencionalidade*)⁸¹. Assim, na realização do *controle de sustentabilidade* (v.g. *dimensão social e ecológica/ambiental*) o *controle da legalidade e da legitimidade deverá ter por base também os tratados internacionais* firmados pelo país (ainda mais após a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que inseriu o § 3º ao artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, e considerando a tutela internacional do direito/dever fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado)⁸². Há de se considerar a *transterritorialidade* que a tutela do ambiente envolve (quanto à dimensão ecológica e ambiental da sustentabilidade) e a visualização ampla dos direitos fundamentais (quanto à dimensão social da sustentabilidade), que também detêm dimensão para além de fronteiras (quando concebidas como direitos humanos, nos termos do inc. II do artigo 4º da Constituição da República Federativa do Brasil).

81 Para aprofundamento do tema – Controle de Convencionalidade-, vide: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

82 Quanto aos tratados de direitos humanos, se forem aprovados com *quorum* qualificado previsto no artigo 5.º, § 3.º, da Constituição, terão estatura de emenda constitucional. Quanto aos tratados internacionais comuns, servem de paradigma para o *controle de legalidade* das normas infraconstitucionais “de sorte que a incompatibilidade destas com os preceitos contidos naqueles invalida a disposição legislativa em causa em benefício da aplicação do tratado.” Entendimento constante na seguinte obra: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



Diante do exposto, em síntese, na interpretação constitucional a que se propõe dos artigos 70 e 71 da Constituição da República Federativa do Brasil, em *situações de omissões específicas* (com parâmetros averiguados nesta Constituição, seus princípios e deveres fundamentais), deverá o Tribunal de Contas “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade” (inc. IX do artigo 71 da Constituição da República Federativa do Brasil), como uma espécie de *determinação de executoriedade constitucional*. Já nos casos *de atuação (ação comissiva)* com amparo em leis em desacordo com a Constituição Federal, deverão as Cortes de Contas “negar executoriedade” da legislação aplicável ao caso concreto (se destoante com a Constituição Federal). Observe-se que não se trata de “declarar inconstitucionalidade”, mas sim, no exercício do controle externo em conjunto com o controle de sustentabilidade, de obstaculizar a utilização de lei (especificamente quanto ao caso concreto analisado) em desconformidade com a Lei Maior e seus princípios e direitos/deveres fundamentais.

Outro ponto a ser amadurecido é a possibilidade de controle da *consonância constitucional das leis orçamentárias* pelos Tribunais de Contas. Há situações em que se detecta flagrante descumprimento de deveres constitucionalmente estabelecidos pela simples análise das leis orçamentárias (v.g. percentuais de investimento inferiores ao estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil quanto aos direitos/deveres fundamentais à saúde e educação,⁸³ objetos do *controle de sustentabilidade social e fiscal*). São crescentes os entendi-

83 Sobre tema correlato: LEITE, Carlos Henrique Bezerra; LEITE, Laís Durval. Controle concentrado de constitucionalidade da lei orçamentária e a tutela dos direitos fundamentais à saúde e à educação. **Revista de Processo**. Ano 36. Vol. 198, agosto/2011, p. 127-145.

mentos quanto à possibilidade de *controle de constitucionalidade das leis orçamentárias pelo Poder Judiciário*⁸⁴. As Cortes de Contas deverão ajustar *procedimento (preventivo)* ao tomarem conhecimento de *flagrante inconstitucionalidade nas leis orçamentárias* (comissivas ou omissivas), no exercício do *controle de sustentabilidade fiscal* (e fiscalização contábil, financeira e orçamentária, nos termos do artigo 70 da Constituição da República Federativa do Brasil).

Mesmo diante de temas polêmicos, alguns consensos aparentam estar se estabelecendo. Há de se reconhecer que, com a constitucionalização do Direito Administrativo, somente a lei em consonância com a Constituição Federal poderá servir como fundamento do atuar do administrador. Mesmo doutrinadores que questionam a permanência da Súmula de verbete nº 347 do Superior Tribunal Federal, concordam que a “CRFB determina que os Tribunais de Contas exerçam um controle que vá além da *legalidade*, avaliando também a *legitimidade/juridicidade* – afinal não poderá ser legítimo um ato administrativo que viole qualquer princípio ou regra constitucional”⁸⁵.

Consigna, mais uma vez, o registro de que o controle de legalidade necessita de uma visualização ampliada, como forma de melhor concretizar-se o *princípio/dever de sustentabilidade e da solidariedade intra e intergeracional*.

84 Sobre o assunto, vide: PINTO, Élide Graziane. Controle judicial do ciclo orçamentário: um desafio em aberto. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 90, p. 199-226, mar./abr. 2015.

85 PEDRA, Anderson Sant’Ana. (Im)Possibilidade do Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais de Contas: Uma análise da Súmula n. 347 do STF. In. ABELHA, Marcelo; JORGE, Flávio Cheim. **Direitos Processual e a Administração Pública**. Rio de Janeiro: Fofense Universitária, 2010.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estudo que se encerra, procurou-se abordar o dever de tutela ambiental estabelecido no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), ou seja, o *dever fundamental de sustentabilidade* (com destaque à dimensão ambiental). Nesse contexto, foram abordadas as possibilidades de atuações dos Tribunais de Contas. A abordagem apresentou linhas gerais sobre o controle de sustentabilidade multidimensional pelos Tribunais de Contas (dimensões ecológica/ambiental, social, econômica, fiscal, jurídico-política e ética) e destacou a necessária primazia às dimensões ambiental e ecológica da sustentabilidade. Dos vários instrumentos recomendáveis para um controle externo dialógico e provedor da sustentabilidade ambiental e solidariedade intergeracional, detalhou-se o *controle ampliado de legalidade e indutor de sustentabilidade*, ou seja, controle de legalidade com aproximações aos controles de constitucionalidade, convencionalidade e controle de um Estado de Coisa Inconstitucional (ECI), mediante atuação das Cortes de Contas como provedoras da solidariedade intergeracional assentada no princípio de curadoria das gerações futuras.

Apresentou-se, em mais esta investigação, o que se entende por sustentabilidade, ou seja, visualizada como *dever constitucional e fundamental que objetiva tutelar direitos fundamentais (com destaque ao ambiente ecologicamente equilibrado e aos direitos fundamentais sociais), também princípio instrumento a dar-lhes efetividade, ou seja, princípio que vincula o Estado (e suas instituições) e a sociedade, mediante responsabilidade partilhada, e redesenha as funções estatais, que deverão ser planejadas não apenas para atender demandas de curto prazo, mas também providenciar a tutela das futuras gerações*. Pretendeu-se com

[Ir para o índice](#)

o referido conceito ter explicitado as duas noções de sustentabilidade: sentido amplo (englobando as dimensões ambiental, social, ética, fiscal, econômica e jurídico-política) e o sentido mais específico (denominado por Bosselmann como *sustentabilidade forte*)⁸⁶, que, em regra, dá primazia à dimensão ecológica (interligada ao dever fundamental de tutela ao ambiente natural ecologicamente equilibrado).

Nas presentes considerações finais, retomam-se alguns trechos do célebre discurso “Voto de Graças”, de José de Alencar, no sentido de que “a abstenção no debate é sempre uma deserção à causa pública (...) a palavra que desaparece da tribuna é o general que foge quando toca o rebate.”⁸⁷ O *IX Seminário Internacional Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional* proporcionou importante debate acadêmico e institucional. Afinal, como também afirmou José de Alencar “a tribuna é uma das artérias onde se toma pulso a nação para conhecer-lhe a força e a vitalidade”, e ainda nos dizeres do ilustre filho do estado do Ceará, “no momento em que se abra o silêncio em torno dessas poltronas cairá a calma sinistra que precede o temporal”. Pretende-se ter propiciado uma pequena reflexão com intuito de promover “vitalidade” da Constituição da República Federativa do Brasil, mesmo que suscitando temas polêmicos e afastando a “calma sinistra”, o que aparenta ter sido oportuno, considerando que o meio ambiente já está farto de “temporais” e enfrenta a “única verdadeira crise”, que é *universal, transtemporal e irreversível* se medidas urgentes não forem adotadas.

86 BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**, p. 47 e 27, 28, 36, 42.

87 Atualizou-se a grafia. Discurso disponível na íntegra, conforme acesso em nov./2016, no site: <http://www.brasiliana.usp.br/handle/1918/00016400#page/1/mode/1up>.



REFERÊNCIAS

ANTUNES, Tiago. Ambiente: um direito, mas também um dever. In: **Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos**, vol. II. Coimbra, p. 645 e ss.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas competências controvertidas. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 223-240.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BITENCOURT, Lucio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BOSELMMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em 12 dez. 2017.

Ir para o índice

BRASIL. **Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009.** Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm. Acesso em 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003.** Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.650.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015.** Institui o Estatuto da MetrÓpole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.



BRASIL. **Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010.** Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007.** Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997.** Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989.** Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7802.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.** Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providên-

cias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010**. Altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.153, de 30 de julho de 2015**. Institui a Política Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca e seus instrumentos; prevê a criação da Comissão Nacional de Combate à Desertificação; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13153.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006**. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro- SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal- FNDF; altera as Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11284.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.854, de 26 de agosto de 2013**. Fomenta e incentiva ações que promovam a recuperação florestal e a implantação de sistemas agroflorestais em áreas rurais desapropriadas e em áreas degradadas, nos casos que especifica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12854.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.



BRASIL. **Lei nº 11.959, de 29 de junho de 2009.** Dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, regula as atividades pesqueiras, revoga a Lei nº 7.679, de 23 de novembro de 1988, e dispositivos do Decreto-Lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11959.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.** Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 12.727, de 17 de outubro de 2012.** Altera a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; e revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, o item 22 do inciso II do art. 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e o § 2º do art. 4º da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12727.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

Ir para o índice

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2440/2016**, Sessão em 21/9/2016. Disponível no site: www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2016_36.pdf . Acesso em: 12 dez. 2017.

BROWN WEISS, Edith. **Un mundo justo para las futuras generaciones**: derecho internacional, patrimonio común y equidad intergeneracional. Traducción de Máximo E. Gowland. Madrid: Mundi-Prensa, 1999.

BROWN WEISS, Edith. Our rights and obligations to future generations for the environment. **What obligations does our generation owe to the next? An approach to global environmental responsibility**. AJIL, v. 94, p. 198 e ss, 1990.

BROWN WEISS, Edith. **In fairness to future generations**: International Law, common patrimony and intergenerational equity, 1989. Tokyo, Japan: The United Nations University e New York: Transnational Publishers. Chapter on Planetary Rights, p. 95-117, 1989.

BURNS H. WESTON, Climate change and intergenerational justice: foundational reflections, **Vermont Journal of Environmental Law**, vol. 9, 2008, p. 375 e ss.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional”? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 out 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 12 dez. 2017.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Sustentabilidade. Um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática. **Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra**, v. 88, (1), 2012. p. 1-11.



CARLOWITZ, H. C. Von (1713). **Sylvicultura oeconomica**. Anweisung zur wilden Baum-Zucht. Leipzig, repr. Freiberg, TU Bergakademie Freiberg und Akademische Buchhandlung, 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido Processo Legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **Tutela da efetividade dos direitos e deveres fundamentais pelos Tribunais de Contas**: direito/dever fundamental à boa administração pública (e derivações) e direitos fundamentais à saúde e à educação. Dissertação de Mestrado, PUC/RS, 2011, 154 p.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **Controle de Sustentabilidade pelos Tribunais de Contas**. Tese de doutorado. Porto Alegre, PUCRS, 2016, 321 p.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. **O Dever Fundamental à Saúde e o Dever Fundamental à Educação na Lupa dos Tribunais (para além) de Contas**. Porto Alegre: Simplíssimo Livros, 2013.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Controle de Sustentabilidade Fiscal pelos Tribunais de Contas: tutela preventiva da responsabilidade fiscal e a concretização da solidariedade intergeracional, *In*: LIMA, Luiz Henrique; OLIVEIRA, Weder; CAMARGO, João Batista (coord.). **Contas Governamentais e Responsabilidade Fiscal**: desafios para o controle externo. Estudos de Ministros e Conselheiros Substitutos dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 145-186.

[Ir para o índice](#)

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Controle de sustentabilidade pelos Tribunais de Contas: proposta de marco legal a ser utilizado no controle externo concretizador da sustentabilidade ambiental. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 18, nº 96, mar./abr. 2016. p. 187-218.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Direito fundamental à boa administração tributária e financeira. **Revista Jurídica Tributária**, Porto Alegre: Nota Dez, v. 3, n. 10, p. 103-130, jul./set. 2010.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Os deveres das gerações presentes para com as futuras: atuação dos Tribunais (para além) de Contas como provedores do princípio da solidariedade intergeracional. **Revista do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul**, v. 1, p. 1-28, 2015. Disponível no site: <http://www.tce.ms.gov.br/revistaeletronica/doc1/04.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Modelos de auditoria pública. Um estudo comparado entre instituições brasileiras e a italiana. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, vol. 33, n.º 1, jan. fev. mar. 2015, p. 62-86. Disponível no site: <https://libano.tce.mg.gov.br/seer/index.php/TCEMG/article/view/40/18>. Acesso em: 12 dez. 2017.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Opinião**: Estado de coisas inconstitucional. Estadão, São Paulo, 19 set 2015. Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em: 12 dez. 2017.

FALZONE, Guido. **Il Dovere di Buona Amministrazione**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953.

FISHER, Louis. **Constitutional Conflicts between Congress and the President**. 4. ed. Kansas: University Press of Kansas, 1997.



FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GOMES, Carla Amado. Responsabilidade intergeracional e direito ao (ou dever de?) não uso dos recursos naturais. **Revista do Ministério Público**, n. 145; jan./mar. 2016, p. 75-99. Disponível em: http://wwf.panda.org/about_our_earth/all_publications/lpr_2016/. Acesso em: 21 fev. 2016.

GOMES, Carla Amado. **Consumo sustentável**: ter ou ser, eis a questão. Disponível no site: http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/texto-ter_ou_ser.pdf. Acesso em: 12 dez. 2017.

GOMES, Carla Amado. **Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de deveres de Protecção do Ambiente**. Coimbra: Coimbra, 2007, 564 p. Disponível no site: www.fd.unl.pt/docentes_docs/mc/mc_ma_17157.pdf. 12 dez. 2017.

12 dez. 2017. A insustentável leveza do “Princípio do Desenvolvimento Sustentável”. **Revista do Ministério Público 147**, jul-set., 2016, p. 137-158.

GOMES, Carla Amado (coord.). **Estudos de Direito do Ambiente e de Direito do Urbanismo**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Disponível em: <http://www.icjp.pt/publicacoes/1/73>. Acesso em: 09 fev. 2015.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: constituição para a interpretação pluralista e “Procedimental” da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.

Ir para o índice

LEEUWEN, Sylvia van. Auditoria em Assuntos Hídricos: Experiências das Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS). Texto traduzido, original da EFS da Holanda. **Revista do Tribunal de Contas de Portugal**. Jul./dez.2004, pp. 286/301.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra; LEITE, Laís Durval. Controle concentrado de constitucionalidade da lei orçamentária e a tutela dos direitos fundamentais à saúde e à educação. **Revista de Processo**. Ano 36. Vol. 198, agosto/2011, p. 127-145.

LIMA, Luiz Henrique; SARQUIS, Alexandre (Coord.). **Controle externo dos regimes próprios de Previdência Social**. Estudos de Ministros e Conselheiros Substitutos dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDEIROS, Fernanda Fontoura. **Meio Ambiente. Direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDONÇA, Edalgina G. C. Furtado de. **Tribunal de Contas e Patrimônio ambiental: um novo paradigma de controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição Federal de 1967, com a Emenda 1/69**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, t. II.

PALLEMAERTS, Marc. La Conférence de Rio: Grandeur et décadence du Droit International de l'Environnement? **RBDI**, 1995/1, p. 175 ss.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. (Im)Possibilidade do Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais de Contas: uma análise da Súmula n. 347 do STF. *In*. ABELHA, Marcelo; JORGE, Flávio Cheim. **Direitos Processual e a Administração Pública**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 17-50.



PINTO, Élide Graziane. Controle judicial do ciclo orçamentário: um desafio em aberto. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 90, p. 199-226, mar./abr. 2015.

REAL FERRER, Gabriel. La solidariedad em derecho administrativo. **Revista de administración pública (RAP)**, Nº 161, mayo-agosto 2003. Disponível no site: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/.../721284.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2016.

SARAIVA, Rute Neto Cabrita e Gil. **A herança de Quioto em clima de incerteza**: Análise Jurídico-Económica do Mercado de Emissões num Quadro de Desenvolvimento Sustentado, Lisboa: FDUL, 2009.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. 3. edição. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo. **Como o nosso Tribunal de Contas se compara ao de outros países?** Associação dos Membros dos Tribunais de Contas, 13-02-2107. Disponível em: <http://www.atricon.org.br/artigos/como-o-nosso-tribunal-de-contas-se-compara-ao-de-outros-paises/>. Acesso em: 27 fev. 2017.

SARQUIS, Alexandre (coord.). **Controle externo dos regimes próprios de Previdência Social**. Estudos de Ministros e Conselheiros Substitutos dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de Contas no Brasil e Controle de Constitucionalidade**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul- UFRGS, Porto Alegre, 2006, 271 p. Disponível no site: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/8051/000566210.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

Ir para o índice

SOROMENHO-MARQUES, Viriato. Crise Ambiental. **Revista Visão**. Jan. 2016. Disponível em: <http://www.viriatoromemho-marques.com/>. Acesso em: 17 nov.2016.

STRECK, Lenio. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Observatório Constitucional. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 12 dez. 2017.

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar (?). Ainda há tempo de se “recolocar” o “Estado de Coisas Inconstitucional” em seu devido lugar. *In*: **JOTA**. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>. Acesso em: 14 dez. 2017.

WILLEMANN, Marianna Montebello. Controle de constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais. **Revista Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, ano 12. n. 139, p. 56-75, set. 2012.



A Era Vargas como vanguarda do Sistema partidário na democracia brasileira

The Vargas period as the vanguard of the partisan System in brazilian democracy

JÚLIA MAIA DE MENESES COUTINHO

RESUMO

Este artigo evidencia o surgimento dos partidos políticos em paralelo ao desenvolvimento da democracia, pois o intento é promover a noção de que a Era Vargas e a reestruturação partidária, passando pelo bipartidarismo, transição democrática, pluripartidarismo, indo até a reforma política e o multipartidarismo, foram essenciais para desvelar as insuficiências e aspectos positivos da experiência nacional nesse campo, o que sobreleva ainda mais a importância do instituto da fidelidade partidária, de seu surgimento e consolidação indispensáveis para a democracia brasileira.

Palavras-chave: Era Vargas. Partidos Políticos. Reestruturação Partidária.

[Ir para o índice](#)

ABSTRACT

This article highlights the emergence of political parties in parallel to the development of democracy, since the aim is to promote the notion that the Vargas Era and party restructuring, through bipartisanship, democratic transition, multipartyism, and even political reform and multi-partyism, were essential to unveil the shortcomings and positive aspects of the national experience in this field, which further undermines the importance of the institute of party loyalty, its emergence and consolidation, indispensable for Brazilian democracy.

Keywords: *Vargas Era. Political Parties. Partitional Restructuring.*

INTRODUÇÃO

Somente com a fidelidade partidária se poderia vir a ter uma democracia autêntica, infensa aos tentáculos plutocráticos dos grupos econômicos, das pressões oligárquicas e dos nichos burocráticos que moldam nossa tradição de democracia restritiva.

O fortalecimento dos partidos, de suas instâncias internas, de vínculos com a sociedade civil e suas demandas, expressas sinteticamente num programa, disciplina e ideologia próprios, só se pode concretizar com a institucionalização devida da fidelidade partidária. Tal iniciativa precisa, contudo, partir da sociedade, de seu protagonismo, espelhando sua maturação orgânica, nunca da imposição unilateral de interpretações jurisprudenciais, mesmo porque esses órgãos não possuem conhecimento e experiência satisfatórios das demandas, projetos e idiosincrasias de uma sociedade crescentemente complexa, diferenciada e hiperfragmentada.



Com efeito, o artigo cobre um estudo bibliográfico em livros, artigos, dissertações e teses, além de haver ocorrido a estratégia de interdisciplinaridade do Direito Constitucional com a História e a Ciência Política para desvendar a problemática central deste escrito, qual seja, se a Era Vargas foi, ou não, uma das maiores influências para o desenvolvimento do sistema partidário na democracia brasileira.

1 A REESTRUTURAÇÃO PARTIDÁRIA BRASILEIRA¹

É indubitável expressar a ideia de que os partidos foram a armadura necessária para o cumprimento do Estado Democrático de Direito, já que não se pode sustentar, sem a sua existência, o direito de votar e ser votado, bem como a consequente coalizão do sistema eleitoral, pois “[...] os partidos podem ser considerados como escolas da vida estatal”².

Durante o surgimento dos partidos, duas vertentes cobriram a explanação acerca do procedimento de exercício deles, uma externa, relacionada à dinâmica da sociedade e de seus interesses; e a outra, interna, ligada às inevitáveis clivagens da direção com a base partidária³.

1 O contexto histórico traçado neste tópico 1 foi constituído mediante a análise das obras *História do Brasil*, de Boris Fausto (2013), *Getúlio Vargas*, de Maria Celina D'Araújo (2011), *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, de José Murilo de Carvalho (2014), e *Introdução à história dos partidos políticos brasileiros*, de Rodrigo Motta (2008). Vide referências.

2 SADER, Emir (org.). **Gramsci: poder, política e partido**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2012, p. 122.

3 DUVERGER, Maurice. **Os partidos políticos**. Tradução de Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

Dar-se-á relevância aos partidos políticos como protagonistas da consolidação da democracia no País após a Constituição Federal, de 1988⁴, já que o sufrágio universal e a democracia parlamentarista foram instrumentos provocadores do seu nascimento. Ademais, havia intenso represamento de demandas, reconhecimento de novas identidades políticas, sociais e culturais no período da ditadura militar que clamavam por livre expressão.

A história partidária no Brasil é definida por períodos dotados de características próprias, como: a Monarquia (1821-1889), com a preponderância de partidos nacionais, ainda que desfibrados; o Primeiro Ciclo Republicano (1889-1930), sem partidos nacionais em virtude dos desencontros entre o presidente e os chefes de Estado das federações; o intervalo até 1946, com poucos partidos e de limitadas durações; a Constitucionalização após a Ditadura de Getúlio Vargas (1937-1945); e o surgimento dos partidos de esfera nacional.

Assim, somente com a Constituição Federal, de 1988, houve maior reformulação do quadro partidário, em decorrência do surgimento de partidos com caráter nacional e com o verdadeiro fundamento democrático; o pluralismo político; claro é, que tal sucede, em grande medida, como resultado da complexificação de uma sociedade industrial, urbanizada, crescentemente individuada, a solicitar a organização de partidos como mediadores institucionais do pluralismo social que florescia.

No início dos anos de 1930, o governo provisório de Getúlio Vargas procurava se arrimar em meio a muitas imprecisões, já que a crise mundial era

4 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.



instrumento garante de várias dificuldades desde as financeiras ao plano político, haja vista que as oligarquias buscavam reedificar o Estado em moldes antigos, mas Getúlio fez oposição a isso, no intuito de reforçar o poder central, indispensável para estruturação do ciclo industrial, para superação do agrarismo exportador que travava o desenvolvimento nacional.

Com a vitória da Revolução, de 1930, os chamados tenentes participaram dos quadros do governo e desenvolveram um programa claro, que necessitava de centralização e estabilidade para a sua implementação, distanciando-se do liberalismo clássico e defendendo o prolongamento da Era Vargas e a elaboração de uma Constituição que estabelecesse o critério de representação por classe entre empregadores e empregados.

Na perspectiva de Motta⁵, “A Revolução, de 1930, surgiu da confluência de interesses diversos reunindo elementos descontentes com os rumos do país”. Em adição, Motta⁶ aduz que “[...] estabeleceu-se um quadro rico para as experiências partidárias. [...] Os rumos da vida social e política do país estavam sendo repensados e isto estimulava a participação política dos cidadãos”.

A saída foi a promulgação do Código Eleitoral, que, no dizer de Fausto⁷, trouxe importantes inovações para a seara política, pois “Estabeleceu a obrigatoriedade do voto e seu caráter secreto. Pela primeira vez reconhecia-se o direito de voto das mulheres”.

5 MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **Introdução à história dos partidos políticos brasileiros**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p. 51.

6 Ibidem. Motta, 2008, p. 51.

7 FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 2013, p. 292.

O último ocorrido no Processo Político, de 1930-1934, se deu com a contribuição do Código Eleitoral para a estabilidade das eleições no tocante às constantes fraudes, haja vista a criação da Justiça Eleitoral, cujo objetivo foi a organização e a fiscalização das eleições, bem como o julgamento de recursos⁸.

Vargas, em seu discurso de 10 de novembro de 1937, explicou as razões e projetos de sua colheita, para a instituição do Estado Novo, refletindo a ideia de que, “Diante da inoperância do Legislativo, era preciso, segundo ele, reajustar o organismo político às necessidades econômicas do país”⁹.

Em 2 de dezembro de 1937, todos os partidos políticos foram extintos¹⁰. E, acrescenta-se que, na visão de Motta¹¹, os partidos políticos podem ser “considerados elementos indispensáveis para o funcionamento das instituições democráticas”.

Em decorrência dessa atmosfera de desalento, eis que surge a Ação Integralista Brasileira (AIB), cuja doutrina nacionalista pretendia que o elemento cultural superasse o econômico para que houvesse a consciência do valor espiritual do País, por meio de princípios unificadores, como “Deus, Pátria e Família”¹². Apesar de o movimento não ter continuado tão forte, ele não morreu após a ditadura varguista, pois a Frente Integralista Brasileira (FIB) manteve a ideologia e as atividades no País.

8 Ibidem. Fausto, 2013, p. 293.

9 D'ARAÚJO, Maria Celina (Org.). **Getúlio Vargas**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011, p. 33-34.

10 Ibidem. D'Araújo, 2011, p. 33.

11 Ibidem. Motta, 2008, p. 68.

12 FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 2013, p. 301.



Já a Aliança Nacional Libertadora (ANL) era uma organização política formulada por meio de inúmeras correntes ideológicas (democratas, tenentes, operários e intelectuais de esquerda), cujo objetivo era a luta contra a corrente fascista no Brasil, com o auxílio do Partido Comunista Brasileiro (PCB).

Com essas diretrizes, a Aliança Nacional Libertadora cresceu, e, com isso, a tensão política no País aumentou, até que a Lei de Segurança Nacional ordenou o fechamento da organização política. Ao viver a ilegalidade, a Aliança Nacional Libertadora não pôde mais realizar manifestações públicas, o que a distanciou da massa popular e abriu espaço para o golpe de 1937, o cancelamento das eleições e a manutenção de Vargas no poder, por meio da ditadura do Estado Novo, que se estendeu até 1945.

Por muito tempo, a Aliança Nacional Libertadora conviveu com a clandestinidade, pois o Estado e as elites não toleraram a convivência com um partido que buscava a modificação drástica de todo o sistema, por meio da implantação de um regime socialista capaz de erradicar a miséria do País, com vista ao futuro igualitário.

Ademais, a Aliança Nacional Libertadora despertava um temor em virtude de dois elementos, a acusação de atentado contra a ordem interna, por conta das greves e demais manifestações, e o suposto comprometimento com a conspiração de âmbito mundial, sediada em Moscou.

Reflete-se a noção de que o medo proveniente do interdito de atuação da Aliança Nacional Libertadora advém de uma tradição autoritária e insegura dos dirigentes políticos, que não foram capazes de tolerar a convivência democrática de que a Nação necessitava.

Em virtude do crescimento da Aliança Nacional Libertadora, a tensão política, e, conseqüentemente, os conflitos entre aliancistas e integralis-

tas aumentavam. O manifesto de Luiz Carlos Prestes, com o objetivo de derrubar o governo e converter o poder para a Aliança Nacional Libertadora, levou Getúlio a buscar subsídio na Lei de Segurança Nacional para desencadear o fechamento da organização.

A Ação Integralista Brasileira foi caracterizada como uma instituição mais duradoura do que a Aliança Nacional Libertadora. O integralismo era um movimento que se espelhava na semelhança ao fascismo. Acreditava-se que os problemas centrais do País provinham da degradação moral e desestruturação causada pelo mundo moderno, que era capaz de intensificar a proliferação do caos político.

Uma característica marcante do atuar integralista era necessidade de criação de um Estado amplo, que buscasse solucionar os principais temas da coletividade social. Tal significa expressar a ideia de que, enquanto o liberalismo dava mais importância à perspectiva individual, o integralismo se preocupava com a coletividade.

Essa era a visão geral e, convém acrescentar, em relação ao liame sociedade e Estado, os anos de 1930 foram ricos politicamente e com crescente participação cidadã, mas também estiveram contidas, no período, inúmeras debilidades partidárias, como a continuidade das tendências regionalistas, a corrupção que assola a vida dos brasileiros até a atualidade, a troca de favores eleitores, e a organização partidária fragilizada, além do autoritarismo.

As experiências partidárias dos anos de 1930 não foram objeto de consolidação, pois, em 1937, Getúlio Vargas instituiu o Estado Novo, e uma das primeiras medidas foi a extinção dos partidos políticos, sem a criação de partido unido ao Estado, o que caracterizou uma ditadura pessoal nos moldes latino-americanos¹³.

13 CASTRO, David Almagro. **Los partidos políticos em la historia constitucional brasileña**. Disponível em: <http://www.historiaconstitucional.com>. Acesso em: 9 fev. 2016, p. 259.



A extinção dos partidos políticos se deu em virtude da competência do Tribunal de Segurança Nacional em matéria de segurança do Estado, porquanto, em 2 de dezembro de 1937, logo após o início do Estado Novo, Getúlio, por via do Decreto-Lei nº 37, promoveu a dissolução dos partidos políticos, registrados no extinto Tribunal Superior e tribunais regionais da Justiça Eleitoral, cuja justificativa era a de que o sistema eleitoral do período não estava adequado às condições de vida nacional e os partidos atuantes não possuíam conteúdo programático nacional. Assim, Getúlio acreditava que o novo regime, por estar em contato com o povo, deveria se sobrepor a lutas partidárias de qualquer ordem (BALZ, 2009, p. 153-154).

O processo político, de 1934-1937, teve início com uma série de reivindicações operárias, cuja resposta do governo foi a Lei de Segurança Nacional (LSN). Esta definiu os crimes contra a ordem política e social, e, dentre eles, estava a organização de associações ou partidos, com o objetivo de subverter a ordem política ou social.

A Lei de Segurança Nacional deu azo ao Tribunal de Segurança Nacional, criado em 1936, para julgar casos de crimes políticos até a data de sua extinção, em 1945¹⁴.

No limiar de tais acontecimentos, em 10 de novembro de 1937, Getúlio anunciou hodierno sação político e o ingresso da nova Carta Constitucional de autoria de Francisco Campos¹⁵, como peculiaridade do início do Estado Novo. Representou uma etapa política implantada

14 BALZ, Christiano Celmer. **O Tribunal de Segurança Nacional: Aspectos legais e doutrinários de um tribunal da Era Vargas (1936-1945)**. 2009. 228p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Pós-Graduação em Direito – CPGD, Universidade Federal de Santa Catarina, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/92317>. Acesso em: 16 out. 2017.

15 CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. Coleção biblioteca básica brasileira.

de modo autoritário, mas isso não significou total ruptura com o passado, pois muitas das ações políticas já vinham tomando corpo desde o período de 1930-1937.

Ao tratar da Constituição, de 1937¹⁶, da Era Vargas, Campos¹⁷ ressalta que “[...] essa Constituição determinou a incompetência do Poder Judiciário para o controle de questões políticas (art. 94) [...]”.

Entrementes, na obra *O Estado Nacional*, Campos¹⁸ transcreve uma célebre passagem acerca do manifesto de 10 de novembro, que o presidente dirigiu à Nação, como crítica ao regime passado, traduzindo um consenso nacional da época quanto aos partidos políticos, que, de modo análogo, é perfeitamente aplicável aos dias atuais:

Tanto os velhos partidos, como os novos em que os velhos se transformaram sob novos rótulos nada exprimiam ideologicamente, mantendo-se à sombra de ambições pessoais e de predomínios localistas, a serviço de grupos empenhados na partilha dos despojos e nas combinações oportunistas em torno de objetivos subalternos.

Este posicionamento se compadece da percepção de Djacir Menezes¹⁹, quando destaca a noção de que os partidos são instituições

16 BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 9 fev. 2016a.

17 Ibidem. Campos, 2001, p. 204.

18 Ibidem. Campos, 2001, p. 42.

19 MENEZES, Djacir. **O Brasil no pensamento brasileiro**. Brasília: Edições do Senado Federal, 2011. v. 55, p. 384.



Sempre inúteis, estéreis e impotentes, quando não são positivamente nocivos ou perigosos, todos igualmente desonrados e aviltados por faltas comuns, e excessos imitados uns dos outros, os nossos partidos se tornam incapazes de menor bem, e perdem toda autoridade e força moral [...].

Isso se aplica aos partidos de hoje e corrobora o descrédito lastimável por parte dos brasileiros em relação às siglas partidárias atuais, apesar da existência de certas diferenças entre eles, e ao papel nefasto desempenhado pelo poderio econômico na descaracterização partidária.

Com o fim do Estado Novo, sucedido em virtude de várias manifestações contrárias à continuidade do sistema, como o Manifesto dos Mineiros e a União Nacional dos Estudantes, foi então, no ano de 1945, que surgiram os três principais grêmios do período de 1945-1964.

Dessarte, o primeiro partido dessa fase, a União Democrática Nacional (UDN), proveio da antiga oposição liberal, com tradição deveras democrática, comportando-se, desse modo, como adversária do Estado Novo²⁰. A União Democrática Nacional era um partido mais urbano, que contava com o apoio de empresários e da classe média das grandes cidades²¹.

Secundariamente, com subsídio no aparato estatal, irrompe-se o Partido Social Democrático (PSD), em 1945. O Partido Social Democrático contava com uma base aliada proveniente da zona rural, vinculado, portanto, aos interesses agrários. Essa agremiação, possuía maior flexibilização doutrinária, pois negociava com diversas correntes de

20 BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A UDN e o udenismo**: ambiguidades do liberalismo brasileiro (1945-1965). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981, p. 84.

21 CHACON, Vamireh. **História dos partidos brasileiros**: discurso e praxis de seus programas. 2. ed. Brasília: UnB, 1985.

opinião, e, no dizer de Motta²², os pessedistas eram considerados “as raposas da política brasileira”, em virtude da sua grande malícia para fechar conchavos políticos²³. O comportamento dos pessedistas irritava os udenistas, pois era considerado corrupção.

Em meados de 1945 aflorou o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), que também encontrou alento em Getúlio Vargas e no sindicalismo, pois o seu grande objetivo era reunir as massas trabalhadoras sob a perspectiva getulista acentuada. O Partido Trabalhista Brasileiro queria dar continuidade à obra trabalhista de Getúlio²⁴.

O Partido Comunista Brasileiro (PCB) tornou-se força política de bastante expressão com o regime democrático, mesmo com a constante repressão sofrida no passado. O crescimento da sua militância se deu por conta dos seus ideais de esquerda reformista e o apoio de Luiz Carlos Prestes, que culminou com os excelentes resultados nos pleitos de 1946, mas o início da Guerra Fria promoveu nova onda de perseguição aos comunistas, e a boa fase não durou muito²⁵.

Em 1947, as discussões circulavam em todo o País no que diz respeito à cassação do Partido Comunista Brasileiro, e, respectivamente, de seus mandatos eletivos; ocasionando uma balbúrdia em diversos meios de comunicação do período.

22 Motta, Rodrigo Patto Sá. **Introdução à história dos partidos políticos brasileiros**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p. 77.

23 Hippolito, Lúcia. **De Raposas e Reformistas**: o PSD e a experiência democrática brasileira (1945-64). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

24 Delgado, Lucília de Almeida Neves. **PTB: do getulismo ao reformismo (1945-1964)**. São Paulo: Marco Zero, 1989.

25 Pandolfi, Dulce. **Camaradas e companheiros**: história e memória do PCB. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.



Para muitos dos dirigentes, o propósito da cassação não seria o mais adequado em virtude de que, em vias de ilegalidade, seria ainda mais difícil exercer o controle político. O fechamento do partido ressaltou o caráter inconstitucional da medida, pois a própria Constituição era instrumento garante da atividade legal. Ademais, ressalta-se o grande erro de retirar do contexto político um partido que representava muitas pessoas²⁶.

Embora existissem divergências nas opiniões dos agentes políticos, em 1947, por três votos a dois, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) cassou o Partido Comunista Brasileiro e, posteriormente, os mandatos eletivos de seus parlamentares, mesmo que a medida fosse antidemocrática e inconstitucional, pois a disputa entre partidos deve ocorrer por via democrática e sem ferir os princípios constitucionais²⁷.

Os votos vencedores concluíram que houve violação ao art. 141, § 13, da Constituição Federal, de 1946²⁸. Tal dispositivo vedava o registro e/ou funcionamento de qualquer partido ou associação, cujo programa ou ação fosse contrário ao regime democrático.

O presidente Dutra, acolheu a decisão do Tribunal Superior Eleitoral e determinou o fechamento das sedes comunistas em todos os Estados. É notório não ter havido inquietação com a ajuda do partido para o avanço democrático no Brasil. Ainda em 1947, o Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou a decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

26 SILVA, Heber Ricardo. **A democracia ameaçada**: repressão política e a cassação do PCB na transição democrática brasileira (1945-1948). Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br>. Acesso em: 9 fev. 2016, p. 1.

27 CANCELAMENTO do registro do partido comunista brasileiro. Disponível em: <http://tse.jus.br>. Acesso em: 9 fev. 2016.

28 BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 9 fev. 2016a.

Somente em 1985, com a saída da ilegalidade proveniente do fim do regime militar, foi que o Partido Comunista Brasileiro continuou a exercer suas atividades políticas em vias legais.

Getúlio, com sua enorme capacidade de articulação, achou de apoiar as massas populares urbanas, recebendo também o suporte do Partido Comunista Brasileiro, fato bastante controvertido para a época, mas que hoje reflete plenamente a realidade político-partidária do Brasil, pois os partidos abrem mão de suas ideologias, formando alianças de cunho valorativo duvidoso, em prol do acesso ao poder, sem escrúpulos.

Entrementes, em meados de 1945, os grupos trabalhistas aliados a Getúlio, com o apoio dos comunistas, promoveram o Movimento Quere-mista (“Queremos Getúlio”), cujo objetivo era a manutenção de Vargas no poder; o que mudou os rumos do pleito, haja vista que as eleições diretas contariam com a concorrência de Vargas. Getúlio Vargas queria se manter no poder de qualquer maneira, ditatorial ou como presidente eleito.

O resultado do jogo político-partidário da época incorreu no que se pode chamar de “cristianização”, ou seja, o abandono do próprio candidato para apoiar outro com maiores chances de vitória. Instaurou-se, portanto, um mito de invencibilidade, cujo fato gerador foi o surgimento de coligações partidárias.

Getúlio Vargas foi o exemplo máximo de populismo no Brasil²⁹, pois sua popularidade e liderança carismática favoreceram o operariado.

29 É de sabença comezinha a ideia de que Ianni (1968), Weffort (1980), Florestan Fernandes (1978) e Fernando Henrique Cardoso (1993) são contrários ao populismo e criticam ferozmente o varguismo. A gênese deste trabalho, entretanto, acolita a perspectiva de Laclau (1978), que se posiciona a favor deste contexto político, pois em toda a América Latina o populismo se comportou como importante mecanismo de integração das massas populares à vida política, o que acarretou desenvolvimento econômico e social. Verifica-se o populismo, portanto, como boa modalidade de organização política, por garantir representatividade às classes excluídas, sendo bastante favorável à democracia. Isso intenta evidenciar a ideia de que não é o populismo que necessita ser contestado ou abolido, mas sim reformado de acordo com os anseios de desenvolvimento político-democrático do País (LACLAU, 2013).



Desde esse momento, é que se vê no País a intensa disputa entre esquerda e direita na política brasileira em prol do acesso ao poder, com todas as mediações, composições e expressões compósitas de interesses, típicos de uma realidade periférica de formação de classes sociais.

Com isso, o parlamento se dividiu, de um lado, em partidos que aderiram às reformas, e, de outro, por partidos conservadores. Tal segmentação comportou o surgimento de coalizões entre diversos grêmios partidários. Nesse sentido, Motta³⁰ informou que “[...] a ala pró-reformas formou a Frente Parlamentar Nacionalista (FPN) e o lado anti-reformas a Ação Democrática Parlamentar (ADP)”. Assim, convém acrescentar a informação de que o Partido Trabalhista Brasileiro foi a base do bloco favorável às reformas, e a União Democrática Nacional contrária a elas.

Getúlio, portanto, deu início ao seu governo com as condições de um regime democrático, que pairava sobre inúmeras forças sociais. Nota-se que era difícil conciliar a ala nacionalista de apoio ao governo e a democrática de oposição.

Por fim, a queda getulista resultou não apenas de constantes conspirações externas, mas também de um jogo político de alta complexidade, dada a fragilidade de um setor trabalhista mais organizado, da força do latifúndio tradicionalista, da dispersão de setores médios, agregados – preferencialmente – por intermédio do serviço público, muito dependentes das benesses do velho patrimonialismo burguês. Vargas, pois, se equilibrava precariamente numa sociedade de classes vincada por profundas assimetrias e pela ausência de um padrão econômico, político e jurídico autônomo. Sua autoridade carismática acima dos partidos e das

30 MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **Introdução à história dos partidos políticos brasileiros**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p. 89.

instituições funcionava como fio de prumo da dinâmica do Estado, atenuando as fortes polaridades entre as classes nacionais.

2 O COMPORTAMENTO BIPARTIDARISTA NO BRASIL E A NECESSÁRIA TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA

O Golpe Militar, de 1964, também alcunhado por seus defensores, no intuito de legitimá-lo, como Revolução³¹, foi resultado de uma coalizão política de vários grupos que se uniram com o objetivo de derrubar o governo de João Goulart.

Eles se dividiram em moderados mais fiéis à linha liberal econômica, voltados para a tutela absoluta aos interesses de mercado, e os radicais filiados às correntes autoritárias que compreendiam o projeto nacional, a exemplo de Oliveira Viana³² (1927), como produto da ação de uma elite de “esclarecidos”.

Os primeiros anos do regime militar se desenvolveram sob a égide do grupo ligado ao Marechal Humberto de Alencar Castello Branco, que ideava “normalizar” o País em consonância com os valores da ordem e do progres-

31 Faz-se necessário traçar a distinção entre golpe e revolução, pois tais termos não são equivalentes. O golpe de Estado se constitui com a derrubada de um governo que se mantém constitucionalmente legítimo, ou seja, vem de um processo levado a cabo por um destacamento de agentes do Estado, sem intenção de modificar a ordem das coisas. Já a revolução é uma mudança radical no poder político ou na organização estrutural de uma sociedade. Com essa diferenciação de critérios conceituais, este trabalho opta por qualificar o evento ocorrido em 1964, como golpe. Adita-se o fato de que o Brasil viveu dois momentos de golpe, o de 1937, em que Getúlio se utilizou da “ameaça comunista” para anular as eleições, e o de 1964, em que os militares conseguiram derrubar o regime e continuar no poder.

32 VIANA, Oliveira. **O idealismo na Constituição**. Rio de Janeiro: Terra do Sol, 1927.



so positivistas conjuminados à tutela dos valores liberistas hegemônicos, arguindo, assim, a brevidade da intervenção militar sobre a vida civil, em nome da reposição da democracia e das presumidas ameaças esquerdistas.

Apesar das constantes violações de direitos, convém destacar uma passagem desse período, que diz respeito aos partidos políticos, pois estes foram conservados na sua formalidade inócua perante a perda da centralidade, da importância da vontade popular.

O retorno à democracia não foi efetivado, haja vista o desenrolar do quadro político do período, pois as ações repressivas foram intensificadas, fazendo com que a intervenção militar tivesse um lapso mais amplo do que o previsto.

Um fato interessante pode ser destacado em relação às constantes fraudes eleitorais ocorridas desde o período imperial, que foram praticamente extintas, pois a Justiça Eleitoral conseguiu controlar os abusos, mas o regime militar burlou os direitos da cidadania, com o uso de outros instrumentos, como a repressão e o cancelamento de eleições, conforme já divisado.

Em 1965, os partidos foram objeto de constante transformação, e, em virtude da pressão por parte dos militares radicais (linha-dura), o presidente Castello Branco deliberou a extinção dos partidos hodiernos³³.

A crise resultou nas eleições de 1965, em que os candidatos calcados pelo regime perderam as candidaturas para a coalizão já conhecida pela aliança entre o Partido Social Democrático e o Partido Trabalhista Brasileiro³⁴.

33 MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **Partido e Sociedade: a trajetória do MDB**. Ouro Preto: UFOP, 1997, p. 22.

34 ALVES, Maria Helena Moreira. **Estado e oposição no Brasil (1964-1984)**. Petrópolis: Vozes, 1984, p. 88-89.

A única saída foi a extinção dos partidos, porquanto os militares acreditavam que, ao destituir a estrutura partidária antiga, o governo conseguiria ter maior controle do processo eleitoral, pois a identificação popular em relação aos partidos era muito intensa, conforme estudos de opinião pública apontados na obra de Lavareda³⁵.

O sistema partidário do período de 1945-1965 tinha deficiências provenientes das práticas clientelistas, da exclusão dos analfabetos, dentre outras, mas também subsistiam benemerências, como a composição partidária e a integração feminina ao eleitorado.

Com isso, o governo tratou de fazer emergir uma instituição partidária mais simples, cujos novos partidos deteriam um terço dos parlamentares no Congresso. Assim, o sistema comportaria dois, ou, no máximo, três partidos, mas apenas dois foram estabelecidos, já que facilitava o trâmite de acordos com o Congresso.

Pensa-se que, com o bipartidarismo, o governo da época objetivava a destituição das antigas amarras partidárias, e, conseqüentemente, o surgimento de um partido forte na base aliada, que tivesse comprometimento com o golpe de 1964.

O bipartidarismo acontecido no Brasil durante o regime militar foi o chamado de “oposição confiável”, ou seja, um simulacro de bipartidarismo³⁶.

35 LAVAREDA, Antônio. **A democracia nas urnas**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1991.

36 KNOERR, Fernando Gustavo. **Bases e perspectivas da reforma política brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 130.



Eis que surgiu, portanto, a Aliança Renovadora Nacional (ARENA), constituída mediante a reunião de deputados governistas dos antigos partidos³⁷.

Ademais, irrompe-se o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), que, com reduzido número de integrantes, recebeu auxílio para a sua existência, para garantir a aparência democrática ao sistema político do período militar.

Essa perspectiva ensejou uma atitude dúbia no partido, já que ficou diviso entre confrontar e colaborar com o governo, concedendo uma imagem negativa. Ademais, a redução dos partidos a mera expressão de correntes favoráveis ou contrárias ao governo os debilitava como instrumentos de vocalização político-ideológica.

Assim, a composição bipartidária do período militar pairava entre o autoritarismo da ARENA e o artificialismo da oposição do Movimento Democrático Brasileiro, transformando-os em corpos inanes, simples siglas eleitorais, mas sem maior vinculação com as lutas e os processos na sociedade brasileira.

Um fato latente em relação ao contexto bipartidário era a desconfiança entre as ideologias dos partidos da época, pois, conforme se lê na obra analisada de Motta³⁸ “[...] o MDB seria o partido do ‘sim’, e a ARENA seria o partido do ‘sim senhor’, ou seja, os dois se dobravam à vontade do poder, mas a ARENA o fazia com mais servilismo e menos pudor”.

Tal fato acarretou o aumento de votos nulos, como modo de protesto em refutação da ilegitimidade do sistema bipartidário militar, haja vista a ausência de confiança tanto na oposição artificial, quando na situação autoritária.

37 KINZO, Maria D’Alva Gil. **Oposição e Autoritarismo**: gênese e trajetória do MDB (1966-1979). São Paulo: Vértice, 1988, p. 28-29.

38 MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **Introdução à história dos partidos políticos brasileiros**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p. 97.

Em virtude das opiniões discrepantes dentro do Movimento Democrático Brasileiro, a ARENA teve domínio eleitoral nas primeiras eleições do período militar de 1966-1970.

Dessarte, apenas em 1974 ocorreu a reação emedebista “elegendo 16 das 22 vagas para o Senado em disputa. Além disso, tiveram 37,8% da votação para a Câmara (contra 40,9% da ARENA)”³⁹.

O resultado foi gerado em meio à mudança atitudinal do Movimento Democrático Brasileiro, que adotou medidas contundentes mais agressivas, estreitando laços com as organizações da sociedade; além da campanha televisiva, que chegou à população como mensagem oposicionista bastante eficaz.

O crescimento da oposição incorreu na dinâmica política do País, pois auxiliou na redemocratização e conseqüente atitude do governo militar de planejamento ao retorno da democracia, no início de 1974, com Ernesto Geisel.

3 REFORMA PARTIDÁRIA, PLURIPARTIDARISMO E MULTIPARTIDARISMO NO BRASIL

De 1964-1985, o regime político praticou três sistemas partidários, sendo eles o de 1964-1965, que pregou a manutenção pluripartidária da Constituição, de 1946; o de 1965 e 1979, que impôs o bipartidarismo protagonizado por ARENA e Movimento Democrático Brasileiro, e, desde 1979, com maior ênfase em 1980, quando ocorreu o retorno do pluripartidarismo até os dias atuais⁴⁰.

39 Ibidem. Motta, 2008, p. 100-101.

40 LEITÃO, Rômulo Guilherme. Sistema partidário e cláusula de desempenho: história de uma obsessão. In: MORAES, Filomeno (coord.). FORTES, Gabriel Barroso; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; LOPES, Karin Becker (org.). **Teoria do Poder**. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015a. p. 329.



Em 1979, ocorreu um fato interessante no atuar político brasileiro, pois o governo, com o objetivo de enfraquecer a oposição, decretou a extinção do bipartidarismo e, conseqüentemente, abriu espaço para reformulação e surgimento de vários partidos. O cenário, então, se tornou pluripartidário.

A maior intenção dessa iniciativa era dividir o Movimento Democrático Brasileiro e controlar a sua força política opositiva ao governo, haja vista que ele estava se tornando cada vez mais uma frente popular⁴¹.

A reforma partidária, de 1980, surgiu numa tentativa de reciclagem do governo militar no intuito de prolongá-lo, com vista ao enfraquecimento da oposição e conseqüente diminuição da tensão política.

A estratégia mantinha o falso véu de natureza democrática ao momento, pois o pluripartidarismo buscou reduzir a inflamação e garantir a permanência militar.

Considera-se que os requisitos mais importantes para a democracia brasileira atual sejam o programa, pois este revela a conduta ideológica do partido, que fomenta a filiação e, conseqüentemente, interfere na fidelidade partidária; e o outro é a atuação constante sobre a opinião pública, haja vista que canaliza as ideias e contribui para a formação da sociedade.

Nesses termos, em 1980, cinco partidos sobrepuseram o arranjo bipartidário, de 1965, sendo eles: PDS, PMDB, PDT, PTB e PT.

O Partido Democrático Social (PDS) pode ser encarado como continuação da ARENA, que buscava o fortalecimento do grêmio do período militar, mas o diferencial era a estratégia da mudança de nome para cortar o vínculo com o regime desgastado, dando a impressão de modernidade.

41 LAMOUNIER, Bolívar. **Partidos e utopias**: o Brasil no limiar dos anos 90. São Paulo: Loyola, 1989, p. 40-41.

O Movimento Democrático Brasileiro, por sua qualidade dúbia e pela fase de grande contingente de parlamentares eleitos, deu origem a quatro partidos – PMDB, PDT, PTB e PT.

Quanto ao Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), pôde-se verificar que grande parte dos emedebistas estava nessa empreitada política, com vista a dar continuidade ao movimento democrático e à luta contra o autoritarismo, por meio de uma oposição mais condensada para derrotar o regime militar e promover a transição democrática. Note-se que houve até estratégia de *marketing* ao se beneficiar da semelhança com a sigla anterior.

Já o Partido Democrático Trabalhista (PDT) reservou fidelidade aos ideais trabalhistas e getulistas, cujo líder era Leonel Brizola⁴², grande defensor das reformas sociais, mas que buscava se repaginar à luz de seus vínculos com a social democracia europeia. Viveu seu momento de glória de 1980-1990, mas posteriormente declinou seu atuar político com a morte de Brizola, em 2004.

O Partido dos Trabalhadores (PT) é considerado uma das instituições constituídas com bastante originalidade no cenário político do Brasil, pois a sua formação principal, além de alguns parlamentares emedebistas, de 1978, foram líderes sindicalistas – como o Lula, intelectuais, grupos marxistas, militantes ligados à Igreja Católica e aos operários – todos os segmentos divergentes da seara da elite e do Estado.

42 Destaca-se o fato de que Leonel Brizola fez uma reivindicação para deter a sigla do PTB, mas esta foi repassada para Ivete Vargas, e o partido passou a possuir um cunho mais direitista sem a defesa das massas trabalhadoras.



Acrescenta-se, portanto, “[...] a necessidade do pluralismo partidário como pré-requisito para a conquista de uma democracia efetiva”⁴³. Isso demonstra a importância dos partidos políticos para garantir a estabilidade democrática.

Durante as eleições para o pleito de deputado federal, de 1982-2006, o que se pôde perceber foi uma proliferação de siglas partidárias de vida bastante efêmera e o elevado índice de parlamentares, que migram a sua filiação, chegando a cerca de 30% dos eleitos⁴⁴.

Desse jogo de trocas e interesses, o destaque remete-se a cinco partidos – PMDB, PT, PSDB, PFL/DEM e PDS/PP – em que as disputas de pleito ocupam em média 70% das cadeiras da bancada deste período⁴⁵.

O panorama atual comporta uma tendência de fracionamento do sistema partidário e tal quadro traz problemas, como a dificuldade de formação das maiorias no Congresso, mas, em contrapartida, auxilia na estabilidade do sistema. Assim, o País, hoje, enfrenta a tendência das coalizões multipartidárias.

Com este diagnóstico, é pertinente trazer à baila o posicionamento de Carvalho⁴⁶, quando aponta que

Percorremos um longo caminho, 178 anos de histórica do esforço para construir o cidadão brasileiro. Chegamos ao fi-

43 Motta, Rodrigo Patto Sá. **Introdução à história dos partidos políticos brasileiros**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p. 106.

44 Melo, Carlos Ranulfo. **Retirando as cadeiras do lugar: migração partidária na Câmara dos Deputados (1985-2002)**. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

45 Ibidem. Melo, 2004.

46 Carvalho, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2014, p. 219.

nal da jornada com a sensação desconfortável de incompletude. Os progressos feitos são inegáveis, mas foram lentos e não escondem o longo caminho que ainda falta percorrer.

É fato que os partidos foram e são componentes do esboço histórico-político do Brasil, sendo presentes em muitas rotinas por deliberação do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, principalmente no que diz respeito ao instituto da fidelidade partidária, haja vista que o seu surgimento teve o objetivo inicial de frear o troca-troca provocado pelo individualismo dos candidatos e pela ânsia descontrolada do acesso ao poder, sem limites.

Comporta-se um diagnóstico pertinente de Russell⁴⁷, quando lembra uma passagem bastante significativa de Aristóteles⁴⁸, que reflete à conduta política nos dias atuais, já que “Uma sociedade política existe em prol das ações nobres, e não como companheirismo”; ou seja, o atuar partidário deve ocorrer em prol de benefícios à coletividade, e não do individualismo dos eleitos.

Culmina-se com outra lição de Aristóteles, apontada por Russell⁴⁹, a de que “Um governo é bom quando almeja o bem de toda a comunidade e mal quando só se preocupa consigo mesmo”.

Destaca-se a ideia de que, independentemente do regime político, a organização partidária é tarefa primordial, pois convém lembrar que os partidos existiram tanto nas ditaduras quanto em democracias.

47 RUSSELL, Bertrand. **História da Filosofia ocidental – Livro I**: a filosofia antiga. Tradução de Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015a, p. 237.

48 ARISTÓTELES. **Política**. Tradução (da tradução francesa) de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

49 RUSSELL, Bertrand. **História da Filosofia ocidental – Livro 3**. Tradução de Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015b.



É latente o fato de que a atividade partidária consolida as bases democráticas e congrega forças políticas em prol do desenvolvimento democrático, com espeque nos ditames legais do art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, de 1988⁵⁰.

Duverger⁵¹ informa que “[...] os verdadeiros partidos políticos existiam em 1850 somente nos Estados Unidos, sendo que em 1950, cem anos depois, quase todas as nações civilizadas já tinham seus partidos políticos”.

Sobressai de tal entendimento uma perspectiva bastante interessante a ser questionada, uma diferença entre os partidos em torno do mundo, quando se observa a ausência de herança política e líderes carismáticos na atualidade, já que tais componentes são capazes de fomentar a identidade partidária do País por meio de um programa partidário mais eficaz⁵².

Para que a democracia floresça, há de se auscultar o pluripartidarismo contextualizado pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal, de 1988 (BRASIL, 2016b, *online*), como real fundamento do Estado Democrático de Direito, pois, no dizer de Knoerr⁵³, no pluripartidarismo, o exercício do governo “[...] está voltado ao atendimento dos interesses gerais permanece de certa forma comprometido pelas manobras que o exercente deve fazer para manter sua legitimidade”.

O partido político, portanto, é uma instituição organizada de pessoas, com vista ao acesso ao poder, de modo que seus objetivos se sobre-

50 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

51 DUVERGER, Maurice. **Os partidos políticos**. Tradução de Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 1.

52 SCHWARTZENBERG, Roger Gerard. **O Estado espetáculo**. Rio de Janeiro: Difel, 1978.

53 KNOERR, Fernando Gustavo. **Bases e perspectivas da reforma política brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 135.

pujem numa democracia e sejam convertidos em políticas de governo, cujas finalidades são a disseminação de uma corrente de opinião, o enquadramento dos eleitos e a promoção educacional do eleitorado.

Tais diretrizes refletem a importância do sufrágio nessa relação, pois o comportamento adequado do eleito é imposto por disciplina e fidelidade partidárias.

Os partidos políticos foram se organizando como associações de direito comum para participarem do processo político, até o surgimento de legislação específica, que garantiu a sua referência nos textos constitucionais, nos termos do art. 17, da Constituição Federal, de 1988⁵⁴.

De acordo com a norma mencionada, os partidos gozam de liberdade de organização, não num caráter incondicional, pois o Texto traz princípios e deveres, como ocorre com a fidelidade partidária.

Na perspectiva constitucional brasileira, o princípio do pluripartidarismo, cuja previsão está disposta no *caput* do artigo 17 da Constituição Federal, de 1988, guarda relação direta com outro dispositivo consagrado, qual seja, o pluralismo político (artigo 1º, V), definido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil⁵⁵. E, de acordo com Lima⁵⁶, [...] o pluralismo é um fundamento em si, porém apoiando-se noutros direitos e garantias fundamentais a consolidarem a democracia brasileira.

54 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

55 MEZZARROBA, Orides. **Partidos Políticos: princípios e garantias constitucionais** - lei 9.096/95 – anotações jurisprudenciais. Curitiba: Juruá, 2010, p. 21.

56 LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Art. 1º, IV: O pluralismo político. *In*: CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 136.



Verifica-se que os partidos políticos não podem ficar presos unicamente ao leito dos interesses de seus dirigentes, nem aos mitologemas de alguns de seus líderes e burocratas, mas ao movimento vivo oriundo da sociedade.

Com tal linha de orientação, pertinente se faz o raciocínio de Arendt⁵⁷, quando indica que

[...] qualquer discurso sobre a política em nossa época deve começar pelos preconceitos que todos nós, que não somos políticos profissionais, temos contra a política. [...] Por trás dos nossos preconceitos atuais contra a política estão a esperança e o medo: o medo de que a humanidade se destrua por meio da política e dos meios de força que tem hoje à sua disposição; e a esperança, ligada a esse medo, de que a humanidade recobre a razão e livre o mundo não de si própria, mas da política [...].

Neste significado, a democracia representativa tem o voto como instrumento essencial de escolha democrática, que necessita de partidos fortes e com programas bem definidos⁵⁸.

Com isso, a fidelidade partidária se faz importante para o fortalecimento da democracia, pois burlar o instituto significa a prática de deslealdade às diretrizes concebidas pelos eleitores.

57 ARENDT, Hannah. **A promessa da política**. 5. ed. Tradução de Pedro Jorgensen Júnior. Rio de Janeiro: Difel, 2013, p. 148-149.

58 COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; MELO, Silvana Paula Martins de. Sufrágio-direito e sufrágio-função: diálogo entre Rousseau e Sieyès para debater o voto como direito ou obrigação. In: MIRANDA, Jorge (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 4. p. 107-124.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Denota-se que a Era Vargas foi composta de variados aspectos políticos de influência no sistema partidário do Brasil, moldando-o numa série de características até hoje preservadas. De início, ressalta-se o viés nacionalista ladeado da preocupação de um bonapartista “progressista” de auxílio aos pobres, em malgrado o cunho autoritário de suas ações, parte considerável delas dominada por uma lógica substitutiva, paternalista, e, por isso mesmo, refutadora da autonomia da sociedade civil e de seus processos instituintes de direitos. Isso remete à noção de que a transição para o período democrático não atua como greta, mas como comuta de orientação, com a preservação de coerências diversas.

No período bipartidário, o fortalecimento da oposição tornou o jogo político mais complicado para a máquina do poder, e, com isso, a democratização teve de ocorrer a passos mais rápidos, pois a sociedade brasileira começou a se manifestar mediante a organização em diversos tipos de entidades, levando o governo ao isolamento e à necessidade da prática de medidas, como o fim da censura, a anistia política, a revogação do Ato Institucional nº 5 – grandes instrumentos autoritários utilizados no período.

Nesse sentido, Bobbio⁵⁹ (2015, p. 57) faz pertinente nota quanto à não educação da pessoa e convida a se olhar ao redor e perceber que, “Nas democracias mais consolidadas assistimos impotentes ao fenômeno da apatia política, que, frequentemente, chegam a envolver cerca da metade dos que têm direito ao voto”.

Descerra-se afirmando que as noções históricas tratadas neste artigo, dando destaque ao pluripartidarismo, à autonomia partidária e à liberdade

59 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 13. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz & Terra, 2015.



de filiação, como elementos-chave trazidos pela Era Vargas até a democracia brasileira atual, implicaram em prosperidade política e democrática no Brasil, mas reconhece-se que ainda há um longo caminho a se percorrer para que haja o pleno aperfeiçoamento da democracia brasileira.

REFERÊNCIAS

ALVES, Maria Helena Moreira. **Estado e oposição no Brasil (1964-1984)**. Petrópolis: Vozes, 1984.

ARENDT, Hannah. **A promessa da política**. 5. ed. Tradução de Pedro Jorgensen Júnior. Rio de Janeiro: Difel, 2013.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução (da tradução francesa) de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BALZ, Christiano Celmer. **O Tribunal de Segurança Nacional: Aspectos legais e doutrinários de um tribunal da Era Vargas (1936-1945)**. 2009. 228p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Pós-Graduação em Direito – CPGD, Universidade Federal de Santa Catarina, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/92317>. Acesso em: 16 out. 2017.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A UDN e o udenismo: ambiguidades do liberalismo brasileiro (1945-1965)**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 13. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz & Terra, 2015.

Ir para o índice

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 9 fev. 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. Coleção biblioteca básica brasileira.

CANCELAMENTO do registro do partido comunista brasileiro. Disponível em: <http://tse.jus.br>. Acesso em: 9 fev. 2016.

CARDOSO, Fernando Henrique. **A construção da democracia**. São Paulo: Siciliano, 1993.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2014.

CASTRO, David Almagro. **Los partidos políticos em la historia constitucional brasileña**. Disponível em: <http://www.historiaconstitucional.com>. Acesso em: 9 fev. 2016. p. 251-269.

CHACON, Vamireh. **História dos partidos brasileiros: discurso e práxis de seus programas**. 2. ed. Brasília: UnB, 1985.

COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; MELO, Silvana Paula Martins de. Sufrágio-direito e sufrágio-função: diálogo entre Rousseau e Sieyès para debater o voto como direito ou obrigação. In: MIRANDA, Jorge (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 4, p. 107-124.



D'ARAÚJO, Maria Celina (org.). **Getúlio Vargas**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011.

DELGADO, Lucília de Almeida Neves. **PTB: do getulismo ao reformismo (1945-1964)**. São Paulo: Marco Zero, 1989.

DUVERGER, Maurice. **Os partidos políticos**. Tradução de Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 2013. Coleção Didática.

FERNANDES, Florestan. **A condição de sociólogo**. São Paulo: Hucitec, 1978.

HIPPOLITO, Lúcia. **De Raposas e Reformistas: o PSD e a experiência democrática brasileira (1945-64)**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

IANNI, Otávio. **O colapso do populismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

KINZO, Maria D'Alva Gil. **Oposição e Autoritarismo: gênese e trajetória do MDB (1966-1979)**. São Paulo: Vértice, 1988.

KNOERR, Fernando Gustavo. **Bases e perspectivas da reforma política brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LACLAU, Ernesto. **Política e ideologia em la teoria marxista: *capitalismo y populismo***. México: Siglo XXI, 1978.

LACLAU, Ernesto. **A Razão populista**. Tradução de Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

LAMOUNIER, Bolivar. **Partidos e utopias: o Brasil no limiar dos anos 90**. São Paulo: Loyola, 1989.

[Ir para o índice](#)

LAVAREDA, Antônio. **A democracia nas urnas**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1991.

LEITÃO, Rômulo Guilherme. Sistema partidário e cláusula de desempenho: história de uma obsessão. *In*: MORAES, Filomeno (coord.). FORTES, Gabriel Barroso; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; LOPES, Karin Becker (org.). **Teoria do Poder**. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 327-346.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Art. 1º, IV: O pluralismo político. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 135-136.

MELO, Carlos Ranulfo. **Retirando as cadeiras do lugar: migração partidária na Câmara dos Deputados (1985-2002)**. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

MENEZES, Djacir. **O Brasil no pensamento brasileiro**. Brasília: Edições do Senado Federal, 2011, v. 55.

MEZZARROBA, Orides. **Partidos Políticos: princípios e garantias constitucionais- lei 9.096/95 – anotações jurisprudenciais**. Curitiba: Juruá, 2010.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **Partido e Sociedade: a trajetória do MDB**. Ouro Preto: UFOP, 1997.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **Introdução à história dos partidos políticos brasileiros**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

PANDOLFI, Dulce. **Camaradas e companheiros: história e memória do PCB**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

RUSSELL, Bertrand. **História da Filosofia ocidental – Livro I: a filosofia antiga**. Tradução de Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015a.



RUSSELL, Bertrand. **História da Filosofia ocidental – Livro 3**. Tradução de Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015b.

SADER, Emir (org.). **Gramsci: poder, política e partido**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2012.

SCHWARTZENBERG, Roger Gerard. **O Estado espetáculo**. Rio de Janeiro: Difel, 1978.

SILVA, Heber Ricardo. **A democracia ameaçada**: repressão política e a cassação do PCB na transição democrática brasileira (1945-1948). Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br>. Acesso em: 9 fev. 2016, p. 1-6.

VIANA, Oliveira. **O idealismo na Constituição**. Rio de Janeiro: Terra do Sol, 1927.

WEFFORT, Francisco. **O populismo na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

Conflito *interna corporis* no âmbito dos partidos políticos e sua judicialização: da destituição e substituição unilateral de dirigentes partidários em face da horizontalidade dos Direitos Fundamentais

Internal conflict *corporis* within the framework of political parties and its judicialization: of the dissolution and unilateral replacement of party officers in the face of the horizontality of fundamental rights

RODRIGO MARTINIANO AYRES LINS
JOÃO FELIPE BEZERRA BASTOS

RESUMO

O presente artigo promove uma abordagem acerca dos conflitos no âmbito interno dos partidos políticos que decorrem de dissolução de órgãos partidários estaduais e municipais por decisão do respectivo diretório nacional. Para tanto, desenvolvem-se inicialmente o conceito de par-



tido político, a existência de autonomia em sua gestão e a forma como em geral se organizam, a partir dos textos da Constituição da República Federativa do Brasil, da Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096, de 1995) e da Lei das Eleições (Lei nº 9.504, de 1997). Ato contínuo, analisam-se as nuances que envolvem a definição da competência jurisdicional para apreciar as demandas originadas dessas divergências *interna corporis*, a depender do momento do ajuizamento da demanda. Ao final, discute-se a necessidade de se garantir a eficácia horizontal dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal nas relações entre filiados e dirigentes partidários.

Palavras-chave: Partido Político. Democracia Interna. Dissolução de Diretório Partidário. Direitos Fundamentais. Eficácia Horizontal.

ABSTRACT

The present article promotes an approach on the internal conflicts of the political parties that result from the dissolution of state and municipal party organs by decision of the respective national directory. For that, the concept of a political party, the existence of autonomy in its management, and the way in which the Law of Political Parties (Law nº 9.656/96) and the Elections Law (Law nº 9.504/97). The nuances involving the definition of jurisdiction to assess the claims arising from these internal corporate divergences, depending on the timing of the application of the lawsuit, are analyzed below. In the end, it is discussed the need to guarantee the horizontal effectiveness of the constitutional principles of the ample defense, the contradictory and the due legal process in the relations between affiliates and party leaders.

Keywords: *Political party. Internal democracy. Dissolution of party directory. Fundamental rights. Horizontal Effectiveness.*

[Ir para o índice](#)

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata especificamente das agruras que ocorrem no âmbito interno dos partidos políticos quando há a dissolução unilateral de diretórios ou comissões provisórias estaduais ou municipais pelo seu respectivo diretório de nível superior e se propõe a responder ao seguinte questionamento: Até que ponto seria possível, a partir da análise da Constituição Federal da República Brasileira, de 1988, a ingerência do Poder Judiciário sobre esses conflitos?

Para tanto, registra-se inicialmente o conceito de partido político, seus objetivos e forma de organização. Segundo consta do artigo 17, da Constituição Federal, de 1988, é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, desde que resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana. O seu parágrafo primeiro, por sua vez, assegura aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. O exercício dessa autonomia na prática, por vezes, toma a forma de gestão autoritária por dirigentes, em franco desapego à necessária democracia interna que se deve ter em um grêmio partidário.

Com o advento da Lei nº 9.096, de 1995, calcada na autonomia partidária assegurada pela nossa Constituição Republicana, de 1988, dúvidas têm sido suscitadas a respeito da possibilidade de conhecimento das demandas pelo Poder Judiciário para dirimir conflitos que envolvam questões relacionadas a disputas internas entre filiados, sob o argumento de



ser preciso mantê-las para propiciar o livre exercício das atividades do Partido. Em contrapartida, diante do próprio escopo do *caput* do artigo 17, da Constituição Federal, de 1988, discute-se a necessidade de também concretizar Direitos Fundamentais na esfera intrapartidária. Alvitra-se investigar, assim, até que ponto é possível a intervenção judicial sobre o Partido, para que não se transgrida a cláusula constante do referido parágrafo primeiro do artigo 17 da Constituição Federal, de 1988.

Antes de se chegar a este ponto em específico, o artigo expõe de quem é a competência para dirimir os eventuais conflitos, se a Justiça Eleitoral ou a Justiça Comum Estadual, considerando o fato de os Partidos Políticos, embora pessoas jurídicas de direito privado, terem direta interferência no exercício da capacidade eleitoral passiva.

Ao final, propõe-se que os Direitos Fundamentais detêm eficácia sobre as relações privadas. Em consequência, defende-se que as garantias a eles inerentes devem ser aplicadas no âmbito interno do Partido Político, sobretudo quando este pretende dissolver diretórios estaduais e municipais, que representam órgãos essenciais à sua organização e estão diretamente ligados ao exercício de direitos políticos pelos cidadãos.

1 PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL: AUTONOMIA, PODER E ESTRUTURAÇÃO INTERNA

O partido político, na consagrada definição de Max Weber, é uma associação que visa a um fim deliberado, seja ele ‘objetivo’, a exemplo da realização de planos com intuitos materiais ou ideais, seja ‘pessoal’, isto é, destinado a obter benefícios, poder e, conseqüentemente, gló-

[Ir para o índice](#)

ria para os seus líderes e adeptos, ou, então, voltado para todos esses objetivos, conjuntamente (conceito sociológico)¹.

Já Bonavides² define partido político como sendo a “[...] organização de pessoas que inspiradas por ideias ou movidas por interesses, buscam tomar o poder, normalmente pelo emprego de meios legais, e neles conservar-se para realização dos fins propugnados”. Para o juspublicista, os seguintes dados integram de maneira indispensável a composição dos ordenamentos partidários: “(a) um grupo social; (b) um princípio de organização; (c) um acervo de ideias e princípios, que inspiram a ação do partido; (d) um interesse básico em vista: a tomada do poder; e (e) um sentimento de conservação desse mesmo poder ou de domínio do aparelho governativo quando este lhes chega às mãos”.

Os partidos políticos, assim, são verdadeiras associações civis que têm entre os seus principais objetivos institucionais a representação de interesses coletivos, mediante a eleição de seus filiados para cargos executivos ou legislativos.

A Constituição da República Federativa do Brasil garante o pluripartidarismo, além de estabelecer em seu artigo 17 ser livre a criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, qualquer que seja a sua ideologia. Essa liberdade, porém, não é irrestrita, pois todos os partidos devem ter caráter nacional, resguardar a soberania, o regime democrático, o próprio pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, além de cumprirem os requisitos de criação prescritos no artigo 7º da Lei nº 9.096, de 1995.

1 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varieli. 5. ed. Brasília: UNB, 2000, p. 898.

2 BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 372.



O § 1º do referido artigo 17, por sua vez, conferiu autonomia aos partidos políticos para deliberarem acerca da sua estrutura interna, organizacional e de seu funcionamento, até mesmo para adoção de critérios para escolha de suas coligações eleitorais, remetendo ao estatuto as regras acerca da fidelidade partidária³.

Os partidos políticos tornaram-se peças essenciais para o funcionamento do complexo mecanismo democrático. A influência que exercem no cenário político é abissal, uma vez que detêm o monopólio na indicação de candidatos a cargos públicos eletivos e acabam por definir o perfil assumido pelo Estado, já que são essas agremiações que, concretamente, estabelecem o sentido de suas ações. Não há, pois, representação popular e exercício do poder estatal sem a intermediação partidária no Brasil.

No âmbito interno, como já mencionado, a Constituição Federal, de 1988, estabelece uma liberdade gerencial aos partidos políticos, o que implica dizer que certos arranjos estruturais e organizacionais irão existir, ou não, a depender da vontade daqueles que o integram. Em geral, os Partidos Brasileiros se organizam mediante Diretórios Nacionais, Estaduais e Municipais. Apenas há obrigação legal, contudo, da existência de diretório nacional.⁴ Na ausência de diretório estadual ou municipal formado, também é comum a existência do que se convencionou chamar de “comissões provisórias”, que em regra deveriam existir temporariamente, até que fosse possível constituir o diretório, mas acabam por praticamente substituírem diretórios, já que facilmente dissolvíveis no interesse dos dirigentes superiores do partido.

3 Em sentido bastante similar também dispõem os artigos 3º, 5º e 7º da Lei nº 9.096, de 1995.

4 Pelo que se depreende da análise conjunta das Leis nº 9.096, de 1995, e nº 9.504, de 1997.

A importância de cada um desses órgãos partidários está no fato de sua constituição ser necessária para que o partido possa lançar candidatos nas respectivas circunscrições, conforme prescreve o artigo 4º da Lei nº 9.504, de 1997:

Poderá participar das eleições o partido que, até um ano antes do pleito, tenha registrado seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral, conforme o disposto em lei, e tenha, até a data da convenção, órgão de direção constituído na circunscrição, de acordo com o respectivo estatuto.

Sem diretório no local, o partido não pode indicar candidatos. As convenções, da mesma forma e na prática, são convocadas no estrito interesse dos dirigentes partidários, daí a existência de embates quando há interesses políticos ou administrativos em conflito.

Pelo que se verifica na doutrina, há certa tendência nos Estados Democráticos de transferir o poder decisório no âmbito interno aos filiados do partido político, descentralizando o ciclo do poder, de baixo para cima.⁵ Não é o que vem ocorrendo no Brasil, contudo. Muito embora a legislação eleitoral tenha a previsão de que os candidatos devem ser escolhidos em convenção⁶, pelos respectivos filiados, o que se vê na prática é que tal evento serve tão só para homologar candidaturas já decididas

5 Sobre o tema, tratam os seguintes trabalhos, dentre outros: CROSS, William; BLAIS, André. Who selects the party leader? **Party Politics**. London, v. 18, n. 2, p. 127-150, 2012. FREIDENBERG, Flavia. Mucho ruido y pocas nueces. Organizaciones partidistas y democracia interna en América Latina. **Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial**. Iztapalapa, v. 1, n. 1, p. 91-134, 2005. SCARROW, Susan; GEZGOR, Burcu. Declining memberships, changing members? European political party members in a new era. **Party Politics**. London, v. 16, n. 6, p. 823-843, 2010.

6 Cf. artigos 7º e seguintes da Lei nº 9.504, de 1997.



pela cúpula partidária. No Brasil, portanto, ainda se mantém esta tradição oligárquica, que acaba redundando em exercício arbitrário de poder, por vezes com desrespeito a comezinhos princípios constitucionais.

2 DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL PARA PROCESSAR E JULGAR OS CONFLITOS *INTERNA CORPORIS* DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Os Partidos Políticos são pessoas jurídicas de direito privado⁷ constituídas sob a forma de verdadeira associação civil, com finalidades específicas. E, nesta condição, diante do que estabelece o artigo 17 da Constituição Federal, de 1988, as suas regras de regência são estabelecidas em Estatuto, que não deve olvidar da outorga de iguais direitos e deveres a seus filiados.⁸

Conquanto detenha a natureza de pessoa jurídica de Direito Privado e seja regido internamente por um Estatuto, o Partido Político não está imune ao crivo do Poder Judiciário em relação aos atos que venham a praticar, pois sempre que se caracterizar lesão, ou ameaça de lesão a direito, o acesso ao Judiciário estará assegurado pelo inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, de 1988.

E a intervenção do Judiciário não deve ser compreendida como “ativismo”, mas sim como “protagonismo judicial”, para que seja possível a concretização de Direitos, sobretudo os de ordem constitucional. No protagonismo, decidem-se questões que possam ter cunho político, mas

⁷ Cf. artigo 1º da Lei nº 9.096, de 1995, e artigo 44, inciso V, do atual Código Civil Brasileiro.

⁸ Cf. Artigo 4º Os filiados de um partido político têm iguais direitos e deveres (Lei nº 9.096, de 1995).

o almejado é o plexo dos direitos e garantias fundamentais albergados pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Diante dessas circunstâncias e levando em consideração que o partido político é composto de uma série de órgãos internos, entre os quais o Diretório Nacional, os Diretórios Estaduais e Municipais, além das chamadas “comissões provisórias”, a existência de conflitos internos tem sido recorrente. Na sua ocorrência, o juízo competente para processá-los e dirimi-los tem se definido tendo por pressuposto o momento em que se pretende propor a ação.

Se a divergência interna do partido político puder interferir diretamente no processo eleitoral, o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro vem decidindo ser da competência da Justiça Eleitoral a sua solução.⁹ Essa aferição, como já informado, tem ocorrido na prática a partir da análise do momento em que a demanda é ajuizada. Se a propositura se dá após a realização das convenções partidárias¹⁰, a competência deve ser da Justiça especializada, máxime diante da necessidade de rápida decisão, ante os possíveis reflexos no pleito. Se anterior a ele, deve-se recorrer à Justiça Comum¹¹.

9 Nesse sentido: STJ – Ac. de 21.9.2006 no RO nº 943, rel. Min. Cesar Asfor Rocha.

10 Artigo 8º da Lei das Eleições: “A escolha dos candidatos pelos partidos e a deliberação sobre coligações deverão ser feitas no período de 20 de julho a 5 de agosto do ano em que se realizarem as eleições, lavrando-se a respectiva ata em livro aberto, rubricado pela Justiça Eleitoral, publicada em vinte e quatro horas em qualquer meio de comunicação”.

11 Cf., por exemplo, Conflito de Competência (CC) 105.387/RN, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, segunda seção, julgado em 11/11/2009, DJe 23/11/2009; CC 36.655/CE, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, primeira seção, julgado em 10/11/2004, DJ 17/12/2004, p. 391; CC 40.929/SC, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, segunda seção, CC 30.176/MA, Rel. Ministra Eliana Calmon, primeira seção, julgado em 10/10/2001, DJ 04/02/2002, p. 256, CC 19.321/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, primeira seção, julgado em 10/09/1997, DJ 06/10/1997, p. 49843.



Em específico ao tema relacionado no presente artigo, o conflito interno decorrente da destituição e consequente substituição dos membros de diretórios ou comissões provisórias de Partido Político, o Supremo Tribunal Federal¹² tem decidido que a competência é da Justiça Comum Estadual, uma vez que tal divergência não redundava em uma ingerência direta no processo eleitoral¹³.

Embora o Superior Tribunal Federal tenha decidido ser da Justiça Comum a competência, a intervenção da Justiça Eleitoral no âmbito dos partidos deve ocorrer quando a controvérsia intrapartidária vier a se instalar com estreita proximidade e inegável reflexo no processo eleitoral, como se verifica em diversos julgados a esse respeito, com amparo na doutrina¹⁴. Tratando-se de eleições, o bem jurídico tutelado é o interesse público, objeto da referida justiça especializada; não se trata apenas da administração de questões de ordem privada. Como exemplo, vejam-se os vários casos de dissolução de diretório ou comissão provisória estadual ou municipal por diretórios de nível superior à época da realização de convenção partidária, que se destinaria à escolha de candidatos entre os

12 Cf. STF. Recurso em Mandado de Segurança (RMS) 23244 / RO. Rel. Min. Moreira Alves. Primeira Turma. DJ 28.05.1999, p. 32.

13 Pelo que se verifica do voto proferido no Recurso em Mandado de Segurança (RMS) 23244 / RO, do STF, foi levado a conhecimento do Excesso Pretório uma decisão de Comissão Executiva Nacional de Partido Político que dissolveu seu diretório estadual de forma ilegal e abusiva, já que nem sequer foram respeitados o contraditório e a ampla defesa. O STF, à unanimidade de votos, entendeu ser da competência da justiça estadual tratar a matéria, uma vez que não haveria reflexo direto no pleito.

14 Segundo Rodrigo López Zilio: “[...] a interferência – e sobreposição – da deliberação da convenção nacional em relação aquelas estabelecidas pelos níveis inferiores (seja estadual ou municipal) e conflito que, tratando-se de convenção para escolha de candidatos e deliberações de coligações, deve ser resolvido na justiça especializada, em face de inequívoco reflexo na esfera eleitoral; não havendo reflexos na seara eleitoral, a competência e da Justiça Comum.” *In*: ZÍLIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2016, p. 125.

filiados do partido. A existência de diretório é indispensável à realização desta, até porque deve partir dele a convocação da respectiva convenção, normalmente por editais com prazo específico de antecedência, na conformidade de cada estatuto partidário, além de toda a sua organização. Dissolver ou mesmo substituir abruptamente sua comissão executiva implica negar a preparação daqueles filiados para o pleito, o que necessariamente redundará em déficit democrático interno.

3 A DISSOLUÇÃO DE DIRETÓRIOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS DE PARTIDO POLÍTICO E O NECESSÁRIO RESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DIANTE DE SUA EFICÁCIA HORIZONTAL

Até que ponto se autoriza, sem comunicação prévia e oportunidade de defesa, a destituição e substituição dos membros de um diretório partidário por uma comissão provisória estadual ou municipal, sobretudo em ano de eleições? Devem-se respeitar os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório ou dar prevalência ao princípio da estrita autonomia partidária?

A decisão partidária de dissolver um diretório, com a consequente substituição unilateral dos respectivos dirigentes estaduais e municipais por outros do interesse da cúpula do partido não pode ser vertical, como pode induzir o texto do parágrafo segundo do artigo 7º da Lei nº 9.504, de 1997¹⁵; há a necessidade de se respeitarem as regras previstas no

15 § 2º Se a convenção partidária de nível inferior se opuser, na deliberação sobre coligações, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelo órgão de direção nacional, nos termos do respectivo estatuto, poderá esse órgão anular a deliberação e os atos dela decorrentes.



Estatuto, que necessariamente devem prever o respeito à ampla defesa e ao contraditório aos que venham a ser lesados, premissa do próprio Estado Democrático de Direito. Na prática, entretanto, tem sido comum decisões liminares dos diretórios nacionais, *inaudita altera pars*, dissolvendo os estaduais ou municipais para instituir comissões provisórias sob a direta influência dos “caciques” partidários.

A autonomia partidária prevista no parágrafo primeiro do artigo 17 da Constituição Federal, 1988, deve ser interpretada em conjunto com os demais princípios constitucionais, sobretudo aqueles estampados em seu artigo 5º¹⁶, dentre os quais se incluem o *devido processo legal*, com suas inerentes garantias: a *ampla defesa* e o *contraditório*. Segundo Müller, o princípio da unidade da constituição deve “antepor aos olhos do intérprete, enquanto ponto de partida”, para que a norma seja concretizada de forma harmônica “umas com as outras no resultado”¹⁷.

Ademais, o próprio *caput* do referido artigo 17 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, estabelece que para que o partido possa ser criado – e conseqüentemente mantido – há a necessidade de respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, entre os quais se inserem os que garantem o efetivo exercício do direito de defesa. Para chegar a essa conclusão basta o simples emprego da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a

16 O artigo 5º da Constituição Federal, de 1988, estabelece, em seu inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; e, em seu inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes”.

17 MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2005, p. 74-75.

elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis¹⁸, a qual estabelece em seu artigo 10 que os textos legais devem ser articulados com a observância de certos princípios, entre eles: “I – a unidade básica de articulação será o artigo, indicado pela abreviatura “Art.”, seguida de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste”. Além disso, “II – os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos ou em incisos; os parágrafos em incisos, os incisos em alíneas e as alíneas em itens. O art. 11, na seqüência, estabelece que as normas devem ser redigidas com “clareza, precisão e ordem lógica”. Essa lógica deve “expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida”.

Não precisa estender muito a interpretação para se concluir que o próprio Constituinte obedeceu a essa “clareza, precisão e ordem lógica” ao prescrever no *caput* do artigo 17 os princípios constitucionais que necessariamente devem ser obedecidos pelos Partidos Políticos, até mesmo em suas relações internas. O parágrafo primeiro, portanto, complementa o que diz o *caput*.

No contexto em análise, entendemos por relativizar o princípio da autonomia partidária, coadunando-o com os demais princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, como forma de materializar a democracia interna dos Partidos. Afinal, como defende José Afonso da Silva, referindo-se às lições de Liebman, não apenas o poder de ação, como também o de defesa a qualquer pretensão de outrem representam “garantia fundamental de pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos

18 Editada em cumprimento ao parágrafo único do artigo 59 da Constituição Federal, de 1988.



[brasileiros] e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade, e pertencem por isso à categoria dos denominados direitos cívicos”.¹⁹

Assim, devemos deduzir que o direito constitucional de defesa vem a se concretizar mediante a oportunidade que detêm os sujeitos de se manifestarem acerca do fato e/ou da pretensão que está sendo deduzida, em igualdade de condições, seja no âmbito judicial, administrativo ou nas relações privadas, como são as existentes entre os filiados dos partidos políticos.

A democracia representativa no âmbito *interna corporis* dos partidos só é possível de existir com o respeito aos estatutos e a existência efetiva de mecanismos de democracia interna partidária, em que os auspícios dos respectivos filiados possam ter vez e voz, tudo a bem da construção de uma democracia real.

Esse argumento ganha especial relevo se ponderado considerando que, *ex vi legis*, são os partidos políticos que lançam os candidatos com exclusividade²⁰ nos pleitos eletivos. Logo, quem de fato tem o poder decisório acerca de quem será erguido à qualidade de candidato é o grêmio partidário, por intermédio das respectivas convenções, normalmente comandadas ao sabor e na toada do interesse estrito de sua diretoria ou de filiados notórios.

Os procedimentos destinados à exclusão de dirigentes dos órgãos regionais e locais dos partidos políticos só podem ser manejados na hipótese de existência, clara e contundente, de uma das hipóteses previstas em

19 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 410-411.

20 No Brasil, não se admite candidatura avulsa, sem filiação a partido político. De acordo com o *caput* do artigo 9º da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, “Para concorrer às eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de, pelo menos, um ano antes do pleito, e estar com a filiação deferida pelo partido no mínimo seis meses antes da data da eleição”.

estatuto, sem prescindir da necessária obediência ao devido processo legal, pelo qual deverá se oportunizar a ampla defesa e o contraditório. Os Diretórios não podem intervir nos de nível inferior por opções pessoais e interesses que conflitem com os dos filiados, sobretudo se os dirigentes da planície estiverem a cumprir com suas obrigações estatutárias.

A doutrina e a jurisprudência atual já vêm consagrando o entendimento de que os direitos fundamentais devem ser respeitados também nas relações entre particulares, daí porque não se deve ter dúvida acerca da impossibilidade prática de afastamento unilateral daqueles que comandam diretórios estaduais e municipais pelo diretório nacional.

Segundo Canotilho, quando se estiver diante de Direitos Fundamentais em sentido próprio, o seu exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, já que se cerca de garantias com força constitucional, sobretudo quando se trata de direitos inerentes à defesa.²¹ Conquanto o Partido Político seja livre para estabelecer seu respectivo estatuto, não deve descuidar da necessidade de prescrever o efetivo exercício do direito de defesa quando da existência de risco ou lesão à Direito. Caso não possa se estabelecer de forma direta, a Constituição Federal deverá ser utilizada para que se concretizem as garantias inerentes ao *due process of law*.

Acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais para além das relações entre Estado-Cidadão, Sarmiento observa o seguinte: “os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família”²².

21 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Lisboa: Almedina, 2002.

22 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 323.



Para fazer incidir os direitos fundamentais sobre essas relações, Ingo Wolfgang Sarlet estabelece duas considerações em específico:

Primeiro, quando há relativa igualdade das partes figurantes da relação jurídica, caso em que deve prevalecer o princípio da liberdade para ambas, somente se admitindo eficácia direta dos direitos fundamentais na hipótese de lesão ou ameaça ao princípio da dignidade da pessoa humana ou aos direitos da personalidade. [...] Segundo: quando a relação privada ocorre entre um indivíduo (ou grupo de indivíduos) e os detentores de poder econômico ou social, caso em que, de acordo com o referido autor, há consenso para se admitir a aplicação da eficácia horizontal, pois tal relação privada assemelha-se àquela que se estabelece entre os particulares e o poder público (eficácia vertical)²³.

Já há, segundo Sarlet, certo consenso para se admitir a aplicação da eficácia horizontal quando a relação privada ocorre entre um indivíduo (ou grupo de indivíduos) e os detentores de poder econômico ou social, pois tal relação privada assemelha-se àquela que se estabelece entre os particulares e o poder público (eficácia vertical)²⁴.

Esse também é o entendimento do Excelso Supremo Tribunal Federal Brasileiro que, em situação análoga à da ora *sub examine*, decidiu pela aplicação do princípio do Devido Processo Legal no âmbito de relação privada, garantindo, portanto, os direitos ao contraditório e à ampla defesa:

23 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 392-400

24 *Ibidem*, p. 392-400

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constitui-



ção, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (STF. RE 201819. Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Gil-

Ir para o índice

mar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 11/10/2005. DJ 27.10.2006, p. 64). (Grifos nossos).

Assim, o ato que simplesmente dissolve um Diretório, sem fundamento jurídico relevante, sem prévio respeito ao devido processo legal, em sua acepção mais ampla, está eivado do vício de nulidade, não devendo produzir efeitos no mundo jurídico, considerando a necessidade de respeito ao Direito Fundamental ao contraditório e à ampla defesa na esfera de procedimento específico na esfera interna do partido, sem prejuízo de a decisão ser também levada ao crivo do Poder Judiciário²⁵. E nesse sentido há vários precedentes dos Tribunais pátrios.²⁶

Caso haja a destituição de forma súbita de diretório ou comissão provisória, sem garantir direito de defesa no âmbito *interna corporis* do partido, entendemos que se tratará de decisão arbitrária e ilegal, passível de declaração de nulidade pelo Poder Judiciário, principalmente quando se verificar, no caso concreto, que tal conduta terá reflexos diretos em pleito próximo.

Não há dúvida de que essa interpretação se harmoniza com os direitos e garantias fundamentais, nomeadamente os atinentes ao processo. Com efeito, nenhuma sanção pode atingir quem não foi chamado a se defender das increpações deduzidas. O desprezo por esse princípio traduz duro golpe ao Estado Democrático de Direito e à própria ideia de cidadania²⁷.

25 O artigo 5º da Constituição Federal, de 1988, estabelece, em seu inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

26 Vide: TJ-MG, Apelação Cível 2.0000.00.473384-2.0001, Rel. Selma Marques, Data de Julgamento: 18/05/2005, Data de Publicação: 11/06/2005; TJ-MS - APL: 08007379520128120015 MS 0800737-95.2012.8.12.0015, Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Data de Julgamento: 09/04/2013, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 16/4/2013.

27 Nesse sentido também se posiciona GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo. Atlas, 2015, p.787.



Dito isso, a destituição de diretórios ou de comissão provisória municipal, sem o devido processo, fere a democracia interna partidária e também os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Outrossim, a dignidade da pessoa humana (CRFB/88, art. 1º, III) impõe que seja oportunizada a participação na relação jurídica daquele que será afetado por alguma decisão que estirpe direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A autonomia partidária garantida pelo parágrafo primeiro do artigo 17 da Constituição Federal, de 1988, não pode se sobrepor à observância concreta de Direitos Fundamentais, ainda que no âmbito *interna corporis* do partido político, sobretudo considerando que apenas por seu intermédio o cidadão pode se alçar ao exercício de um cargo público eletivo. Ademais, o *caput* do referido dispositivo constitucional estabelece que a liberdade de criação de um Partido está jungida à garantia do regime democrático, do pluripartidarismo e dos Direitos Fundamentais da pessoa humana, o que para nós também fundamenta a incidência destes ainda que em uma relação de conflito entre filiados.

Diante desse contexto, se subtraída a oportunidade de defesa a um filiado, o Poder Judiciário deve ser chamado para concretizar a democracia interna nos Partidos Políticos, o que não implica malferimento do princípio da autonomia partidária, já que esta encontra limite no disciplinamento constitucional e legal. Ademais, levando-se em conta o princípio constitucional da proporcionalidade, em seu aspecto substancial, vê-se que as liberdades e garantias constitucionais não são absolutas e carecem, por vezes, de limitações, para que haja efetivo cumprimento dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

[Ir para o índice](#)

Ainda que prevista em estatuto a dissolução unilateral de um diretório ou ainda de uma comissão provisória, seja pelo Diretório Estadual, seja pelo Nacional, mesmo assim coadunamos com o entendimento de que se devem respeitar rigorosamente os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sob pena de estar farpeando a necessária democracia interna que deve existir no partido, ante a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varieli [et al.]. 5. ed. Brasília: Editora da UNB, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995**. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.



CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CROSS, William; BLAIS, André. Who selects the party leader? **Party Politics**. London, v. 18, n. 2, p. 127-150, 2012.

FREIDENBERG, Flavia. Mucho ruido y pocas nueces. Organizaciones partidistas y democracia interna en América Latina. **Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial**. Iztapalapa, v. 1, n. 1, p. 91-134, 2005.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo. Atlas, 2015.

MICHELS, Robert. **Political Parties: a Sociological Study of the Oligarchical Tendencies of modern Democracy**. New York: Free, 1949.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCARROW, Susan; GEZGOR, Burcu. Declining memberships, changing members? European political party members in a new era. **Party Politics**. London, v. 16, n. 6, p. 823-843, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

ZÍLIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2016.

[Ir para o índice](#)

Breves notas sobre Defensoria Pública e Acesso à Justiça no Novo Código de Processo Civil

Brief notes on Public Defense and Access to Justice in the New Civil Procedure Code

JORGE BHERON ROCHA

RESUMO

O modelo de assistência judiciária ofertada obrigatoriamente pelo poder público é decorrência direta da Constituição, de 1934, influenciada pelas Constituições mexicana, de 1917, e alemã, de 1919. A inclusão da instituição na Constituição, de 1988, fixou o modelo *salaried staff*, denominado Defensoria Pública, com garantias, deveres e vedações e autonomia em relação aos demais Poderes. O Novo Código de Processo Civil trouxe um título completamente dedicado à Instituição, além de inúmeras disposições ao longo de todo o seu texto, ora como reafirmação ora como inovação. Este novo Código reconhece o assento constitucional que é reservado à Defensoria Pública, instituição essencial e permanen-

[Ir para o índice](#)



te, que completa o Sistema de Justiça e assegura a consecução do Estado Democrático de Direito, do Regime Republicano e a busca da concretização dos fundamentos da cidadania e da dignidade humana.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Autonomia. Direitos Humanos. Novo Código de Processo Civil. Constituição.

ABSTRACT

The model of legal assistance mandatorily offered by the public power is a direct result of the 1934 Constitution, influenced by the Mexican (1917) and the German (1919) Constitutions. The inclusion of the institution in the 1988 Constitution established the salaried staff model, called the Public Defender's Office, Duties and fences and autonomy in relation to the other Powers. The New Civil Procedure Code brought a title completely dedicated to the Institution, in addition to numerous provisions throughout its text, now as reaffirmation as innovation. This new Code recognizes the constitutional seat reserved for the Public Defender, an essential and permanent institution, which completes the Justice System and ensures the achievement of the Democratic State of Law, the Republican Regime and the pursuit of the foundations of citizenship and dignity Human.

Keywords: Public Defense. Autonomy. Human Rights. New Civil Procedure Code. Constitution.

[Ir para o índice](#)

INTRODUÇÃO

O modelo de assistência judiciária ofertada obrigatoriamente pelo poder público é decorrência direta das disposições inovadoras trazidas pela Constituição, de 1934, que a incluiu entre os direitos e garantias individuais dos cidadãos, determinando à União e aos Estados a criação de órgãos especiais para assegurar aos necessitados o referido serviço, em clara influência das Constituições mexicana, de 1917, e alemã, de 1919, tendo o “Estado assumido completamente, pelo menos no papel, a responsabilidade social para garantir uma existência digna a cada um de seus cidadãos”¹.

Nacionalmente, o Código de Processo Civil, de 1939, contava com um capítulo inteiramente dedicado à questão da assistência judiciária e ao benefício da justiça gratuita, seguido pelo Código de Processo Penal brasileiro, que, apesar de não fazer referências expressas e claras aos institutos da assistência judiciária e da gratuidade, prevê, no artigo 263, que, se o acusado não tiver advogado, “ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz”; contudo, se “não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo”. Também o artigo 32 traz regra sobre assistência judiciária aos que não podem custear advogado, dessa feita, entretanto, para quem deseja ajuizar queixa-crime em ação penal privada.

Após o silêncio da Constituição, de 1937, a Constituição, de 1946, em seu artigo 141, § 35, trata da assistência judiciária, disciplinada, posteriormente, pela Lei nº 1.060, de 1950, que foi recepcionada pela Constituição, de 1988.

Elencaram-se, a par de garantias nitidamente liberais, dispositivos que impunham uma conduta positiva do Estado para a consecução dos direitos fundamentais de que os indivíduos eram titulares; e foi com

1 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 401.



fundamento nos aludidos dispositivos constitucionais que alguns estados criaram estruturas próprias².

No transcurso da Assembleia Nacional Constituinte, de 1987-1988, foram apresentadas diversas emendas na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, a qual fazia parte da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, tratando do tema assistência jurídica. Naquele momento histórico, o *salaried staff* se apresentava em quatro modalidades distintas: (i) a que se dava na seara das Procuradorias dos estados federados, que cuidavam dos interesses administrativos, tributários e fazendários na esfera pública, essencialmente advogados; (ii) no âmbito das Secretarias de Justiça, com a criação de órgão voltado para a assistência judiciária realizada por advogados concursados ou contratados; (iii) no âmbito da União, especificamente na Justiça Militar, os chamados advogados de ofício, cujo provimento se dava por meio de concurso público entre os diplomados em direito com mais de dois anos de prática forense; (iv) na esfera da Defensoria Pública, como instituição e carreira oriundas do Ministério Público, especializada na função de assistência jurídica, por defensores públicos.

Promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, firmou-se a Defensoria Pública como modelo a ser adotado, citando-a diretamente nos arts. 21, XIII; 22, XVII; 24, XIII; 33, § 3º; 48, IX; 61, § 1º, II, “d”; 134 e 235, VII; e, no Atos das Disposições

2 São Paulo fundou seu órgão especial em 1935. O Ceará, por meio do Decreto Estadual nº 1.560, de 10 de maio de 1935, passou a determinar a nomeação de titulados em Direito para o exercício da assistência judiciária e, excepcionalmente, ainda admitia aos adjuntos de promotor a manutenção das atribuições para o patrocínio dos necessitados na seara cível.

Constitucionais Transitórias, o artigo 22, constituindo exemplo nítido e palpitante da feição cidadã da nova Carta Constitucional.

A inclusão da instituição na Constituição Federal garantiu o direito à assistência jurídica gratuita fornecida diretamente pelo Estado, fixando-se o modelo de *salaried staff*, mais precisamente aquele originado na assistência judiciária do Rio de Janeiro, de uma carreira específica de Estado, com garantias, deveres e vedações e com grande autonomia em relação aos Poderes Executivo e Judiciário.

Apenas em 1993 o Poder Executivo Federal encaminha à Câmara dos Deputados, por meio da Mensagem nº 034, de 1993, o Projeto de Lei Complementar nº 145, para organizar a Defensoria Pública. O Projeto teve tramitação na Câmara Federal e depois no Senado Federal, e, encaminhado ao presidente da República, foi sancionado como Lei Complementar nº 80 – Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – em 12 de janeiro de 1994, com alguns vetos, conforme Mensagem Presidencial nº 27, de 12 de janeiro de 1994.

Mesmo nesse primeiro disciplinamento e apesar dos vetos opostos, percebia-se a vontade primeira de que a Instituição se dedicasse para além da defesa e promoção de direitos individuais daqueles que não dispunham de recursos, entrevendo-se certo “alargamento” desse conceito, uma vez que se atribui já a função de conciliação de interesses em conflitos; a garantia aos “acusados em geral”, bem como o patrocínio dos direitos e interesses do consumidor lesado. Configura a assistência judiciária aos necessitados a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública, sem impedimento de que sua atuação se estendesse ao patrocínio de outras iniciativas processu-



ais³ que o Sistema de Justiça e Proteção Social justifiquem a intervenção da feição estatal da Procuratura dos Necessitados⁴.

São hipóteses de atuação da Defensoria Pública desvinculadas da vulnerabilidade econômica e com base no reconhecimento de outras vulnerabilidades, por exemplo, a Curadoria Especial e a defesa criminal⁵.

1 A DEFENSORIA PÚBLICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A Defensoria Pública é expressão do princípio da dignidade humana, que passou a significar e a fundamentar a própria República, exprimindo a busca pelo exercício pleno dos direitos fundamentais, liberdades e garantias previstos no texto constitucional e, eventualmente, disciplinados ou regulamentados pela legislação inferior.

Uma das grandes inovações da Lei nº 13.105, de 2015 – o Novo Código de Processo Civil (Novo CPC) – é trazer um título – Título VII (Da Defensoria Pública), dentro do Livro III (Dos Sujeitos Processuais) – completamente dedicado à Defensoria Pública, além de inúmeras outras disposições ao longo de todo o seu texto, algumas atuando

3 A Constituição Federal impõe, sim, que os Estados prestem assistência judiciária aos necessitados. Daí decorre a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública. Não, porém, o impedimento a que os seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal. Trecho do voto do relator – STF – ADI 558 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

4 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 116, out./dez. 1992. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/22>. Acesso em: 16 out. 2017.

5 Ou, ainda, conforme se verá adiante, na legitimidade para propor edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante perante o Supremo Tribunal Federal.

apenas como reafirmação de outras disposições normativas e outras que tratam de verdadeira inovação.

O artigo 185 do Novo CPC não traz inovação ao ordenamento jurídico considerado como um todo, mas inaugura o reconhecimento na seara processual civil de importantes alterações operadas em relação à Defensoria Pública, especialmente em relação à sua natureza, bem como amplitude e profundidade de sua atuação. É, de forma reduzida, uma reprodução do artigo 134 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014, e do artigo 1º da LONDEP, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009.

Por orientação jurídica deve-se entender, de forma amplificada pela expressão judicial e extrajudicial, a assessoria, a consultoria e a postulação, assim como a educação em direitos, a mediação, a conciliação e a arbitragem, além de atribuições não jurídicas, como a assistência multidisciplinar, o fomento da participação popular nas decisões institucionais, a participação em conselhos e comissões temáticas, entre outras.

Em boa hora, o atual CPC faz expressa referência à promoção dos direitos humanos pela Defensoria Pública, reforçando a redação dada pela Lei Complementar nº 132 de 2009, à LONDEP, e, posteriormente, com a alteração do artigo 134 da Constituição Federal pela EC nº 80, de 2014, para explicitar essa missão da Defensoria Pública, encontrando ressonância na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que introduziu em seu regimento interno a previsão de existência de um defensor interamericano, o qual seria designado de ofício pela própria Corte nos casos em que as supostas vítimas comparecessem sem representação



legal, sendo firmado um Acordo de Entendimento entre a CIDH e a Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF)⁶. Isso possibilita a concretização da garantia do acesso à defesa técnica por meio de um defensor público interamericano durante todo o processo, tendo como destinatárias as pessoas que se identificam como vítimas e que carecem de recursos econômicos ou representação legal ante a Corte⁷⁸.

A promoção dos direitos humanos também tem forte ressonância no parágrafo 4º do artigo 5º, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que traz a previsão de que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão⁹.

6 Integram a AIDEF Antigua e Barbuda, Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Equador, El Salvador, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, Porto Rico, República Dominicana, Uruguai, Venezuela, Bahamas, Bolívia, Estados Unidos, Guatemala, Jamaica, Panamá, Peru e Trinidad e Tobago.

7 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/convenios/aidef2009.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2015.

8 Posteriormente, em 2010, a CIDH emite seu Relatório Anual dos Trabalhos, onde passa a constar expressamente a previsão da indicação de um defensor público interamericano, o que foi reforçado nas seguintes Resoluções da Assembleia Geral da OEA: Resolução AG/RES 2656 (XLI-O/11), intitulada “Garantias de Acesso à Justiça: o papel dos Defensores Públicos Oficiais”; Resolução AG/RES. 2714 (XLII-O/12), intitulada “Defensoria Pública Oficial como garantia de acesso à Justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade”; Resolução AG/RES. 2801 (XLIII-O/13), intitulada “Pela autonomia da Defensoria Pública Oficial como garantia de acesso à Justiça”, em que destacou o exitoso trabalho realizado pelos defensores públicos interamericanos na defesa dos direitos das vítimas de violações dos direitos humanos; e Resolução AG/RES. 2821 (XLIV-O/14), intitulada “Rumo à autonomia e ao fortalecimento da Defensoria Pública Oficial para garantir o acesso à justiça”. A primeira atuação de um defensor público brasileiro se deu no caso Pacheco Tineo *versus* Bolívia, pois, em obediência às regras inseridas no Regulamento Unificado para a atuação da AIDEF perante a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos, devem ser designados para cada caso dois defensores públicos interamericanos, um do país acusado de violador e outro de um país diferente.

9 Introduzido no ordenamento jurídico pelo Decreto Legislativo nº 4.388, em 25 de dezembro de 2002 (DLTPI).

Ressalte-se que o Tribunal Penal Internacional (TPI) é instrumento de afirmação, proteção e defesa dos direitos humanos em face das atrocidades cometidas ao longo dos séculos contra inúmeros grupos de homens, mulheres e crianças, reconhecendo que tais crimes se constituem como ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade em âmbito internacional, devido à sua intensa gravidade, sendo do interesse da comunidade internacional a punição dos responsáveis e, sobretudo, a reparação das vítimas. Tendo em vista as disposições normativas do TPI, a atuação da Defensoria poderia se dar tanto no apoio às vítimas, em parceria com a Secretaria do Tribunal, quanto, e talvez principalmente, na defesa das pessoas levadas a julgamento¹⁰.

A atuação coletiva da Defensoria Pública, presente no nascedouro da Instituição¹¹ – não obstante o veto presidencial ao inciso XII do artigo 4º, na redação original da LONDEP – é outro ponto que se deve destacar no *caput*

10 De fato, a Defensoria Pública teria atuação fundamental no apoio das vítimas, *v.g.*, nos casos de genocídio, na defesa de grupo de pessoas em especial situação de vulnerabilidade, como comunidades indígenas, moradores de rua, populações residentes em grandes aglomerados urbanos vítimas de violência sistemática pelo Estado etc. Em prol do acusado, por solicitação deste, em razão de seu direito inafastável de ser assistido por um causídico/defensor público de sua escolha (artigo 55.2.c, primeira parte, DLTP), ou por designação do próprio Tribunal, sem encargo, nos casos em que o acusado ainda não tenha defensor e não possa fazê-lo por não possuir meios suficientes para pagar (artigo 55.2.c, segunda parte, DLTP), também reclamaria a pronta atuação da Defensoria Pública. “Neste segundo caso, seria necessário um protocolo de entendimento entre as Defensorias Públicas Oficiais e o Tribunal Penal Internacional com o escopo de coordenar os esforços para garantir o acesso integral e gratuito à justiça daquelas pessoas que carecem de representação jurídica, e, dessa forma, assegurar uma defesa técnica de qualidade e efetiva, em todos os graus, a que têm direito os acusados, numa fórmula semelhante àquela tomada na CIDH. Ressalte-se que o TPI possui clara política de cooperação com entidades independentes representativas de advogados e associações jurídicas, podendo fazê-lo em relação às Defensorias Públicas, colocando à disposição do TPI os membros da instituição que se enquadrem nos requisitos elevados”. (ROCHA, Jorge Bheron. O Histórico do Arcabouço Normativo da Defensoria Pública: da Assistência Judiciária à Assistência Defensorial Internacional. *In*: ANTUNES, João Maria; AMARAL, Cláudio do Prado; SANTOS, Cláudia Cruz. **Os Novos Atores da Justiça Penal**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 313).

11 Notadamente quando insere a função de “XI – patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado” (artigo 4º na redação original da Lei Complementar nº 80, de 1994).



do artigo 185 do Novo CPC, faz referência expressa à Defensoria Pública em todo o Brasil que já vinha atuando nos processos coletivos, não apenas como representante da parte, mas em nome próprio, utilizando-se do instituto da legitimação extraordinária, em decorrência de alteração no microsistema de processo coletivo operada pela Lei de Proteção e Defesa ao Consumidor¹². Aprovada, sancionada, promulgada e publicada a Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, ficou explicitada a legitimidade das Defensorias Públicas para o ajuizamento de Ações Cíveis Públicas (ACP) em defesa de direitos e interesses transindividuais¹³, tendo sido questionada na ADI nº 3.943, promovida pela Associação Nacional do Ministério Público (CONAMP), julgada improcedente e reconhecida a legitimidade alicerçada pela Instituição por meio de um trabalho responsável e incessante na defesa dos vulneráveis, com fundamento na dignidade da pessoa humana¹⁴.

A atuação coletiva *lato sensu* da Defensoria Pública, enquanto missão constitucional, foi também reconhecida em inúmeros outros instrumentos

12 “O legislador ordinário, como forma de generalizar as regras do microsistema de processo coletivo criado pelo CDC, estendeu a ampliação do rol de legitimados do inciso III de seu artigo 82 ao rol da LACP, ao determinar que “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código do Consumidor”. Desta feita, as ações civis públicas que tenham por objeto “responsabilidade por danos morais e patrimoniais causadas a qualquer [...] interesse difuso ou coletivo” (artigo L, *caput* e inciso IV, Lei nº 7.347/185) podem ser manejadas por qualquer “entidade e órgão da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica” (artigo 82, II, Lei nº 8.078, de 1990), em forma de legitimação extraordinária, conforme a doutrina majoritária” (ROCHA, Jorge Bheron. **Legitimidade da Defensoria Pública para Ajuizar Ação Civil Pública tendo por objeto de Direitos Transindividuais**. Disponível em: [http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d.processual.civil/legitimidade.da.defensoria.publica\[2007\].pdf](http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d.processual.civil/legitimidade.da.defensoria.publica[2007].pdf). Acesso em: 14 maio 2014).

13 Para ver a extensão e o êxito dessa atuação coletiva da Defensoria Pública do Brasil, sugerimos a leitura dos Relatórios da Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADEP), disponíveis em: https://www.anadep.org.br/wtksite/I-RELAT_RIO-NACIONAL.pdf e [https://www.anadep.org.br/wtksite/Preview_Livro_Defensoria_II_Relat_rio\(1\).pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/Preview_Livro_Defensoria_II_Relat_rio(1).pdf).

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.943/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 7 mai. 2015.

inovadores: incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 139, X) e de assunção de competência (artigo 947, § 1º), representando a parte, mas também em nome próprio (legitimação extraordinária); *Amicus Curiae* (artigo 138); e, nas ações possessórias, passa a ser intimada sempre que figure no polo passivo grande número de pessoas em situação de vulnerabilidade organizacional (artigo 554, § 1º), neste último ponto, erroneamente adjetivada tal situação como de *hipossuficiência econômica*.

Convém esclarecer, entretanto, que o múnus da Defensoria Pública não se liga puramente à proteção daquele que se encontra em situação de vulnerabilidade econômica, mas, ao contrário, se justifica diante de outras situações, principalmente relacionadas a *direitos indisponíveis, como a vida e liberdade*, seja em relação a *sujeitos especialmente protegidos pelo direito, como idosos, doentes, mulheres vítimas de violência doméstica, populações de rua, crianças e adolescentes, pessoas encarceradas*, seja em relação a pessoas em particular situação de vulnerabilidade, como *óbices geográficos, debilidade de saúde, desinformação pessoal, desconhecimento sobre as leis, dificuldade de compreensão da técnica jurídica, ausência de defesa técnica, deficiência de atuação probatória e incapacidade de organização*¹⁵.

Isso se dá porque a atuação da Defensoria Pública está ligada à presença de alguma vulnerabilidade, coletiva ou individual, econômica, jurídica, circunstancial ou organizacional, e se deve interpretar o conceito de necessitado a partir da leitura da Constituição com as lentes de princípios hermenêuticos que traduzam sua plena força normativa e garantam a aplicabilidade do princípio da máxima efetividade das normas constitu-

15 TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 189 e ss.



cionais¹⁶, o que justifica e fundamenta até mesmo a atuação como órgão interveniente na condição de *custös vulnerabilis*, para o fiel cumprimento de sua missão constitucional, ou seja, não como procurador judicial da parte (que se encontre suficientemente representado no feito), mas em apresentação da própria instituição Defensoria Pública, em nome próprio e no regular exercício da Procuratura Constitucional dos Necessitados.

É nessa esteira de proteção da vulnerabilidade e como forma de conduzir à igualdade material, muito para além da simples igualdade formal, que o § 2º do artigo 186 traz uma importantíssima inovação: a prerrogativa de requerer ao Juízo a intimação pessoal por meio de oficial de Justiça da parte por ela patrocinada nas hipóteses em que a perfeita consecução do ato processual dependa de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada.

Nesse sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) aprovou, no encontro anual ocorrido em março de 2017, na cidade de Florianópolis, o Enunciado interpretativo nº 626¹⁷, que se refere aos arts. 186, §§ 2º e 3º, e 223, §§ 1º e 2º do NCPC, com o seguinte teor:

O requerimento previsto no § 2º do art. 186, formulado pela Defensoria Pública ou pelas entidades mencionadas no § 3º do art. 186, constitui justa causa para os fins do § 2º do art. 223, quanto ao prazo em curso.

16 BRASIL. **ADI nº 3.943/DF**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>. Acesso em: 7 maio 2015.

17 Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), realizado em março de 2017. Disponível em: <http://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

Ademais, a experiência prática tem demonstrado a imensa dificuldade de a Defensoria Pública manter contato com seus assistidos, por diversas razões, a começar pela estrutura ainda insipiente da Instituição, nomeadamente nas comarcas do interior do Brasil.

Por fim, deve-se observar que a intimação pessoal nas causas patrocinadas pela Instituição é regra, seja do defensor público, seja da parte por ele representada ou de suas testemunhas, conforme se verifica, por exemplo, nas hipóteses do artigo 455, § 4º, IV (testemunhas arroladas), do artigo 513, § 2º, II (cumprimento de sentença), do artigo 876, § 1º, II (adjucação).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como outras legislações que disciplinam a atuação da Defensoria Pública, o Novo Código de Processo Civil permite-lhe tomar o assento que lhe é reservado, de forma a reafirmar o caráter de instituição essencial e permanente, que, ao lado do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Advocacia Pública e Privada, completa o Sistema de Justiça e assegura a consecução do Estado Democrático de Direito, do Regime Republicano e a busca da concretização dos fundamentos da cidadania e da dignidade humana.

A Defensoria Pública se constitui em garantia diversa da justiça gratuita, e mais abrangente que a assistência judiciária e a assistência jurídica, pois vai além dessas perspectivas tradicionais, agregando outros serviços multidisciplinares, formas de atuação político-sociais e instrumentos democráticos de participação direta da população, na busca da plenitude da dignidade e da cidadania das pessoas necessitadas em especial, e dos direitos, liberdades e garantias das pessoas em geral, pela observância



dos fundamentos, objetivos e princípios do Estado Democrático de Direito, convertendo-se numa revolução na significação do Acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009**. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e

Ir para o índice

prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007**. Altera o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11448.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 13 dez. 2017.

BRASIL. **ADI nº 3.943/DF**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>. Acesso em: 7 maio 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al (coord.). **Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC)**. Enunciados. Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <http://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2017.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de informação legislativa**, v. 29, n. 116, out./dez. 1992. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/22>. Acesso em: 16 out. 2017.

ROCHA, Jorge Bheron. **Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar Ação Civil Pública tendo por objeto de Direitos Transindividuais**. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d>.



processual.civil/legitimidade.da.defensoria publica[2007].pdf. Acesso em: 14 maio 2014.

ROCHA, Jorge Bheron. O Histórico do Arcabouço Normativo da Defensoria Pública: da Assistência Judiciária à Assistência Defensorial Internacional. *In*: ANTUNES, João Maria; AMARAL, Cláudio do Prado; SANTOS, Cláudia Cruz. **Os Novos Atores da Justiça Penal**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 265-315.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.



III. INTERNACIONAL

[Ir para o índice](#)



O Direito da Agricultura Biológica: notas sobre o regime jurídico português

Organic agriculture Law:
notes on the portuguese legal framework

CARLA AMADO GOMES

RESUMO

Este artigo visa deixar um panorama sobre a agricultura biológica e o regime que a envolve, na União Europeia. A agricultura biológica não se reconduz a uma única definição, uma vez que pode ser desenvolvida por um cruzamento de técnicas variadas – e não forçosamente “tradicionais”, mas sobretudo por recurso à inovação tecnológica. Muito “na moda” pelas suas alegadas virtualidades na luta contra as alterações climáticas, a produção biológica vem sendo incentivada na União Europeia desde a década de 1990, entrecruzando as políticas agrícola e ambiental. Em Portugal, a produção biológica tem crescido nos últimos anos mas está ainda longe dos patamares a que já se alçaram outros Estados-Membros.

Palavras-chave: Agricultura. Agricultura Biológica. Alterações Climáticas.

[Ir para o índice](#)

ABSTRACT

This article aims to draw a general picture of organic production and its framework in the European Union and in Portugal. Organic agriculture doesn't confine itself in one single definition, once it can be developed through a sample of various techniques — not just “traditional” but overall inovative. It's very much a fashion theme because of its links with climate change, but in the European Union organic production is being incentivated since the '1990s, crossing agriculture and environmental policies. In Portugal, organic production has been growing significantly in the last years but it is still far from the thresholds existant in other member States.

Keywords: *Agriculture. Organic Agriculture. Climate Change.*

1 A AGRICULTURA BIOLÓGICA: DA DIFICULDADE DE UM CONCEITO À PROLIFERAÇÃO DE TÉCNICAS

A aproximação ao tema da *agricultura biológica* — conceito mais utilizado em Portugal para caracterizar uma realidade que, de forma genérica, constitui um modo de produção que visa produzir alimentos com recurso a práticas sustentáveis, de respeito pelo ambiente e sem recurso a pesticidas ou adubos químicos, e que não utiliza organismos geneticamente modificados — enfrenta diversos escolhos, um dos quais o da proliferação de noções que a definam. Detectam-se, com efeito, entre outras designações, “agricultura orgânica”, “eco-agricultura”, ou “agricultura natural”.

Assim, tanto podemos encontrar, no primeiro considerando do Regulamento nº 834 do Conselho, de 28 de junho de 2007, uma alusão à “produção biológica”:



A produção biológica é um sistema global de gestão das explorações agrícolas e de produção de géneros alimentícios que combina as melhores práticas ambientais, um elevado nível de biodiversidade, a preservação dos recursos naturais, a aplicação de normas exigentes em matéria de bem-estar dos animais e método de produção em sintonia com a preferência de certos consumidores por produtos obtidos utilizando substâncias e processos naturais.

Como podemos extrair, do ponto 17 do Relatório *The transformative potential of the right to food* (2014), da autoria do Relator Especial da ONU sobre o direito à alimentação, Olivier De Schutter (A/HRC/25/75), que

Agroecologia equivale a um leque de técnicas agrónomicas, incluindo consorciação de culturas, reciclagem de estrume e de restos de comida em fertilizantes, e agro-florestais, que reduzem o uso de elementos externos e maximizam a eficiência dos recursos.

Como, ainda, podemos confrontar a fórmula presente no *Manual de conversão à produção biológica* — disponibilizado *online* na página da Direcção-Geral da Agricultura e do Desenvolvimento Rural:

A Agricultura Biológica é um modo de produção em que são utilizadas práticas culturais respeitadoras do equilíbrio natural do meio e em que se trabalha em compatibilidade com os ciclos e sistemas naturais da terra, das plantas e dos animais.

Decisivo para caracterizar esta realidade parece ser, não tanto o recurso a uma ou a um conjunto de técnicas pré-estabelecidas, mas so-

[Ir para o índice](#)

bretudo, e *pela positiva*, a redução da poluição dos solos, a preservação do equilíbrio dos ecossistemas rurais, a melhoria da qualidade dos alimentos e, *pela negativa*, a proibição de utilização quer de organismos geneticamente modificados na produção biológica, quer de pesticidas ou adubos químicos de síntese — bem assim como, no que toca à criação de animais, é essencial sublinhar que está proibido o recurso a hormonas promotoras do crescimento, bem assim como, em regra, o recurso a antibióticos no tratamento de doenças e pragas.

Fixados os objectivos, as técnicas podem ser de muito variado teor, incluindo o recurso a tecnologias modernas. Os métodos de produção biológica não são sinónimos de agricultura tradicional. Nas palavras de Sara AZEVEDO GONÇALVES, “As técnicas da agricultura biológica pressupõem um conhecimento aprofundado dos solos, dos equilíbrios naturais e da sua utilização judiciosa evitando a poluição do ambiente, reduzindo fortemente o consumo de energia e de matérias-primas não renováveis. Assim, difere da agricultura dita ‘tradicional’ porque exige a preparação dos solos, selecção de plantas e de sementes adequadas aos mesmos e ao clima, exige conhecimentos aprofundados sobre os códigos e regulamentos associados a este modo de produção por parte dos operadores e não utiliza agro-químicos poluentes dos alimentos e do ambiente. A agricultura biológica não dispensa a mecanização, a evolução tecnológica e o avanço das biotecnologias”¹.

As técnicas são, portanto, múltiplas e podem combinar-se, compreendendo, por exemplo:

1 GONÇALVES, Sara Manuel Pitães Azevedo, **A agricultura biológica em Portugal: (D)as problemáticas e (A)os problemas**, Dissertação de Mestrado em Geografia Humana - Território e Desenvolvimento apresentada na Faculdade de Letras da Universidade do Porto, sob a orientação do Prof. Doutor Hélder Marques, Porto, 2005.



- Planear e gerir áreas protegidas juntamente com a agricultura local, incluindo pastores e comunidades florestais nas paisagens;
- Associar áreas não cultivadas, fragmentos florestais e zonas húmidas a explorações agrícolas, no sentido de desenvolver as redes de *habitats* e corredores ecológicos que apoiam e expandem a gama de espécies selvagens;
- Reduzir a conversão de áreas naturais em áreas agrícolas, melhorando a produtividade das terras agrícolas e silvícolas já em exploração;
- Modificar os sistemas agrícolas para que eles imitem a vegetação natural e os processos ecológicos;
- Gerir os resíduos agrícolas com vista: à protecção do ecossistema circundante, incentivando a adopção de práticas agrícolas “de conhecimento intensivo”, como a integração de culturas de gado e de sistemas de nutrientes; a uma aplicação mais precisa de fertilizantes orgânicos e não orgânicos; e a rotações de culturas para melhorar a fertilidade do solo;
- Incentivar metodologias de gestão do solo, da água e da vegetação que limitem os impactos negativos sobre os ecossistemas circundantes, *v.g.*, lavoura de conservação, melhoria dos sistemas de pousio, culturas intercalares e diversificação do gado.

2 A AGRICULTURA BIOLÓGICA: UMA METODOLOGIA AO SERVIÇO DA LUTA CONTRA AS ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS

Num relatório divulgado recentemente, intitulado 2016: *O estado da alimentação e da agricultura. Alterações climáticas, agricultura e segu-*

[Ir para o índice](#)

rança alimentar, a FAO alertou para que, se não forem tomadas medidas urgentes de adaptação do sector agrícola às alterações climáticas, existe um risco de insegurança alimentar que pode atingir até 122 milhões de pessoas até 2030². Está-se perante um verdadeiro dilema: por um lado, é necessário produzir mais alimentos para uma população em escalada demográfica mas, por outro, porque o sector agrícola, nomeadamente o pecuário, é responsável por um incremento das emissões de CO² (um quinto do total), urge travar a conversão de floresta em terra agrícola.

O Relatório sublinha que não existe solução única nem rápida, pois os sistemas variam muito em função de condicionantes geográficas e culturais, além de que existe intenso vector de incerteza associado às evoluções/alterações climáticas³, mas entende ser essencial que os Estados promovam políticas de incentivo aos agricultores no sentido de adoptarem metodologias mais eficientes do ponto de vista ecológico, desde práticas inteligentes como o uso de variedades de culturas nitrogénio-eficientes e mais tolerantes ao calor, como a reconversão de estruturas agrícolas tradicionais de acordo com os métodos da produção biológica (agroecologia).

A agricultura biológica está, de facto, na moda, mas não é novidade. As primeiras manifestações teóricas sobre a agricultura biológica datam do início do século XX e devem-se sobretudo a uma atitude filosófica, a uma vontade de contrariar a motorização e massificação em que a actividade agrícola se tornara — ela também tocada pela Revolução Industrial —, em suma, a uma tentativa de (re)aproximar o Homem da Natureza.

2 SANDERS, Jurn; STOLZE, Matthias; PADEL, Susanne. **2016**: The state of food and agriculture. Climate change, agriculture and food security. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-i6030e.pdf>. Acesso em: 16 out. 2017.

3 VERMEULEN, Sonja J. *et al.* Addressing uncertainty in adaptation planning for agriculture. **PNAS**, nº 21, 2013, p. 8357 e segs. Disponível em: www.pnas.org. Acesso em: 16 out. 2017.



Conforme se lê num documento informativo da Comissão Europeia sobre Agricultura Biológica⁴, podem identificar-se três correntes de pensamento: i) a agricultura biodinâmica, surgida na Alemanha e impulsionada por Rudolf Steiner; ii) a agricultura orgânica (*organic farming*), surgida na Inglaterra a partir das teses desenvolvidas por Sir Albert Howard no seu *An agricultural Testament* (1943); iii) A agricultura biológica, desenvolvida, na Suíça, por Hans Peter Rusch e H. Muller.

Explica Sara AZEVEDO GONÇALVES⁵ que os estudos de Steiner, dos anos 1920, surgem como uma reacção a correntes materialistas, na defesa de uma alimentação saudável por recurso a alimentos cuja produção dispensasse os adubos minerais solúveis. Já o movimento lançado pela obra de Sir Albert Howard enaltecia o equilíbrio ecológico e propugnava que o enriquecimento dos solos se fizesse à base de materiais orgânicos compostados, tornando as plantas e vegetais mais resistentes a pragas. Finalmente, a terceira corrente sublinhava a importância da utilização de recursos renováveis e conferia particular importância ao húmus, privilegiando-se o seu tratamento por meio de técnicas de compostagem de superfície e respeitando-se ao máximo a sua estrutura orgânica de base.

A agricultura biológica manteve-se, no entanto, “em pousio” até a década de 1980 — embora, na década de 1970, se tenha assistido a uma divulgação sensível dos seus métodos nos Estados do Norte da Europa a qual conduziu, de resto, à criação da *International Federation of Organic*

4 AGRICULTURA Biológica. **Guia da regulamentação comunitária**. Comissão Europeia: Direcção-Geral da Agricultura, 2001, p. 04.

5 AZEVEDO, Sara Manuel Pitães Gonçalves, **A agricultura biológica em Portugal: (D)as problemáticas e (A)os problemas**, Dissertação de Mestrado em Geografia Humana - Território e Desenvolvimento apresentada na Faculdade de Letras da Universidade do Porto, sob a orientação do Prof. Doutor Hélder Marques, Porto, 2005, p. 43-44.

Agricultural Movements (IFOAM), em 1972⁶ —, momento em que, fruto da crescente preocupação com a protecção do ambiente e com a alimentação saudável, iniciou um desenvolvimento mundial que se mantém até hoje. Esta Organização adoptou, em 1998, os *Cadernos de Especificações-Quadro da Agricultura Biológica e da Transformação*, documentos de orientação que, além de abrir caminhos de reflexão, sintetizam o estado actual dos métodos de produção e de transformação de produtos biológicos. Entretanto, no início da década de 1980, registraram-se as primeiras manifestações legislativas na Europa (França, Áustria, Dinamarca), incidindo sobretudo sobre as questões da certificação e das subvenções — ou seja, no sentido de realçar a diferença entre produtos de agricultura biológica e produtos de agricultura convencional⁷.

De acordo com o último levantamento promovido pelo *Forschungsinstitut für biologischen Landbau* (FiBL)⁸, registram-se explorações de agricultura orgânica certificada um pouco por todo o mundo — dados de 2014 apontam para a presença desses métodos em 172 Estados. Nessa data, contavam-se 43,7 milhões de hectares de terra trabalhada em agricultura orgânica, incluindo áreas em conversão. As regiões com as maiores áreas de terras agrícolas orgânicas são a Oceania (17,3 milhões de hectares; 40% das terras agrícolas orgânicas do mundo) e a Europa (11,6 milhões de hectares; 27%). A América Latina tem 6,8 milhões de hectares (15%), seguida pela Ásia (3,6 milhões de hectares; 8%), a América do Norte (3,1 milhões de hectares; 7%) e a África (1,3 milhões de hectares;

6 Cfr. a página ORGANIC Agriculture 2009. **Climate change and food security, IFOAM**. Disponível em: <http://www.louisbolk.org/downloads/2242.pdf>. Acesso em: 16 out. 2017.

7 Cfr. AGRICULTURA Biológica. **Guia da regulamentação comunitária**. Comissão Europeia: Direcção-Geral da Agricultura, 2001, p. 4-5.

8 ORGANIC Agriculture 2016. **FiBL&IFOAM**. Disponível em: <https://shop.fibl.org/fileadmin/documents/shop/1698-organic-world-2016.pdf>. Acesso em: 16 out. 2017.



3%). Os países com mais área em terra agrícola orgânica são a Austrália (17,2 milhões de hectares), a Argentina (3,1 milhões de hectares) e os Estados Unidos (2,2 milhões de hectares). Na Europa, 2.4% da superfície total de terras agrícolas estão em produção biológica, sendo a Áustria o Estado-Membro com maior percentagem (19,4%).

No início da década de 1990, a União Europeia adoptou um pacote de medidas agroambientais, no âmbito da reforma da política agrícola comum (ver *infra*). E, em 1999, a Comissão do *Codex Alimentarius* (no âmbito da FAO/OMS) publicou guias de orientação relativas à produção, transformação, rotulagem e comercialização dos alimentos produzidos biologicamente, que se destinam a orientar a actuação legislativa dos Estados, a entrecruzar com as suas especificidades nacionais.

Os fundamentos filosóficos da agricultura biológica perdem hoje protagonismo perante a sua relevância no quadro da luta contra as alterações climáticas. Independentemente da sua mais valia no plano da segurança no trabalho agrícola — em razão da eliminação dos adubos químicos, cujo manejo por vezes descuidado ou em condições inseguras provoca lesões nos trabalhadores do campo —, e da sua importância no incremento da qualidade dos alimentos, o papel capital da agricultura biológica está reservado para o combate ao aquecimento global, em várias frentes.

Reganold e Watcher⁹ afirmam que, em regra, os estudos sobre agricultura biológica concluem que essa metodologia é mais amiga do ambiente do que a agricultura convencional. Tais análises atestam que os solos utilizados na agricultura biológica possuem um nível de carbono superior, são dotados de melhor qualidade ecossistémica e revelam menor exposição à

9 REGANOLD, John P.; WATCHER Jonathan M. Organic agriculture in the twenty-first century. **Nature**, 2016/2, p. 1-3.

erosão. Acresce que as explorações agrícolas ganham ampla dianteira tanto no plano da diversidade de flora e fauna (insectos, micróbios, pássaros) como no plano da diversidade de *habitats* e da paisagem. Além disso, os grupos de fauna mais funcionais (como herbívoros, polinizadores e predadores) apresentam maior diversidade nos sistemas de agricultura biológica.

Deve-se sublinhar que estas investigações apuram que, em regra, o uso de inseticidas e fungicidas nas explorações tradicionais tem efeitos muito negativos sobre a biodiversidade. Como a agricultura orgânica não utiliza pesticidas sintéticos, o risco de poluição das águas de superfície e em lençóis freáticos é mínimo, ou não existe. No tocante à lixiviação por nitrato e fósforo e à emissão de gases com efeito de estufa, os sistemas orgânicos demonstram mais eficiência do que os tradicionais — quando relativos à produção por hectare, não tanto quando relativos à quantidade de produto produzido (aqui por vezes a eficiência é mesmo menor nas explorações biológicas, em razão da maior necessidade de solo que estas implicam).

É também de realçar que a degradação dos sistemas aquíferos e marinhos está estreitamente ligada ao uso excessivo de fertilizantes à base de nitrogénio e de fósforo, factores que potenciam a eutrofização da água e a criação de zonas hipóxicas em águas costeiras. Meta-análises de dados comparativos entre explorações orgânicas e convencionais demonstram que a utilização de nutrientes de baixo teor poluente nas primeiras pode fazer decrescer significativamente os efeitos prejudiciais nas águas.

Importa ainda fazer referência à superior eficiência energética dos sistemas de agricultura biológica. Vários casos de estudo comprovam que essas explorações usam, numa análise por hectare, significativamente menos energia e acrescidas aos restantes factores descritos contribuem para a excelente pegada ecológica desses sistemas e fazem deles



importantes estruturas de sequestro de carbono e de redução de gasto energético, pilares fundamentais do combate ao aquecimento global¹⁰.

Outra abordagem, patrocinada pela IFOAM, apresenta igualmente os contributos da agricultura biológica para a luta contra as alterações climáticas. No Relatório *Organic Agriculture: a Guide to Climate change and food security* (2009)¹¹, a Associação começa por indicar os três principais trunfos da agricultura biológica — alto nível de sequestro de carbono; reduzido nível de emissões de CO₂; maior eficiência no uso do solo e maior segurança na preservação dos elementos vitais (*food secure farming*) —, para depois analisar as suas virtualidades em duas frentes das guerras do clima: mitigação e adaptação. No que toca à mitigação, essa metodologia de produção releva nos seguintes planos: evitação de fertilizantes químicos e herbicidas; incremento da fertilidade e carbonicidade do solo; redução dos solos sem utilização; técnicas de lavoura adequadas; combinação de colheitas perenes e anuais; gestão racional no plano pecuário; adubagem natural; gestão racional dos prados; sistemas de rizicultura intensiva (*System of Rice Intensification* – SRI); produção e consumo locais. Quanto à adaptação, a agricultura biológica pode contribuir para esse objectivo uma vez que previne e reverte a erosão dos solos e incentiva a recuperação de solos degradados; promove a resiliência em face de secas e inundações e incrementa a eficiência no uso da água; fomenta colheitas resilientes, diversidade agrogenética, diversificação de culturas; induz a aquisição de novos conhecimentos por parte dos agricultores.

10 Ver também: PORTER, John, *et al.* The Value of Producing Food, Energy, and Ecosystem Services within an Agro-Ecosystem. **AMBIO: A Journal of the Human Environment**, 2009/4, p. 186 e segs. GOMIERO, Tiziano, PIMENTEL, David; PAOLETTI, Maurizio G. Environmental Impact of Different Agricultural Management Practices: Conventional vs. Organic Agriculture. **Critical Reviews in Plant Sciences**, v. 30, 2011, p. 95 e segs.

11 Disponível em: <http://www.louisbolk.org/downloads/2242.pdf>.

Nem tudo são ganhos, no entanto, e os detractores da agricultura biológica apontam a esta metodologia um pecado capital: a necessidade de espaço. O facto de este tipo de agricultura ser extensiva, e não intensiva — para dar tempo de recomposição aos solos —, faz com que seja necessária muito mais terra para produzir as mesmas quantidades que se produzem pelos métodos convencionais. O que, tendo em consideração que o espaço é uma grandeza escassa nos Estados desenvolvidos, reduz a competitividade da agricultura biológica. E logo se aproveita para argumentar que não será por esta metodologia que se matará a fome aos 9 biliões de pessoas previstos para 2050.

Este argumento é falacioso e demagógico, pois o problema da fome não se prende com a produção, mas com o acesso aos alimentos. O Banco Mundial já o reconheceu, frisando que uma significativa fatia da população mundial, sobretudo no hemisfério sul, se encontra em situação de pobreza extrema, não tendo meios para adquirir alimentos, nem terra onde os produzir. Em contrapartida, nos Estados desenvolvidos, o problema é de sobreprodução e de desperdício¹². Este desequilíbrio está assinalado, de resto, desde a década de 1970, com a Declaração de Cocoyoc (1974)¹³ a sublinhar que “The grain exists, but it is being eaten elsewhere by very well-fed people” (§14º).

Porém, mais importante do que chamar a atenção para a inverdade deste raciocínio é sublinhar que a agricultura biológica, ainda que utilize

12 Cfr. ANDERSON, Kym; IVANIC, Maros; MARTIN, Will. **Food Price Spikes, Price Inflation, and Poverty**, The World Bank Development Research Group Agriculture and Rural Development Team, Julho 2013. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/533251468340210092/pdf/WPS6535.pdf>. Acesso em: 16 out. 2017.

13 Declaração adoptada na sequência do simpósio promovido pelo UNEP e pela UNCTAD subordinado ao tema “Patterns of Resource Use, Environment and Development Strategies”, que teve lugar em Cocoyoc (México).



mais solo — solo que pode ser capturado à agricultura convencional, depois de reconvertido —, dá maiores garantias de resiliência às intempéries e mitiga os efeitos das alterações climáticas, acabando por, no final do dia, ser mais eficiente do que a agricultura convencional. De acordo com o Relatório *Organic Agriculture: a Guide to Climate change and food security*, supracitado, é patente a importância dos métodos orgânicos na estruturação de um solo que retém melhor a água, o que o torna mais apto a produzir em condições de escassez daquela. Ademais, a diversidade de culturas e a alternância de tempos de colheita que se praticam nos sistemas biológicos permitem enfrentar com mais facilidade a incerteza climática. Acresce que as técnicas de agricultura biológica robustecem o solo, incrementando a disponibilidade de terra ao mesmo tempo em que reverterem a sua degradação e a erosão. Finalmente, os sistemas de agricultura biológica são acessíveis a pequenos agricultores, dinamizando a produção local e reduzindo custos e emissões em transporte.

O Relatório informa que a agricultura biológica se encontra em franco crescimento porque fomenta a segurança alimentar e o acesso aos alimentos¹⁴. A IFOAM recorda que três relatórios editados pelo Programa das Nações Unidas para o Ambiente, pela Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento, e pela Agência do PNUA para a avaliação da ciência e tecnologia no desenvolvimento agrícola, todos de 2008, concluíram que a agricultura orgânica tem potencial para aumentar a produtividade agrícola, os rendimentos desta e com isso fomentar a segurança alimentar. Por seu turno, o Fundo Internacional para o Desenvolvimento Agrícola já havia reconhecido, em 2005, que a agricultura biológica é especialmente relevante em climas difíceis.

¹⁴ Cfr. REGANOLD, John P.; WATCHER Jonathan M. Organic agriculture in the twenty-first century. *Nature*, 2016/2, p. 6-8.

Com efeito, enquanto em Estados desenvolvidos e de clima temperado a média de produção em sistemas orgânicos pode revelar-se mais baixa do que na agricultura convencional, em Estados em desenvolvimento e regiões áridas, em contextos adversos, a agricultura biológica toma a dianteira. Além disso, revela melhores desempenhos em cenários de escassez hídrica, o que ilumina o seu potencial no âmbito da adaptação às alterações climáticas.

Acresce que a agricultura biológica, porque aproxima o agricultor da terra e fomenta um diálogo permanente para compreender os equilíbrios naturais, empodera as comunidades locais e contribui para a independência alimentar destas. Dado que este sistema tem custos de implementação razoáveis (sobretudo se o solo não estiver degradado) e assenta no aproveitamento de recursos locais, biológicos e humanos, a sua adopção pelos mais de 400 milhões de pequenas quintas (isto é, com menos de 2 hectares de extensão) torna-se viável. Estas explorações constituem a chave da segurança alimentar no espaço dos Estados em desenvolvimento, pois pulverizam o uso racional da terra por comunidades desfavorecidas, incrementam a qualidade da alimentação e fazem-no com respeito pelos parâmetros de protecção ambiental — com isso contribuindo para a consecução dos Objectivos do Milénio e para o Objectivo 2 da Agenda 2030 (“Erradicar a fome, alcançar a segurança alimentar, melhorar a nutrição e promover a agricultura sustentável”).

3 O QUADRO JURÍDICO (EUROCOMUNITÁRIO) DOS MÉTODOS DE PRODUÇÃO BIOLÓGICA

Porque a agricultura é uma política partilhada entre a União e os Estados-Membros (cfr. a alínea d)) do nº 2 do artigo 4 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, doravante), não é de estranhar que a



moldura jurídica da agricultura biológica seja primordialmente de origem eurocomunitária. Embora esta metodologia não encontre suporte expresso no TFUE, o Título III (Agricultura e Pescas) contempla algumas normas que podem revestir especial importância neste domínio, como a que refere as subvenções à produção e comercialização de certos produtos (n.º 2 do artigo 40 do TFUE), ou a que se reporta a acções comuns destinadas a promover o consumo de certos produtos (alínea b)) do artigo 41 do TFUE). Tendo em consideração a estreita conexão entre os métodos de agricultura biológica e a luta contra as alterações climáticas — desde a reforma dos Tratados promovida pelo Tratado de Lisboa, em 2009, expressamente referenciada no Título XX (*O Ambiente*), como objectivo da política de ambiente (cfr. o 4.º trav. do n.º 1 do artigo 191) —, não surpreenderá a dupla filiação de medidas eurocomunitárias adoptadas neste âmbito.

A verdade, porém, é que a agricultura biológica só passa a integrar a rede normativa da União Europeia mais de trinta anos após o seu arranque (como Comunidade Económica Europeia), com a entrada em vigor do Tratado de Roma, de 1957. Essa situação encontra a sua explicação em duas ordens de razões: por um lado, a questão ecológica só emerge na década de 1970, sendo abraçada pela então Comunidade Económica Europeia, em 1972, com a *Declaração de Paris*, e só sendo formalmente integrada nos Tratados instituídos com a primeira revisão, promovida pelo Acto Único Europeu, de 1986 (o que não impediu, sublinhe-se, que entre 1972 e 1987, a Comunidade editasse centenas de directivas e regulamentos mais ou menos directamente relacionados com objectivos de protecção do ambiente); por outro lado, e principalmente, porque as preocupações iniciais com a Política Agrícola Comum foram: i) reconstruir um sector económico frágil, muito afectado pela II Guerra, garantindo a subsistência dos agricultores em condições equitativas; ii) assegurar a competitividade dos produtos agrícolas; e iii) salvaguardar a segurança alimentar das populações dos Estados-Membros.

[Ir para o índice](#)

Vejamos muito sinteticamente como despertou a União Europeia para as metodologias da produção biológica e como as regulou.

3.1 A reforma da PAC, de 1992, e a introdução do conceito pelo Regulamento nº 2.092, de 1991, do Conselho, de 24 de junho

Foi com a reforma da Política Agrícola Comum (PAC) que a agricultura biológica passou a integrar as opções dos agricultores europeus (sem embargo de existir já regulamentação em alguns Estados-Membros, como se referiu *supra*). Na Comunicação da Comissão ao Conselho sobre a Evolução e Futuro da PAC [COM (91) 100 final]¹⁵ podia ler-se (na página 2: “Dados do problema da PAC”) que

[...] um sistema que faz depender o apoio concedido à agricultura das quantidades produzidas fomenta o desenvolvimento da agricultura e, por conseguinte, favorece a intensificação dos métodos de produção. Sem qualquer intervenção, este processo acarreta consequências negativas: onde há produção intensiva, há exploração abusiva da natureza, poluição da água, degradação do solo. Onde deixa de haver produção, à medida que cresce a separação entre o produto e a terra, há desertificação e baldios.

Mais adiante, já em sede de definição dos objectivos da reforma a emprender (pág. 10), a Comunicação afirma que

15 Disponível em: http://ec.europa.eu/agriculture/cap-history/1992-reform/com91-100_pt.pdf. Esta Comunicação vem na sequência do *Livro Verde sobre as perspectivas de futuro da agricultura europeia*, da Comissão Europeia, de 1985.



No que diz respeito mais especificamente ao sector agrícola, esta opção tem consequências que devem ser avaliadas e assumidas. Implica, designadamente, que se reconheça que o agricultor desempenha, ou pelo menos pode e deve desempenhar, simultaneamente, duas funções principais: uma actividade de produção e, ao mesmo tempo, uma actividade de protecção do ambiente e de desenvolvimento rural. A actividade de produção está tradicionalmente centrada na produção alimentar. Esta continuará a ser a sua finalidade dominante mas será dada maior importância à produção de matérias-primas para utilizações não alimentares. A protecção do ambiente implica o reforço do papel do agricultor enquanto responsável pelo ambiente, através da utilização de métodos de produção menos intensivos e a aplicação de medidas favoráveis ao ambiente.

Deve-se realçar que a protecção da Natureza constituía um objectivo de realização crescente no seio da União Europeia, que, em 1992, completou o desenho normativo da rede Natura 2000 por meio da directiva 92/43/CEE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio (a directiva *Habitats*, que se conjuga com a chamada *directiva Aves*: directiva 79/409/CEE, do Conselho, de 2 de abril). Acrescia a preocupação com a poluição da água por nitratos provenientes da actividade agrícola, materializada na adopção da directiva 91/676/CEE, do Conselho, de 12 de dezembro (relativa à protecção das águas contra a poluição causada por nitratos de origem agrícola). Ambos estes domínios interferem com o desígnio de depuração dos métodos de produção agrícola e de criação pecuária, promovendo a diversidade biológica dos solos e terrenos, por um lado, e reduzindo as fontes de emissões poluentes (de nitratos), por

[Ir para o índice](#)

outro lado¹⁶. Com a assunção do entrecruzamento entre agricultura e ambiente, nasce uma nova política, a de desenvolvimento rural, que visa promover “uma agricultura sustentável, de alto valor natural”¹⁷.

É nesse contexto que surgem o Regulamento (CEE) nº 2.092, de 1991, do Conselho, de 24 de junho, relativo ao modo de produção biológico de produtos agrícolas e à sua indicação nos produtos agrícolas e nos géneros alimentícios, e o Regulamento (CE) nº 2.078, de 1992, do Conselho, de 30 de junho, relativo a métodos de produção agrícola compatíveis com as exigências da protecção do ambiente e à preservação do espaço natural. Aparentemente, os Regulamentos têm o mesmo objecto, mas o primeiro contém um regime material; o segundo se destina à criação de um fundo comunitário de ajudas, no âmbito do FEOGA. O regime plasmado no Regulamento nº 2.092, de 1991, assenta fundamentalmente em três vectores: métodos de produção; rotulagem; e medidas de controlo.

Perante a expansão da agricultura biológica no espaço da União Europeia, e após a apresentação, pela Comissão ao Conselho, de um *Plano de acção europeu para os alimentos e a agricultura biológicos* [COM (2004) 415, final – de 10 de junho]¹⁸, as instituições europeias reconheceram que havia ainda algum caminho a percorrer na regulação da matéria,

16 Para uma resenha comparativa das interferências entre agricultura e ambiente nos 10 Estados-Membros que, em final da década de 1980, integravam a Comunidade Económica Europeia (a adesão de Portugal e Espanha só se consumou em 1986 e não entraram neste estudo), CUTRERA, Achile (org.), *Agricultura e Ambiente. Anuario Europeo dell’Ambiente, direcção de Achile Cutrera*, 1988, p. 23-50.

17 Cfr. BORN, C. H., *La conservation de la biodiversité dans la politique agricole commune. Cahiers de Droit Europeen*, 2001/3-4, p. 376.

18 Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0415:FIN:EN:PDF>.



quer no tocante à harmonização de regras de produção, quer relativamente à proibição de utilização de organismos geneticamente modificados. É sobretudo, mas não apenas, com estas preocupações que surge o Regulamento (CE) nº 834, de 2007, do Conselho, de 28 de junho, regime presentemente em vigor e ao qual dedicaremos as linhas que se seguem.

3.2 O Regulamento (CE) nº 834 de 2007, do Conselho, de 28 de junho¹⁹

No 5º considerando inicial do Regulamento nº 834, de 2007, pode-se ler que “é conveniente definir mais explicitamente os objectivos, princípios e regras aplicáveis à produção biológica, a fim de aumentar a transparência e a confiança dos consumidores e contribuir para uma percepção harmonizada do conceito de produção biológica”. Para tanto, cumpria revogar o Regulamento nº 2.092, de 1991, e substituí-lo por um novo, que desenvolvesse e aprofundasse o quadro legislativo, esclarecendo questões, aditando elementos e estabelecendo limites.

O Regulamento nº 834, de 2007, define desde logo o seu âmbito de aplicação no nº 2 do artigo 1, pela positiva e pela negativa:

O presente regulamento é aplicável aos seguintes produtos da agricultura, incluindo a aquicultura, sempre que sejam colocados no mercado ou a tal se destinem:

- a) Produtos agrícolas vivos ou não transformados;
- b) Produtos agrícolas transformados destinados a serem utilizados como géneros alimentícios;

¹⁹ Alterado pelos Regulamentos: (CE) nº 967, de 2008, do Conselho, de 29 de setembro; e (CE) nº 517, de 2013, do Conselho, de 13 de maio.

c) Alimentos para animais;

d) Material de propagação vegetativa e sementes.

Os produtos da caça e da pesca de animais selvagens não são considerados produção biológica.

Deve-se atentar à definição de “produção biológica” que consta da alínea “a” do artigo 2 – “‘Produção biológica’, a utilização do método de produção conforme com as regras estabelecidas no presente regulamento em todas as fases da produção, preparação e distribuição” —, bem como na caracterização das “‘Fases da produção, preparação e distribuição’: qualquer fase desde a produção primária de um produto biológico até a sua armazenagem, transformação, transporte, venda ou fornecimento ao consumidor final e, se for caso disso, a rotulagem, publicidade, importação, exportação e actividades de subcontratação”. [alínea “b” do artigo 2]. Esta metodologia abrange a produção de vegetais (incluindo algas marinhas), a criação de animais e a aquicultura, conforme descritos nas alíneas “e”, “f” e “g” do mesmo artigo 2.

O diploma estabelece objectivos e princípios gerais do sistema de produção biológica. Para os objectivos gerais, veja-se o disposto no artigo 3:

A produção biológica tem os seguintes objectivos gerais:

- a) Estabelecer um sistema de gestão agrícola sustentável que:
 - i) Respeite os sistemas e ciclos da natureza e mantenha e reforce a saúde dos solos, da água, das plantas e dos animais e o equilíbrio entre eles;

Ir para o índice



- ii) Contribua para um elevado nível de diversidade biológica;
 - iii) Faça um uso responsável da energia e dos recursos naturais, como a água, os solos, as matérias orgânicas e o ar;
 - iv) Respeite normas exigentes de bem-estar dos animais e, em especial, as necessidades comportamentais próprias de cada espécie;
- b) Procurar obter produtos de elevada qualidade;
- c) Procurar produzir uma ampla variedade de géneros alimentícios e de outros produtos agrícolas que correspondam à procura, por parte dos consumidores, de bens produzidos através de processos que não sejam nocivos para o ambiente, a saúde humana, a fitossanidade ou a saúde e o bem-estar dos animais.

Os princípios gerais encontram-se enunciados no artigo 4:

A produção biológica assenta nos seguintes princípios:

- a) Concepção e gestão adequadas de processos biológicos baseados em sistemas ecológicos que utilizem recursos naturais internos ao sistema através de métodos que:
- i) Empreguem organismos vivos e métodos de produção mecânicos;

[Ir para o índice](#)

- ii) Pratiquem o cultivo de vegetais e a produção animal adequados ao solo ou pratiquem a aquicultura respeitando o princípio da exploração sustentável dos recursos haliêuticos;
 - i) Excluam a utilização de OGM e de produtos obtidos a partir de OGM ou mediante OGM, com exceção dos medicamentos veterinários;
 - iv) Se baseiem na avaliação dos riscos e na utilização de medidas de precaução e de medidas preventivas, se for caso disso;
- b) Restrição da utilização de insumos externos. Quando forem necessários insumos ou quando não existam as práticas e métodos de gestão adequados referidos na alínea a), estes devem ser limitados a:
- i) Insumos provenientes da produção biológica;
 - ii) Substâncias naturais ou derivadas de substâncias naturais;
 - iii) Fertilizantes minerais de baixa solubilidade;
- c) Estrita limitação da utilização de insumos de síntese química a casos excepcionais em que:
- i) Não existam práticas adequadas de gestão; e
 - ii) Não estejam disponíveis no mercado os insumos externos referidos na alínea b); ou

Ir para o índice



- iii) A utilização dos insumos externos referidos na alínea b) contribua para impactos ambientais inaceitáveis;
- d) Adaptação, sempre que necessário, no âmbito do presente regulamento, das regras da produção biológica, tendo em conta a situação sanitária, as diferenças climáticas regionais e as condições locais, os estádios de desenvolvimento e as práticas específicas de criação.

O Regulamento nº 834, de 2007, enumera com detalhe princípios específicos aplicáveis à agricultura (artigo 5), à transformação de géneros alimentícios biológicos (artigo 6), à transformação de alimentos biológicos para animais (artigo 7). Quando entramos no domínio das regras de produção, deve-se realçar, em sede geral — e essa é uma das inovações do Regulamento nº 834, de 2007 — a proibição expressa de utilização de OGMs, prevista no nº 1 do artigo 9,

Na produção biológica, não podem ser utilizados OGM nem produtos obtidos a partir de OGM ou mediante OGM como géneros alimentícios, alimentos para animais, auxiliares tecnológicos, produtos fitofarmacêuticos, fertilizantes, correctivos dos solos, sementes, materiais de propagação vegetativa, microrganismos e animais²⁰.

²⁰ Veja-se também o que consta do nº 3 do mesmo preceito: “Para efeitos da proibição referida no nº 1 relativamente a produtos que não sejam géneros alimentícios nem alimentos para animais ou produtos obtidos mediante OGM, os operadores que utilizem tais produtos não biológicos comprados a terceiros devem exigir do vendedor que confirme que os produtos fornecidos não foram obtidos a partir de OGM ou mediante OGM”.

Bem como a vedação da utilização de radiações ionizantes para o tratamento dos géneros alimentícios biológicos, dos alimentos biológicos para animais, ou das matérias-primas neles utilizadas (artigo 10).

O regime do Regulamento assenta, fundamentalmente, nos três mesmos pilares do seu antecessor, de 1991, hoje com mais desenvolvimento e densidade. Depois de uma primeira parte dedicada a regras de produção, gerais e específicas — na qual chamaríamos particular atenção para o disposto no artigo 16, sobre “Produtos e substâncias utilizados na agricultura e critérios para a sua autorização”²¹ —, o Regulamento versa sobre rotulagem nos artigos 23 a 26, e sobre controlos nos artigos 27 a 31.

No que toca à rotulagem, operação essencial para a identificação do produto e das suas características, bem assim como para informação do consumidor, o nº 1 do artigo 23 estabelece que os termos “bio” e “eco” são sinais de recognoscibilidade de um produto como proveniente de produção por métodos biológicos reconhecidos pelo Regulamento. Nenhum produto que contenha OGMs, que seja constituído por OGMs, ou que tenha sido obtido a partir de OGMs, pode ostentar rótulos de produção biológica.

Do artigo 24 constam as indicações obrigatórias dos rótulos de produção biológica, que podem incluir a utilização de um logotipo comunitário, no qual deverá estar especificado se o produto provém de uma exploração situada em território da União Europeia, em Estado terceiro ou em mais do que um território, incluindo o da União Europeia, “sempre que uma

21 É a Comissão que cabe autorizar a inclusão destes produtos e substâncias numa lista restrita, à qual podem ser aditados ou retirados quer em razão de novas informações recolhidas pela Comissão, quer em razão de pedidos formulados pelos Estados, de acordo com os critérios constantes do nº 2 do artigo 16º.



parte das matérias-primas agrícolas tenha sido produzida na Comunidade e outra parte num país terceiro”²². O logotipo europeu (que é, desde julho de 2012, de utilização obrigatória para produtos pré-embalados na União Europeia e facultativo para os restantes²³ pode ser acompanhado do logotipo nacional e do logotipo privado do produtor, desde que os métodos de produção satisfaçam os requisitos do Regulamento (nº 2 do artigo 25)²⁴. O logotipo europeu não pode ser usado relativamente a produtos provenientes de explorações em conversão²⁵, nem a géneros alimentícios transformados, ou provenientes da caça e pesca, ou que contenham alguns ingredientes biológicos (§ 2º do nº 1 do artigo 25).

22 Veja-se o Regulamento (CE) nº 1.235, de 2008, da Comissão, de 8 de dezembro, que estabelece normas de execução do Regulamento (CE) nº 834, de 2007, do Conselho, no que respeita ao regime de importação de produtos biológicos de países terceiros.

23 O logotipo europeu foi criado em 2010, pelo Regulamento nº 271, de 2010, da Comissão, de 24 de março, tendo fixado, em 30 de junho de 2012, o final do período de transição, alterando assim o disposto no nº 10 do artigo 95 do Regulamento nº 889, de 2008, da Comissão, de 5 de setembro, que dá execução ao Regulamento nº 834, de 2007.

24 No Acórdão do TJUE, de 10 de maio de 2012 (proc. C-368/10), o Tribunal do Luxemburgo teve ocasião de se pronunciar sobre a compatibilidade da utilização de rótulos ecológicos como critérios de adjudicação de contratos públicos (*in casu*, tratava-se de um contrato público para o fornecimento, a instalação e a manutenção de máquinas distribuidoras de bebidas quentes e para o fornecimento de chá, café e outros ingredientes). Veja-se o que se afirmou no considerando 94 do aresto: “Quanto ao caso específico da utilização de rótulos, o legislador da União deu certas indicações precisas quanto às implicações dessas exigências no contexto das especificações técnicas. Tal como resulta dos nºs 62 a 65 do presente acórdão, após ter sublinhado, no artigo 23º, nº 3, alínea “b”, da Diretiva 2004/18, que essas especificações devem ser suficientemente precisas para permitir aos proponentes determinar o objeto do contrato e às entidades adjudicantes adjudicá-lo, o legislador autorizou, no nº 6 do mesmo artigo, as entidades adjudicantes a recorrerem aos critérios subjacentes a um rótulo ecológico para estabelecerem certas características de um produto, mas não a erigirem o rótulo ecológico em especificação técnica, podendo este ser utilizado apenas a título de presunção de que os produtos que dele dispõem satisfazem as características assim definidas, sem prejuízo expresso de qualquer outro meio de prova adequado”.

25 O regime dos produtos provenientes de explorações em conversão está descrito no artigo 17.

Ir para o índice

No que concerne ao controlo, ele processa-se numa dupla base: por um lado, segundo o disposto no Regulamento nº 882, de 2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril, relativo aos controlos oficiais realizados para assegurar a verificação do cumprimento da legislação relativa aos alimentos para animais e aos géneros alimentícios e das normas relativas à saúde e ao bem-estar dos animais; por outro lado, e de forma cumulativa, especificamente com base nos artigos 27 e seguintes do Regulamento nº 834, de 2007, e complementarmente por recurso ao Regulamento (CE) nº 882, de 2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril (relativo aos controlos oficiais realizados para assegurar a verificação do cumprimento da legislação relativa aos alimentos para animais e aos géneros alimentícios e das normas relativas à saúde e ao bem-estar dos animais – alterado pelo Regulamento nº 776, de 2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de maio). Aliás, o sistema é, ele próprio, dual: de uma banda, são as entidades designadas pelos Estados-Membros que procedem aos controlos dos operadores, *a priori* e *a posteriori* (cfr. o nº 1 do artigo 27)²⁶; mas, de outra banda, a Comissão, por um Comité específico (cujo funcionamento se desenvolve no quadro da Decisão nº 1999/468/CE do Conselho, de 28 de junho), pode tomar medidas preventivas e de controlo adequadas à necessidade ou urgência da situação (cfr. o nº 2 do artigo 27).

26 De acordo com Francisco SERRADOR, Francisco. Produção biológica – certificação e garantias. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**, nº 63, 2010, p. 41 e segs., e reportando-se ao artigo 27, “Cada Estado-Membro pode optar entre um dos seguintes sistemas de controlo: A – Sistema operado por organismos privados reconhecidos pela autoridade competente; B – Sistema operado por uma (ou mais) autoridade(s) designada(s) de controlo; C – Sistema operado por uma (ou mais) autoridade(s) designada(s) e controlo e por organismos privados reconhecidos (sistema misto, do tipo A + B). A maioria dos países da União Europeia viria a adotar o sistema do tipo A, entre os quais Portugal, França, Bélgica, Alemanha, Reino Unido e Itália. Em seis outros casos optou-se pelo tipo B (Dinamarca, Estónia, Finlândia, Lituânia, Malta e Holanda), enquanto que nos restantes quatro pelo tipo C (República Checa, Luxemburgo, Polónia e Espanha)”.



A autoridade competente do Estado pode, por razões de competência técnica, delegar a terceiros as suas competências de controlo. No entanto, essa delegação só pode acontecer nos termos do nº 5 do artigo 27: com indicação precisa das tarefas a desenvolver pelo organismo de controlo; com garantia de que este dispõe de meios, humanos e técnicos, adequados e suficientes; uma vez assegurada a imparcialidade e a inexistência de conflitos de interesses; e após comprovação da acreditação do organismo, nos termos da regulamentação da União Europeia, pela instituição nacional de acreditação competente. A comunicação entre autoridade competente e o organismo de controlo deve ser regular, exprimindo uma coordenação eficaz da parte da primeira. Os organismos de controlo estão sujeitos aos poderes de supervisão e controlo por parte da autoridade competente, por meio de auditorias, inspecções, e de verificação da independência e adequação das medidas impostas aos operadores (nº 9 do artigo 27).

Os operadores nacionais devem, antes de colocar qualquer produto resultante de produção biológica no mercado, declarar o início de actividade à autoridade competente e sujeitar-se ao controlo das regras de produção — específicas para cada sector de produção biológica — por parte dos organismos de controlo (artigo 28/1). Estes actuam com base nas prescrições do Regulamento nº 889, de 2008, da Comissão, de 5 de setembro²⁷, que estabelece normas de execução do Regulamento (CE) nº 834, de 2007, do Conselho, relativo à produção biológica e à rotulagem dos produtos biológicos, no que respeita à produção biológica, à rotulagem e ao controlo (também cfr. o nº 6 do artigo 28).

Nos termos do artigo 63 do Regulamento nº 889, de 2008, que incide sobre o regime de controlo e compromisso do operador:

27 Com versão consolidada publicada no JOUE, de 1º de janeiro de 2015.

1. No início da aplicação do regime de controlo, o operador estabelece e, subsequentemente, mantém em dia:
 - a) Uma descrição completa da unidade e/ou das instalações e/ou da actividade;
 - b) Todas as medidas concretas a tomar ao nível da unidade e/ou das instalações e/ou da actividade para garantir o respeito das regras da produção biológica;
 - c) As medidas de precaução a adoptar para reduzir o risco de contaminação por produtos ou substâncias não autorizados, bem como as medidas de limpeza a aplicar nos locais de armazenagem e em toda a cadeia de produção do operador;
 - d) As características específicas do método de produção utilizado, sempre que o operador tencione solicitar provas documentais em conformidade com o artigo 68, nº 2.

O operador deve manter registros documentais da sua actividade comercial, e sujeitar-se a visitas de controlo por parte do organismo de controlo – obrigatoriamente, uma em cada ano, e eventualmente outras, de carácter aleatório, “baseadas numa avaliação geral dos riscos de incumprimento das regras da produção biológica, tendo em conta, pelo menos, os resultados dos controlos anteriores, a quantidade de produtos em causa e o risco de troca de produtos” (cfr. os artigos 65 e 66 do Regulamento nº 889, de 2008).

Caso a exploração não se conforme com os requisitos dos Regulamentos referidos, o operador não poderá caracterizar os seus produtos



como gerados a partir de métodos de produção biológica, estando-lhe vedada a rotulagem específica desses produtos e não podendo candidatar-se aos apoios concedidos a esse tipo de explorações. Se a infração das regras ocorrer posteriormente ao início de exploração, o operador sujeita-se a sanções aplicadas pelo organismo de controlo, as quais, se forem graves, pelo seu conteúdo ou prolongamento temporal, podem gerar a determinação da proibição de comercializar produtos rotulados como de produção biológica por um período determinado (nº 2 do artigo 30 do Regulamento nº 834, de 2007, e artigo 91º do Regulamento nº 889, de 2008).

Os produtos resultantes de produção biológica circulam livremente no espaço económico da União Europeia, não podendo ser proibida ou restringida a sua comercialização em razão do método de produção. Além do princípio da livre circulação, aplica-se à produção biológica o princípio da protecção mais elevada, podendo qualquer Estado-Membro aplicar regras mais rigorosas à produção vegetal e animal biológica, desde que essas regras também sejam aplicáveis à produção não biológica, estejam em conformidade com a legislação comunitária e não proíbam nem restrinjam a comercialização de produtos biológicos obtidos fora do território do Estado-Membro em causa” (nº 2 do artigo 34 do Regulamento nº 834, de 2007).

O Regulamento nº 834, de 2007, estabelece uma obrigação de comunicação à Comissão, pelos Estados-Membros, das entidades de controlo (artigo 35). Do Regulamento nº 889, de 2008, extrai-se outro dever de informação, desta feita relativo às explorações que pratiquem o regime de produção biológica, em qualquer modalidade (artigo 93).

A revisão do tecido normativo relativo à produção biológica foi bem recebida, mas não é isenta de críticas. Como assinala Francisco SERRA-

[Ir para o índice](#)

DOR²⁸, o regime foi revisto pela Comissão sem a participação dos actores do sector da produção biológica, e ignorando recomendações do Parlamento Europeu. Por um lado, aponta-se como negativa a exclusão dos produtos transformados não alimentares (têxteis e cosméticos), os produtos da caça e pesca de animais selvagens, e o sal. Por outro lado, se é verdade que se proíbe a inclusão de OGMs nos produtos biológicos, abre-se a porta a uma eventual presença destes pela contaminação acidental (cfr. o considerando inicial 10). Enfim, outro aspecto menos feliz parece residir em sujeitar-se a produção biológica ao duplo controlo pelo Regulamento nº 882, de 2004, aplicável à produção convencional, quando a produção biológica, por essência, importa em muito menos riscos alimentares do que a convencional.

É importante ainda referir que o sistema de produção biológica pode beneficiar de apoios. O Regulamento (UE) nº 1.305, de 2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro, relativo ao apoio ao desenvolvimento rural pelo Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural (FEADER), indica actualmente quais. Por um lado, um agricultor que decida enveredar pelo sistema de produção biológico pode candidatar-se a apoios, nos termos do Regulamento (UE) nº 1.305, de 2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro²⁹, relativo ao apoio ao desenvolvimento rural pelo Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural (FEADER). Nos termos da subalínea ii) da alínea a) do nº 1 do artigo 16, o apoio é “concedido sob a forma de incentivo financeiro anual, cujo nível é determinado em função do nível dos custos fixos decorrentes da participação em regimes que beneficiem de apoio, por um período máximo de cinco

28 SERRADOR, Francisco. Produção biológica – certificação e garantias. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**, nº 63, 2010, p. 41 e segs.

29 Com versão consolidada publicada no JOUE de 1º de maio de 2015.



anos”, e “pode cobrir também os custos decorrentes das ações de informação e promoção desenvolvidas no mercado interno por agrupamentos de produtores relativamente a produtos abrangidos por um regime de qualidade que beneficie de apoio ao abrigo do nº 1” (nºs 2 e 3 do artigo 16º).

Por outro lado, um agricultor (ou agrupamento de agricultores) que pretenda reverter superfície agrícola para um sistema de produção biológica pode identicamente candidatar-se a apoios, nos termos do artigo 29 do Regulamento nº 1.305, de 2013, mas apenas se nessa reconversão se impuserem normas de qualidade ambiental superiores às obrigatórias. Os Estados-Membros podem fixar um período de concessão dos apoios de cinco a sete anos, em regra (podendo reduzi-lo — a norma não fixa limite mínimo). Nos termos do nº 4 do artigo 29, “os pagamentos são concedidos anualmente e compensam os beneficiários, total ou parcialmente, pelos custos adicionais e a perda de rendimentos resultantes dos compromissos assumidos. Se necessário, podem também abranger os custos de transação até ao máximo de 20% do prémio pago pelos compromissos. Caso os compromissos sejam assumidos por agrupamentos de agricultores, o nível máximo eleva-se a 30%”.

Esses apoios resultam do *Plano de Ação para o futuro da produção biológica na União Europeia (2014-2020)*³⁰, no qual se constatou que,

Nos últimos anos, o mercado de produtos biológicos da UE, impulsionado por um aumento constante da procura, desenvolveu-se significativamente (19,7 mil milhões de EUR, com uma taxa de crescimento de 9% em 2011).

30 COM (2014) 179 final, de 24 de março de 2014 — Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social europeu e ao Comité das Regiões.

Paralelamente, ao longo da última década, o número de produtores de produtos biológicos e a superfície destinada à produção biológica têm crescido a um ritmo acelerado. Cada ano, 500 000 hectares de terrenos agrícolas convertem-se em terrenos de produção biológica na União. No período 2000-2012, a superfície de produção biológica total aumentou, em média, 6,7% por ano, para atingir cerca de 9,6 milhões de hectares, o que corresponde a 5,4% da superfície agrícola total utilizada na UE. A produção aquícola biológica também está a crescer rapidamente, na sequência da introdução de regras da UE em 2009 (pág. 2).

Sendo certo que a produção biológica contou, desde o início, com apoios da União Europeia, com este Plano de Acção 2014-2020 e com o Regulamento nº 1.305, de 2013, que lhe dá expressão, a produção biológica é considerada “verde por definição”, contando com apoios directos. E a sua expansão por meio da reconversão de terrenos é claramente incentivada, acompanhando a crescente consciencialização dos consumidores para as vantagens da produção biológica, para a saúde e para o ambiente³¹.

Cumpre sublinhar, todavia — e na linha das conclusões do Relatório de estudo (coordenado por Jurn Sanders, Matthias Stolze e Susanne Padel) *Use and efficiency of public support measures addressing organic farming* (2011)³²,

31 Isso sem embargo de o segundo domínio prioritário do *Plano de Acção* se “consolidar e aumentar a confiança dos consumidores no sistema europeu para os alimentos e a agricultura biológicos, bem como a confiança nos produtos biológicos importados, nomeadamente no que respeita às medidas de controlo” (p. 4).

32 Disponível em http://ec.europa.eu/agriculture/external-studies/2012/organic-farming-support/full_text_en.pdf.



As políticas públicas são aqui decisivas. Uma análise quantitativa e qualitativa demonstrou que o apoio público ao sector da produção orgânica constitui o principal motor do seu desenvolvimento e que o seu crescimento se deve fundamentalmente a esse apoio. No entanto, a análise explícita igualmente que as medidas de apoio público não chegam e podem ter pouco impacto se outros factores de suporte não-públicos estiverem ausentes. Um contexto de apoio à agricultura biológica é aquele em que as explorações orgânicas são economicamente viáveis e revelam um bom desempenho no plano competitivo; onde o público é receptivo ao sector e ao consumo dos seus produtos; onde existe um ambiente de mercado positivo na perspectiva dos operadores orgânicos; e onde todos os actores que investem em negócios orgânicos têm confiança nas políticas prosseguidas. Todos esses factores, cumulativamente, influenciam consideravelmente o desenvolvimento do sector de produção biológica.

Para além da coerência e consistência das políticas públicas de apoio à produção biológica e da criação de um ambiente propício à renovação e ao investimento, um outro desafio identificado pelo Plano de Acção 2014-2020, é o tecnológico. Como se pode ler no seu ponto 4.3. *Investigação e inovação para superar desafios nas normas biológicas,*

A produção biológica tornou-se um sistema agrícola altamente especializado, que exige uma formação profissional, conhecimentos e tecnologias específicos. Há uma série de desafios no que respeita à produção de produtos de origem vegetal ou animal nos sistemas geridos segundo o modo de produção biológico, por exemplo devido à

[Ir para o índice](#)

escassez de alguns fatores de produção na sua forma biológica. Existem restrições importantes relacionadas com a alimentação animal, mais especificamente com o abastecimento de proteínas e micronutrientes e a disponibilidade de sementes biológicas. Esses obstáculos terão de ser abordados e superados, em especial tendo em vista uma eventual eliminação progressiva de algumas das atuais exceções e derrogações às regras. Além desses desafios, a Comissão sugere que seja dada mais atenção às questões concretas de desenvolvimento setorial, tais como: a) Métodos inovadores para a gestão das pragas, doenças e ervas daninhas; b) Alternativas aos produtos de cobre para uma proteção ecológica das plantas; c) Redução do consumo de energia pelas estufas; d) Aumento da fertilidade dos solos; e) Melhor utilização da energia; f) Coexistência da agricultura biológica com a agricultura não biológica; g) Ingredientes e técnicas compatíveis com a transformação de produtos alimentares de origem biológica.

A agricultura biológica “pegou de estaca” no panorama rural europeu, embora continue a ser um *work in progress*. A sedução do consumidor – arraigado a hábitos alimentares seculares e treinado para escolher produtos agrícolas selecionados em razão do seu aspecto exterior, e não das suas qualidades intrínsecas –, é tarefa árdua, porque envolve alteração de mentalidades. Bem assim a infiltração da agricultura biológica num bastião de há muito dominado por grandes empresários da agricultura industrial não se faz sem resistências. Mas a confluência, nessa sede, dos objectivos de melhoria para a saúde, de uma banda, e de preservação da biodiversidade, combate à erosão dos solos, prevenção de poluição da água, de outra banda — que podem ser directa e genericamente reconduzidos à protecção do ambiente e à luta contra as alterações climáti-



cas³³ —, reforça a lógica, política e jurídica, de consolidação dos métodos de produção biológica na agricultura europeia.

4 EM PORTUGAL: À ESPERA DA ESTRATÉGIA NACIONAL PARA A AGRICULTURA BIOLÓGICA

O quadro normativo que rege a produção biológica em Portugal é constituído, na sua quase total extensão, pelos Regulamentos da União Europeia *supra* identificado³⁴. Legislação nacional complementar existe,

33 Note-se, todavia, que os incentivos à produção biológica não esgotam as medidas eurocomunitárias de protecção do ambiente no âmbito da agricultura. Conforme expõe FER-RUCCI, Nicoletta, **Agricultura e ambiente. RGd/Ambiente**, 2014/3-4, p. 323 e segs., o *esverdeamento* da agricultura em geral é reconhecido como objectivo da PAC para 2020: veja-se a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões *A PAC no horizonte 2020: Responder aos desafios do futuro em matéria de alimentação, recursos naturais e territoriais*, COM(2010) 672 final (esp. ponto 3.2. *Ambiente e alterações climáticas*). Este *esverdeamento* pode assinalar-se concretamente em dois planos:

> por um lado, nas medidas agroambientais sujeitas a ecocondicionalidade, ou seja, práticas agrícolas benéficas para o clima e para o ambiente — cfr. a subalínea iv) da alínea b) do artigo 1, e os artigos 43 e 65 do regulamento 1307/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro, que estabelece regras para os pagamentos directos aos agricultores ao abrigo de regimes de apoio no âmbito da política agrícola comum;

> por outro lado, na relação entre conservação e promoção da biodiversidade e práticas agrícolas — cfr. a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: *O nosso seguro de vida, o nosso capital natural: uma estratégia da UE para a biodiversidade até 2020*, COM(2011) 244 final, de 3 de maio (esp. ponto 3.3. *Garantir a sustentabilidade da agricultura, silvicultura e pescas*), e mais concretamente a alínea d) do nº 1 do artigo 17 do Regulamento nº 1.305, de 2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro.

34 Realce-se que existe um sistema muito próximo da produção biológica: o sistema de produção integrada — regulado pelo Decreto-Lei nº 256, de 2009, de 24 de setembro, que estabelece o regime das normas técnicas aplicáveis à protecção integrada, à produção integrada e ao modo de produção biológico, alterado e republicado pelo Decreto-Lei nº 37, de 2013, de 13 de março. Os dois sistemas distinguem-se, fundamentalmente, em razão do grau de tolerância aos produtos químicos, interdito na produção biológica e tolerado na produção integrada, embora no âmbito de determinadas condicionantes.

Ir para o índice

pontualmente, no âmbito do financiamento e da acreditação dos organismos de controlo. A autoridade competente para conhecer do início de actividade de produção biológica (inclui a notificação de produtores, preparadores, distribuidores, importadores e exportadores) é a Direcção-Geral de Agricultura e do Desenvolvimento Rural³⁵. Os organismos de controlo, privados, a operar em Portugal, são vários³⁶ e reconhecidos pelo Gabinete de Planeamento e Políticas do Ministério da Agricultura e Desenvolvimento Rural, devendo demonstrar que cumprem a Norma Europeia EN 45 011 em vigor (cuja versão portuguesa é a NP EN 45011: 2001), e encontrando-se previamente acreditados pelo Instituto Português de Acreditação³⁷.

Assim, os passos para iniciar a actividade de produtor biológico em Portugal são: i) o estabelecimento de um contrato com um organismo de controlo, que certifica que os termos em que se propõe desenvolver a actividade estão conformes ao quadro normativo aplicável durante todo o tempo em que ela se prolongar; ii) a notificação da Direcção-Geral de Agricultura e do Desenvolvimento Rural de que vai iniciar a actividade, indicando nesse momento: o organismo privado de controlo e data de realização da primeira operação de controlo.

É na Portaria nº 25, de 2015, de 9 de fevereiro, que se estabelece o regime de apoios à produção biológica, em desenvolvimento do Pro-

35 Cfr. os formulários disponíveis aqui: <http://www.dgadr.mamaot.pt/sustentavel/modo-de-producao-biologico>.

36 Uma listagem pode ser consultada na *Manual de conversão ao modo de produção biológico*, Divisão de Produção Agrícola da Direcção Regional de Agricultura e Pescas do Norte, sem data, pp. 33-38 — disponível em: http://www.drapn.min-agricultura.pt/drapn/prod_agric/fil_bio/manual_conversao.pdf

37 Veja-se a nota informativa sobre estes procedimentos disponível em http://www.dgadr.mamaot.pt/images/docs/val/Reconhecim_OC.pdf



grama de Desenvolvimento Rural do Continente (PDR 2020)³⁸, o qual foi apresentado à Comissão por Portugal para apoio pelo Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural (FEADER), nos termos do nº 1 do artigo 10, do Regulamento nº 1.305, de 2013, suprarreferenciado. Os artigos 9º a 11º da Portaria estabelecem os critérios de elegibilidade, de selecção de candidaturas e o teor dos compromissos dos beneficiários. Essas subvenções, requeridas no IFAP, IP, são anuais, e não reembolsáveis (artigo 15º), encontrando-se os montantes e limites fixados no Anexo III.

No terreno, o panorama da implementação dos métodos de produção biológica em Portugal é algo desanimador no confronto com outros Estados da União Europeia — *maxime*, da Dinamarca, que, em janeiro de 2015, aprovou um plano com 67 medidas para duplicar os terrenos agrícolas afetos à produção orgânica, de modo a duplicar a sua extensão até 2020³⁹. Apesar de, entre 1994 e 2011, o número de pessoas a produzir de forma biológica ter crescido de 234 para quase 3.000⁴⁰; e de os dados mais recentes da Direcção-Geral de Agricultura e Desenvolvimento Rural mostrarem que, entre 2013 e 2014, o número de agricultores registados aumentou 9% e a terra usada para produzir cresceu 8%, atingindo os 239.864 hectares (7% da superfície arável útil continental)⁴¹, no quadro da União Europeia,

38 Aprovado pela decisão de execução da Comissão C(2014) 9896 final, de 12 de dezembro — aprova o *Programa de Desenvolvimento Rural de Portugal-Continente*, para apoio pelo Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural.

39 *Denmark launches 'most ambitious' organic plan*. Disponível em: <https://www.thelocal.dk/20150130/denmark-announces-most-ambitious-organic-plan>.

40 Fonte: *Jornal Público*, 7 de outubro de 2012: *Agricultura biológica aumentou 20 vezes a área em apenas década e meia*.

41 Na Nota de imprensa da Direcção-Geral da Agricultura e Desenvolvimento Rural sobre a *Consulta Pública à Estratégia Nacional para a Agricultura Biológica, datada de 2 de Setembro de 2016* (cfr. http://www.dgadr.mamaot.pt/images/docs/val/bio/Biologica/PRESS_RELEASE.pdf), pode ler-se os dados actualizados: 3.837 agricultores em agricultura biológica, 304 processadores e transformadores, e 14 organizações de agricultores em representação de 1.480 agricultores em agricultura biológica.

ainda assim Portugal é um dos Estados menos representativos neste domínio. Com efeito, no nosso país, apesar de 6% da produção agrícola estar filiada em métodos de produção biológica, esta fica ainda bastante aquém dos valores registrados em Espanha (1.6 milhões de hectares), Itália (1.1 milhões de hectares), Alemanha ou França (1 milhão de hectares).

A razão da inconsistência do progresso é imputada maioritariamente à ausência de uma Política Nacional para a Agricultura Biológica. Sensível a este argumento, o Governo, por meio do Gabinete de Políticas e Planeamento do Ministério da Agricultura, Florestas e Desenvolvimento Rural determinou a criação de um Grupo de Trabalho para avaliar, preparar e apresentar uma Estratégia Nacional para a Agricultura Biológica, e pôr em execução um Plano de Acção para a produção e promoção de produtos biológicos (Despacho nº 7.665, de 2016, de 9 de junho). Como se pode ler no Despacho nº 7.665, de 2016, as atribuições deste Grupo de Trabalho, composto pela Direcção-Geral de Agricultura e Desenvolvimento Rural, que preside e coordena, pelo Gabinete de Planeamento, Políticas e Administração Geral e pela Escola Superior Agrária de Coimbra, prendem-se com a análise e proposta dos instrumentos necessários para apoiar, alargar e promover a agricultura e a produção biológica em Portugal.

Essa Estratégia, com data de apresentação pública marcada para 31 de outubro de 2016, deveria ser construída a partir do relatório intercalar do Grupo de Trabalho, sobre o qual recaiu uma consulta pública (encerrada a 30 de setembro de 2016), pareceres de partes interessadas e opiniões de especialistas. Tendo falhado a data prevista de apresentação da Estratégia, permanecemos à espera da tática para tornar a agricultura biológica uma prática ambientalmente indispensável e economicamente viável em Portugal.



REFERÊNCIAS

AGRICULTURA Biológica. **Guia da regulamentação comunitária**. Comissão Europeia: Direcção-Geral da Agricultura, 2001.

ANDERSON, Kym; IVANIC, Maros; MARTIN, Will. **Food Price Spikes, Price Insulation, and Poverty**, The World Bank Development Research Group Agriculture and Rural Development Team, Julho 2013. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/533251468340210092/pdf/WPS6535.pdf>. Acesso em: 16 out. 2017.

AZEVEDO, Sara Manuel Pitães Gonçalves, **A agricultura biológica em Portugal: (D)as problemáticas e (A)os problemas**, Dissertação de Mestrado em Geografia Humana- Território e Desenvolvimento apresentada na Faculdade de Letras da Universidade do Porto, sob a orientação do Prof. Doutor Hélder Marques, Porto, 2005.

BORN, C. H., La conservation de la biodiversité dans la politique agricole commune. **Cahiers de Droit Europeen**, 2001/3-4, p. 341e segs.

ORGANIC Agriculture 2016. **FIBL&IFOAM**. Disponível em: <https://shop.fibl.org/fileadmin/documents/shop/1698-organic-world-2016.pdf>. Acesso em: 16 out. 2017.

ORGANIC Agriculture 2009. **Climate change and food security, IFOAM**. Disponível em: <http://www.louisbolk.org/downloads/2242.pdf>. Acesso em: 16 out. 2017.

CUTRERA, Achile (org.). Agricultura e Ambiente. **Annuario Europeo dell'Ambiente, direcção de Achile Cutrera**, 1988, p. 23-50.

FERRUCCI, Nicoletta, **Agricultura e ambiente**. **RGd'Ambiente**, 2014/3-4, p. 323 e segs.

Ir para o índice

GOMIERO, Tiziano, PIMENTEL, David; PAOLETTI, Maurizio G. Environmental Impact of Different Agricultural Management Practices: Conventional vs. Organic Agriculture. **Critical Reviews in Plant Sciences**, v. 30, 2011, p. 95 e segs.

PORTER, John, *et al.* The Value of Producing Food, Energy, and Ecosystem Services within an Agro-Ecosystem. **AMBIO: A Journal of the Human Environment**, 2009/4, p. 186 e segs.

REGANOLD, John P.; WATCHER Jonathan M. Organic agriculture in the twenty-first century. **Nature**, 2016/2, p. 1-3.

SANDERS, Jurn; STOLZE, Matthias; PADEL, Susanne. **Report on Use and efficiency of public support measures addressing organic farming, 2011.** Disponível em: http://ec.europa.eu/agriculture/external-studies/2012/organic-farming-support/full_text_en.pdf. Acesso em: 16 out. 2017.

SANDERS, Jurn; STOLZE, Matthias; PADEL, Susanne. **2016: The state of food and agriculture. Climate change, agriculture and food security.** Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-i6030e.pdf>. Acesso em: 16 out. 2017.

SERRADOR, Francisco. **Controlo e certificação da produção biológica.** [s.d]. Disponível em: <http://www.agrobio.pt/pt/certificacao-em-ab-t1263.php>. Acesso em: 16 out. 2017.

SERRADOR, Francisco. Produção biológica – certificação e garantias. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**, nº 63, 2010, p. 41 e segs.

VERMEULEN, Sonja J. *et al.* Addressing uncertainty in adaptation planning for agriculture. **PNAS**, nº 21, 2013, p. 8357 e segs. Disponível em: www.pnas.org. Acesso em: 16 out. 2017.



El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la audiencia de custodia

The International Covenant on Civil And Political Rights and the custody hearing

CÉSAR BARROS LEAL

RESUMEN

Después de hacer mención a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y otros instrumentos de protección de los derechos humanos, el artículo se concentra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, bajo cuya inspiración nació la *audiencia de custodia*, que tiene como objeto garantizar el contacto de la persona presa con la autoridad judicial veinticuatro horas después de la prisión en flagrante. El autor explica el significado, las particularidades y la importancia de esta iniciativa que tiende a aplicarse con frecuencia cada vez mayor en nuestro país y es saludada, entre otras cosas, como un precioso recurso para reducir la sobrepoblación carcelaria.

Palavras-Clave: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Audiencia de custodia*. Prisión en flagrante. Celeridad. Legalidad y necesidad de la prisión. Sobrepoblación carcelaria.

[Ir para o índice](#)

ABSTRACT:

After mentioning the Universal Declaration of Human Rights and other instruments for the protection of human rights, the article concentrates on the International Covenant on Civil and Political Rights, under whose inspiration was born the custody hearing, which aims to ensure the contact of the person arrested with the judicial authority twenty-four hours after the arrest in flagrante. The author explains the significance, the particularities and the importance of this initiative, which tends to be applied with increasing frequency in our country and is welcomed, among other things, as a precious resource to reduce prison overcrowding.

Keywords: *International Covenant on Civil and Political Rights. Custody hearing. Prison in flagrante. Celerity. Legality and necessity of the prison. Prison overcrowding.*

INTRODUCCIÓN

Me sumerjo en el tiempo para una breve incursión histórica y recuerdo, en toda su exuberancia, el tenor de la Declaración francesa, que sirvió como preámbulo a la Constitución de Francia de 1791 y que señaló, con letras doradas, la existencia de principios inmutables que deberían extenderse a todos los pueblos, en todos los tiempos, señalando como derechos esenciales, imprescriptibles y universales, la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Mucho después, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, del 10 de diciembre de 1948, inspirada en las constituciones pioneras de México de 1917 y de Weimar de 1919, amplió anteriores declara-



ciones de derechos, indicando no sólo los derechos tradicionales –civiles y políticos–, sino también los derechos económicos, sociales y culturales como el derecho al trabajo, el descanso y la recreación, la salud, la educación, la habitación, la participación en la vida cultural y la protección especial de la maternidad y de la infancia, derechos que se agregan a los civiles y políticos y los completan, en la medida que las dos categorías son interdependientes e indivisibles. Es más, la dicotomía entre esos derechos fue superada ulteriormente por la Declaración de Viena.

Exuberante en su dicción, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre afirma que todos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos; que todos tenemos derecho a la vida, la libertad y la seguridad; que nadie debe ser sometido a la tortura ni a tratamiento inhumano o degradante; y que todo hombre tiene derecho a ser reconocido, en todos los lugares, como persona ante la ley y merece como tal su amparo. Es cierto que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre dio inicio a la edificación de un nuevo campo del derecho (hoy reconocidamente autónomo de la ciencia jurídica): el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (*International Human Rights Law*), iniciado tímidamente después de la 1ª Guerra Mundial, pero consolidado con el fin de la 2ª Guerra y todo lo que ella representó de cruel, de terrible para la humanidad (en particular los horrores del nazismo, la barbarie de los campos de concentración), en un proceso de universalización de los derechos humanos que se materializó, en gran medida, con la elaboración de tratados, convenios, pactos, etc., de amplitud regional y global. Es la fase legislativa del derecho internacional de los derechos humanos, cristalizado en los documentos que componen la Carta Internacional de Derechos Humanos de la ONU.

Incumbe subrayar que, después de la proclamación en París de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, fueron surgiendo gradualmente los sistemas europeo, interamericano y africano de protec-

ción de los derechos humanos¹, que se sumaron a los sistemas nacionales de protección, los denominados derechos internos.

1 *El Sistema de Protección Europeo*: Uno de los más antiguos y evolucionados sistemas regionales, el sistema europeo de protección de los derechos humanos, se funda en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, Francia, también llamado Tribunal de Estrasburgo o Corte Europea de Derechos Humanos, órgano judicial con función consultiva y contenciosa al que se encaminan denuncias de violaciones de los derechos humanos previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los Protocolos 1, 4, 6 y 7, ratificados por algunos Estados. Hasta el año de 1998 eran dos los órganos que componían el sistema (el Tribunal y la Comisión Europea de Derechos Humanos), pero el Protocolo n. 11, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, suprimió la Comisión como *filtro de las demandas*, que pasaron a ser directamente planteadas al Tribunal. Éste tiene su presidente, dos vicepresidentes y dos presidentes de sección con mandato de tres años. En cada una de las cuatro secciones se forman, por un ciclo de doce meses, comités de tres jueces, encargados de tamizar las denuncias. Hay salas de siete miembros dentro de cada sección que funcionan de modo rotativo y la Gran Sala, compuesta por diecisiete jueces, por un período de tres años.

El Sistema de Protección Africano: La más nueva Corte regional, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, ha empezado a tornarse realidad. Ella se suma a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, creada en 1987, un año después de la entrada en vigor de la Carta Africana (Banjul, Gambia). Su Protocolo, adoptado en 1998, está en vigencia desde el 25 de enero de 2004. Dos años después sus 11 jueces fueron elegidos. Le faltan la adopción del Reglamento y la definición de su sede permanente (hasta ahora comparte la sede con la Comisión en Gambia). Se tiene noticia de que la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana ha aprobado una Resolución que estableció la fusión de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Corte Africana de Justicia.

El Sistema de Protección Interamericano: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos se compone, *ex vi* del artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en vigencia desde el 18 de julio de 1978), de dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (con sede en Washington) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (con sede en San José, Costa Rica).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Órgano de la OEA, creado en 1959, está integrado por siete miembros, expertos de reconocida autoridad moral y versados en derechos humanos, elegidos por la Asamblea General de la OEA a partir de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros. Los comisionados, quienes no son representantes de los Estados ni de los gobiernos, tienen un mandato de cuatro años, prorrogable por una sola vez.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Órgano jurisdiccional del sistema interamericano de protección, creado en 1969, está integrado por siete jueces naturales de Estados Miembros de la OEA (elegidos, según el artículo 52 de la Convención Americana: a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida autoridad en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos).

(Texto extraído, con ajustes, del libro BARROS LEAL, César. **La ejecución penal en América Latina a la luz de los derechos humanos**. México: Porrúa, 2009, p. 343-347).



Flávia Piovesan, procuradora del estado de São Paulo, Profesora de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo y Secretaria Nacional de Derechos Humanos (en el gobierno interino de Michel Temer), deja claro, en diversos textos, que vislumbra, en esa progresiva internacionalización de los derechos humanos, el diseño de una ciudadanía universal, de la cual emanarían derechos y garantías internacionalmente asegurados. En efecto, ciudadanos del mundo, sujetos de derecho internacional: es lo que somos y seremos siempre, en la dimensión de nuestra condición humana.

Ha sido un largo camino, una trayectoria de avances y retrocesos, de pasos ahora lentos, ahora rápidos, a partir del derecho internacional clásico (que veía el Estado como único sujeto de derecho internacional) hasta el derecho internacional de los derechos humanos. Los sistemas global y regional de protección de los derechos humanos están cada vez más fortalecidos, haciendo una gran diferencia en la afirmación y protección de esos derechos.

Entre los instrumentos de protección de los derechos humanos, creados a partir del surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, corresponde citar: la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratamientos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984), el Segundo Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Destinado a Abolir la Pena de Muerte (1989) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

De uno de los instrumentos aludidos nos ocuparemos en este texto: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), centrán-

[Ir para o índice](#)

donos en su artículo 9º (3), que contribuyó a la creación y el desarrollo de una importante herramienta de contención del Estado Penal (limitación del *ius puniendi*) y de humanización del proceso penal, lo que implica una buena dosis de prevención del crimen (secundaria y terciaria) y el desahogo de las prisiones: la *audiencia de custodia*.

1 EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Aprobado el 16 de diciembre de 1966 por la XXI Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, compone, junto con el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos fueron ratificados por Brasil en 1992) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la ya mencionada Carta Internacional de los Derechos Humanos.

Dividido en seis partes con 53 artículos, contiene en la tercera parte (la más extensa) el elenco de los derechos apellidados de primera generación², entre los cuales se citan el derecho a la vida; la prohibición de la

2 Una nomenclatura que juzgamos inadecuada, tal y como fue mencionado en la presentación de la revista n. 14 del Instituto Brasileño de Derechos Humanos, firmada por mí y por el Prof. Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade, Juez de la Corte Internacional de Justicia: Hay que destacar, en primer plano, la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales). Al propugnar por una visión necesariamente *integral* de todos los derechos humanos, el IBDH advierte de la imposibilidad de buscar la realización de una categoría de derechos en detrimento de otras. Cuando se vislumbra el caso brasileño, esa concepción se impone con mayor vigor, puesto que desde los principios de la sociedad predatoria hasta el acentuar de la crisis social agravada en los años más recientes, nuestra historia ha estado marcada por la exclusión, para largas fajas poblacionales, sea de los derechos civiles y políticos, en distintos movimientos, sea de los derechos económicos, sociales y culturales. La concepción integral de todos los derechos humanos se hace presente también en la dimensión temporal, desechando fantasías indemostrables como la de las "generaciones de derechos", que ha perjudicado la evolución de la materia, al proyectar una visión fragmentada o atomizadas en el tiempo de los derechos protegidos. Todos los derechos para todos es el único camino seguro. No se puede postergar para un tiempo indefinido la realización de determinados derechos humanos.



tortura; el derecho a la libertad y la seguridad; la prohibición de la prisión arbitraria; y el derecho a tratamiento digno y humano. A continuación, reproduzco algunos de sus artículos:

- 6.1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Ese derecho deberá ser protegido por la ley. Nadie podrá ser arbitrariamente privado de su vida.
7. Nadie podrá ser sometido a la tortura, ni a penas o tratamiento crueles, inhumanos o degradantes...
- 9.1. Toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad personales. Nadie podrá ser preso o encarcelado arbitrariamente. Nadie podrá ser privado de libertad, salvo por los motivos previstos en ley y en conformidad con los procedimientos en ella establecidos.
- 9.2. Cualquier persona, al ser presa, deberá ser informada de las razones de la prisión y notificada, sin demora, de las acusaciones formuladas contra ella.
- 9.3. Cualquier persona presa o encarcelada en virtud de infracción penal deberá ser conducida, sin demora, a la presencia del juez o de otra autoridad habilitada por ley a ejercer funciones judiciales y tendrá el derecho de ser juzgada en plazo razonable o de ser puesta en libertad. La prisión preventiva de personas que esperan juicio no deberá constituir la regla general, pero la soltura podrá estar condicionada a garantías que aseguren la comparecencia de la persona en cuestión a la audiencia, a todos los actos del proceso y, en el caso de que sea necesario, para la ejecución de la sentencia.

[Ir para o índice](#)

- 9.4. Cualquier persona que sea privada de su libertad por prisión o encarcelamiento tendrá el derecho de recurrir a un tribunal para que éste decida sobre la legalidad de su encarcelamiento y ordene.
- 10.1. Toda persona privada de su libertad deberá ser tratada con humanidad y respeto a la dignidad inherente a la persona humana.
- 10.2.a. Las personas procesadas deberán ser separadas, excepto en circunstancias excepcionales, de las personas condenadas y recibir tratamiento distinto, compatible con su condición de persona no-condenada.
- 10.2.b. Las personas procesadas, jóvenes, deberán ser separadas de las adultas y juzgadas lo más rápido posible.
- 10.3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuyo objetivo principal sea la reforma y la rehabilitación normal de los prisioneros. Los delincuentes juveniles deberán ser separados de los adultos y recibir tratamiento compatible con su edad y condición jurídica.

Dejo de consignar otros derechos, puesto que no están directamente relacionados con la temática que nos ocupa, registrando, sin embargo, que, conforme al artículo 2.1., los Estados Partes del Pacto se comprometen a respetar y garantizar a todos los individuos que se hallen en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos en él reconocidos, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra naturaleza, origen nacional o social, situación económica, nacimiento o cualquier otra condición.



2 EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y EL CUADRO PERVERSO DEL SISTEMA PENITENCIARIO

Regreso al final del mes de octubre de 2005 cuando, integrando la delegación brasileña, de carácter interministerial, participé en la exposición y defensa, por parte del Gobierno Federal, del 2º Informe de Brasil acerca del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al Comité de Derechos Humanos de la ONU, en Ginebra, Suiza (responsable del monitoreo de la aplicación del Pacto). Se trataba de la observancia de lo dispuesto en el art. 40, según el cual los Estados Partes se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que lleven a efecto los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan logrado en lo concerniente al goce de esos derechos: a) en el plazo de un año a contar de la data de entrada en vigor del Pacto, respecto a los Estados-partes interesados; b) sucesivamente, cada vez que el Comité venga a pedirlo. Tales informes indican los factores y las dificultades, si los hay, que afecten su aplicación.

En la obra ya citada, relato que, en el *Palais Wilson*, tuve que responder oralmente a preguntas acerca de tres puntos:

- a) el plan de acción brasileño relativo a las condiciones prisionales inadecuadas y a la capacidad poblacional insuficiente, así como los criterios utilizados en la asignación de recursos para los penales estatales (se preguntaba igualmente en qué medida la capacidad y las condiciones de esos establecimientos mejoraron y se solicitaba información sobre el proyecto de establecer directrices para la administración de las prisiones de conformidad con el Pacto);
- b) las medidas tomadas para simplificar y acelerar los procedimientos de liberación de prisioneros y de compensación por el confi-

[Ir para o índice](#)

namiento prolongado arbitrario, aclarando las razones de ese “extraordinario” fenómeno;

- c) la disponibilidad y la eficacia de los mecanismos de queja en cuanto a abusos sistemáticos cometidos contra los derechos humanos de los detenidos en prisiones, cárceles municipales y otras formas de custodia³.

Se percibió, entonces, de forma manifiesta, que la preocupación subyacente y prioritaria de los miembros del Comité era el gran número de presos en espera de juicio (en algunos casos alcanzando niveles alarmantes), los cuales habitan las prisiones de los Estados-Miembros de las Naciones Unidas, lo que colabora desmesuradamente para envilecer las condiciones de los centros de reclusión, en su gran mayoría precarios y superpoblados, escenarios de abandono, arbitrariedades, violencia, torturas, lo que supone un desprecio a la dignidad de los cautivos y contrariamente a lo que preconiza el Pacto.

Además de las críticas hechas al modelo decadente del sistema penitenciario brasileño, prevaleció el interés de obtener respuestas para el enfrentamiento de sus males, de sus fragilidades, de los abusos en ella cometidos, de la tortura que persiste intramuros (siete años después, el Subcomité de Prevención de la Tortura y otros Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas registraba haber recibido “relatos repetidos y consistentes de torturas y maltratos en São Paulo y otras unidades federativas), mostrándose un vasto abanico de opciones que abarcan no sólo la provisión de medios financieros necesarios para la

3 BARROS LEAL, César. **La ejecución penal en América Latina a la luz de los derechos humanos**. México: Porrúa, 2009, p. 113.



optimización de los equipos y de los servicios y, en consecuencia, el perfeccionamiento de la administración prisional, sino también el estímulo a las iniciativas y las buenas prácticas que permitan, v.g., humanizar la cárcel, disminuir el periodo de clausura y liberar a aquellos que permanecen en su interior mucho allá del tiempo fijado en la sentencia, un absurdo que es más frecuente de lo que uno se imagina y que fue enfatizado en Ginebra.

3 LA AUDIENCIA DE CUSTODIA

De acuerdo con cifras exhibidas por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), fundado en 1975 y vinculado al Consejo Económico y Social de la ONU, con sede en San José, Costa Rica, más del 70% de los presos, en un número significativo de países de América Latina, son provisionales, lo que confirma la utilización abusiva del aprisionamiento, una execrecencia que nos incumbe erradicar a toda costa.

Muchas han sido las medidas adoptadas, en distintos países, para intentar reducir el número de presos provisionales: la despenalización de los delitos menores, es decir, de menor gravedad; la ampliación de la libertad condicional, la libertad vigilada, la libertad anticipada y la prisión doméstica (en ciertos lugares, el empleo proporcional y equilibrado de los regímenes semiabierto y abierto); el uso efectivo de las sanciones alternativas a la pena privativa de libertad, especialmente para ciertos grupos de sancionados (algo que, para muchos, debe ser hecho con extremo cuidado, a fin de evitar la expansión de la red de control que fortalecería el camino para la omnipresencia de un Estado policial); el monitoreo electrónico a distancia como instrumento de control y al-

ternativa a la prisión⁴; la promoción de mecanismos de conciliación, de mediación, de justicia restaurativa⁵ con reparación a las víctimas; la reducción de la pena por el trabajo, la educación y la lectura; la ampliación del cuadro de defensores públicos que permitan, con el apoyo de los

4 Es importante tener en cuenta lo siguiente: Lo sustancial es la convicción que se sedimenta paulatinamente no sólo del estrepitoso fiasco y de la consiguiente residualidad de la privación de libertad, el más pesado eslabón de una cadena de puniciones que se perpetúan en el tiempo, sino también de que el monitoreo electrónico no puede ser someramente categorizado como bueno o malo; es en su empleo positivo o negativo que radica la respuesta. Como dice Concepción Arenal, penitenciarista española, inspectora de prisiones femeniles, uno de cuyos lemas era: “Odia el delito y compadece al delincuente”: “No hay que acusar a las buenas teorías de las malas prácticas.” (BARROS LEAL, César. **La Vigilancia Electrónica a Distancia**: Instrumento de Control y Alternativa a la Prisión en América Latina. México: Porrúa, 2010, p. 123-124)

5 Léase: Ante el fiasco unánimemente reconocido de la pena privativa de libertad (parafraseando a Elías Neuman, nadie puede cubrir con los dedos de una mano los soles de esta evidencia, visible como un escorpión en un plato de leche), máxime en su ilusoria propuesta de resocialización, de rehabilitación, además de la ineptitud de los modelos hegemónicos y autoritarios de control y la notoria incapacidad del derecho penal convencional, de matiz represivo, de vencer los desafíos de la criminalidad contemporánea (por ello lo llaman “tigre de papel”), se robustece cada vez más, en el proceso penal y la ejecución de la pena, la percepción de que se requiere un cambio significativo en el paradigma de la justicia criminal, con la adopción de nuevos conceptos, de estrategias más eficaces y legítimas, entre las cuales se incluyen las formas o vías alternas de punición y resolución de disputas (instancias por lo general no judiciales, oficiosas, celebradas por autores como Eugenio Raúl Zaffaroni), en especial a través de medidas constructivas, de consenso, como la conciliación y la mediación. Hacemos referencia a una práctica de justicia muy distinta de los patrones ordinarios de la justicia penal, ésta de corte nítidamente disuasorio, retributivo-punitivo, basada en el exceso de formalismos, en la estricta legalidad, y una relación traumática, adversarial, a veces hostil (una *ceremonia de degradación*, usando el lenguaje de Garfinkel), marcada por el distanciamiento, un *diálogo entre sordos*, cuyos actores principales son estatales —policía, fiscal del MP y juez— ya que el delito es visto, en un contexto bipolar (bidimensional), como una disconformidad autor-Estado, *id est*, como una ofensa contra el Estado (la supuesta víctima, el principal lesionado), poniéndose el acento en la ruptura de las leyes, en la violación del bien jurídico tutelado y en la culpa del agente, en una óptica retroactiva, con énfasis en el pasado, “olvidándose que, en su base, hay generalmente un conflicto humano, causante de otras expectativas, bien distintas, además de la mera pretensión punitiva estatal.” E ignorando, *ut retro*, casi por completo a la víctima, despreciada en su identidad y humanidad, sin voz en la respuesta penal/estatal, convertida en *estatua de piedra*. (BARROS LEAL, César. **Justicia Restaurativa**: Amanecer de una Era. Aplicación en Prisiones y Centros de Internación de Adolescentes Infractores. México: Porrúa, 2015, p. 13-14).



jueces de ejecución, asegurar el derecho de los presos a sus beneficios de prelibertad; la determinación de que el número de encarcelados no rebase la capacidad de la unidad penal, de acuerdo con el límite de plazas y tasas de ocupación, que deben ser de conocimiento público, de conformidad con las buenas prácticas y los principios establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como las recomendaciones de las Reglas de Mandela; y, por fin, la adopción excepcional de la prisión preventiva, siendo bienvenida la práctica, exitosa en muchos países, de la *audiencia de custodia*.

Pero, ¿qué es la *audiencia de custodia*?

Inspirada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica), la *audiencia de custodia* tiene por finalidad garantizar el contacto de la persona presa con la autoridad judicial 24 horas después de la prisión en flagrante, aunque en la práctica, por múltiples razones, difícilmente ese plazo sea cumplido.

La *audiencia de custodia* sirve para que el juez: analice la legalidad y la necesidad de la prisión, así como verifique eventuales maltratos al preso (es frecuente este relato). En el momento de la audiencia, con la presencia del representante del Ministerio Público y de un abogado/defensor público, el juez podrá: relajar la prisión en flagrante legal; decretar la prisión preventiva u otra medida cautelar alternativa a la prisión; mantener suelta a la persona de quien se sospecha haber cometido determinado delito, en el caso de que sea necesario aplicar una medida cautelar.

Dice el art. 9º (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966: Cualquier persona presa o encarcelada en virtud de infracción penal deberá ser conducida, sin demora, a la presencia del juez o de otra autoridad habilitada por ley a ejercer funciones judiciales y tendrá el derecho de ser juzgada en plazo razonable o de ser puesta en

[Ir para o índice](#)

libertad. La prisión preventiva de personas que esperan juicio no deberá constituir la regla general, pero la soltura podrá estar condicionada a garantías que aseguren la comparecencia de la persona en cuestión a la audiencia y a todos los actos del proceso, en el caso de que sea necesario, para la ejecución de la sentencia.

Este artículo del Pacto fue reproducido por el art. 7º (5) de la Convención sobre Derechos Humanos, ratificada por Brasil en 1992: Toda persona, detenida o retenida, debe ser conducida, sin demora, a la presencia de un juez u otra autoridad autorizada por ley a ejercer funciones judiciales y tiene el derecho de ser juzgada en plazo razonable o de ser puesta en libertad, sin perjuicio de que prosiga el proceso. Su libertad puede estar condicionada a garantías que aseguren su cumplimiento en juicio.

Cabe destacar también: a) el art. 306 del Código de Proceso Penal (Decreto-ley n. 3.689 del 03 de octubre de 1941): La prisión de cualquier persona y el local donde se encuentre serán comunicados inmediatamente al juez competente, al Ministerio Público y a la familia del preso o a la persona por él indicada. § 1º en hasta 24 (veinticuatro) horas después de la realización de la prisión, será encaminado al juez competente el auto de prisión en flagrante y, en el caso de que haya sido registrado en el informe el nombre de su abogado, copia integral para la Defensoría Pública. § 2º En el mismo plazo, será entregada al preso, mediante recibo, la nota de culpa, firmada por la autoridad, con el motivo de la prisión, el nombre del conductor y los dos testigos”; b) el art. 310 del mismo Código: al recibir el auto de prisión en flagrante, el juez deberá con fundamento: (Redacción dada por la Ley nº 12.403, de 2011) I - Relajar la prisión ilegal; o (Incluido por la Ley nº 12.403, de 2011); II- Convertir la prisión en flagrante en prisión preventiva, cuando estén presentes los requisitos constantes del art. 312 de este Código, y se revelen inadecuadas o insuficientes las medidas cautelares diversas de la prisión; o (Incluido por la Ley nº 12.403, de 2011); III. Conceder libertad provisional, con o



sin fianza. (Incluido por la Ley nº 12.403, de 2011). Párrafo único: Caso el juez verifique, por el auto de prisión en flagrante, que el agente practicó el hecho en las condiciones constantes de la fracciones I a III del *caput* del art. 23 del Decreto-ley n. 2.848, del 7 de diciembre de 1940- Código Penal, podrá, con fundamento, conceder al acusado libertad provisional, mediante acta de comparecencia a todos los actos procesales, so pena de revocación. (Redacción dada por la Ley nº 12.403, de 2011, que, además, no logró mudar, como se esperaba de la reforma de 2011, el paradigma de la prisión como *prima ratio*).

Ante el reconocimiento de la insuficiencia de los artículos apuntados (en la sistemática bajo examen el juez sólo tiene contacto con el ciudadano preso en la fecha de su juicio, lo que puede verificarse meses o años posteriormente a su prisión), el proyecto de ley (PLS 554/2011, de autoría del Senador Antonio Carlos Valadares⁶), ahora tramitando en el Congreso Nacional, prevé, con el fin de alterar el Código de Proceso Penal (compatibilizándolo con el Pacto y la Convención), la obligatoriedad

6 Léase: “[...] § 1º En el plazo máximo de veinticuatro horas después de la prisión en flagrante, el preso será conducido a la presencia del juez para ser oído, con vistas a las medidas previstas en el art. 310 y para que se verifique si están siendo respetados sus derechos fundamentales, debiendo la autoridad judicial tomar las medidas oportunas con vistas a preservarlos y para investigar eventual violación. § 2º En la *audiencia de custodia* de que trata el párrafo 1º, el Juez escuchará al Ministerio Público, que podrá, caso entienda necesaria, requerir la prisión preventiva u otra medida cautelar alternativa a la prisión; enseguida oír al preso y, después de manifestación de la defensa técnica, decidirá con fundamento en los términos del art. 310. § 3º La escucha a que se refiere el párrafo anterior será registrada en autos apartados, no podrá ser utilizada como medio de prueba contra el deponente y versará, exclusivamente, sobre la legalidad y necesidad de la prisión; la prevención de la ocurrencia de tortura o de maltratos; y los derechos asegurados al preso y al acusado. § 4º La presentación del preso en juicio deberá ser acompañada del auto de prisión en flagrante y de la nota de culpa que le fue entregada, mediante recibo, firmada por la autoridad policial, con el motivo de la prisión, el nombre del conductor y los nombres de los testigos. § 5º La escucha del preso en juicio siempre se dará en la presencia de su abogado, o, en el caso de que no haya o no lo indique, en la de Defensor Público, y en la del miembro del Ministerio Público, que podrán inquirir al preso sobre los temas previstos en el párrafo 3º, así como manifestarse previamente a la decisión judicial de que trata el art. 310 de este Código”.

de la presentación del preso al juez y la realización de la *audiencia de custodia* (corrigiendo, así, una gravísima laguna en el sistema cautelar en vigor), veinticuatro horas después de la prisión en flagrante, con indudables ventajas, referidas por los estudiosos, entre las cuales se debe destacar: a) afianza al preso el derecho de ser juzgado en un plazo razonable; b) garantiza el derecho de defensa y el contradictorio; c) inhibe y protege al individuo de maltratos y la tortura durante y después de la prisión; d) asegura el respeto a sus garantías individuales y su dignidad como ser humano, piedra angular del instituto.

En esta misma línea, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), en asociación con el Tribunal de Justicia de São Paulo y el Ministerio de la Justicia, dio inicio al proyecto *Audiencia de Custodia* (recomendando su implantación en todo el territorio nacional), con la finalidad de tornar viable, con la máxima rapidez, la presentación a una autoridad judicial de los presos en flagrante. En la audiencia participan también el representante del Ministerio Público y un abogado/defensor público. El proyecto prevé, por igual, una estructura diversificada que incluye la creación/estructuración de centrales de alternativas penales; centrales de vigilancia electrónica; centrales de servicios y asistencia social; y cámaras de mediación penal, encargadas de presentar a la autoridad judicial opciones al aprisionamiento provisional.

Mediante la Resolución n. 213, del 15.12.2015, el CNJ había dispuesto sobre la presentación de toda persona presa a la autoridad judicial en el plazo de veinticuatro horas. He aquí el preámbulo que transcribimos por su riqueza y amplitud:

CONSIDERANDO el art. 9º, ítem 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, así como el art. 7º, ítem 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica);



CONSIDERANDO la decisión en los autos de la acusación de incumplimiento de Precepto Fundamental 347 del Supremo Tribunal Federal, consignando la obligatoriedad de la presentación de la persona presa a la autoridad judicial competente; CONSIDERANDO lo que dispone la letra “a” de la fracción I del art. 96 de la Constitución Federal, que brinda a los tribunales la posibilidad de tratar de la competencia y del funcionamiento de sus servicios y órganos jurisdiccionales y administrativos; CONSIDERANDO la decisión emitida en la Acción Directa de Inconstitucionalidad 5240 del Supremo Tribunal Federal, declarando la constitucionalidad de la disciplina por los Tribunales de la presentación de la persona presa a la autoridad judicial competente; CONSIDERANDO el informe producido por el Subcomité de Prevención a la Tortura de la ONU (CAT/OP/BRA/R.1, 2011), por el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de la ONU (A/HRC/27/48/Add.3, 2014) y el informe sobre el uso de la prisión provisional en las Américas de la Organización de los Estados Americanos; CONSIDERANDO el diagnóstico de personas presas presentado por el CNJ y el INFOPEN del Departamento Penitenciario Nacional del Ministerio de la Justicia (DEPEN/MJ), publicados, respectivamente, en los años de 2014 y 2015, revelando el contingente desproporcional de personas presas provisionalmente; CONSIDERANDO que la prisión, conforme a previsión constitucional (CF, art. 5º, LXV, LXVI), es medida extrema que se aplica solamente en los casos expresos en ley y cuando la hipótesis no admite ninguna de las medidas cautelares alternativas; CONSIDERANDO que las innovaciones introducidas en el Código de Proceso Penal por la Ley 12.403, del 4 de mayo de 2011, impusieron al juez la obligación de convertir en prisión

[Ir para o índice](#)

preventiva la prisión en flagrante delito, solamente cuando constatada la imposibilidad de relajamiento o concesión de libertad provisional, con o sin medida cautelar diversa de la prisión; CONSIDERANDO que la conducción inmediata de la persona presa a la autoridad judicial es el medio más eficaz para prevenir y reprimir la práctica de tortura en el momento de la prisión, asegurando, por tanto, el derecho a la integridad física y psicológica de las personas sometidas a la custodia estatal, previsto en el art. 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 2.1 de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratamientos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; CONSIDERANDO lo dispuesto en la Recomendación CNJ 49 del 1 de abril de 2014; CONSIDERANDO la decisión plenaria tomada en el juicio del Acto Normativo 0005913-65.2015.2.00.0000, en la 223ª Sesión Ordinaria, realizada en el 15 de diciembre de 2015.

El art. 1º de la Resolución es categórico al determinar que toda persona presa en flagrante delito, independientemente de la motivación o naturaleza del acto, sea de modo obligatorio, en hasta 24 horas de la comunicación del flagrante, presentada a la autoridad judicial competente, y oída acerca de las circunstancias en las que se dio su prisión o aprehensión. No nos detendremos en el análisis de los dieciséis artículos subsecuentes (porque rebasaría el propósito de este artículo), pero llamamos la atención del lector para el Protocolo I (documento que tiene por objetivo presentar orientaciones y directrices sobre la aplicación y el seguimiento de medidas cautelares diversas de la prisión para aquellos presentados en las audiencias de custodia, conteniendo: los fundamentos legales y la finalidad de las medidas cautelares diversas de la prisión;



las directrices para la aplicación y el seguimiento de las medidas cautelares diferentes de la prisión; los procedimientos para el seguimiento de las medidas cautelares e inclusión social) y el Protocolo II (documento que, a su vez, busca orientar tribunales y a magistrados sobre procedimientos para denuncias de tortura y tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, donde se consignan: la definición de la tortura; las condiciones adecuadas para la escucha del custodiado en la audiencia; los procedimientos para la deposición de la víctima de tortura; los procedimientos concernientes a la colección de informaciones sobre prácticas de tortura durante la escucha de la persona custodiada; un cuestionario para auxiliar en la identificación y registro de la tortura durante la escucha de la víctima; y las providencias en caso de investigación de indicios de tortura y otros tratamientos crueles, inhumanos o degradantes.

En el estado de Ceará (soy de este estado, lo que explica la referencia puntual), el Tribunal de Justicia instituyó, a través de la Resolución n. 14/2015 del Órgano Especial, *ad referendum* del Tribunal Pleno, obligatoriedad de la realización de *audiencia de custodia*, presidida por autoridad judicial competente, para presentación de la persona presa en flagrante delito. Reproduzco a continuación algunos de sus artículos:

Art. 1º. Queda instituida, en el ámbito de la jurisdicción de la Comarca de Fortaleza, la obligatoriedad de la realización de *audiencia de custodia*, para fines de presentación a la autoridad judicial competente, así definida en los términos del art. 7º, de esta Resolución, de todas las personas presas en flagrante delito. Art. 2º. La autoridad policial remitirá al Juicio competente para la realización de audiencias de custodia, en hasta 24 (veinticuatro) horas después de la prisión, el respectivo auto de prisión en flagrante, para el fin de atender a la comunicación de

[Ir para o índice](#)

que trata el art. 306, § 1º, del Código de Proceso Penal. § 1º. Protocolizado en la Secretaría del Juicio, ésta certificará si el auto está debidamente instruido con nota de culpa y examen de cuerpo de delito de la persona presa, remitiéndolo, en seguida, mediante despacho del juez, a la Central Integrada de Apoyo al Área Criminal (CIAAC) para fines de investigación en cuanto a los antecedentes criminales y eventuales restricciones a la libertad del arrestado en flagrante. § 2º. Antes de determinar la remesa del auto a la CIAAC, el juez podrá evaluar, ante los elementos presentes, si el caso comporta, de inmediato, el relajamiento de la prisión ilegal o la concesión de la libertad, independientemente de la presentación del preso. § 3º. Devuelto el auto con las informaciones recolectadas por la CIAAC, lo que deberá ocurrir con la máxima brevedad posible, la persona detenida será convocada por la autoridad policial para la realización de la *audiencia de custodia* y los autos de prisión aguardarán en Secretaría la realización de la respectiva audiencia. § 4º. En las hipótesis en que la prisión en flagrante sea comunicada durante finales de semana, feriados u otros períodos en que funcione el régimen del turno, se observará lo previsto en el art. 8º, fracción III, de esta Resolución. Art. 3º. Compareciendo el arrestado en flagrante, el juez procederá a su inmediata escucha, certificándose, sin embargo, que le haya sido dada la oportunidad, antes de la audiencia, de tener contacto previo y razonable con defensor constituido, en el caso de que así haya figurado en ocasión de la redacción del auto de prisión o hasta el momento de la apertura de la audiencia, o, al contrario, con Defensor Público.



La primera *audiencia de custodia* en Ceará fue llevada a efecto en 2016 por la Sala Única de Audiencias de Custodia de Fortaleza. Se trataba de un crimen de receptación y la presentación ocurrió sólo cuatro días después de la detención. El preso, puesto que tenía buenos antecedentes, empleo y residencia fija, obtuvo la libertad provisional. La experiencia de Ceará fue objeto de debate en el XXII Foro Nacional de Derecho Penitenciario: *Audiencia de Custodia*, realizado del 20 al 21 de junio de 2016 por el Centro de Estudios y Entrenamiento de la Procuraduría General del Estado de Ceará, en asociación con el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, órgano del Ministerio de la Justicia.

En los días siguientes, del 22 al 24 de junio, el Consejo Nacional de Justicia llevó a cabo, en la sala de sesiones de la Primera Turma del Supremo Tribunal Federal (STF), el 2º Seminario sobre Tortura y Violencia en el Sistema Prisional y en el Sistema de Cumplimiento de Medidas Socioeducativas – Actuación del Poder Judicial en el Enfrentamiento a la Tortura, con objeto de “fortalecer la actuación y el compromiso de los jueces en la prevención, identificación y combate a la tortura, en especial cuando detectadas en audiencias de custodia”. En el evento se promovieron talleres para entrenamiento de los jueces, así como para intercambio de experiencias de los diferentes tribunales de las 27 unidades federativas. Se informó entonces que el CNJ registró cerca de 2,7 mil denuncias de maltratos y torturas (excesos y abusos policiales) contra personas presas en flagrante en todo el país.

La idea fundamental que preside la *audiencia de custodia* es garantizar la celeridad, prevista en el Pacto y la Convención, permitiéndose, tal y como fue mencionado anteriormente, examinar la prisión desde diferentes perspectivas (ocurrencia de maltratos y tortura, legalidad, necesidad y adecuación de la permanencia de la prisión o concesión eventual de la libertad), imponiéndose o no medidas cautelares. Es siempre recomendable, en este

contexto, excluir el ingreso de alguien por un tiempo indeterminado en el sistema penitenciario. Así se contribuirá a desahogar las prisiones, lo que por sí solo es un mérito indudable en un país con más de 600.000 reclusos, solamente detrás de los Estados Unidos, China y Rusia en las cifras globales de encarcelamiento⁷, con déficit de plazas superior a 230 mil. Pero no sólo se versa aquí sobre reducción de la sobrepoblación carcelaria; lo relevante es igualmente impedir que el individuo se someta a toda suerte de influencias negativas (prisionización) en espacios saturados donde todo se potencializa, donde todo se exagera como, por ejemplo, la falta de asistencia material y jurídica, la menguada oferta de trabajo, los conflictos interpersonales, la violencia (física, moral y sexual), el tráfico de drogas y la corrupción.

Entrevistado sobre el proyecto, el ministro Ricardo Lewandowski, Presidente del Supremo Tribunal Federal y del Consejo Nacional de Justicia, consciente del cambio de cultura provocado por la *audiencia de custodia*, la calificó como un “salto civilizatorio” y adujo: “Nosotros estamos, con ese paso, no sólo dando efectividad a un principio importantísimo, que es el de la dignidad de la persona humana, sino también cumpliendo una obligación que el país asumió al firmar tratados internacionales” (entrevista publicada en Internet). El ministro Luiz Fux, relator de la Acción Directa de Inconstitucionalidad n. 5240, propuesta por la Asociación de los Delegados de Policía de Brasil contra el CNJ (que el STF en buena hora juzgó improcedente), había afirmado en su voto que las audiencias de custodia demuestran ser eficientes en la medida en que impiden prisiones ilegales e innecesarias.

En numerosos países pertenecientes a la Organización de los Estados Americanos (OEA) se han tomado providencias congéneres, de presentación rápida en juicio: México (los sospechosos deben ser conducidos

7 La población carcelaria de Brasil se convierte en la 3ª mayor del mundo en el caso de que se consideren a las personas que están en prisión domiciliaria.



a un juez en el plazo de 48 horas o ser liberados), Colombia (el plazo es de 36 horas), Chile (el plazo es de 12 horas para encaminamiento a un fiscal, cabiéndole, a su parte, conducir a un juez en el plazo de 24 horas) y Argentina (el plazo viene a ser de 6 horas). Los nombres varían: audiencia de flagrante, audiencia de control de detención, etc., pero la esencia es la misma y el mérito compartido por la mayor parte de las 35 naciones que integran la Organización de los Estados Americanos (OEA).

CONCLUSIONES

Para el ya mencionado Comité de Derechos Humanos de la ONU, el lapso temporal entre la prisión de un acusado y su comparecencia ante una autoridad judicial no debe ser largo, o sea, el plazo ha de ser razonable, en los términos del art. 5º, LXXVIII, de la Constitución Federal: En el ámbito judicial y administrativo, son garantizados a todos la razonable duración del proceso y los medios que aseguran la celeridad de su tramitación.

Muchos se oponen a la *audiencia de custodia*, alegando ser un mero recurso para disminuir los índices de la población prisional y señalando que los jueces corren el riesgo de proceder a juicios apresurados, sin tener muchas veces a su disposición suficientes elementos para una decisión exenta de errores (a manera de ejemplo: la posibilidad de ausencia de una ficha criminal actualizada, que informe, de modo idóneo, la eventual existencia de procesos en otros estados). Es evidente que eso ocurre; nada es perfecto. Pero destáquese que es notorio el éxito de esa iniciativa que se desarrolla actualmente, con la garantía del contradictorio y de la amplia defensa, y que deberá resultar en una disminución gradual y significativa del número de presos provisionales; y eso, en definitiva, tendrá, sin lugar a dudas, una fabulosa repercusión

en el sistema presidencial, debiendo ser aclamado con el reconocimiento que se exige en la celebración de las buenas prácticas.

Haciendo profesión de fe, con el énfasis determinado por mis convicciones, veo la *audiencia de custodia* no como una panacea (algunos incurren en este equívoco), sino como una respuesta vigorosa, entre otras, para superar los impases de un área intensamente afectada por la negligencia y la desidia con que siempre fue tratada por quien debería, al revés, asumir la tarea y la responsabilidad de operar cambios.

Los que luchan para que la *audiencia de custodia* se firme en nuestro país, expurgando eventuales imperfecciones (estamos gateando en su aplicación práctica y tenemos todavía un largo camino de continuo aprendizaje), apuestan, a medio y/o largo plazo, a que los presos provisionales constituyan una mínima parcela de la población intramuros. Lograr este objetivo es un gran paso para el enfrentamiento de otros males presentes en este universo, permitiéndonos soñar con una ejecución penal digna, respetuosa de los derechos humanos del conjunto de encarcelados.

Concluyo, bañado de optimismo, con la reflexión de Eduardo Galeano, el excepcional escritor y periodista uruguayo, autor de “Las Venas Abiertas de América Latina”, preso por la dictadura militar en los años 70 y exilado en España hasta 1985, habiendo fallecido en abril de 2015: “La utopía está allá en el horizonte. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte corre diez pasos. Por más que yo camine, jamás alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Sirve para eso: ¡para que yo no deje de caminar!”.



BIBLIOGRAFÍA

BARROS LEAL, César. **La ejecución penal en América Latina a la luz de los derechos humanos**. México: Porrúa, 2009.

BARROS LEAL, César. **La Vigilancia Electrónica a Distancia**: Instrumento de Control y Alternativa a la Prisión en América Latina. México: Porrúa, 2010.

BARROS LEAL, César. **Justicia Restaurativa**: Amanecer de una Era. Aplicación en Prisiones y Centros de Internación de Adolescentes Infractores. México: Porrúa, 2015.

Bem-estar e produção animal no Direito Europeu: estágio atual e novas perspectivas

Animal welfare and production in european law: current stage and new perspectives

MONIQUE MOSCA GONÇALVES

“Quanto mais indefesa é uma criatura, mais direitos tem de ser protegida pelo homem contra a crueldade do homem”.

Mahatma Gandhi (1869 – 1948)

RESUMO:

A evolução dos sistemas de produção animal para a escala industrial, impulsionada pela necessidade de maximização da produção, acompanhou-se do incremento do sofrimento dos seres explorados, pelo intenso confinamento e novas técnicas de zootecnia. Esse modelo contrasta com as modernas demandas de proteção dos animais, o qual se fundamenta na ciência e tem como escopo maior justamente a limitação do sofrimento dos animais aos casos de indispensabilidade. O bem-estar animal constitui

[Ir para o índice](#)



um valor constitucional da União Europeia, mas a salvaguarda desse valor, no âmbito da atividade de produção animal, tem esbarrado em falhas de mercado e outros problemas econômicos, em especial decorrentes do livre comércio e dos custos associados às medidas destinadas a favorecer o bem-estar animal. Em razão desses fatores, o Direito Europeu tem evoluído para um modelo de proteção que combina regras de comando e controle com instrumentos de mercado, a exemplo do que ocorre na seara ecológica propriamente dita. A estratégia, contudo, ainda se encontra em fase inicial e não prescinde de maiores debates a fim de efetivamente se adequar ao estatuto ético dos animais estabelecido na norma constitucional.

Palavras-chave: Produção animal. Bem-estar animal. Direito Europeu. Sustentabilidade ética. Instrumentos econômicos.

ABSTRACT:

The evolution of animal production systems for the industrial scale, driven by the need to maximize production, was accompanied by the increase of the exploited beings' suffering, through the intense confinement and new techniques of animal husbandry. This model contrasts with the modern demands of animal protection, which are based on sentience and have as their main objective the limitation of animal suffering to cases of indispensability. Animal welfare is a constitutional value of the European Union, but safeguarding of this value in the context of livestock production has been hampered by market failures and other economic problems, in particular arising from free trade and the costs associated with measures to promote animal welfare. Because of these factors, European Law has evolved into a protection model that combines command and control rules with market instruments as in the ecological field itself. The

[Ir para o índice](#)

strategy, however, is still at an early stage and does not dispense with more debates in order to effectively adequate to the ethical status of the established animals in the constitutional norm.

Keywords: *Animal production; animal welfare; European Law, ethical sustainability; economic Instruments.*

INTRODUÇÃO

A evolução da proteção jurídica dos animais tem sido constante nos últimos anos, com a intensificação dos debates sobre a consideração ética que deve reger a relação entre os seres humanos e os demais seres sensíveis e a consequente expansão da produção legislativa nesta área.

O exposto reconhecimento dos animais como seres sencientes no ordenamento europeu e o paradigma ético que decorre do princípio da igual consideração de interesses semelhantes têm provocado profundas reflexões sobre hábitos culturais históricos e formas de exploração dos animais pelo Homem.

E outro modo, as substanciais modificações que ocorreram nos sistemas de criação de animais para produção de alimentos nas últimas décadas lançaram a questão sobre qual o grau de crueldade e de violência contra os animais que a sociedade está disposta a tolerar para ter acesso a produtos de baixo custo. Segundo dados atuais, mais de 65 bilhões de animais são mortos todos os anos para fins de produção de alimentos, e a ampla maior parte da produção advém de explorações



pecuárias intensivas em que a obsessão pelo rendimento ignora por completo o sofrimento animal¹.

A análise do conflito entre consumo humano e a necessidade de proteção do animal ganha novos contornos numa sociedade de consumo, em um cenário no qual a produção animal aumentou 600% nos últimos cinquenta anos e ainda está em processo evolutivo².

Por envolver questões éticas, científicas e, especialmente, problemas no âmbito da economia, a evolução da tutela jurídica dos animais de produção é dos temas mais complexos no âmbito do emergente ramo do Direito Animal. Descartada a solução proposta pelos abolicionistas, como Tom Regan e Gary Francione, no sentido da proibição da exploração dos animais, o desafio inicial é a definição do que constitui sofrimento necessário como limite para as práticas na atividade econômica. Mas não só.

A União Europeia tem a legislação mais rigorosa de proteção dos animais de criação e demonstra grande preocupação quanto à condição dos animais na agropecuária industrial moderna. Ocorre que os padrões legais europeus e as tentativas de impor maiores restrições muitas vezes têm esbarrado em falhas de mercado e consequentes desvantagens concorrenciais em razão dos produtos importados mais baratos e produzidos com baixo nível de bem-estar animal.

As tensões entre bem-estar animal e economia e os impactos das normas no comércio dos produtos vão exigir a definição da melhor es-

1 Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=B8-2016-0216&format=XML&language=PT>.

2 Disponível em: <http://www.fao.org/docrep/015/i2490e/i2490e00.htm>.

tratégia do Direito Animal Europeu, no que se refere à utilização das regras de comando e controle e os instrumentos econômicos para incentivar o incremento da proteção pelo mercado, além da definição do papel de cada *stakeholder* nesse processo.

A partir desse contexto, e para alcançar os fins visados, a presente pesquisa utilizou o método indutivo e teve como hipótese primária a análise do conflito entre as normas de proteção dos animais e o setor de produção alimentícia, sob o prisma do Direito Europeu, abarcando, como hipótese secundária, os instrumentos jurídicos aplicáveis em favor da promoção do bem-estar animal. Trata-se de pesquisa eminentemente doutrinária e multidisciplinar, já que engloba também as áreas filosófica, científica e econômica.

1 UNIÃO EUROPEIA E DIREITO DOS ANIMAIS

1.1 A proteção do bem-estar animal como um valor constitucional

O artigo 13º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), introduzido pelo Tratado de Lisboa (2007), seguindo os antecedentes da Declaração 24, anexa ao Tratado de Maastricht (1992) e do Tratado de Amsterdão (1997)³, reconheceu expressamente a senciência animal, estabelecendo o bem-estar dos animais como um valor constitucional, conformador das Políticas da União e dos Estados-Membros nos domínios da agricultura, da pesca, dos transportes, do mercado interno, da investigação e desenvolvimento tecnológico e do espaço.

³ Para uma análise detalhada sobre esta evolução, conferir a obra de Maria Luísa Duarte, *União Europeia e garantia do bem-estar dos animais*. Vide referências.



Trata-se de uma disposição que resulta de intenso debate filosófico e jurídico sobre a forma de relação com os animais e o enquadramento teórico da proteção jurídica que lhes é dirigida, de forma que hoje já se fala na emergência de um novo ramo jurídico: o Direito dos Animais⁴.

Desde a célebre interrogação de Jeremy Bentham (“*the question is not, Can they reason? nor, Can they talk? but, Can they suffer?*”), em sua clássica obra de 1907⁵, grandes pensadores⁶ passaram a discutir sobre a necessidade de mudança de tratamento em relação aos animais, com fundamento na sua sensibilidade e suscetibilidade à dor e ao sofrimento, por meio de um paradigma de natureza ética.

No campo jurídico, formaram-se duas correntes teóricas dominantes. A teoria do bem-estar animal (“*welfarist approach*”) e a teoria abolicionista (“*rights approach*”). A primeira, mais moderada, encara a proteção dos animais sob uma perspectiva objetiva, propondo a solução de conflitos pela fórmula do “sofrimento necessário”, enquanto a segunda propõe a libertação dos animais contra todas as formas de dominação e exploração, como centro de imputação de verdadeiros direitos⁷.

A previsão constitucional do ordenamento europeu e, em especial, o direito derivado, como se verá no tópico seguinte, aproximam-se das

4 Sobre o Direito dos Animais como um ramo emergente, observar a obra de Carla Amado Gomes, *Direito dos Animais: um ramo emergente?*

5 Trata-se da obra de Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*.

6 Destacam-se como os maiores expoentes na área: Henry S. Salt, Peter Singer, Tom Regan, e Gary L. Francione.

7 Modernamente, fala-se ainda em uma terceira teoria (“*new welfarist*”), de natureza intermediária, que almeja, a longo prazo, os direitos dos animais e a curto prazo o bem-estar. Para uma análise mais completa sobre as diferentes teorias, conferir o estudo de Lia do Valle de Albuquerque, *A ética e a experimentação animal à luz do Direito brasileiro e da União Europeia*.

concepções bem-estaristas, porque buscam conciliar os diversos campos de interesses humanos com a necessária proteção do animal. O exposto reconhecimento dos animais como “seres sensíveis” deixa evidentes dois fundamentais aspectos da normativa: a sciência⁸ constitui o fundamento da tutela⁹ e o objetivo é evitar o sofrimento desnecessário.

A modificação promovida pelo Tratado de Lisboa, com efeitos a partir de dezembro de 2009, representou grande avanço na tutela dos animais no âmbito europeu, por conferir legitimidade constitucional à causa. A proteção do bem-estar animal passa a figurar como objetivo e limite de intervenção normativa do decisor eurocomunitário¹⁰, sendo alçada à condição de política prioritária da União Europeia, o que, nas palavras de Diane Ryland e Angus Nurse¹¹, representa: *“That legal status subsists not as a general principle of EU law transcending the written Treaties, but as a twenty seven Member State agrément that animal welfare constitutes one of the legally recognised values of the EU”*.

O dispositivo é carregado de forte simbolismo, uma vez que reconhece a dignidade e o respeito à vida animal como um princípio da

8 Importante documento científico sobre a sciência animal é a Declaração de Cambridge de 2012. Disponível em: <http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>.

9 Crítico do especismo e defensor da sciência como fundamento de tutela, Peter Singer (2010) pontua que a relação entre os homens e os animais deve pautar-se pelo princípio da igual consideração de interesses semelhantes e a sciência constitui a fronteira defensável para preocupar-se com os interesses alheios, uma vez que este limite não poderia ser estabelecido a partir da razão ou da inteligência, pois seria arbitrário.

10 Reflexão pautada na obra de Maria Luísa Duarte, *Direito da União Europeia e Estatuto Jurídico dos Animais: uma grande ilusão?*

11 Esta é a visão de Diane Ryland e Angus Nurse no estudo *Mainstreaming After Lisbon: Advancing Animal Welfare In The EU Internal Market*.



política legislativa da União Europeia¹², além de representar, ao mesmo tempo, uma base jurídica e uma fonte de obrigações para o decisor da União e para os decisores dos Estados-Membros¹³. Contudo, não é isento de críticas. A consideração do bem-estar animal na definição de políticas no âmbito da União Europeia vai exigir um juízo de proporcionalidade quando em conflito com outros interesses. A falta de definição de critérios sobre o que seja “sofrimento necessário” confere uma abertura aos Estados-Membros, propiciando uma desuniformidade no tratamento da matéria.

Sob outra perspectiva, Maria Luísa Duarte destaca que o dispositivo não rompe com a visão antropocêntrica e utilitarista que sempre imperou no âmbito da exploração econômica do animal, porque privilegia o interesse econômico, não transcendendo os objetivos minimalistas de proteção do bem-estar dos animais¹⁴.

Antes de prosseguir, é imperioso que se estabeleçam alguns breves apontamentos sobre o conceito de bem-estar animal, a fim de se delimitar o conteúdo do preceito estabelecido no Tratado. O termo surgiu no Reino Unido (*animal welfare*), na década de 1960, por meio de estudos

12 Na mesma linha, a proteção dos animais já encontra uma base constitucional na legislação interna de alguns Estados-Membros, com destaque para a Constituição da Suíça de 1992, que, em seu art. 80, estabeleceu o princípio da dignidade das criaturas, impondo ao Estado o dever de proteção. Sobre a proteção dos animais como objetivo constitucional, veja: Carla Amado Gomes, *Desporto e proteção dos animais: por um pacto de não agressão*.

13 Para mais desenvolvimentos sobre a eficácia normativa do dispositivo, Maria Luísa Duarte explana em *Direito da União Europeia e Estatuto Jurídico dos Animais: uma grande ilusão?*

14 Observa-se tal contexto em Maria Luísa Duarte, *Direito da União Europeia e Estatuto Jurídico dos Animais: uma grande ilusão?*

realizados por um comitê formado por pesquisadores e profissionais relacionados à agricultura e pecuária¹⁵. Segundo a atual definição realizada pela Organização Mundial da Saúde Animal (OIE)¹⁶:

[...] animal welfare means how an animal is coping with the conditions in which it lives. An animal is in a good state of welfare if (as indicated by scientific evidence) it is healthy, comfortable, well nourished, safe, able to express innate behavior, and if it is not suffering from unpleasant states such as pain, fear and distress.

Largamente difundida na doutrina é a conceituação realizada pela *Farm Animal Welfare Comitte*¹⁷, que estabelece cinco liberdades essenciais para a definição de bem-estar animal: 1. Ausência de fome e sede; 2. Evitação de dor, ferimento e doença 3. Ausência de desconforto; 4. Liberdade de expressar comportamento normal; e 5. Ausência de medo ou sofrimento.

No âmbito científico, destaca-se a complexidade da definição de padrões de bem-estar animal, de forma que hoje ainda não há um método científico reconhecido para medir o nível de bem-estar animal¹⁸, o que faz com que sejam utilizados os parâmetros gerais calçados nas Cinco Liberdades.

15 Em 1965, o Comitê Brambell publicou um relatório sobre bem-estar dos animais de produção, em resposta à pressão popular decorrente das crueldades nos sistemas de confinamento da Inglaterra denunciadas no livro *Animal Machine*, publicado pela jornalista Ruth Harrison, em 1964.

16 Em 1965, o Comitê Brambell publicou um relatório sobre bem-estar dos animais de produção, em resposta à pressão popular decorrente das crueldades nos sistemas de confinamento da Inglaterra denunciadas no livro *Animal Machine*, publicado pela jornalista Ruth Harrison, em 1964.

17 *Terrestrial Animal Health Code*, Capítulo 7.1, art. 7.1.1.

18 Trata-se de um órgão consultivo independente no âmbito do governo da Grã-Bretanha criado para fiscalizar a atividade pecuária no que se refere ao bem-estar animal.



1.2 Direito europeu derivado

Conforme já pontuado no início, a exploração econômica do animal constitui uma das áreas mais sensíveis de proteção do bem-estar, porque envolve práticas e hábitos fortemente arraigados na sociedade, além de contrariar poderosos interesses econômicos. É fácil perceber a dificuldade de garantir proteção contra o sofrimento para um animal que, historicamente, sempre se destinou ao consumo humano e, desde o seu nascimento, é criado e tratado visando à sua morte. Em maior ou menor grau, a depender do estágio civilizatório de determinada sociedade, denota-se uma espécie de barreira psicológica na formação de uma verdadeira consciência pública em torno da necessidade de garantia do bem-estar dos animais de produção, como se o fato de serem destinados ao abate lhes retirasse qualquer interesse ou mesmo o sentido da garantia de uma mínima qualidade de vida.

Enquanto em algumas áreas a proteção dos animais tem evoluído de forma considerável no cenário global, com destaque para a temática dos animais de companhia e dos grandes primatas, a ponto de se verificarem decisões judiciais reconhecedoras de verdadeiros direitos subjetivos a estas espécies¹⁹, os animais de produção continuam merecendo pouca atenção dos sistemas legislativos e judiciários pelo mundo, perpetuando e agravando a situação de massacre e crueldade alhures descrita.

¹⁹ Nome de destaque no tema, Donald M. Broom, no escrito *Animal Welfare: future knowledge, attitudes and solution*, ressalta a complexidade dos processos adaptativos e propõe uma abordagem multidisciplinar que considere as características comportamentais, a sanidade, a produtividade, as variáveis fisiológicas e as preferências dos animais pelos diversos componentes do ambiente que os rodeiam.

Cite-se, de passagem, que esse tratamento desuniforme em relação às espécies, caracterizando o especismo²⁰, tão fortemente combatido por Peter Singer e outros grandes expoentes da área, representa um dos maiores entraves no avanço da conformação do Direito dos Animais como um novo ramo jurídico, por afrontar o fundamento principal da tutela – a senciência²¹ – nem sequer encontrando respaldo em outro critério de natureza proporcional ou razoável.

Em que pese esse contexto, a União Europeia tem sido pioneira no âmbito mundial no regramento da atividade de produção animal e possui a legislação mais rigorosa de proteção dos animais de criação.

Essa postura proativa da Comunidade Europeia é de extrema importância para a evolução da problemática da garantia do bem-estar dos animais de produção, pois se trata de grande consumidora mundial, de forma que seu regramento tem potencial para influenciar no tratamento da questão em âmbito global, com reflexos no mercado interno e no comércio internacional.

A legislação europeia sobre bem-estar dos animais de criação divide-se basicamente em dois grupos. Um de caráter geral, direcionado à

20 O termo “especismo” (*speciesism*) foi originalmente cunhado pelo psicólogo britânico Richard D. Ryder, Professor da Universidade de Oxford, em análise comparativa entre a relação com os animais e os antigos fenômenos da escravidão (racismo) e da exclusão das mulheres (sexismo), conforme Richard Ryder (2008, p. 63), no estudo *Animals and Human Rights*.

21 Veja-se, por exemplo, a nova lei de incriminação de maus-tratos contra os animais em Portugal (Lei nº 69/14), que excluiu expressamente do âmbito de aplicação os animais utilizados na economia, limitando a tutela penal aos animais domésticos. O tipo penal é alvo de críticas pela doutrina, por realizar uma distinção com base em um critério utilitarista, refletindo a utilidade social do animal de companhia e a proteção dos sentimentos afetivos dos respectivos donos. Neste sentido, estuda Raul Farias, no estudo *Dos Crimes Contra Animais de Companhia. Breves Notas*.



exploração da atividade pecuária, ao transporte e ao abate, e outro de âmbito específico para vitelos, suínos, frangos e galinhas poedeiras.

Em 1998, a Diretiva 98/58/CE, do Conselho, relativa à proteção dos animais nas explorações pecuárias, trouxe regras gerais para a proteção dos animais de todas as espécies destinadas à produção de alimentos, lã, pele, ou para outros fins agrícolas, incluindo peixes, répteis e anfíbios. Essas regras tiveram como base a Convenção Europeia relativa à proteção dos animais nos locais de criação²² e objetivaram o estabelecimento de um piso mínimo de proteção aos animais explorados, com requisitos relativos ao alojamento, condições de isolamento, aquecimento e ventilação, além da eliminação de distorções de concorrência no mercado.

Apesar do pioneirismo, o diploma europeu pecou ao realizar uma formulação em termos demasiadamente gerais, o que conferiu enorme gama de abertura aos Estados-Membros e, conseqüentemente, restringiu a sua aplicabilidade²³. Tal aspecto extrai-se, notadamente, da utilização de expressões vagas, como “espaço adequado”, “pessoal em número suficiente” e “limites aceitáveis”, dentre outras.

No que se refere ao transporte, o Regulamento (CE) nº 1, de 2005, do Conselho, revisou as normas anteriores da União Europeia e estabeleceu regras para o transporte de animais vertebrados vivos dentro do território europeu, em consonância com a Convenção Europeia para a Proteção

22 Datada de 1978, ratificada por Portugal em 1982.

23 A própria Comissão Europeia já reconheceu este defeito. Na Estratégia para a proteção do bem-estar animal para os anos 2012/2015, afirmou que a Diretiva contém “disposições que são demasiado gerais para ter efeitos práticos”, disponível em: http://ec.europa.eu/food/animals/welfare/strategy/index_en.htm.

dos Animais em Transporte Internacional (1968) e respectivo Protocolo adicional (1979)²⁴. O princípio-base do regramento é o de que os animais não devem ser transportados em condições suscetíveis de lhes causar lesões ou sofrimentos desnecessários, e, como finalidade geral, buscou-se limitar o transporte de animais em viagens de longo curso. Excluiu-se, contudo, do âmbito de proteção, o transporte de animais que não seja efetuado em relação às atividades econômicas²⁵.

A Diretiva 93/119/CE, do Conselho, por sua vez, estabeleceu regras de proteção dos animais no abate e/ou occisão com o objetivo de minimizar a dor e o sofrimento dos animais por meio do uso de métodos de atordoamento aprovados. O Regulamento (CE) nº 1.099, de 2009, do Conselho, trouxe novos regramentos sobre o tema, com aplicação a partir de 1º de janeiro de 2013. Digna de nota foi a criação da figura do oficial do bem-estar animal, com a obrigatoriedade de designação de pessoa qualificada por estabelecimento para assegurar a adequada aplicação das normas²⁶.

Do ponto de vista material, verifica-se o foco principal na segurança alimentar, a partir da constatação de que os métodos de abate influenciam diretamente na qualidade da carne, e nas questões relacionadas ao mercado e à competitividade que, por vezes, se sobrepõem à tutela do bem-estar animal²⁷. Merece destaque, ainda, a permissão do uso de

24 Em vigor desde 1971, foi ratificada por Portugal, em 1982, e o Protocolo em 1989.

25 Conforme artigo 1º, nº. 5, do Regulamento (CE) nº 1/2005.

26 Cf. art. 17º do Regulamento (CE) nº 1.099/09.

27 Veja, por exemplo, o art. 3(b) do Regulamento (CE) nº. 1099/09, que excluiu o abate de aves de capoeira, coelhos e lebres para consumo doméstico do âmbito de aplicação da norma, com fundamento na sua incapacidade para afetar a competitividade dos matadouros comerciais.



descargas elétricas²⁸ no transporte de animais, nos mesmos termos da anterior previsão estabelecida pelo Regulamento (CE) nº 1, de 2005²⁹.

No âmbito específico de certos animais de criação, a Diretiva 2008/119/CE, do Conselho, trouxe regras mínimas de proteção de vitelos e estabeleceu limites para o confinamento individual intensivo dos bezerros. Dentre as disposições, destacam-se a proibição de confinamento de vitelos em celas individuais após a idade de oito semanas; a previsão de dimensões mínimas para celas individuais e para vitelos em grupos; além de regras quanto à alimentação dos animais. A referida normativa, ao reconhecer a natureza específica da espécie bovina, que vive em rebanho, estabelecendo limites quanto ao isolamento do animal³⁰, teve o mérito de ir além da preocupação quanto ao sofrimento que decorre de dor física, fator que representa a base da legislação na matéria, para se preocupar, embora em um espectro limitadíssimo, com uma medida diretamente relacionada com o efetivo bem-estar do animal.

A Diretiva 2008/120/CE, do Conselho, regulamentou a proteção mínima dos suínos no âmbito europeu, limitando o confinamento intensivo de porcas e matrizes, com a proibição de baias individuais para gestantes, o estabelecimento de idade mínima para o desmame e limitações quanto a alguns procedimentos dolorosos, como o corte da cauda e dos dentes³¹. Destaca-se, ainda, a preocupação com necessidades comportamentais específicas da espécie³², na linha inaugurada pela diretiva anteriormente analisada.

28 Anexo III (referência ao art. 15º), nº 1.9.

29 Art. 35 do Regulamento (CE) nº 1/2005.

30 Art. 3º da Diretiva 2008/119/CE.

31 Anexo I, Capítulo I, nº 8.

32 Anexo I, Capítulo I, nº 4.

Em relação às aves, a Diretiva 1999/74/CE, do Conselho, proibiu as tradicionais gaiolas de baterias para as galinhas poedeiras e estabeleceu requisitos mínimos quanto ao espaço e alojamento destes animais (as chamadas “gaiolas melhoradas”). Merecedora de críticas, contudo, é a disposição contida no nº 8 do Anexo, que concedeu uma abertura aos Estados-Membros para a autorização do procedimento de corte do bico das aves, tido como uma das práticas mais cruéis na avicultura industrial³³.

Por fim, a Diretiva 2007/43/CE, do Conselho, estabeleceu regras mínimas para a proteção dos frangos para a produção de carne, com a finalidade de reduzir a superlotação das explorações avícolas, e definiu uma densidade máxima, além de prever requisitos referentes ao alojamento e alimentação dos animais. Trata-se da primeira legislação europeia a incluir indicadores de bem-estar animal como meio de avaliação científica³⁴.

No plano estrutural, a União delegou às autoridades nacionais a tarefa de controle e fiscalização do cumprimento das regras e estabeleceu o dever de apresentar relatórios da atividade à Comissão. Cabe aos Estados-Membros também a definição do regime de sanção aplicável para o caso de violação das regras. O efetivo cumprimento dessa tarefa é objeto de controle europeu pelo Comitê da Cadeia Alimentar e da Saúde Animal e, em alguns casos, permite-se a realização de inspeções *in loco* por veterinários da Comissão, em cooperação com as autoridades competentes, especialmente a fim de garantir a aplicação uniforme da legislação³⁵.

33 A debicagem é um procedimento comum na criação de galinhas poedeiras e tem como finalidade evitar o canibalismo e o arranque das penas pelas próprias aves. Este comportamento, por sua vez, representa uma condição de extremo estresse do animal, quando sujeito a intenso e contínuo sofrimento. Veja maiores informações sobre a debicagem e o bem-estar animal em: http://www.agricultura.gov.br/arg_editor/Debicagem%20reduzida%20para%20pdf.pdf.

34 Veja-se, por exemplo, a referência expressa a indicadores de baixo nível de bem-estar animal, como dermatite de contato e parasitoses (Anexo III, nº. 2).

35 Nesse sentido, art. 10º da Diretiva 2008/120/CE, do Conselho e art. 9º da Diretiva 2008/119/CE, do Conselho.



Por meio de análise geral dos diplomas referenciados, observa-se que a preocupação central refere-se à limitação dos espaços dos alojamentos dos animais, característica dos sistemas de criação intensivos da agropecuária industrial moderna. Apesar da inovação e do pioneirismo da legislação europeia, especialmente quando comparada com o ordenamento de países de outros eixos³⁶, verifica-se que as disposições se destinam apenas aos métodos mais cruéis na produção, de modo a abarcar restrito campo relacionado ao sofrimento animal, sem garantir, contudo, um padrão mínimo de qualidade de vida aos animais explorados³⁷. Ademais, o ordenamento é incompleto, porque deixa sem proteção específica alguns importantes setores, como a produção de produtos lácteos e o gado de corte³⁸.

Cumprir recordar que a observância do Direito Europeu pelo ordenamento interno dos Estados-Membros tem natureza vinculativa e está sujeita a regras e procedimentos de efetivação plena. Com base nos princípios do primado do direito da União Europeia e da aplicabilidade e do efeito diretos, os Estados devem cumprir as disposições eurocomunitárias, estando sujeitos a controle judicial por meio de ação por incumprimento perante o Tribunal de Justiça da União Europeia³⁹. De mais a mais, no plano interno,

36 Dentre os países desenvolvidos, destaca-se, pelo aspecto negativo, a legislação norteamericana, que contém parca normativa de proteção do bem-estar dos animais de produção e onde o setor apresenta números de grande expressividade. Maiores desenvolvimentos em Gaverick MATHENY e Cheryl LEAHY. **Farm-animal welfare, legislation and trade**. In *Law and Contemporary Problems*. Vol. 70. Universidade de Maryland, EUA, 2007. Págs. 334/339.

37 Matheny e Leahy (2007, p. 340) também destacam que o ordenamento europeu pouco regulamenta a questão da genética, que é fundamental na abordagem do bem-estar animal, especialmente em relação aos problemas decorrentes das técnicas utilizadas para o crescimento rápido.

38 Nesse sentido, Peter Stevenson (2014, *online*) é que se comporta em seu escrito *Review of animal welfare legislation in the beef, pork and poultry industries*.

39 Cf. artigos 258/260 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

mesmo na falta de transposição da diretiva, as normas podem ser invocadas nos tribunais nacionais por parte de qualquer interessado⁴⁰.

A legislação comunitária representa um piso mínimo de tutela, deixando em aberto a possibilidade para uma proteção jurídica reforçada pelos Estados-Membros⁴¹. Nesse sentido, algumas importantes modificações já têm sido sentidas nos ordenamentos de alguns países europeus, tanto em sede constitucional como na legislação infraconstitucional de natureza pública e privada⁴², verificando-se clara tendência de expansão das normas de proteção dos animais. Nada obstante, como já destacado, na área da produção animal o progresso tem sido mais lento, por trazer implicações no desenvolvimento econômico e no comércio dos produtos, além dos demais fatores dantes mencionados. Em razão dessas barreiras e das dificuldades para a expansão das regras de comando e controle no âmbito da exploração econômica dos animais, outros mecanismos têm sido desenvolvidos para incrementar a proteção do bem-estar animal, que serão objetos de melhor desenvolvimento no capítulo seguinte.

Apesar desse contexto, alguns países europeus foram além da legislação comunitária e adotaram regulamentações mais severas. O Reino Unido, por exemplo, desde que integrava a União Europeia, proibia legal-

40 Para mais desenvolvimentos sobre as consequências jurídicas associadas à violação de legislação comunitária pelos Estados-Membros, conferir Maria Luísa Duarte (2012, p. 424), *O tempo e a transposição de diretivas no direito da União Europeia*.

41 Nesse sentido, de forma expressa: Diretiva 1999/74/CE, *in fine*; Art. 12º da Diretiva 2008/120/CE; art. 11º da Diretiva 2008/119.

42 Com potencial para impactar na produção animal, merece destaque a crescente tendência de modificação dos ordenamentos privatistas para reconhecer a natureza *sui generis* do animal, divorciando-o da clássica noção de coisa, o que já ocorreu na Suíça, Alemanha e, mais recentemente, na França. Essa modificação tem gerado intensos debates pela doutrina sobre os seus efeitos no âmbito da conformação do direito de propriedade. Maiores estudos em Ramos (2009), *O animal: coisa ou tertium genus?*



mente baiás para vitelos, desde 1990, e celas de gestação para matrizes, a partir de 1999. A Dinamarca já há muito tempo proíbe as gaiolas de bateria e também tem regras mais restritivas quanto às celas de gestação para porcas matrizes. A Suécia previu outras medidas adicionais para a promoção do bem-estar de suínos⁴³.

1.3 Estratégias quadrienais e outras iniciativas

Além do crescente incremento da legislação, a União Europeia tem empreendido esforços para melhorar a proteção do bem-estar animal por meio de outros instrumentos. Criou-se um comitê científico independente (Comitê Científico em Saúde e Bem-estar Animal) para aconselhar a Comissão Europeia, que fornece uma base científica sólida para a elaboração da legislação e outras propostas. Além disso, desde 2005, são elaboradas estratégias multianuais com a finalidade de estabelecer bases para melhorar os padrões de bem-estar animal no âmbito europeu.

O primeiro programa de ação para o bem-estar animal, elaborado para os anos de 2006-2010, previu a introdução de indicadores normalizados em matéria de bem-estar animal e o investimento em investigação para o desenvolvimento e aplicação desses indicadores, de modo a obter um instrumento legislativo para validar sistemas de produção que aplicam normas de bem-estar mais elevadas do que as normas mínimas previstas na legislação. Demonstrou-se a preocupação com a comercialização e o favorecimento dos produtos menos agressivos aos animais, pela previsão da criação de um sistema específico de comercialização e

⁴³ Para uma análise completa das disposições específicas de cada país europeu, vide Roex e Miele (2005), *Farm animal welfare concerns. Consumers, retailers and producers*.

informação para fomentar a aplicação das normas mais elevadas e facilitar a sua identificação por parte dos consumidores comunitários. Destaca-se, ainda, a previsão da criação de um Centro Europeu para a proteção do bem-estar animal, com a finalidade de instituição de um processo de normalização/certificação de novos indicadores de bem-estar animal e o estabelecimento de um rótulo europeu de bem-estar animal⁴⁴.

A Estratégia 2012-2015⁴⁵ estabeleceu como meta melhorar a coerência política e a transparência do mercado por meio de um quadro legislativo abrangente em matéria de bem-estar dos animais, a fim de reduzir as tensões reais ou presumidas entre o bem-estar destes e a economia, preocupando-se com os impactos econômicos das normas de bem-estar animal. Para tanto, propôs-se o investimento em educação e formação para garantir uma boa relação custo-eficácia. Ademais, identificaram-se alguns problemas, como a aplicação desigual das regras comunitárias nos Estados-Membros⁴⁶, a qual impedia a criação de condições equitativas no setor econômico, exigindo uma reorientação do direito comunitário. Outro obstáculo identificado à execução plena e uniforme foi a inexistência de incentivos econômicos suficientes para que as normas fossem cumpridas. Dentre as medidas sugeridas, a estratégia propôs a criação de um quadro legislativo abrangente em matéria de bem-estar dos animais.

44 Ver Baptista (2009, p. 38), **Análise econômica do bem-estar animal: contribuição para sua avaliação ao nível da produção**.

45 O documento encontra-se acessível para consulta no site da Comissão Europeia, através do link: http://ec.europa.eu/food/animals/welfare/strategy/index_en.htm (acesso em 1º/7/2016).

46 Em Portugal, por exemplo verifica-se a desconformidade da atuação da indústria agropecuária em relação às regras de bem-estar animal da União Europeia, o que é destacado no estudo realizado por Rui Pedro Fonseca (2015), *O “bem-estar animal” e a “eficácia econômica” de acordo com o discurso oficial da pecuária portuguesa*.



Este último desiderato reflete o pensamento de parte da doutrina, que critica o atual quadro legislativo de disposições avulsas e sustenta a necessidade de criação de uma lei geral de bem-estar animal. Esta é, por exemplo, a posição de Maria Luísa Duarte⁴⁷, que sustenta que a referência expressa ao estatuto ético dos animais como seres sencientes impõe a consagração de um quadro legislativo da União Europeia simplificado, com princípios de bem-estar animal para todos os animais. Sob outra ótica, Carla Amado Gomes⁴⁸ destaca a dificuldade de tratamento homogêneo da matéria em razão das peculiaridades de cada caso que decorrem dos interesses em conflito e da intensa heterogeneidade entre os animais.

Observa-se que os pensamentos destacados não são opostos e podem ser harmonizados por uma perspectiva complementar. A criação de uma legislação geral de bem-estar animal terá o mérito de estabelecer princípios gerais e disposições mínimas de bem-estar aplicáveis a todos os animais, o que pode ser feito tendo como base a Teoria das Cinco Liberdades desenvolvida pela *Farm Animal Welfare Committee (FAWC)*. Contudo, em razão dos inúmeros conflitos de interesses que exigem constante juízo de proporcionalidade, bem como as necessidades específicas de cada espécie, tal normativa não prescindirá do incremento de disposições direcionadas a algumas espécies e atividades de forma específica.

É importante destacar o foco dos programas no setor agrícola. A última estratégia expressamente pontuou sobre a relevância do tema e expôs dados substanciais sobre a produção agrícola na União Europeia. Segundo o documento, à época, havia cerca de dois bilhões de aves (frangos de carne, galinhas poedeiras, perus, patos e gansos) e trezentos milhões

47 Cf. Duarte (2014, p. 39), no estudo, *Direito da União Europeia e Estatuto Jurídico dos Animais: uma grande ilusão?*

48 Cf. Gomes (2014, p. 58), no estudo, *Direito dos Animais: um ramo emergente?*

de mamíferos (bovinos, suínos, ovinos etc.) nas explorações agrícolas de toda a comunidade europeia, sendo que o valor anual da produção animal atingia cerca de 150 bilhões de euros. Preocupada com este cenário, a União estabeleceu uma contribuição anual para a promoção do bem-estar dos animais estimada em 70 milhões de euros, por meio de incentivos aos agricultores e outras atividades relacionadas, como a investigação, os estudos econômicos, a comunicação, a formação, a educação etc.

Merece destaque, ainda, o objetivo de valorização econômica do bem-estar animal para as empresas, a fim de favorecer a circulação de produtos que garantam maiores níveis de bem-estar e combater desvantagens concorrenciais decorrentes dos custos associados às medidas implementadas.

Além dos objetivos elencados na estratégia, a Comunidade Europeia tem buscado integrar as políticas de bem-estar animal com as demais políticas no campo agrícola, comércio interno, ambiente e outros setores relacionados. No âmbito da Política Agrícola Comum, incorporaram-se medidas para favorecer o bem-estar dos animais, como o incentivo à extensificação e medidas de controle da produção.

A cooperação internacional também tem sido uma das principais diretrizes da União para a melhoria dos sistemas de produção animal, com a realização de um papel ativo no plano multilateral, em especial perante a Organização Mundial da Saúde Animal (OIE), a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO) e a Organização Mundial do Comércio (WTO)⁴⁹.

49 Algumas organizações internacionais têm desenvolvido um papel ativo na promoção do bem-estar animal, destacando-se a atuação do Conselho da Europa, a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura, o Banco Mundial e a Organização Mundial da Saúde Animal. Estudo detalhado sobre a atuação destes organismos STEVENSON, 2014, p. 30-46).



2 O ANIMAL E A ECONOMIA: NOVOS RUMOS

2.1 Princípio da sustentabilidade ética

Em que pese o pioneirismo da União Europeia na limitação da atividade de produção animal, é fácil notar que as normas até agora instituídas abarcam apenas um restrito campo do bem-estar dos animais e não cumprem minimamente o objetivo constitucional de tratamento ético que decorre da senciência⁵⁰. Regras quanto à insensibilização dos animais no abate, limitações quanto às condições de transporte e medidas relacionadas às gaiolas de bateria e baías de vitelos afetam apenas as práticas mais cruéis na criação, mas nem de longe garantem um nível minimamente adequado de bem-estar aos animais. Há, assim, um consenso em torno da necessidade de incremento da proteção.

Nada obstante, em razão das implicações no âmbito da economia e na circulação de produtos, a efetiva evolução da tutela do animal nesta área vai exigir a implementação de medidas que vão além das tradicionais regras de comando e controle, a exemplo do que se vê hoje na questão propriamente ecológica.

No campo teórico, verifica-se uma tendência moderna de extensão do conceito de sustentabilidade para, em aproximação com os preceitos

⁵⁰ Veja que a própria Resolução do Parlamento Europeu sobre a estratégia para os anos 2016/2020, acima colacionada, em seu ponto nº 3, reconhece que a legislação derivada não atende suficientemente ao mandamento constitucional que reconhece a natureza sensível dos animais.

da *deep ecology*⁵¹, abarcar as novas demandas de proteção dos animais, pelo reconhecimento do valor intrínseco de todo ser sensível, para além dos humanos⁵². Como se sabe, a Cimeira Rio + 20 teve como bandeira a *Economia Verde*⁵³, mas excluiu das disposições qualquer preocupação em relação aos animais, tendo com base fundamental a ecologia rasa, por meio de uma perspectiva estritamente antropocêntrica⁵⁴. Em contraposição, é cada vez maior a consciência em torno da necessidade de revisão da forma de pensar e agir do ser humano, a partir da constatação de que a concepção antropocêntrica constitui a razão da depredação da natureza e da perda de valores morais.

Sem adentrar a discussão sobre a personificação das realidades ecológicas e/ou dos animais, o fato é que o fortalecimento desta orientação filosófica favorece a tutela dos animais no âmbito da atividade econômica. Com base na relação entre a ecologia profunda e a luta pelo reconhecimento dos direitos dos animais, sustenta-se, então, uma visão mais séria e aprofundada do princípio da sustentabilidade para abarcar

51 *Deep ecology* é uma orientação filosófica caracterizada pela defesa do valor inerente a cada ser vivo, independentemente da sua utilidade instrumental às necessidades humanas e propõe uma reestruturação radical do modo de vida contemporâneo. O termo foi cunhado pelo filósofo norueguês Arne Naess, em 1973, em contraste com a *shallow ecology* (ecologia rasa), uma forma mais moderada de ambientalismo e típica das sociedades contemporâneas, que se fundamenta em uma concepção utilitarista e antropocêntrica. Mais informações em ARAÚJO, 2003, p. 245; OST, 1995, p. 181 e seguintes).

52 Essa tendência já foi incorporada pelas Constituições do Equador e da Bolívia, em um fenômeno atualmente conhecido como novo constitucionalismo latino-americano. A Constituição da Bolívia de 2009, em seu art. 33, reconheceu direitos para além dos humanos, adotando a teoria *buen vivir*, como valor que pressupõe o respeito a todas as formas de vida. No mesmo sentido, a Constituição do Equador de 2008 estabeleceu a natureza como titular de direitos (art. 71). Para aprofundamento sobre este novo movimento, vide Ayala (2014, p. 75 e seguintes).

53 Organização das Nações Unidas, Capítulo III da Declaração final (*The future we want*), 2012.

54 Ver em Lourenço e Oliveira (2012, p. 377-378), o estudo acerca da *Sustentabilidade; Economia Verde; Direito dos Animais; Ecologia Profunda: Algumas Considerações*.



uma dimensão ética⁵⁵. Acresce-se ao princípio do desenvolvimento sustentável, assim, um novo componente, de natureza ética e humanitária, a partir da noção de que o desenvolvimento econômico não pode vir acompanhado do incremento da crueldade no trato com os animais, de forma que esses dois valores devem ser compatibilizados.

Atente-se, contudo, que, apesar de a subjetivação dos direitos constituir uma reivindicação da *deep ecology*, o reconhecimento da vertente ética da sustentabilidade não implica o rompimento com a teoria bem-estarista, tendo em vista que apenas agrega novo fundamento para a proteção dos animais na atividade econômica, mas não vai de encontro ao entendimento dos abolicionistas, no sentido da extinção da exploração⁵⁶.

A noção de sustentabilidade ética⁵⁷ parte, assim, do reconhecimento do valor moral inerente a cada ser, com a finalidade de mitigação do antropocentrismo⁵⁸, para alcançar um desenvolvimento sustentável (em relação aos recursos naturais) e humanitário (em relação aos animais)⁵⁹.

55 Freitas (2011, p. 60), ao discorrer sobre a dimensão ética da sustentabilidade, pontua que a relação exemplar entre a ética e a economia pode servir de grande motor para a enriquecida economia do bem-estar multidimensional, entendido o bem-estar como direito fundamental, a ser vivenciado com equidade, lisura, e sem provocar sofrimento alheio.

56 Francione (2000, p. 29), por exemplo, critica a legislação de bem-estar animal e defende que o efetivo comprometimento com o paradigma ético que implica no respeito aos demais seres dotados de sensibilidade demanda a extinção da produção animal e não a sua mera regulamentação.

57 Segundo o relatório produzido pela *Farm Animal Welfare Committee* (2011, online, p. 21-22), sustentabilidade não envolve apenas questões ambientais, mas também econômicas e éticas (referidos, do inglês, por *3'Es*). E conclui que uma abordagem sustentável para a produção de alimentos deve abordar não só a segurança alimentar e a proteção do ambiente, mas também o bem-estar animal.

58 Para uma análise mais aprofundada sobre o antropocentrismo e o biocentrismo no âmbito do Direito dos Animais, vide Stroppa (2015, p. 119-123), *Antropocentrismo x Biocentrismo: um debate importante*.

59 Ver Lourenço e Oliveira (2012), *Sustentabilidade; Economia Verde; Direito dos Animais; Ecologia Profunda: Algumas Considerações*.

A inclusão da proteção dos animais dentro do conceito de sustentabilidade confere uma abertura para a utilização de alguns instrumentos de Direito do Ambiente voltados para a promoção do consumo sustentável no âmbito da questão do bem-estar dos animais de produção.

É cediço que a Política de produção e consumo sustentável da União Europeia (*Integrated Product Policy*) tem como instrumento-chave a análise do ciclo de vida do produto, com o objetivo de avaliação do peso ambiental de cada produto, numa concepção que abarque todas as fases de produção até o descarte final (“do berço ao túmulo”). Com base nessa ideia de internalização de externalidades negativas pela chamada “pegada ecológica” do produto⁶⁰ e a sua transposição para a questão da proteção do animal, possibilita-se a análise do ciclo de vida dos produtos de origem animal, com a finalidade de avaliação do custo ético de cada produto, a partir da consideração do sofrimento animal como externalidade negativa da atividade⁶¹.

A própria intenção de criação de um rótulo europeu de bem-estar animal vai de encontro a este entendimento, haja vista este constituir importante instrumento de promoção do consumo sustentável e de sensibilização pública, com o objetivo de cativar os consumidores para comportamentos éticos e responsáveis em relação aos animais.

Coerente com esta abordagem, Gaverick Matheny e Cheryl Leahy⁶² destacam a importância da redução do consumo de produtos de ori-

60 Para maiores desenvolvimentos sobre a Política de Produção e Consumo Sustentáveis da União Europeia, ver Silva (2005, p. 173 e seguintes), *Verde Cor de Direito: Lições de Direito do Ambiente* e Gomes (2014, p. 51 e seguintes), *Introdução ao Direito do Ambiente*.

61 Segundo a FAWC (2011, p. 5), o sofrimento dos animais constitui uma externalidade negativa da produção animal da mesma forma que a poluição ambiental é considerada uma externalidade negativa da produção industrial.

62 Cf. Matheny e Leahy (2007, p. 358), no estudo *Farm-animal welfare, legislation and trade*.



gem animal, especialmente aqueles que causam maior miséria aos seres explorados, e propõem tratamento semelhante àquele destinado à experimentação científica, no que se refere ao princípio dos 3^oR, previsto, em âmbito europeu, no artigo 1(a), da Diretiva 2010/63/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho.

De fato, a adoção da técnica direcionada à redução, substituição e refinamento não somente é adequada aos propósitos de sustentabilidade na produção animal como vai de encontro ao entendimento de que o Direito Animal deve ser uma tendência progressiva⁶³, e o estatuto ético dos animais exige esforço constante da legislação para avançar na proteção. A noção sobre sofrimento necessário, assim, não deve constituir conceito estanque e deve progredir de acordo com a evolução moral e o consenso social sobre a matéria. Nessa perspectiva, uma política adequada no campo do setor de produção animal deve buscar a redução do número de animais explorados, a substituição dos produtos por outros equivalentes no mercado, especialmente do ponto de vista nutricional, e o tratamento que proporcione o menor sofrimento possível para os animais que continuarem a ser explorados.

2.2 Rotulagem

Um dos entraves identificados na instituição de maiores restrições legais quanto aos sistemas de produção intensivos refere-se à questão da

⁶³ Ryland e Nurse (2013, p. 111) encaram o bem-estar animal como uma tendência ascendente. Segundo os autores, há um caminho intermediário entre os direitos subjetivos do animal e a teoria do bem-estar e a proteção do animal como princípio geral do direito europeu demanda o reconhecimento de uma busca constante pela melhoria dos níveis de bem-estar animal.

produtividade. A evolução da produção animal para a escala industrial foi impulsionada pelas exigências de maximização da produtividade e a diminuição de custos, de forma que a melhoria do bem-estar animal, seja por meio de medidas de extensificação ou limitações quanto às técnicas em zootecnia, vai implicar diminuição da produtividade, o que representa certo custo econômico, além de impactar no mercado pela diminuição da oferta.

Em razão dos impactos das normas de proteção dos animais na economia e por se relacionar com a circulação de produtos ainda considerados como de primeira necessidade, é preciso que as medidas legais restritivas venham acompanhadas de intervenções destinadas a promover a sustentabilidade na produção e no consumo, a fim de se alcançar uma maior proteção.

Sabe-se que o atual modelo de Administração Pública transcende o tradicional agir agressivo, impregnado do aspecto autoritário do exercício do poder, para dar lugar a novas formas de atuação administrativa, com a nota caracterizadora da realização da função administrativa, como corolário da tarefa central de realização continuada e regular de satisfação das necessidades coletivas⁶⁴. O reconhecimento expresso do bem-estar animal como valor constitucional europeu exige que a Administração Pública conforme a sua atuação na salvaguarda e promoção deste valor fundamental da sociedade europeia.

Essa nova estrutura de atuação administrativa é patente no domínio do ambiente, especialmente no âmbito da atuação que se prende à moderna fórmula de *Economia Verde* e que fundamentou a introdução de técnicas de incentivo à adoção de métodos de funcionamento menos

64 Cf. Silva (2005, p. 174), na obra *Verde Cor de Direito: Lições de Direito do Ambiente*.



agressivos do ponto de vista ecológico⁶⁵. Ao lado dos tradicionais mecanismos de controle – o *cacete* –, surgem, então, diversificados instrumentos de mercado, destinados a promover um nível mais elevado de tutela do ambiente – a *cenoura*⁶⁶.

Exemplo típico desse novo modelo é justamente o rótulo ecológico, que constitui importante método de sensibilização ambiental, com o escopo de cativar os consumidores para comportamentos inovadores e ecologicamente relevantes. Esse instrumento apresenta duas funções principais, centralizadas, de forma imediata, na prestação de informações aos consumidores e, em longo prazo, na formação de consciência coletiva sobre os problemas ambientais, como corolário do objetivo de promoção do consumo sustentável⁶⁷.

Pelo sistema europeu da ecoetiqueta, atualmente disciplinado pelo Regulamento (CE) 66, de 2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, a atribuição do rótulo obedece a um procedimento administrativo, mediante a iniciativa do operador, e tem como principal critério de atribuição o desempenho ambiental do produto, de acordo com a análise de todo o seu ciclo de vida. As condições de atribuição em concreto para cada grupo de produtos ou serviços são decididas pelo Comitê do Rótulo Ecológico da União Europeia (CREUE), órgão independente e de compo-

65 A respeito do surgimento dos instrumentos de mercado, como nota característica deste novo modelo no domínio do ambiente, Antunes (2014, p. 153) pontua que os atuais encargos que impendem sobre as empresas, por forcas de imposições de cariz ambiental, são de tal forma elevados que conduziram à necessidade de procurar soluções alternativas, aquelas que, embora preservando o ambiente, sejam economicamente mais eficientes (*cost-effective*).

66 Sobre esta equação de instrumentos de controle e de incentivo no direito ambiental, conferir Dias (2001), *Que estratégia para o direito ambiental norte-americano do século XXI: o “cacete” ou a “cenoura”?*

67 Observa-se em Gomes (2014, p. 224), *Introdução ao Direito do Ambiente*.

sição alargada⁶⁸. Ao final, o requerente celebra um contrato por meio do qual se vincula às condições de utilização do rótulo, notadamente à fidedignidade da informação prestada, à eventual revisibilidade de critérios e ao pagamento de uma taxa anual⁶⁹.

Do ponto de vista do produtor, a atratividade do rótulo ecológico advém não somente do *marketing* sustentável da marca, como decorre da tendência moderna de promoção dos valores ambientais, mas de um conjunto de atuações contínuas e informais da Administração que se seguem à celebração do contrato e têm por objetivo a intervenção no mercado para a promoção do rótulo, por um plano de ação desenvolvido pelos Estados-Membros e a Comissão, em cooperação com os membros do Comitê⁷⁰.

Transposta a questão para o plano específico do bem-estar animal, atento às particularidades do atual modelo de exploração econômica dos animais de produção, após intenção exteriorizada pela Comissão Europeia na última estratégia para a proteção do bem-estar animal, o Parlamento Europeu apresentou uma proposta de resolução para a criação de um rótulo europeu do bem-estar animal e da saúde humana, como instrumento destinado a garantir uma produção alimentar que respeite a condição animal desde o nascimento até o abate, a qualidade ética e nutritiva, bem como a rastreabilidade dos produtos da pecuária⁷¹.

68 Cf. art. 5(2) do Regulamento (CE) 66/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho.

69 Cf. art. 9º e Anexo III, do Regulamento (CE) 66/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho.

70 Cf. art. 12º do Regulamento (CE) 66/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho.

71 Cf. texto da proposta de Resolução. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B8-2016-0216+0+DOC+XML+V0//PT>.



Impende consignar, contudo, que outras formas de rotulagem já se encontram presentes no sistema europeu de bem-estar animal. O Regulamento (CE) nº 589, de 2008, da Comissão, que estabelece as regras de execução do Regulamento (CE) nº 1.234, de 2007, do Conselho, no que respeita às normas de comercialização de ovos, determina a obrigatoriedade de informação na embalagem sobre o método de criação⁷², em atenção às regras de bem-estar animal estabelecidas na Diretiva 1999/74/CE, adrede analisada. As embalagens deverão informar, nomeadamente, se a produção advém de galinhas criadas ao ar livre, no solo ou em gaiolas⁷³.

Em sentido semelhante, a Diretiva 2007/43/CE, do Conselho, relativa à proteção dos frangos de carne, prevê o objetivo de criação de um sistema obrigatório de rotulagem indicativo do bem-estar animal para os produtos⁷⁴.

Embora não constituam propriamente a etiquetagem como modelo de atuação administrativa destinada à intervenção no mercado para a promoção de valores coletivos, as referidas previsões, em menor grau, também atendem aos objetivos de informação e formação, já que chamam a atenção do consumidor para os diferentes métodos de criação e evitam as práticas de ocultação publicitária dos métodos mais cruéis, promovendo o consumo consciente, além de auxiliar no combate de desvantagens concorrenciais em razão dos custos associados à implementação de medidas para favorecer o bem-estar animal.

72 Cf. art. 12(2) do Regulamento (CE) nº 589/2008.

73 Stevenson (2014, p. 12) destaca a importância da referida regulamentação, já que, pela primeira vez, determinou-se que um produto fabricado industrialmente – ovos de bactéria – deveria ser claramente ser identificado como tal em seu estudo *Review of animal welfare legislation in the beef, pork and poultry industries*.

74 Cf. art. 5º da Diretiva 2007/43/CE, do Conselho.

Além desses modelos, tem se tornado cada vez mais comum a utilização de rótulos designativos de bem-estar animal de iniciativa do próprio setor privado, seja por organismos independentes ou até mesmo autoatribuídos. Nesse contexto, merece destaque o sistema de rotulagem britânico *Freedom Food*, criado, em 1994, pela Sociedade Real para a Prevenção da Crueldade contra os Animais (RSPCA), que prevê a realização de auditoria por órgão independente e estabelece padrões muito mais elevados e detalhados do que a legislação, com destaque para as proibições de uso de agulhões elétricos, cirurgia de castração de porcos, criação de galinhas poedeiras em gaiolas e a eliminação da debicagem⁷⁵. O referido sistema vem apresentando progressiva penetração no mercado regional e, em 2012, já representava 35% do mercado de ovos, 29% referente à carne de porco, bacon e presunto, tendo menos expressividade, contudo, em relação ao frango de corte (3%) e ao gado em geral (0,39%)⁷⁶.

A respeito dessas iniciativas, vale destacar que algumas grandes empresas do setor alimentício têm tido um papel ativo no incremento do bem-estar animal, adotando normas mais restritivas que as estabelecidas pela legislação, em resposta à pressão dos consumidores e à oportunidade de mercado. O bem-estar animal passa, dessa forma, a ser parte integrante das estratégias de responsabilidade social e ambiental das empresas⁷⁷.

75 Outro rótulo de iniciativa privada de destaque no âmbito europeu é o *Label Rouge*, de origem francesa, que tem uma quota de mercado significativa na produção de carne de frango “*free-range*”. Maiores desenvolvimentos sobre os sistemas de rotulagem privados em Stevenson (2014, p. 50 e seguintes), *Review of animal welfare legislation in the beef, pork and poultry industries*.

76 Fonte: *Freedom food impact report* 2012. Disponível em: http://www.freedomfoodpublications.co.uk/impact_report/ImpactReport_Optmised.pdf.

77 Para informações detalhadas sobre a atuação das principais empresas de alimentos na União Europeia, veja Stevenson (2014, p. 58-61), *Review of animal welfare legislation in the beef, pork and poultry industries*.



Essa atuação tem fundamental importância e constitui relevante motor para influenciar em melhorias do bem-estar animal na produção. Segundo David Bayvel⁷⁸, a atuação dos grandes varejistas muitas vezes é mais eficiente do que a regulamentação, porque eles podem se mover mais rápido do que os Governos; podem cortar a subsistência de um fornecedor; e podem ignorar acordos comerciais internacionais. Enquanto a União Europeia tem encontrado dificuldades para barrar os produtos importados com baixo nível de bem-estar animal, em razão das regras da Organização Mundial do Comércio, os varejistas são livres para fazê-lo. Além disso, a visibilidade e a importância do nome e da imagem dos varejistas podem torná-los alvos sensíveis de campanhas relacionadas com a proteção animal, e a utilização do bem-estar animal, como técnica de *marketing*, pode levar a uma “corrida para o topo” (*race to the top*), como importante instrumento de competitividade⁷⁹.

Embora a melhoria do bem-estar animal importe necessariamente no aumento de custos na produção e, conseqüentemente, no aumento do preço do produto, especialistas⁸⁰ sugerem que esse aumento pode ser reduzido se o campo de jogo for nivelado por regulamentações ou incentivos financeiros ou ainda pela ação dos grupos de varejistas e retalhistas. Contudo, parte essencial desse processo é a diferenciação do produto final pela identificação do método de produção, por meio de uma rotulagem clara e fiável⁸¹.

78 Ver Bayvl (2005, p. 794), *The Use of Animals in Agriculture and Science: Historical Context, International Considerations and Future Direction*.

79 Cf. Thiermann e Badcock (2005, p. 752), *Animal Welfare and International Trade*.

80 Nesse sentido, Matheny e Leahy (2007, p. 346), *Farm-animal welfare, legislation and trade*. Nome de destaque no tema, o economista britânico Mcinerney (2004, p. 12), apurou que algumas práticas em bem-estar animal aumentariam os custos para o consumidor em apenas 0,25%, *Animal Welfare, Economics and Policy*.

81 Além da rotulagem, uma das técnicas de marketing que tem se tornado muito comum é a utilização de *slogans* para a identificação de produtos com alto nível de bem-estar animal. Alguns desses slogans se tornaram reconhecíveis e ganharam ampla visibilidade, como o “*free-range*”, usado em produtos avícolas. Outro slogan que tem ganhado força no Reino Unido e na Holanda e Noruega é o termo “*outdoor reared*”, referente à indústria de produtos suínos (VEISSIER *et al*, 2008, p. 287).

Isso porque, apesar do mérito das iniciativas promovidas pelo setor privado, a proliferação de rótulos e *slogans* e a utilização do bem-estar animal, como técnica de *marketing*, pelas empresas sob variadas formas, sem a intervenção do setor público, acabam por confundir o consumidor e despertam a desconfiança em relação à credibilidade da informação⁸².

Em razão desses fatores, a criação do rótulo europeu de bem-estar animal terá o mérito de assegurar ao consumidor uma informação credível sobre a forma de tratamento do animal na criação⁸³, já que a atribuição do rótulo deve ter como base a obediência a um rigoroso procedimento capitaneado pela autoridade competente e sujeito a posterior controle e fiscalização do cumprimento do contrato celebrado com o particular. Ademais, a dimensão formativa é mais bem atendida em razão da atividade administrativa informal de promoção do rótulo, pelas campanhas de sensibilização, de informação e de educação dos consumidores, produtores e demais participantes da cadeia de produção e comercialização.

Se, por um lado, pode parecer despropositado falar-se em produtos “amigos dos animais”, quando se está em causa a morte dos seres explorados, a intervenção pública no mercado por meio da rotulagem tem importância não somente na promoção do consumo eticamente responsável e sustentável, mas também como mecanismo de contrabalanço das falhas de mercado que decorrem da livre circulação de mercadorias. Esse mesmo fator, aliás, tem dado origem a outro tipo de rótulo, como forma de identificar

82 Em relação ao rótulo ecológico, Béalcazar (2001, p. 20-21) alerta para o risco de *marketing* fraudulento e desvio do argumento ecológico através do fenômeno moderadamente conhecido como *greenwashing*, ou seja, a roupagem verde utilizada unicamente para conquistar o mercado, sem a correspondente qualidade ambiental anunciada.

83 Segundo Aragão (2011, p. 158), o primeiro e principal requisito que deve reger a rotulagem é a credibilidade. De acordo com este princípio, o rótulo deve ser compreensível e verídico, capaz de ser comprovado pelo caráter objetivo e mensurável dos critérios de atribuição.



os produtos produzidos de acordo com os padrões europeus e combater os produtos de substituição, ponto que será mais bem desenvolvido adiante.

Em síntese, a utilização da rotulagem, especialmente na forma disciplinada para o *ecolabel*, atende a dois princípios fundamentais no âmbito da regulamentação do bem-estar dos animais de produção: a informação e a educação. No primeiro caso, além do objetivo de promoção do bem-estar animal, como princípio autônomo da política legislativa da União, a informação atende ao imperativo de Direito do Consumidor⁸⁴, que demanda a prestação clara de toda informação relevante e útil sobre o produto ofertado, a fim de que o consumidor tenha condições de fazer uma escolha racional e eticamente responsável⁸⁵. A criação do rótulo europeu, assim, tem potencial para representar um passo importante no progresso da tutela deste valor da sociedade europeia e concretiza o papel fundamental do consumidor neste processo.

A definição dos critérios de bem-estar animal para a atribuição do rótulo será um dos pontos de maior complexidade, já que, para ter efetividade, o sistema deve proporcionar a competitividade do produto etiquetado. Conseqüentemente, os critérios elencados não podem exigir altos investimentos por parte dos produtores, sob pena de encarecer em demasia o produto e comprometer a satisfação do mercado. Na realização dessa difícil tarefa, importantes balizas podem ser extra-

84 Moraes (2013, p. 158-159) destaca a relação entre os sistemas do ambiente e do consumo e fala em macrorrelação ambiental de consumo, como tese que postula o tratamento simultâneo e recíproco entre o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor, tendo em vista que as situações tratadas por ambos os ramos do Direito estão imbrincadas, o que obriga a uma formulação conjunta das hipóteses jurídicas.

85 Barros (2010, p. 263-276) destaca a fundamental importância do acesso à informação no domínio da produção privada de bens públicos e o papel do Estado na regulação e fiscalização das ações das empresas privadas, como corolário do modelo de gestão participativa dos recursos ambientais.

ídas dos modelos privados bem-sucedidos, a exemplo da rotulagem britânica alhures mencionada.

Não se pode olvidar, contudo, que o instrumento da etiquetagem não é suficiente para promover elevado nível de bem-estar dos animais de produção, tendo em vista que é comprovadamente impossível atender aos atuais níveis de demanda de produtos de origem animal pelos sistemas de criação extensivos efetivamente comprometidos com o paradigma ético de tratamento dos animais. O desiderato de educação que decorre do rótulo envolve apenas o processo de escolha do consumidor em relação aos produtos disponíveis no mercado, mas não atende à necessidade de diminuição da procura, como mecanismo de equilíbrio em relação à oferta.

A educação que constitui peça central na realização da tarefa de proteção do bem-estar animal, como política prioritária da União Europeia, exige uma estratégia muito mais complexa que aquela direcionada à educação ambiental. Se o modelo de educação para a sustentabilidade já envolve uma reciclagem íntima e deve ser imantada pelo comprometimento com o desenvolvimento durável, com a recusa de conversão de qualquer modalidade de escravidão em negócio jurídico⁸⁶, a educação que se destina ao comprometimento do paradigma ético de tutela dos animais envolve, no campo do bem-estar dos animais de produção, uma profunda reflexão sobre hábitos alimentares historicamente arraigados. A mudança de atitude do consumidor no plano do ambiente, como caminho inverso da transição do *ser* para o *ter* e freio do atual modelo

86 FREITAS, Juárez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 201, p. 199.



de sociedade de consumo, baseada no capitalismo e na voracidade por bens materiais⁸⁷, não corresponde integralmente ao modelo de consumo sustentável exigido para a promoção do bem-estar dos animais de produção, que demanda uma alteração de comportamento muito mais complexa e refletida em modelos culturais históricos.

Dessarte, uma política de consumo sustentável adequada para o bem-estar animal deve buscar outros mecanismos destinados a promover a educação para o consumo eticamente responsável, por meio de campanhas educativas com foco na redução progressiva do consumo dos produtos de origem animal, medidas de incentivo ao consumo de outros produtos substitutivos e outras formas de intervenção no mercado.

2.3 Instrumentos econômicos de proteção do bem-estar animal

Conforme já assentado, tal como ocorreu no domínio do ambiente – e sem adentrar em maiores discussões sobre a relação entre as normas ambientais e de proteção dos animais⁸⁸ –, as regras de comando e controle já se mostraram insuficientes para satisfazer o objetivo insculpido no artigo 13º do TFUE, de forma que o recurso a instrumentos econômicos já é uma realidade no âmbito das regras de bem-estar animal⁸⁹. Esses instrumentos visam oferecer um convite ao destinatário para que este participe da ativi-

87 Maiores informações sobre as estratégias de consumo sustentável da União Europeia e o direito/dever de consumo sustentável em: Gomes (2014, p. 277 e seguintes), *Consumo sustentável: ter ou ser, eis a questão...*

88 Para maiores desenvolvimentos sobre a referida discussão, Ramos (2009, p. 1.086-1.087), *O Animal: Coisa ou Tertium Genus?*

89 De forma sistemática, David Fraser (2006, p. 93-96) distingue os programas de garantia de bem-estar animal em cinco formatos, agrupados da seguinte forma: (1) Códigos de bem-estar não obrigatórios e diretrizes (2) Regulamentações (3) Acordos intergovernamentais (4) programas de garantia de clientes corporativos e suas associações (5) programas de diferenciação do produto e rotulagem.

dade incentivada pelo Estado, o que pode ser feito por diversas vias, como a instituição de benefícios tributários, financeiros, patrimoniais e outros⁹⁰.

Já se demonstrou, também, que as normas de proteção dos animais no âmbito da atividade de produção são suscetíveis de provocar graves falhas de mercado, e esta circunstância exige certa aproximação entre as ciências do Direito e da Economia, a fim de encontrar os pontos de convergência.

Partindo da economia, verifica-se hoje uma forte tendência em se atribuir um valor econômico ao bem-estar animal ao nível da produção. Essa concepção é fruto do reconhecimento de que o sofrimento animal representa um fator cada vez mais relevante para a sociedade, de forma que o bem-estar animal passa a ser parte integrante do valor do produto⁹¹. Evidente que um dos fatores que vai influenciar no valor econômico atribuído à condição do animal na exploração é o grau de sensibilização da população quanto à questão, em razão dos custos econômicos das medidas, que são repassados para o consumidor final.

Na linha de raciocínio inaugurada no tópico anterior, a valoração econômica do bem-estar animal pode ainda constituir um importante instrumento de promoção da educação para o bem-estar animal. A partir do raciocínio empregado aos recursos naturais⁹², a atribuição de valor/preço

90 AYALA, Vinícius de Araújo. **Análise econômica do Direito Ambiental**: uma breve introdução. In: *Temas de Direito Sustentável*. SANTOS JÚNIOR, Walter Santos (Coord.). Belo Horizonte: Legal, 2010, p. 7-8.

91 Segundo Molento (2005, p. 5): “À medida que a sociedade identifica o sofrimento animal como um fator relevante no consumo dos produtos animais, pode-se inferir ao BEA um valor econômico, passando, em consequência, a ser parte integrante dos cálculos do valor econômico dos produtos de origem animal”.

92 Lundqvist e Tropp (2014, p. 232) destacam que bens naturais baratos não são valorizados em uma sociedade de consumo e que a falta de consciência ambiental demanda uma valorização dos bens naturais, o que pode ocorrer através do aumento do preço do produto, já que ele tem potencial para produzir impactos na economia, tanto em relação aos produtores como em referência aos consumidores.



ao sofrimento animal, como forma de evitar o custo zero, pode representar um mecanismo de valorização da vida animal. Apesar das discussões relacionadas com a mercantilização de riquezas coletivas⁹³, a valoração do sofrimento animal, por consistir uma externalidade negativa da atividade econômica, pode constituir um importante instrumento de promoção da sustentabilidade e incentivo ao consumo racional de produtos de origem animal. Essa necessidade decorre da constatação de que a efetiva promoção do bem-estar dos animais de produção depende não somente da maior procura por produtos menos agressivos, mas também da expressiva diminuição da demanda, a fim de se adequar à diminuição da oferta.

A ideia básica é a de que, mesmo quando analisado o conflito e decidido em prejuízo do bem-estar animal, essa “crueldade consentida” deve ter um preço, como forma de valorizar o sofrimento dos animais. Assim, fora da imposição das medidas necessárias para mitigar esse sofrimento (ex: abate humanitário), o que for julgado como “sofrimento necessário” deve ter uma contrapartida, decorrente do aspecto de externalidade negativa da atividade, a fim de desestimular o consumo ou ao menos incentivar o consumo racional.

Do ponto de vista da economia, então, o bem-estar animal passa a ser encarado sob duas perspectivas distintas: 1. Como bem público, ligado à redução de externalidades negativas, como base conceitual para uma política de intervenção governamental que regulamente sobre padrões mínimos de bem-estar animal e mecanismos de correção de externalidades,

⁹³ As críticas quanto à mercantilização dos bens naturais podem ser adaptadas para se aplicar ao sofrimento animal, por envolver uma questão ética. Sobre o tema, GOMES (2014, p. 222), *Introdução ao Direito do Ambiente*.

por meio de subsídios (externalidades positivas) ou impostos (externalidades negativas)⁹⁴. 2. Enquanto valor econômico, decorrente dos custos envolvidos na adoção das medidas legais relacionadas com o bem-estar animal e do impulso da economia para uma proteção acrescida⁹⁵.

A Estratégia de proteção do bem-estar animal para os anos de 2012-2015 trouxe o *slogan* “todos são responsáveis”, chamando a atenção para a importância da atuação de todos os *stakeholders* (Governo, produtores, varejistas, consumidores, ONGS etc.). O último eurobarômetro realizado apurou que 59%⁹⁶ dos cidadãos europeus estão dispostos a pagar mais por produtos amigos do bem-estar animal, e essa porcentagem é muito maior em alguns países europeus específicos⁹⁷. Abre-se, assim, a possibilidade para que uma maior proteção seja alcançada pelo próprio mercado.

No lado oposto, o setor público desempenha importante papel, já que o bem-estar animal constitui bem público e valor constitucional da União Europeia. A legislação representa um piso mínimo de tutela, mas o Poder Público não pode abdicar de outros instrumentos para incre-

94 Harvey e Hubbard (2013), *Reconsidering the political economy of farm animal welfare: an anatomy of market failure*. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0306919212001200>.

95 BAPTISTA, Telma Maria Coelho Rocha Vicente. **Análise econômica do bem-estar animal: contributos para sua avaliação ao nível da produção**. Dissertação para a obtenção do grau de mestre em gestão sustentável dos espaços rurais. Universidade do Algarve. Faculdade de Engenharia de Recursos Naturais, Faro, 2009, p. 19-26.

96 Harvey e Hubbard (2013, p. 113) advertem, contudo, que essas estatísticas devem ser utilizadas com cuidado, pois as pesquisas sobre intenções dos consumidores muitas vezes não condizem com a realidade no ato da compra.

97 A maior porcentagem foi apurada na Suécia, onde 93% declararam que estão dispostos a pagar mais por produtos amigos do bem-estar animal. No lado oposto, o pior índice resultou de Portugal, onde menos de 30% declararam a disposição para pagar mais. *Eurobarometer 442*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/PublicOpinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/SPECIAL/surveyKy/2096>.



mentar a proteção, tanto no âmbito europeu como internamente nos Estados-Membros. A União tem seguido essa linha, buscando combinar as medidas legais restritivas com instrumentos econômicos, como subsídios e a manifesta intenção de criação de um rótulo europeu de bem-estar animal, além de outras medidas como a prestação de informações e campanhas educativas.

O recurso a instrumentos econômicos nesse domínio, além de incentivar uma proteção adicional, tem como escopo a correção de falhas de mercado, já que o setor privado não é capaz de operar nesse jogo sozinho. Esta, contudo, ainda é uma realidade muito recente, tanto no plano europeu como no estadual⁹⁸.

Até agora, o principal instrumento econômico instituído pela União decorre da integração do bem-estar animal na Política Agrícola Comum (PAC), por meio de subsídios aos produtores para a realização de medidas de extensificação e a possibilidade de financiamento no âmbito dos Programas de Desenvolvimento Rural⁹⁹. A proteção do bem-estar animal passa a figurar dentre os objetivos da política agrícola no âmbito europeu, o que permite a realização de pagamentos diretos aos produtores europeus, financiados pelo Fundo Europeu Agrícola de Garantia (EAGF) e do Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural (EAFRD)¹⁰⁰.

98 No relatório produzido pela *Farm Animal Welfare Committee* (2011, p. 38), o referido comitê recomendou ao Governo do Reino Unido a maior implementação de medidas adicionais, como a inclusão do bem-estar animal como critério nas contratações públicas.

99 BAPTISTA, Telma Maria Coelho Rocha Vicente. **Análise econômica do bem-estar animal: contributos para sua avaliação ao nível da produção**. Dissertação para a obtenção do grau de mestre em gestão sustentável dos espaços rurais. Universidade do Algarve. Faculdade de Engenharia de Recursos Naturais, Faro, 2009, p. 32.

100 Cf. art. 3(1) do Regulamento (UE) nº 1306/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho.

O sistema de pagamentos diretos baseia-se no regime de pagamento único e tem como principal objetivo o apoio ao rendimento dos agricultores¹⁰¹. Em troca, os agricultores devem respeitar um conjunto de regras no que concerne à segurança alimentar, proteção do ambiente e bem-estar animal¹⁰². Além disso, medidas de bem-estar animal podem integrar programas desenvolvidos no âmbito da política de desenvolvimento rural, por financiamento realizado pela União e gerência do programa pelo governo nacional, no âmbito do Ministério da Agricultura.

Apesar do avanço, considerando-se que o mercado de bem-estar animal tem características peculiares que decorrem da necessidade de maior interação entre as políticas de produção e de consumo, a integração do bem-estar animal na política agrícola, de forma conjunta com outros valores, como a segurança alimentar e a proteção do ambiente, não é suficiente para atender aos propósitos de correção das falhas de mercado e incentivo a uma proteção adicional.

Essa modalidade de instrumento econômico tem como finalidades fornecer um incentivo à alteração de comportamentos para moldes mais adequados ao bem-estar animal e reduzir o impacto econômico negativo pela introdução das normas restritivas da atividade¹⁰³. O subsídio centralizado nesta última finalidade ainda pode ser mais explorado pela política europeia de bem-estar animal, por meio de uma estratégia direcionada de forma específica à produção animal.

101 Cf. Regulamentos (UE) nº 1306/2013 e nº 1307/2013, amparados nos artigos 38/44 do TFUE.

102 Fonte: http://ec.europa.eu/agriculture/cap-funding/funding-opportunities/index_en.htm.

103 Sobre o subsídio como incentivo econômico no âmbito da política ambiental e suas duas feições, vide Soares (2011, p. 191 e seguintes), *O imposto ecológico – contributos para o estudo dos instrumentos econômicos de defesa do ambiente*.



O grande desafio para uma eficiente proteção do bem-estar animal na atividade econômica será o alcance de uma interação bem conseguida entre o Estado e o mercado, por estratégias coordenadas de investigação do funcionamento dos valores econômicos a serviço da proteção do animal. A experiência de atuação no domínio do ambiente pode servir de importante modelo para orientar a política de bem-estar animal nesta área, a fim de evitar os mesmos erros cometidos na estratégia ambiental¹⁰⁴.

Importante observar que um dos aspectos principais que vai determinar a maior ou menor necessidade de intervenção do Estado na economia é o grau de sensibilização pública em relação ao bem-estar animal. Em geral, nos países do norte da Europa, verifica-se alto grau de preocupação da população sobre o tratamento em relação aos animais e, com isso, o mercado encontra meios de promover o bem-estar animal *de per se*, representando este um importante fator de competitividade entre as empresas.

Por outro lado, em países do sul, como ocorre em Portugal, a sensibilização pública é muito menor, o que dificulta a exploração do bem-estar animal como uma oportunidade de mercado¹⁰⁵. Além disso, crises econômicas agravam o cenário, dificultando o próprio cumprimento do

104 Soares (2001, p. 98-99) analisa de forma crítica a política ambiental de intervenção na economia. A autora destaca que uma proteção ambiental eficiente não exige apenas a investigação do funcionamento dos valores econômicos, mas é necessário pensar também o impacto destes valores sobre a deterioração ambiental. E conclui que o fracasso do modelo de atuação é consequência não somente das deficiências do mercado ou das falhas do Estado, mas da interação mal sucedida entre os dois setores. Torna-se, pois, necessário encontrar um equilíbrio adequado entre o funcionamento do mercado e a intervenção do Estado. Este diálogo econômico-político tem que servir de fundamento à escolha das vias de intervenção utilizadas como suporte de um desenvolvimento sustentável.

105 Veja-se, por exemplo, o caso do mercado de ovos de galinhas criadas soltas, que ocupa somente 5% do mercado total em Portugal, enquanto alcança mais da metade do mercado total na Suécia e na Holanda. (MATHENY; LEAHY, 2007, p. 345).

piso mínimo estabelecido pela legislação europeia e induzindo a procura por produtos mais baratos. Nesse contexto, a maior parcela de responsabilidade pela proteção do bem-estar animal acaba recaindo sobre o Poder Público, que é instado a desenvolver mecanismos de correção de falhas de mercado e incentivos econômicos para a aplicação da legislação. Não por outra razão, a União Europeia, após detectar, na última Estratégia, o problema da desuniformidade na aplicação da legislação nos Estados-Membros¹⁰⁶, trouxe como meta o investimento em formação e educação e o auxílio econômico a alguns Estados-Membros para o cumprimento da legislação.

Obtemper-se que as inúmeras questões que influenciam na economia e na circulação dos produtos de origem animal tornam a temática especialmente complexa¹⁰⁷. David Harvey e Carmen Hubbard¹⁰⁸ destacam a falta de estudo aprofundado sobre as questões econômicas afetas ao mercado de bem-estar animal e fazem uma análise crítica do atual modelo de política econômica, no que se refere aos subsídios e assistência aos agricultores, propondo, ao final, uma política de subsídio direcionada ao consumo de produtos amigos do bem-estar animal.

De fato, considerando-se que o consumidor tem se delineado como o principal ator neste domínio, uma política voltada diretamente para

¹⁰⁶ Conforme recordado por Ramos (2009, p. 1.085), o nível jurídico de proteção do animal revela, de uma certa maneira, o nível civilizacional de uma determinada sociedade.

¹⁰⁷ No relatório *Animal Welfare and Economic*, o FAWC (2011, p. 01) destaca que o bem-estar animal enseja problemas na economia tão complexos quanto aqueles referentes à ciência.

¹⁰⁸ HARVEY, David; HUBBARD, Carmen. Reconsidering the political economy of farm animal welfare: an anatomy of market failure. In: **Food Policy**. Newcastle University/UK. Vol. 38, 2013. p. 112-113.



o consumo é potencialmente mais efetiva, já que, enquanto o subsídio direcionado ao produtor tem efeito limitado, o incentivo voltado para o consumidor final tem capacidade para atingir todos os atuantes da cadeia e, com isso, mudar efetivamente as regras do jogo.

Da análise das medidas de bem-estar animal promovidas pelo setor privado até agora, nota-se, na esteira do preconizado por David Harvey e Carmen Hubbart¹⁰⁹, que, mesmo nas sociedades mais atentas à questão, o mercado não é capaz de promover sozinho melhorias substanciais de bem-estar animal, o que torna essencial a intervenção pública. Esta, por sua vez, pode ocorrer por diferentes formas, e uma base para uma política de intervenção no mercado pode ser extraída por meio dos mecanismos utilizados no âmbito da política ambiental.

Nessa perspectiva, a experiência ambiental demonstra que ainda há outros caminhos para incrementar a política de bem-estar animal da União Europeia, como a instituição de critérios de bem-estar animal nos contratos públicos¹¹⁰, na esteira do modelo previsto para o *green public procurement*¹¹¹; o incentivo à utilização dos sistemas financeiro e tributá-

109 HARVEY, David; HUBBARD, Carmen. Reconsidering the political economy of farm animal welfare: an anatomy of market failure. In: **Food Policy**. Newcastle University/UK. Vol. 38, 2013. p. 109.

110 Vale mencionar a iniciativa da Prefeitura de Roma, que desde 2000, só fornece ovos de galinhas criadas soltas nos refeitórios das escolas. WEBSTER, John A. Farm animal welfare: the five freedoms and the free market. In **The Veterinary Journal**. Nº 161 (2001). Pág. 234. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S109002330090563X>.

111 A penetração de critérios de contratação pública ambientalmente amigos desperdiçou formalmente com a COM (2001) 274 final, de 4 de junho. A partir de então, considerações ambientais passaram a integrar os critérios de decisão em relação à escolha da proposta mais vantajosa. Maiores desenvolvimentos em ESTORNINHO, Maria João. **Green Public Procurement** – Por uma contratação pública sustentável. 2012, p. 9 e ss. Disponível em: www.icjp.pt.

rio¹¹², por meio de subsídios, subvenções, taxas e impostos; a criação de fundos específicos para a proteção do bem-estar animal, dentre outros.

Que fique claro, contudo, que a atuação do Estado no âmbito da economia não pode substituir a legislação impositiva. O Poder Público tem papel fundamental na proteção do animal, e isso não pode ser feito somente pelo mercado¹¹³, de forma que a evolução desses instrumentos não deve impedir o avanço da legislação, com a instituição de maiores limites e outras medidas para promover o bem-estar animal, até porque esta ainda tem muito que avançar.

2.4 Implicações no comércio internacional e no mercado interno

Atualmente, uma das maiores dificuldades que a União Europeia tem encontrado para progredir na questão do bem-estar animal refere-se ao problema de substituição no comércio, decorrente da importação de produtos provenientes de países que não observam os padrões europeus. Segundo dados da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação¹¹⁴, o comércio internacional de carnes representa cerca de 10% do total da produção e esta porcentagem tende a continuar crescendo nos próximos anos. O comércio internacional representa, assim,

112 Referindo-se à realidade brasileira, Mazzochi e Peres (2010, p. 152-160), destacam a importância do uso do sistema tributário na proteção dos animais, através de tributos, subvenções e incentivos para induzir as atividades econômicas a produzirem produtos e serviços adequados ao bem-estar animal. Os tributos podem constituir um instrumento de regulação indireta, através da extrafiscalidade tributária. Ao majorar a tributação para determinado produto está dificultando sua produção e consumo e ao mesmo tempo incentivando atividades e bens menos agressivos aos animais, funcionando, assim, o tributo como indutor de práticas de proteção aos animais, da mesma forma que os incentivos fiscais, como forma de tributação passiva.

113 Nesse sentido, é, também, o relatório do *Farm Animal Welfare Committee* (2011, p. 01).

114 Perspectivas Agrícolas 2014/2023. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-i3818s.pdf>.



um problema especial para a legislação de bem-estar animal, e esta preocupação também se aplica ao comércio interno nos Estados-Membros, em razão dos padrões normativos mais elevados em alguns países.

Sabe-se que o sistema de comércio internacional da Organização Mundial do Comércio foi projetado para erradicar as barreiras de circulação de produtos entre os países pela criação e execução das regras de acesso ao mercado. A pedra angular da normativa é o princípio da não discriminação no comércio, que se aplica aos métodos de produção. O artigo XX do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) traz um rol de exceções, permitindo algumas restrições à importação, sem incluir, de forma expressa, o bem-estar animal como fundamento para a imposição de barreira.

O referido dispositivo permite, contudo, a restrição no comércio com fundamento na proteção da saúde animal. Esta norma ainda não foi posta em pauta no painel de disputas da Organização Mundial do Comércio, no que se refere à inclusão do bem-estar animal. Apesar da distinção entre os conceitos, a consideração do bem-estar animal na referida regra tem ganhado força pela atuação da Organização Internacional da Saúde Animal (OIE). O referido órgão foi designado pela Organização Mundial do Comércio como órgão de referência científica para a saúde animal e, nos últimos anos, tem desenvolvido padrões internacionais em matéria de bem-estar animal, deixando em aberto a possibilidade da utilização das referidas normas como fundamento para barreiras comerciais¹¹⁵.

Fracassada a tentativa de impor restrições ao comércio internacional, a diferenciação entre produtos representa o principal mecanismo para combater os produtos de substituição, o que reforça a importância da

115 BAYVEL, David *et al.* *Animal Welfare: Global Issues, Trends, and Challenges. In: Scientific and Technical Review*. v. 24, OIE. Paris, 2005. p. 796.

utilização da técnica da rotulagem. Esse mecanismo, porém, não é suficiente para equilibrar as forças do mercado, razão pela qual se faz necessário o recurso a outros instrumentos destinados à equalização de preços, a exemplo do imposto de importação preferencial para as importações que satisfazem os padrões europeus de bem-estar animal ou dos subsídios realizados no âmbito de pagamentos defendidos como “Caixa Verde”¹¹⁶. Parte importante nesse processo é também a consideração do bem-estar animal no âmbito dos acordos bilaterais com parceiros comerciais.

A União Europeia tem seguido essa linha, buscando atuar perante a Organização Mundial do Comércio para incluir regras de bem-estar animal nas normas de comércio internacional¹¹⁷, além de considerar a questão no âmbito dos acordos comerciais¹¹⁸. Enquanto a Organização Mundial do Comércio não clarificar o dissídio, contudo, a União terá de continuar empreendendo esforços para impedir que os produtos de substituição comprometam os padrões europeus de bem-estar animal e, neste combate, as iniciativas do setor privado e a atuação dos consumidores desempenharão papel fundamental.

116 MATHENY, Gaverick; LEAHY, Cheryl. Farm-animal welfare, legislation and trade. In: **Law and Contemporary Problems**. v. 70. Universidade de Maryland, EUA, 2007. p. 352.

117 Em junho de 2000, a União apresentou uma proposta para a Comissão de Agricultura da Organização Mundial do Comércio para a inclusão do bem-estar animal nas medidas restritivas do comércio internacional. A proposta trouxe três vias possíveis para a solução da celeuma: através da criação de um novo acordo multilateral sobre bem-estar animal, por meio de um sistema de rotulagem para distinguir produtos nacionais e importados ou através de um regime de compensação aos agricultores europeus para atender os custos adicionais da produção decorrentes das medidas legais. Contudo, a proposta não foi recebida pelos demais membros da OMC e a questão ainda permanece em aberto. Fonte: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2002/PT/1-2002-626-PT-F1-1.Pdf>.

118 Em janeiro de 2013, a União Europeia e o Brasil celebraram um acordo de cooperação técnica em matéria de bem-estar animal, para reduzir as tensões quanto aos diferentes padrões de bem-estar animal e o comércio de produtos. Fonte: <http://www.agricultura.gov.br/comunicacao/noticias/2013/01/brasil-e-uniao-europeia-firmam-acordo-sobre-bem-estar-animal>.



Importa destacar que o mercado de exportação europeu tem repercutido nos níveis de bem-estar animal de diversos países¹¹⁹, retardando a adoção dos sistemas de produção intensivos nos países em desenvolvimento e influenciando a alteração da legislação em nações parceiras comerciais¹²⁰. Esse efeito é de suma importância, especialmente num contexto em que a demanda por produtos de origem animal tem crescido de forma constante e substancial nos países em desenvolvimento¹²¹, impulsionando a intensificação da produção e a consequente adoção dos métodos mais cruéis, e obstaculizando o avanço da legislação de proteção dos animais de criação¹²².

No que se refere ao mercado interno, também se verificam problemas de substituição no comércio, em razão de normas mais elevadas em alguns Estados-Membros. O artigo 114 do Tratado de Funcionamento da União Europeia previu o objetivo de aproximação das leis internas para evitar distorções no comércio interestadual, mas o entendimento majoritário da Corte de Justiça da União Europeia é no sentido da ausência de competência da União para regular o mercado interno¹²³.

119 Webster (2001, p. 236) destaca que, independentemente das incertezas do sistema de regras da OMC, o acesso aos mercados internacionais pode constituir motivação para a adesão aos padrões internacionais, especialmente aqueles definidos pela *OIE*.

120 MATHENY, Gaverick; LEAHY, Cheryl. Farm-animal welfare, legislation and trade. In: **Law and Contemporary Problems**. v. 70. Universidade de Maryland, EUA, 2007. p. 353.

121 De acordo com o relatório “Perspectivas Agrícolas 2012/2021” da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), o consumo de carnes nos países em desenvolvimento aumentará para capturar 82% do consumo global no período projetado, com destaque para os países da Ásia e da América Latina.

122 Em razão deste cenário, recentemente, os principais organismos financeiros internacionais, a exemplo do Banco Mundial, passaram a incorporar a preocupação com o bem-estar animal em suas regras. Para mais informações, STEVENSON, Peter. **Review of animal welfare legislation in the beef, pork and poultry industries**. Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO). Roma, 2014. p. 46-47.

123 Ryland e Nurse (2013, p. 113) ressaltam, contudo, que a modificação do Tratado de Lisboa, no que se refere à inclusão do art. 13, tem potencial para influenciar nas regras do mercado interno e na interpretação da CJUE, podendo legitimar futuras considerações do bem-estar animal nas regras de comércio entre os Estados-Membros.

Para contornar o problema, a Suécia, que tem normas mais rigorosas sobre bem-estar animal e uma população extremamente atenta à questão, adotou o rótulo *Swedish Meats* para identificar os produtos nacionais e permitir a escolha pelos consumidores, evitando, assim, os problemas de substituição. A Noruega tem um cenário parecido, mas o impacto foi menor por apresentar uma economia fechada, onde as importações levam tarifas pesadas, o que acabou por amenizar o problema¹²⁴.

Em resumo, além dos instrumentos de mercado e demais técnicas oriundas da política econômica voltadas para a produção e consumo sustentáveis, a cooperação internacional e a adoção de uma política externa comprometida com o bem-estar animal serão fundamentais para a evolução do sistema europeu de proteção dos animais de produção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção jurídica do animal é um dos temas de maior destaque no cenário jurídico atual, e o debate tende a se intensificar nos próximos anos, provocando mudanças nos sistemas jurídicos em todos os níveis. Esse processo evolutivo não pode descurar do seu maior pilar, o princípio da sensibilidade, que, no âmbito europeu, encontra guarida expressa no artigo 13º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, como corolário da instituição do bem-estar animal como valor constitucional da União Europeia.

O reconhecimento dos animais como seres sensíveis no ordenamento europeu originário conforma o direito derivado na busca de um trata-

124 VEISSIER, Isabelle *et al.* European approaches to ensure good animal welfare. In: *Animal Behaviour Science*. Nº 113, 2008. p. 288.



mento equânime entre todos os seres dotados de sensibilidade, a partir da concepção de que toda vida animal tem igual valor e merece igual consideração e este princípio deve ser preterido apenas em situações excepcionais, na esteira do princípio da proporcionalidade, quando em conflito com outros valores com a mesma dignidade constitucional.

Nesse sentido, é premente a necessidade de maior atenção aos animais de produção, sob pena de o Direito dos Animais tomar um caminho perigoso. Não se pode conceber um sistema coerente e legítimo que destina forte proteção a algumas espécies, notadamente aos animais de companhia, enquanto permite as maiores atrocidades na exploração dos animais de criação, já que todos são seres sensíveis, e o consumo humano não constitui fundamento bastante para tratamentos tão díspares¹²⁵.

A legislação europeia de proteção dos animais de criação, apesar de ser referência mundial, ainda não é compatível com o paradigma ético, já que afeta apenas as práticas mais cruéis na produção. A sua evolução, contudo, depende do desenvolvimento de instrumentos econômicos e de mercado, em razão das tensões entre o bem-estar animal e a economia, por meio de um espírito de responsabilidade compartilhada entre todos os atores da cadeia de produção e consumo. A componente econômica assume, assim, importância decisiva na elaboração e consecução das políticas de bem-estar animal.

125 De forma semelhante, Gomes (2014, p. 55-56) ressalta que o reconhecimento de direitos subjetivos sem a completa extinção das formas de exploração é um caminho perigoso porque “[...] se admitirmos a personificação, mas continuarmos a praticar violência sobre os animais – comendo-os; fazendo experiências com eles; usando a sua pele como matéria-prima para vestuário-, então o mesmo princípio de instrumentalização valeria relativamente às pessoas [...]”.

A vertente ética do princípio da sustentabilidade fundamenta, e a experiência no domínio do ambiente indica o caminho a seguir para o incremento da proteção dos animais de criação. No âmbito da sustentabilidade na produção, o custo ético envolvido na atividade, como corolário da consideração do sofrimento animal como externalidade negativa da atividade, fundamenta a intervenção pública para onerar as práticas mais agressivas e incentivar a adoção de sistemas que garantam maiores padrões de bem-estar animal.

Nesse trilhar, a informação e a educação constituem as bases dos instrumentos e da estratégia administrativa encampada. Se o sofrimento animal constitui valor de fundamental relevância da sociedade europeia, então o consumidor deve receber toda informação sobre os métodos de produção e os níveis de bem-estar animal em relação aos produtos disponíveis no mercado, por meio de um mecanismo dotado de clareza e fiabilidade. O Direito Europeu já resguardou o direito a saber pela instituição da rotulagem obrigatória para a produção de ovos de galinhas poedeiras, mas é preciso que o sistema avance para estabelecer métodos de informação das demais áreas de produção.

Além da rotulagem obrigatória, a criação do rótulo europeu de bem-estar animal, como instrumento voluntário de intervenção no mercado, será uma importante arma da política europeia de produção e consumo sustentáveis, por atender às dimensões formativa e informativa e contribuir para a correção das falhas de mercado decorrentes dos custos associados à implementação das medidas legais. Este último fator exige, contudo, a complementação da estratégia de bem-estar animal por instrumentos econômicos.

Nesse domínio, a utilização do subsídio já é uma realidade no sistema europeu, em razão da integração do bem-estar animal na Política Agríco-



la Comum e do consequente auxílio aos produtores por meio do esquema de pagamentos diretos. Entretanto, a intervenção na economia ainda tem outros caminhos a seguir, pelos subsídios direcionados ao consumo e a utilização de outros modelos oriundos do Direito do Ambiente, como o *green public procurement* e as formas de incentivo à utilização dos sistemas tributário e financeiro.

O combate aos produtos de substituição ainda exige forte estratégia de cooperação internacional e adoção de uma política externa comprometida com o bem-estar animal, a fim de favorecer a circulação e o consumo dos produtos produzidos de acordo com os padrões europeus, estratégia que já vem sendo seguida pela União Europeia.

A implementação de um modelo de produção e consumo efetivamente comprometidos com o estatuto ético dos seres dotados de sensibilidade e a concepção do Direito Animal como uma tendência progressiva dependem, além da utilização dos mecanismos de intervenção na economia, da consagração do princípio da educação para o respeito da vida animal, como um dos pilares de todo o sistema jurídico do animal.

Na esteira do modelo de educação ambiental, a educação para o tratamento ético dos animais pode ser buscada pela implementação de uma legislação voltada à educação formal e informal, por um sistema direcionado à conscientização pública, iniciado desde as bases do sistema educacional e complementado por campanhas educativas e estratégias específicas para cada setor. Aplicada à produção animal, a educação deve visar ao amplo conhecimento sobre todos os métodos de exploração aplicados pela indústria, como forma de combate ao cenário de ignorância e às técnicas de ocultação. No domínio da produção animal, a informação constitui o

[Ir para o índice](#)

braço direito da educação, já que há concepção geral de que o consumo diminuiria de forma considerável se houvesse real conhecimento e percepção pública sobre os métodos empregados na produção.

Um modelo de consumo sustentável de produtos de origem animal não prescinde, ainda, de campanhas educativas direcionadas de forma específica à redução do consumo, como pressuposto indispensável para o avanço da legislação, a fim de validar sistemas efetivamente comprometidos com o bem-estar animal.

Se hoje ainda é inconcebível se pensar num sistema jurídico que garanta a todos os seres sensíveis a proteção do seu mais básico interesse, que é a manutenção da vida, o direito deve ir encontrando caminhos para expandir o campo de proteção e resguardar o valor constitucional europeu consubstanciado no bem-estar animal. Enquanto os animais continuarem a ser utilizados como alimento, um sistema de produção ideal é aquele em que estes têm o máximo controle sobre suas próprias vidas. Esta, contudo, ainda é uma realidade muito distante e ainda há um longo caminho a percorrer.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Lia do Valle de. A ética e a experimentação animal à luz do Direito brasileiro e da União Europeia. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Vol. 10. Nº. 18 (2015). Págs. 75/110.

AYALA, Cecílio Arnaldo Rivas. Novos aportes para a educação ambiental pelo viés dos direitos socioambientais e do novo constitucionalismo latino-americano. *In*: CARLI, Ana Alice de; MARTINS, Saadia Borba (Co-



ord.). **Educação Ambiental:** premissa inafastável ao desenvolvimento econômico sustentável. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ARAGÃO, Alexandra. A credibilidade da rotulagem ecológica dos produtos. **Revista CEDOUA**, nº 27, vol. 1 (2011). p. 157-170.

ARAÚJO, Fernando. **A Hora dos Direitos dos Animais**. Coimbra: Almedina, 2003.

ARAÚJO AYALA, Vinícius. Análise econômica do Direito Ambiental: uma breve introdução. *In*: SANTOS JÚNIOR, Walter (coord.). **Temas de Direito Sustentável**. Belo Horizonte: Legal, 2010. p. 4-34.

ANTUNES, Tiago. Agilizar ou mercantilizar? O recurso a instrumentos de mercado pela Administração Pública – implicações e consequências. *In*: **Pelos Caminhos Jurídicos do Ambiente**. Verdes textos I. Lisboa: AA-FDL, 2014. p. 149-163.

BAYVEL, David. The Use of Animals in Agriculture and Science: Historical Context, International Considerations and Future Direction. **Revue Science et Technique**, nº. 24, 2005, p. 791-813. Disponível em: <http://www.oie.int/doc/ged/D2712.PDF>. Acesso em: 27 set. 2017.

BAYVEL, David et al. Animal Welfare: Global Issues, Trends, and Challenges. **Scientific and Technical Review**, vol. 24, OIE, Paris, 2005, p. 433-479. Disponível em: <http://www.oie.int/eng/AW2012/publications.htm>. Acesso em: 27 set. 2017.

BAPTISTA, Telma Maria Coelho Rocha Vicente. **Análise econômica do bem-estar animal: contributos para sua avaliação ao nível da produção**. Dissertação para a obtenção do grau de mestre em gestão sustentável dos espaços rurais. Universidade do Algarve. Faculdade de Engenharia de Recursos Naturais, Faro, 2009.

Ir para o índice

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. Direito à informação socioambiental na sociedade de consumo. *In*: FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráfico da (coord.). **Direito ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 38-62.

BENALCAZAR, Isabelle de. Le label écologique: le consommateur au secours de l'environnement. **Les Petites affiches**, nº 203 (2001), p. 20-31.

BENÍCIO, Mila. O mito na carne: a desfiguração e refiguração dos animais de produção pela linguagem. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Vol. 7, n. 9, 2010, p. 251-283.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1907.

BONIFÁCIO RAMOS, José Luís. O animal: coisa ou *tertium genus*? **O Direito**, nº 141, V, 2009, p. 1071 e seguintes.

BROOM, Donald M. **Animal Welfare: future knowledge, attitudes and solutions**. University of Cambridge. Disponível em: <http://www.fveter.unr.edu.ar/upload/26-donald-broom.pdf>. Acesso em: 27 set. 2009.

BURGAT, Florence. Défiguration et reconfiguration des animaux dans la presentation des viands et dans l'imagerie publicitaire. **Révue D'esthétique Animalites**. Nº 40, Edição de Jean-Michel Place, 2001, p. 57-69.

COMISSÃO europeia. **Estratégia para a proteção do bem-estar animal para os anos 2012/2015**. Disponível em: http://ec.europa.eu/food/animals/welfare/strategy/index_en.htm. Acesso em: 27 set. 2017.

CASSUTO, David N. Animais carne, padrões humanos e outras ficções jurídicas. **Revista Brasileira de Direito Animal**, vol. 7, nº 11, 2012, p. 15-35.



DECLARAÇÃO de Cambridge de 2012. Disponível em: <http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

DIAS SOARES, Cláudia Alexandra. **O imposto ecológico** – contributos para o estudo dos instrumentos económicos de defesa do ambiente. Coimbra: Coimbra, 2001.

DUARTE, Maria Luísa. Direito da União Europeia e Estatuto Jurídico dos Animais: uma grande ilusão? *In: Animais: Deveres e Direitos*. Conferência promovida pelo ICJP em 11 de dezembro de 2014, p. 33/47. E-book disponível em: www.icjp.pt. Acesso em: 27 set. 2017.

DUARTE, Maria Luísa. O tempo e a transposição de diretivas no direito da União Europeia. *In: Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 423 e seguintes. v. 1.

DUARTE, Maria Luísa. União Europeia e garantia do bem-estar dos animais. *In: Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*. Coimbra: Coimbra. 2006. v. 2.

ESTORNINHO, Maria João. **Green Public Procurement** – Por uma contratação pública sustentável. 2012. Disponível em: www.icjp.pt. Acesso em: 27 set. 2017.

EUROPEAN Commission. **Agriculture and Rural Development**. Disponível em: http://ec.europa.eu/agriculture/cap-funding/funding-opportunities/index_en.htm. Acesso em: 27 set. 2017.

FARIAS, Raul. Dos crimes contra animais de companhia. Breves Notas. *In: DUARTE, Maria Luísa Duarte; GOMES, Carla Amado (coord.) Animais: deveres e direitos*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015, p. 139-152. Disponível em: <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/5105/view>. Acesso em: 27 set. 2017.

FARM Animal Welfare Committee - FAWC. **Economics and Farm Animal Welfare**. UK, 2011. Disponível em: http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/animalwelfare/Report_on_Economics_and_Farm_Animal_Welfare.pdf. Acesso em: 27 set. 2017.

FERRI, Caroline; ROSSETTO, Daísa Rissotto. Modernidade e consumo: a vida animal como objeto de testes. **Revista Brasileira de Direito Animal**, vol. 9, nº 17, 2014, p. 43-59.

FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo. Que estratégia para o direito ambiental norte-americano do século XXI: o “cacete” ou a “cenoura”? **BFDUC**, v. LXXVII, 2001. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/2500>. Acesso em: 27 set. 2017.

FONSECA, Rui Pedro. O “bem-estar animal” e a “eficácia econômica” de acordo com o discurso oficial da pecuária portuguesa. **Revista Brasileira de Direito Animal**, vol.10, nº 18, 2015, p. 55-74.

FRANCIONE, Gary L. **Introduction to animal rights: your child or the dog?** Philadelphia: Temple University Press, 2000.

FRASER, David. Animal welfare assurance programs in food production: a framework for assessing the options. **Animal Welfare**, nº. 15, UK, 2006. Disponível em: http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/animalwelfare/Animal%20welfare%20assurance%20programs.pdf. Acesso em: 27 set. 2017.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GOMES, Carla Amado. Consumo sustentável: ter ou ser, eis a questão... *In*: **Textos Dispersos do Ambiente**. Lisboa: AAFDL, 2014. v. 4.



GOMES, Carla Amado. **Desporto e proteção dos animais**: por um pacto de não agressão. Disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/cej-animais_revisto.pdf. Acesso em: 27 set. 2017.

GOMES, Carla Amado. Direito dos Animais: um ramo emergente? *In*: **Animais**: Deveres e Direitos. Conferência promovida pelo ICJP em 11 de dezembro de 2014. *E-book* disponível em: www.icjp.pt. Acesso em: 27 set. 2017. p. 48-68.

GOMES, Carla Amado. **Introdução ao Direito do Ambiente**. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2014.

HARVEY, David e HUBBARD, Carmen. Reconsidering the political economy of farm animal welfare: an anatomy of market failure. **Food Policy**, Newcastle University/UK, vol. 38, 2013, p. 105-114. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0306919212001200>. Acesso em: 27 set. 2017.

HUMANE Society International. **Bem-estar de animais confinados**. Disponível em: <http://www.hsi.org/assets/pdfs/welfare-of-animals-in-int-conf-portuguese-april-09.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

INSTITUTO Nacional de Estatística. **Estatísticas Agrícolas 2014**. Disponível em: www.ine.pt. Acesso em: 27 set. 2017.

LOURENÇO, Daniel Braga; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Sustentabilidade; Economia Verde; Direito dos Animais; Ecologia Profunda: algumas considerações. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Ano 1, nº 1, 2012, p. 365-404.

LUNDQVIST, Jan. Value, price and use of water: governance challenges. *In*: CARLI, Ana Alice de; MARTINS, Saadia Borba (Org.). **Educação**

ambiental: premissa inafastável ao desenvolvimento econômico sustentável. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 209-237.

MATHENY, Gaverick; LEAHY, Cheryl. Farm-animal welfare, legislation and trade. *In: Law and Contemporary Problems*. Maryland: Universidade de Maryland (EUA), 2007, p. 328-358. v. 70. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1415&context=lcp>. Acesso em: 27 set. 2017.

MAZZOCHI, Fernanda; PERES, Pablo Luiz Barros. O Abolicionismo Animal e a Participação do Poder Público através da Tributação Passiva. **Revista Brasileira de Direito Animal**, vol. 5, Nº 7, 2010, p. 141-167.

MCINERNEY, John. **Animal Welfare, Economics and Policy:** Report on a study undertaken for the Farm & Animal Health Economics Division of Department of Environment, Food and Rural Affairs. UK: [s.n], 2004.

MOLENTO, Carla. Bem-estar e Produção Animal: Aspectos Econômicos – Revisão. **Archives of Veterinary Science**, vol. 1, 2005, nº 1, p. 1-11. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/veterinary/article/view/4078>. Acesso em: 27 set. 2017.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Macrorrelação ambiental de consumo:** responsabilidade pós-consumo ou relação coletiva de consumo? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

OFICINA de Políticas Públicas para o Bem-estar dos Animais de Produção – Brasília/2015. **Influência da debicagem no bem-estar animal.** Disponível em: http://www.agricultura.gov.br/arq_editor/Debicagem%20reduzida%20para%20pdf.pdf. Acesso em: 27 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura – FAO. **Antibiotics in animal farming.** Disponível em: <http://www.fao.org/>



[fileadmin/user_upload/animalwelfare/antibiotics_in_animal_farming.pdf](#). Acesso em: 27 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura – FAO. **Perspectivas Agrícolas 2014/2023**. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-i3818s.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura – FAO. **Tackling climate change through livestock**. 2013. Disponível em: <http://www.fao.org/3/i3437e.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura – FAO. **Statistical Yearbook 2012**. Disponível em: <http://www.fao.org/docrep/015/i2490e/i2490e00.htm>. Acesso em: 27 set. 2017.

OST, François. **A Natureza à Margem da Lei: a Ecologia à Prova do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PARLAMENTO Europeu. **Proposta de Resolução: Rótulo de bem-estar animal**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=B8-2016-0216&format=XML&language=PT>. Acesso em: 27 set. 2017.

PARLAMENTO Europeu. **Resolução sobre a estratégia para a proteção do bem-estar animal para os anos 2016/2020**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B8-2015-1278+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em: 27 set. 2017.

RYDER, Richard. Animals and Human Rights. **Revista Brasileira de Direito Animal**, vol. 3, nº 4, 2008, p. 63-66.

RYLAND, Diane e NURSE, Angus. Mainstreaming After Lisbon: Advancing Animal Welfare In The EU Internal Market. **Revista European Energy and Environmental Law Review**, 22 (3), 2013, p. 101-115.

Ir para o índice

ROEX, Joek; MIELE, Mara. Farm animal welfare concerns. Consumers, retailers and producers. **Welfare Quality Reports**, nº. 1, Cardiff School of City and Regional Planning, 2005. Disponível em: http://www.cardiff.ac.uk/cplan/sites/default/files/WQReport-1_0.pdf. Acesso em: 27 set. 2017.

SALCEDO, Pablo López. Bienestar animal y consumidor. In. HERRANZ, A. H; COLMENAREJO, J. L (Editores). **Bienestar animal**. Madri: Editorial Agrícola Española, 2005. p. 65-78. v. 7.

SOCIEDADE Real para a Prevenção da Crueldade contra os Animais (RSPCA). **Freedom food impact report 2012**. Disponível em: http://www.freedomfoodpublications.co.uk/impact_report/ImpactReport_Optimised.pdf. Acesso em: 27 set. 2017.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito**: Lições de Direito do Ambiente. Coimbra: Almedina, 2005.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Tradução de Maria de Fátima St. Aubyn. Porto: Via Óptima, 2008.

SINGER, Peter. Todos os animais são iguais. In: GALVÃO, Pedro (Org.). **Os Animais têm Direitos?** Perspectivas e Argumentos. Lisboa: Dinalivro. Lisboa, 2010. p. 4 e seguintes.

STEVENSON, Peter. Review of animal welfare legislation in the beef, pork and poultry industries. **Food and Agriculture Organization of the United Nations**. Rome, 2014. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-i4002e.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

STROPPIA, Tatiana. Antropocentrismo x Biocentrismo: um debate importante. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Vol. 10. Nº 20, 2015, p. 119-133.



THIERMANN, Alex; BADCOCK, Sarah. Animal Welfare and International Trade. **Revue Science et Technique**, nº 24, 2005, p. 747-755. Disponível em: <http://www.oie.int/doc/ged/D2707.PDF>. Acesso em: 27 set. 2017.

UNITED Nations. **The future we want**. 2012. Disponível em: http://www.un.org/disabilities/documents/rio20_outcome_document_complete.pdf. Acesso em: 27 set. 2017.

VEISSIER, Isabelle; BUTTERWORTH, Andrew; BOCK, Bettina; ROE, Emma. European approaches to ensure good animal welfare. **Animal Behaviour Science**, nº 113, 2008, p. 279-297. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0168159108000099>. Acesso em: 27 set. 2017.

WEBSTER, John A. Farm animal welfare: the five freedoms and the free market. **The Veterinary Journal**, nº 161, 2001, p. 229-237. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S109002330090563X>. Acesso em: 27 set. 2017.

WIKIPEDIA. **Foie gras**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Foie_gras. Acesso em: 27 set. 2017.

Globalização, Estado Constitucional Cooperativo e meio ambiente

Globalization, Constitutional Cooperative State and environment

ERNANI CONTIPELLI

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade analisar o Estado Constitucional Cooperativo como modelo para implementação de uma governança global ambiental no contexto do mundo globalizado. Inicialmente, será compreendida a relação entre história, valores e Constituição, para, em seguida, discutir-se a complexidade do processo de globalização e as questões envolvendo economia, meio ambiente e desenvolvimento sustentável. Por fim, apresenta-se a ordem internacional contemporânea e seus fatores de complexidade (globalização, multipolaridade e interdependência, propondo o Estado Constitucional Cooperativo como paradigma de governança ambiental e desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Globalização. Estado Constitucional Cooperativo. Desenvolvimento Sustentável. Meio Ambiente.

[Ir para o índice](#)



ABSTRACT

The present article aims to analyze the Cooperative Constitutional State as a model for the implementation of the global environmental governance in the context of the globalized world. Initially, we will comprehend the relation among history, values and Constitution in order to discuss the complexity of the globalization's process, specially, in what concerns to the question involving economy, environment and sustainable development. Finally, we will present the contemporary international order and its main factors of complexity (globalization, multipolarity and interdependence), proposing the Cooperative Constitutional State as a paradigm of environmental governance and sustainable development.

Keywords: *Globalization. Cooperative Constitutional State. Sustainable Development. Environment.*

INTRODUÇÃO

A definição dos valores que orientam o modo de ser das instituições que buscam definir as pautas comportamentais sociais sofre impreterivelmente a influência do contexto histórico em que se manifesta. Em tal sentido, os paradigmas de estruturação do Estado-Nação acabam por receber o impacto do processo de globalização e das alterações por ele implementada nas relações de poder, para determinar a ineficiência do modelo estatal clássico diante dos novos e complexos problemas que afetam a sociedade transcendendo as fronteiras nacionais, que possuem escala planetária, exigindo formas de cooperação cada vez mais aprofundadas no âmbito internacional.

[Ir para o índice](#)

Nesse contexto, encontra-se situada a proposta de construção do Estado Constitucional Cooperativo, que tem por finalidade promover um diálogo estreito entre ordem nacional e internacional, para atender aos pressupostos de multipolaridade e interdependência que se apresentam no conteúdo das relações de poder contemporâneas próprias de um mundo globalizado. Acrescente-se, como fator de complexidade, que, entre os mencionados problemas de escala planetária que devem ser enfrentados pelo Estado, situa-se como ponto nuclear a temática ambiental, considerando-se o desmesurado crescimento econômico e o consumo intensivo, que colocam em risco a própria existência da espécie humana, ao promover uma utilização irracional dos recursos naturais.

O presente artigo tem como finalidade apresentar o Estado Constitucional Cooperativo como modelo ajustado ao enfrentamento dos problemas ambientais que atingem a sociedade mundial, ao propor um sistema de governança cooperativa entre nações, para atender às exigências próprias do processo de globalização e promover um sistema global de desenvolvimento sustentável, em sintonia com valores de conteúdo cosmopolitas, como o caso dos princípios firmados pelos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS).

Portanto, a primeira parte será dedicada à compreensão da Constituição como um conjunto de valores que são construídos em sintonia com o contexto histórico. Posteriormente, estudar-se-á o desenrolar do processo de globalização, fazendo referência à relação entre economia e meio ambiente, para discutir a questão do desenvolvimento sustentável. Na terceira e última parte, o Estado Constitucional Cooperativo será apresentado como paradigma para a determinação de um modelo de governança ambiental que satisfaça as complexas exigências do processo de globalização.



1 CONSTITUIÇÃO E SEUS VALORES

Entender o conceito de Constituição significa definir sua relação com a história. Nesses termos, a Constituição resulta das transformações de fato ocorrentes na sociedade, vinculadas a diferentes circunstâncias de caráter econômico, político, entre outros, as quais, dentro de coordenadas de espaço e tempo, geram efeitos no mundo jurídico para determinar novas perspectivas institucionais para melhor compreensão do Estado e da sociedade.

Assim, os conteúdos que compõem a Constituição se encontram plenamente inseridos na história, influenciados por forças sociais que atuaram ativamente na estruturação jurídica do Estado, fomentando suas metas e valores num conjunto de disposições normativas. Em tal sentido, Gustavo Zagrebelsky pondera que

As Constituições de nosso tempo miram ao futuro tendo firma o passado, é dizer, o patrimônio da experiência histórico-constitucional que querem salvaguardar e enriquecer. Inclusive se pode dizer: passado e futuro se ligam em uma única linha e, como os valores do passado orientam a busca do futuro, assim também as exigências do futuro obrigam a uma contínua pontualização do patrimônio constitucional do passado e, portanto, a uma persistente redefinição dos princípios de convivência constitucional¹.

Portanto, a dinâmica de interpretação constitucional é a de integrar a complexidade da vida social, observando as concepções históricas que influenciam a determinação dos fatores reais de poder e atuam na com-

1 ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y Constitución**. Madrid: Trotta, 2005, p. 91.

posição dos valores e do perfil de um Texto Constitucional. A Constituição deve ser compreendida, então, como um produto da história, em que determinados valores são alçados ao plano jurídico-normativo para determinar prospectivamente as pautas comportamentais de uma sociedade em determinadas coordenadas espaço-temporais.

Um exemplo contundente dessa relação entre história e Constituição pode ser constatado na evolução dos valores constitucionais que fundamentam as distintas concepções de direitos humanos. No modelo de Estado Liberal (ou de Direito), pode-se identificar a liberdade como foco temático dos direitos humanos de primeira geração, para privilegiar o caráter não intervencionista do poder, como forma de reação ao Estado Absolutista, e a proteção incondicional ao direito de propriedade; já no modelo de Estado Social (ou de Bem-Estar Social), a igualdade assume o papel de pauta axiológica dirigente dos direitos humanos de segunda geração, que exigem atuação positiva do poder na correção dos desajustes sociais para propiciar condições dignas de existência a todos os membros das comunidades.

Diante de tais considerações, verificou-se que a Constituição condensa em suas dobras reflexos históricos para instrumentalizar os fatores sociais que concorreram para a formação de uma ideia de Estado e que propõem um modelo de vida a ser buscado por determinada sociedade e que, simultaneamente, possibilitam o desenvolvimento contínuo de suas normas por meio de fontes de reforma e interpretação do próprio documento jurídico constitucional².

Desse modo, o Texto Constitucional se insere na dinâmica das relações sociais, buscando um incessante processo de legitimação que

2 CONTIPELLI, Ernani. **Teoría de la Constitución y bases de la institucionalidad**. Santiago: RIL, 2015, p. 17.



pretende abrir um canal de comunicação entre normas jurídicas e sentimento público de justiça (consciência coletiva comum), para definição do conteúdo semântico de seus valores.

Esse processo de significação pressupõe a interação entre dois planos complementares formados pela legitimação jurídica, que representa a institucionalização das disposições normativas e seu canal de alimentação, correspondente ao plano da legitimação democrática, que atribui confiança e eficácia às decisões de poder, ao gerar o contato com o sentimento público de justiça (interpretação dinâmica e prospectiva).

Com a intensificação do processo de globalização, a dinâmica de sustentação constitucional, marcada pela contínua interação entre legitimação jurídica e legitimação democrática, recebe fatores de complexidade, especialmente pela conscientização da existência de problemas comuns em âmbito mundial, gerando maior interdependência entre Estados e cidadãos, ademais de uma evidente necessidade de promoção de formas de desenvolvimento sustentável orientadas à proteção do meio ambiente, atingido pelo inconsequente sistema econômico e de consumo que domina o modelo de vida de nossa sociedade.

2 GLOBALIZAÇÃO, DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E MEIO AMBIENTE

Pode-se estabelecer como marco temporal para o estudo do atual processo de globalização o fim da segunda guerra mundial, momento em que foram criadas instituições internacionais (União das Nações Unidas, 1945; Fundo Monetário Internacional, 1945, e Banco Mundial, 1944), para solução de problemas políticos, econômicos e de desenvolvimento que atuam em dimensões planetárias, ainda que a interconexão entre

[Ir para o índice](#)

sistema internacional e nacional em tal momento não parecia preocupar-se em determinar uma verdadeira cooperação global, e sim atender aos interesses das grandes potências ocidentais.

Importante lembrar que, em tal período, a Europa se encontrava em ruínas, ocorrendo um deslocamento dos centros de poder, que passa a se caracterizar pela bipolaridade: de um lado, Estados Unidos, dotado de grande poder limitar e líder do mundo capitalista; doutro, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, que propõem um modelo socioeconômico fundado no socialismo, sendo que as relações entre as duas potências mundiais se desenvolviam pela denominada “guerra fria” (tensão sem conflito).

Desde a perspectiva jurídica, esse momento é marcado pela elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), texto normativo compreendido como uma espécie de *Constituição*, ou melhor, lei fundamental para todo sistema internacional de direitos humanos, a qual abre espaço para o estabelecimento de mecanismos que permitem um diálogo entre ordem internacional e interna, com acertado enfoque em temas de direitos humanos, em sintonia com as exigências próprias de um mundo que começava a se tornar mais interdependente e globalizado³.

Do ponto de vista econômico, até 1973, o mundo experimentou um processo de crescimento e restabelecimento de fluxos de capitais privados, interrompidos durante as grandes guerras, causadas pela abertura e

3 A importância da Declaração, de 1948, também deve ser compreendida desde a perspectiva da cidadania e sua cosmopolitização, porque tal documento possibilitou a criação de um novo tipo de cidadão distinto daquele pertencente a um Estado concreto, que possui suas exigências dirigidas a um ideal de Estado universal. Assim, à cidadania derivada da relação de pertinência a um Estado, que não resulta anulada, deve ser adicionada uma nova cidadania de carácter cosmopolita, as quais se apresentam como compatíveis e complementares (FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusébio. **Valores Constitucionales y Derecho**. Madrid: Dykinson, 2009, p. 124).



aumento da cooperação internacional e pela liberalização do comércio. Em tal período, conhecido como “época de ouro”, verificou-se um desenvolvimento de áreas mais atrasadas do Planeta (Ásia, África e América Latina), assim como das regiões e nações mais castigadas pela guerra (Europa e Japão), ademais da consolidação da *leadership* econômica dos Estados Unidos, sobretudo como efeitos da adoção do Plano Marshall (1947).

Paralelamente ao elevado grau de crescimento econômico mundial, começa a chamar atenção o tema relacionado com o meio ambiente e sua proteção, especialmente no que diz respeito ao uso indiscriminado dos recursos naturais do Planeta, por meio da exploração econômica, suas limitações e seus efeitos sociais e a necessidade de serem pensadas formas de desenvolvimento sustentável para conter o modelo de produção e consumo intensivos⁴.

Entre os primeiros debates contemporâneos sobre o tema, destaca-se o emblemático artigo de Garret Hardin, em 1968, intitulado *A Tragédia dos Comuns*, o qual, a partir da ideia de que o ser humano pertence a um sistema que o estimula a ter ganhos ilimitados num mundo limitado, tratava da sobre-exploração dos recursos naturais e do excesso de contaminação associados ao crescimento da população humana como fatores que poderiam levar nossa sociedade à ruína. De acordo com Hardin, a

4 Bauman estabelece o pós Segunda Guerra Mundial como marco temporal inicial do consumismo (ou revolução consumista), momento em que este passa a determinar o próprio sentido da existência humana e fator de condução da vida social: “Pode-se dizer que o ‘consumismo’ é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseio humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, ‘neutros quanto ao regime’, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de auto-identificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais” (BAUMAN, Zigmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 48).

melhor opção para solucionar o problema estaria na conversão dos recursos comuns em propriedade privada para seu melhor controle pela adoção de medidas coercitivas e fiscais mutuamente acordados⁵.

Sequencialmente, em 1972, a Primeira Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, também conhecida como *Conferência de Estocolmo* (nome da localidade em que foi realizada), resultou numa Declaração de 7 pontos e uma Resolução de 26 princípios que proclamam a necessidade de uma perspectiva global sobre a preservação e melhora do meio ambiente em sintonia com a ideia de dignidade humana, tornando-se um marco no desenvolvimento de políticas internacionais sobre meio ambiente, ao servir como fator de promoção do conceito de desenvolvimento sustentável e do próprio processo de institucionalização de temas ambientais, até mesmo do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), mediante a Resolução nº 2.997, de 15 de dezembro de 1972⁶.

Durante o início da década de 80, a “época de ouro” atravessa uma grave crise, especialmente pelos movimentos de contestação do Estado Social e do déficit público por ele provocado, colocando em choque a ideia de que as finanças estatais seriam suficientes para atender às demandas sociais, o

5 HARDIN, G. The Tragedy of Commons. Science, v. 162, p. 1243-1248, American Association for the Advancement of Science, 1968. Disponível em: <http://science.science-mag.org/content/162/3859/1243.full>. Acesso em: 26 fev. 2018

6 Essas preocupações podem ser constatadas no conteúdo do primeiro princípio da Resolução (também denominada “Declaração de Estocolmo”), em que “O homem tem o direito fundamental à liberdade, igualdade e condições adequadas de vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”. Sobre o tema, Mayara Ferrari Longuini afirma que “A partir dessa Declaração, cujo primeiro princípio já enfatizava a importância da proteção do meio ambiente para a presente e futuras gerações, iniciou-se o processo de progressiva institucionalização do debate em torno da questão ambiental no mundo” (LONGUINI, Mayara Ferrari. **A Atuação do Estado como Corretor e Conductor na Proteção do Meio Ambiente**. Curitiba: CRV, 2016, p. 24).



que acaba por promover resgates liberais pelo sistema econômico e político conhecido como neoliberalismo, que se instala em importantes potências mundiais, entre as quais se destacam Inglaterra, com o governo Thatcher, e EUA, com o republicano Ronald Reagan, quando se inicia um processo sistemático de transformação da superestrutura capitalista mundial, dirigido a compatibilizá-la com a transnacionalização de sua base econômica, para promover maior concentração da propriedade e da produção⁷.

Nesse mesmo período, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, para reexaminar, estudar e propor novas formas de cooperação em temas ambientais, publicou, em 1987, seu informe final denominado “Nosso Futuro Comum” também conhecido como *Relatório Buntland*, o qual apresenta a definição de desenvolvimento sustentável como “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades da geração presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer suas próprias necessidades”.

De acordo com tal definição, o conceito de desenvolvimento sustentável refere-se a um processo de estudo e adaptação que engloba a exigência de satisfação das necessidades essenciais das pessoas em condições de hipossuficiência e o reconhecimento de que a capacidade dos recursos naturais para satisfazê-las é limitada.

Portanto, para alcançar o objetivo do desenvolvimento sustentável, é preciso modificar as estratégias nacionais e internacionais com o fim de revitalizar o crescimento econômico; modificar a qualidade deste

7 REGALADO, Roberto. **El Fin de la Bipolaridad**. México: Ocean Sur, 2009, p. 21.

para reduzir o consumo de recursos naturais e energia e torná-lo mais equitativo; satisfazer as necessidades humanas essenciais de trabalho, alimentos, energia, água e higiene; assegurar um nível de população sustentável; conservar e acrescentar recursos naturais da Terra; reorientar a tecnologia para que ajude nesses objetivos e se reduzam os riscos derivados de seu uso; e ter em conta a economia e o meio ambiente na adoção de decisões⁸.

Contrastando com os movimentos ocorrentes na esfera internacional, orientados à institucionalização e ao despertar da consciência da sociedade para importância do desenvolvimento sustentável e da proteção ao meio ambiente, nos anos 90, os rumos da economia mundial passam a ser ditados cada vez mais por um reduzido grupo de empresas gigantes e bancos com atuação em âmbito global, fomentando o terreno propício para propagação do neoliberalismo, uma vez que tal sistema se compatibiliza com interesses de tais corporações, ao defender a espontaneidade das condições de mercado, condenando qualquer tipo de intervenção por parte do Poder Público.

Uma nova transformação nas relações de poder, a queda do muro de Berlim (1989) e a conseqüente dissolução da União Soviética (1991), decretando o fim da guerra fria e a vitória do capitalismo sobre o socialismo, converte o sistema bipolar até então existente desde os anos 50 em unipolar, com os Estados Unidos como única potência hegemônica, o qual trata de disseminar o modelo neoliberal mundialmente, pelas propostas de liberalização econômica contidas no *Washington Consen-*

8 RODRIGO, Angel J. **El Desafío del Desarrollo Sostenible**: Los Principios de Derecho Internacional relativos al Desarrollo Sostenible. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 26-27.



sus, que determinará constante embate presente no processo de globalização: concentração e acumulação de riquezas ou superação das desigualdades sociais?⁹

Apesar das complexas transformações no âmbito econômico e das relações de poder, a temática ambiental se consolida na agenda política internacional, especialmente com a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, em que restou formulado o Programa 21 (ou Declaração de Rio de Janeiro), que estabelece um conjunto de princípios sobre desenvolvimento sustentável, os quais demonstram, ao menos abstratamente, um esforço global para busca de um equilíbrio entre crescimento econômico e proteção ambiental, com o reconhecimento da existência de diferentes graus de desenvolvimento entre países ricos e pobres e suas devidas responsabilidades na conservação, resguardo e restabelecimento de ecossistemas, assim como o reforço do conceito de equidade intergeracional.

2.1 Multipolaridade e Novos Atores Internacionais: Estado Constitucional Cooperativo

No final do século XX, a intensificação do processo de globalização, motivada pelo crescimento da importância do papel desempenhado por

9 Tal embate pode ser perfeitamente identificado nos Estados Unidos, em que os neoliberais, no poder desde 1980, reduziram as denominadas travas ao livre funcionamento do mercado, reforçando uma maior concentração de empresas que conduzem uma situação de oligopólio em alguns setores; privatização das empresas públicas e aumento de poder dos atores financeiros. Ao mesmo tempo, as desigualdades cresceram no país, a pobreza alcançou setores importantes da população: uma grande parte dos empregos criados foram precários e mal pagados; o número de pessoas encarceradas passou de 250.000 em 1975 a 744.000 em 1985 e alcançou 2.3 milhões em junho de 2008, sendo que quase metade são afro-americanos e uma quarta parte latinos (TOUSSAINT, Eric. **Neoliberalismo: breve história del infierno**. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2012, p. 51-52.

atores não estatais, além das fronteiras nacionais, como as Corporações Transnacionais, as Organizações Não Governamentais, entre outros, permite a abertura do debate sobre a perda da exclusividade por parte dos Estados-Nação da atuação política na esfera internacional.

Nesse contexto, em que as formas de produção e deslocamento de capital atuam em âmbito global, as corporações transnacionais surgem como atores internacionais, ao estabelecer parcela de suas atividades e interesses em países distintos aos de suas respectivas origens, aumentando, assim, o fluxo econômico e comercial internacional e expandindo seu grau de influência política mundialmente.

Certamente os objetivos de tais entidades estão vinculados à maximização de riquezas de seus acionistas, o que leva à discussão sobre suas práticas empresariais para obtenção de benefícios econômicos, especialmente em países pobres, o que, certamente, repercute na esfera de proteção do meio ambiente e de adoção de um modelo de desenvolvimento sustentável.

Joseph E. Stiglitz, ao comentar o tema, afirma que, por um lado, as corporações transnacionais têm contribuído com a criação de emprego e o crescimento econômico dos países em via de desenvolvimento; por outro, buscam baixar seus custos o máximo que podem para gerar maiores ingressos. Isso implica descompromisso com o pagamento de impostos e seguridade social dos trabalhadores, no corte de gastos com a limpeza da contaminação gerada, entre outras faturas que, ao fim, estarão a cargo dos países que operam, os quais são impedidos de fiscalizá-las ou regulá-las de forma que não as satisfaçam, pois, na lógica do comércio internacional contemporâneo, sempre haverá outro país que as acolham, oferecendo-lhes as vantajosas condições financeiras que exigem para se instalarem¹⁰.

10 STIGLITZ, Joseph E. **Cómo hacer que funcione la globalización**. Barcelona: Debosillo, 2016.



Desse modo, deve-se considerar o novo e complexo cenário de poder que se instaura no século XXI, inaugurado com extrema interdependência e hipercomplexidade que afeta todos os setores da vida humana, o agravamento das questões ambientais, sobretudo pelos problemas gerados pela mudança climática; o encurtamento de distâncias com o impacto das novas tecnologias de informação e comunicação e o *boom* da internet; a deslocalização do capital que incrementa as desigualdades no Planeta e coloca em risco os sistemas de proteção social até então existentes; e, finalmente, uma crise econômica e política que uma vez mais afeta a ordem mundial.

Esse fluxo de comércio internacional que passa a envolver novos e diversificados atores, fortalecendo os vínculos de cooperação sul-sul, juntamente com a forte crise econômica provocada pela ausência de regulação de mercados que atinge com grande impacto Estados Unidos e Europa, determina a nova configuração das relações de poder no contexto internacional, a multipolaridade. Na nova ordem multipolar, encontrou-se, então, uma série de atores emergentes que passam a influenciar e exigir seu espaço no âmbito político e econômico internacional, instituições como ONU, FMI e Banco Mundial são os grandes alvos dos novos *players*, que têm como protagonista a reemergente (VER!) China¹¹.

11 Não é novidade que o “dragão asiático”, após anos de isolamento com o regime de Mao Tse Tung, a partir de seu processo de reintegração ao mercado mundial, modernização e abertura econômica com Deng Xiaoping, passou a experimentar taxas médias anuais de crescimento em 10% por aproximadamente 30 anos, tanto que, em 2014, torna-se a primeira potência econômica mundial, superando Estados Unidos, o que lhe possibilitou uma considerável inserção internacional, através de uma política de investimento em países desenvolvidos e subdesenvolvidos que contribuíssem para a satisfação de sua “fome” de matérias-primas. Certamente, a ocupação de espaços econômicos no âmbito internacional portam consequências políticas e China se preparou para atuar nesse “jogo”, com iniciativas como os BRICS, o Banco Asiático de Infraestrutura e Investimento (AIIB), o sonho chinês da nova rota da seda com a “*One Belt, One Road*” (OBOR), e a Parceria Regional Econômica Ampla (RCEP), as quais se apresentam como importantes peças no xadrez geopolítico (PICCIAU, Simona. *The One Belt One Road Strategy Between Opportunities and Fears: A New Strategy in EU-China Relations?* **Indrastra Global** 002, n. 02 (2016): 0066).

A ordem multipolar encontra-se composta por diferentes atores e centros de diálogo que influenciam as decisões tomadas no plano de governança internacional, exigindo a coordenação de práticas políticas fundadas em determinados princípios, como equilíbrio entre poderes, interdependência e solidariedade, para alcançar o consenso dentro da heterogeneidade e instabilidade que conformam as novas relações de poder.

Com essa reconfiguração do poder no âmbito global, que ocasiona a proliferação de formas de cooperação internacional e maior interdependência entre os múltiplos atores, traz à tona a necessidade de se pensar em novos mecanismos de governança para solução de demandas de amplitude planetária, também chamados de *problemas sem passaporte*, como bem definido por Kofi Annan, ex-secretário geral das Nações Unidas, referindo-se a assuntos que transcendem fronteiras, problemas que não pertencem a esta ou àquela nação, mas sim a todas, exigindo esforço cooperativo em termos globais para encontrar suas soluções.

Em outras palavras, a ordem multipolar demanda a instituição de um modelo de governança fundada na cooperação inclusiva entre instituições multilaterais e os diversos atores que conformam o plano internacional a favor de um fim comum: resolver os problemas globais a partir da compreensão da complexidade de nossa realidade atual e do reconhecimento das diferentes trajetórias históricas e culturais existentes, com o objetivo de lograr uma reciprocidade de interesses.

Tal cenário acaba por colocar em risco a efetividade das instituições em que se constrói o Estado-Nação e que se referem essencialmente à objetivação dos Textos Constitucionais e seus valores, porque se apresentam insuficientes para determinar adequadamente a organização do poder e a estrutura de um modelo de sociedade extremamente complexa. Cumprir a função de tutelar a diversidade de condutas e grupos exis-



tentes no plano da experiência sociocultural, diante de uma realidade globalizada e multipolar, em que os principais problemas contemporâneos ultrapassam as fronteiras nacionais – ressalte-se – e exigem esforço contínuo por parte de todos os países para trabalhar solidariamente na construção de um mundo melhor.

Uma das propostas que busca situar o debate constitucional dentro da complexidade do mundo globalizado e multipolar foi formulada por Peter Häberle¹², ao dispor sobre as bases do Estado Constitucional Cooperativo, que tem sua identidade fundada no ideal de solidariedade, estando vinculado ao direito internacional, ao entrelaçamento das relações nacionais, internacionais e supranacionais, à percepção da cooperação e responsabilidade internacional.

De acordo com as ideias de Häberle, a Constituição deve ser compreendida como um texto jurídico aberto aos seus intérpretes, ou seja, existe um canal de comunicação aberto entre o público e o privado, entre a sociedade e o Estado, para que o programa constitucional de bem comum se encontre o mais perto possível das expectativas reais que se manifestam na consciência coletiva comum, atribuindo-lhe legitimação democrática, confiança e eficácia social. Para cumprir tal tarefa de maneira adequada, considerando o fenômeno da globalização e da multipolaridade, as bases do Estado Constitucional Cooperativo devem estar orientadas a receber os influxos advindos do âmbito político internacional como forma de gerar um espaço solidário interestatal e contribuir para um adequado modelo de governança.

12 HABERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

3 GOVERNANÇA AMBIENTAL E ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

Antes de ingressar especificamente no tema sobre a relação entre Governança Ambiental e Estado Constitucional Cooperativo, deve-se ter presente que a governança consiste em um sistema de normas orientadas à coordenação e colaboração entre distintos atores, para repartir os custos e benefícios de ações conjuntas. No âmbito das relações internacionais, a governança é compreendida a partir de duas perspectivas: como processos institucionais que estabelecem a cooperação entre diferentes atores na esfera internacional, suprimindo a ausência de um Estado Mundial; ou manifestação compartilhada de poder na esfera internacional, de tal modo que esse papel estará a cargo dos Estados, assim como dos atores não estatais.

Desde tais afirmações, compreende-se que o conceito de governança, por um lado, trata de reduzir o impacto dos aspectos negativos do processo de globalização; por outro, estabelecer incentivos e incrementar a cooperação, com o intuito de estimular ações destinadas à concreção dos aspectos positivos do mencionado processo¹³.

Considere-se ainda que, contemporaneamente, nas palavras de David Held, se reconhece que os problemas globais não podem ser resolvidos por um Estado-Nação atuando em solitário, tampouco por Estados que apenas lutam para ocupar um lugar em blocos regionais. À medida que aumentam as exigências ao Estado, surgem problemas políticos que não podem ser adequadamente resolvidos sem a cooperação de outros Estados e atores não estatais. Cada vez mais se tem consciência de que

13 ANDREATTA, F., CLEMENTI, M., COLOMBO, A., KOENIG-ARCHIBUGI, M., PARSII, V. E. *Relazioni internazionali*. Bologna: Mulino, 2007.



os Estados já não são as únicas unidades políticas apropriadas, seja para resolver os principais problemas políticos, seja para gerenciar a ampla gama de funções públicas¹⁴.

Em tal panorama, Constituição e Ordem Internacional formam um único conjunto, de tal sorte que se não pode conceber uma delimitação clara e objetiva diante dos diversos pontos de interseção existentes entre elas, não se pode dizer que o Direito Constitucional começa onde termina o Direito Internacional e vice-versa¹⁵.

Nessa dinâmica, as soberanias nacionais devem ser compartilhadas, promovendo flexibilização do âmbito e da extensão do poder dos Estados, diante da interdependência exigida pela atual ordem internacional multipolar.

Em outros termos, é possível afirmar que o próprio conceito de Estado Constitucional Cooperativo está diretamente vinculado à existência de uma aproximação entre ordem internacional e interna, em que os problemas enfrentados domesticamente não pertencem a esse ou àquele Estado, mas sim a uma ordem de caráter supranacional que exige cooperação contínua e mútua determinada desde os múltiplos pontos de interseção existentes nos Textos Constitucionais.

É lógico que a construção do paradigma do Estado Constitucional Cooperativo exige esforço interpretativo e relações mútuas de alteridade entre as nações, para que sejam alcançados os pontos de interseção anteriormente mencionados, o que pode ser constatado a partir do sistema

14 HELD, D. **Cosmopolitismo**: ideales y realidades. Madrid: Alianza Editorial, 2010, p. 26.

15 HABERLÉ, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 11.

fundamental de valores e de ordenação de poder construídos historicamente e presentes na base do Texto Constitucional.

Nesse passo, a construção do Estado Constitucional Cooperativo demanda a convergência do ordenamento jurídico dos Estados-Nação com normas internacionais e constitucionais, iniciando um transigente processo de adaptação lógica e hermenêutica para ajuste normativo-cultural de conceitos e diretrizes, sobretudo aquelas relacionadas com a solução de problemas de escala planetária, que tem como centro a temática ambiental e a busca por um modelo de desenvolvimento sustentável.

Certamente, compatibilizando com as afirmações iniciais sobre Constituição e seus valores, as exigências advindas do atual momento de crise ambiental vivido no plano empírico em escala mundial, adicionado à complexidade do processo de globalização e multipolaridade, fazem com que a proteção ao meio ambiente em suas diversas perspectivas ganhe mais relevância dentro de sistemas normativos para produzir os efeitos próprios de elemento central das ordens constitucionais vigentes, orientando toda sua conformação com a abertura de um canal de comunicação com os fatores de governança definidos no âmbito internacional.

Cristiane Derani destaca a importância do diálogo entre ordem interna e internacional para geração de mecanismos de governança que protejam o meio ambiente e promovam o desenvolvimento sustentável ante os possíveis impactos negativos da globalização vinculados aos fluxos de comércio, propagados pelas grandes corporações internacionais, ao afirmar que:

[...] é de ressaltar o quanto o trânsito dos recursos naturais está ligado ao sistema internacional de comércio, vinculando, portanto, a este movimento as medidas relativas ao uso sustentável. Por isso, paralelamente ao de-



envolvimento normativo interno, julgo de extrema importância o trabalho coordenado com tratados e normas internacionais. E não me refiro somente àqueles propriamente destinados à conservação de determinados recursos, mas sobretudo àqueles referentes à importação, exportação de recursos naturais, bem como os relativos à transferência de tecnologia e produtos¹⁶.

Conforme ressaltado anteriormente, a construção do Texto Constitucional deve ser concebida como um produto da história e, portanto, abarcar as complexidades sociais que fazem parte do atual mundo globalizado, multipolar e interdependente, o qual exige conversão do paradigma de Estado-Nação e soberania absoluto em Estado Constitucional Cooperativo e soberania compartilhada, como forma de possibilitar a legitimação democrática necessária das instituições de poder em sua tarefa de ordenar o meio social.

Contemporaneamente, esse quadro se completa com a busca da conciliação entre crescimento econômico e proteção do meio ambiente, fatores pertencentes à dinâmica da realidade social contemporânea, os quais devem ser constitucionalmente compaginados para gerar níveis adequados de qualidade de vida digna aos cidadãos, é dizer, estabelecer um modelo de crescimento econômico fundado no desenvolvimento sustentável, na utilização racional dos recursos naturais, que se torne o núcleo de orientação das normas que estruturam o Estado Constitucional Cooperativo para promoção de um modelo de governança ambiental em âmbito mundial.

16 DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 110.

3.1 Desenvolvimento Sustentável e Cooperação Ambiental Internacional

Seguindo as perspectivas históricas sobre globalização, desenvolvimento sustentável e meio ambiente, introduzidas nos itens anteriores, a tarefa agora é direcionada à constatação dos valores que possibilitariam a estruturação de um Estado Constitucional Cooperativo fundado em uma governança ambiental, em que se tomou como referência os 8 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM)¹⁷ e, conseqüentemente, os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS)¹⁸, documentos que definiram os propósitos atuais das políticas públicas em termos de

17 De acordo com a Declaração do Milênio das Nações Unidas (2000), os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio são: 1. Erradicar a Extrema Pobreza e a Fome; 2. Atingir o Ensino Básico Universal; 3. Promover a Igualdade de Gênero e a Autonomia das Mulheres; 4. Reduzir a Mortalidade Infantil; 5. Melhorar a Saúde Materna; 6. Combater o HIV/AIDS, a Malária e outras Doenças; 7. Garantir a Sustentabilidade Ambiental; 8. Estabelecer uma Parceria Mundial para o Desenvolvimento.

18 Conforme a Declaração das Nações Unidas, os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável são: 1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares; 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável; 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; 4. Assegurar a educação inclusiva, equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas; 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos; 7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos; 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos; 9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação; 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles; 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis; 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis; 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos; 14. Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável; 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade; 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis; 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.



cooperação internacional, ocupando papel de destaque na agenda global, ao demonstrar o comprometimento dos Estados-Membros da ONU com a busca de um futuro melhor para nossa sociedade.

Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio constituíram importante marco em pró de uma governança global, com forte conotação ambiental, porque procuraram convergir forças no plano internacional para estabelecer um mecanismo de cooperação orientado ao desenvolvimento sustentável, superando difusas e nem sempre harmônicas relações anteriormente existentes e, principalmente, demonstrando a possibilidade de estabelecer uma agenda internacional uniforme sobre desenvolvimento sustentável.

Esses objetivos representam, nas palavras de José Antonio Sanahuja, uma expressão da globalização do espaço político e social e da particular correlação de forças e coalisões sociais e políticas que emergiram nesse cenário. Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio configuram, assim, uma incipiente “agenda social global” que se contrapõe ao projeto de globalização neoliberal, ao outorgar uma dimensão de equidade à globalização e propor um marco cosmopolita de governança global do desenvolvimento sustentável¹⁹.

Desta feita, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio são compreendidos como “agenda social global” definida até o ano de 2015, quando ocorre a oportunidade para definição dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, especialmente para colocar questões relativas ao meio

SANAHUJA, José Antonio ¿Más y mejor ayuda? La Declaración de París y las tendencias en la cooperación al desarrollo. In: PEINADO, Manuela Mesa (coord.). Paz y conflictos en el siglo XXI: tendencias globales. Anuario 2007-2008. Centro de Educación e Investigación para la Paz (CEIPAZ). Madrid: CEIPAZ, 2007, p. 71-102.

ambiente e à mudança climática no núcleo das preocupações de ordem global, sendo aprovado o documento “Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para Desenvolvimento Sustentável”.

Assim, os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, baseados nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, estabelecem uma agenda como novos desafios até 2030, que levam em consideração, sobretudo, a crise ambiental que se agrava em nossa realidade social, a qual exige intensa cooperação em escala global que envolva todos os setores da sociedade (público e privado) para sua concretização, com a intenção de definir um caminho sustentável para o nosso Planeta.

A própria definição da agenda 2030 retrata as transformações implementadas na nova distribuição do poder em escala mundial, considerando a participação de diversos atores em sua concepção e, paralelamente, demonstrando a necessidade de o Estado-Nação estabelecer um diálogo na ordem internacional para buscar elementos que possibilitem a manifestação de sua soberania em sintonia com a dinâmica do processo de globalização, e abrindo espaço para discussão sobre a institucionalização do Estado Constitucional Cooperativo.

Enquanto os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio foram elaborados a partir de articulações dominadas pelas nações avançadas, os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, por seu turno, podem ser compreendidos como resultantes de uma interação de forças, envolvendo em especial potências em desenvolvimento e emergentes e atores não estatais, denotando as transformações ocorridas na estrutura de poder em escala global com a diversificação e multiplicação dos canais de diálogo e instância de decisões.

Podem-se considerar os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável como produtos da intensificação do diálogo entre múltiplos centros de



poder e atores não estatais promovido pelas Nações Unidas para atualizar as metas de desenvolvimento estabelecidas nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, definindo a agenda pós-2015. Logicamente, o processo para elaboração dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável foi marcado pela participação de instituições multilaterais, Estados-Membros, atores de diferentes setores da sociedade, acadêmicos e opinião pública, revelando uma tendência à atribuição de legitimação democrática a esse documento, a fim de lhe atribuir maior efetividade no âmbito das relações de poder.

Por fim, salienta-se que, em termos de projeto de desenvolvimento sustentável, verificou-se nítido progresso com respeito a uma futura implementação de modelo de governança ambiental de âmbito planetário fundado no ideal de Estado Constitucional Cooperativo, porque os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável são mais ambiciosos e incisivos que os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, representando em seu processo de formação a colaboração e interação dos diversos atores presentes na ordem internacional, até mesmo com a determinação de metas para sua devida concreção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cooperação no âmbito do Estado Constitucional Cooperativo Contemporâneo objetiva uma postura altruísta nas relações de poder, a qual possibilita a tomada de decisões políticas em defesa de interesses globais, e não apenas nacionais, fundado no auxílio recíproco, democrático e solidário entre Estados, cidadãos e futuras gerações, afastando posições egoístas, individuais e que agravam ainda mais a emergência no trato de problemas que colocam em risco a própria existência de nossa sociedade, como o caso das

[Ir para o índice](#)

questões relacionadas ao meio ambiente, que, no momento histórico vivido atualmente, representa o centro das preocupações mundiais.

Dentro de tal perspectiva, a temática ambiental passa a ser considerada o principal ponto de interseção de agendas políticas nacionais e internacionais, devendo estruturar a partir do plano constitucional a promoção de um desenvolvimento econômico e social sustentável, com qualidade de vida digna num ambiente saudável e equilibrado, é dizer, dar as condições necessárias para que a construção de valores em que se baseiam o Estado Constitucional Cooperativo em sintonia com a governança estabelecida no plano internacional atribua adequada importância ao desenvolvimento sustentável e à proteção ao meio ambiente, determinando as pautas comportamentais dos atores sociais (Estado, sociedade e cidadãos).

Nesse contexto, devem-se mencionar os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) que, por seu processo de formação, revelam grande preocupação com o fator de legitimação democrática na atual dinâmica do poder globalizado, ao refletir os distintos interesses presentes na ordem internacional, os quais exigem uma postura cada vez mais cosmopolita para agregar maior efetividade no cumprimento de suas metas.

Esse fato pode também ser comprovado a partir da extensão e foco dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, que incluem primordialmente a solução dos problemas ambientais como metas que devem ser logradas, e servir de pauta para definição das agendas políticas nacionais e internacionais.

Por derradeiro, afirma-se que o modelo de Estado Constitucional Cooperativo deve ser compreendido como o atual perfil a ser implementado pelo Estado-Nação na formulação hermenêutica das relações entre Constituição e valores, ao se refletir como produto da história contem-



porânea, uma vez que atua em regime de cooperação com as forças externas, com outros Estados, com comunidades de Estados, dando conta da complexidade do mundo globalizado, multipolar e interdependente, que, diante das exigências da realidade concreta, determina o desenvolvimento sustentável e a proteção ao meio ambiente como núcleos de modelos de governança, para promoção da cooperação internacional.

REFERÊNCIAS

ANDREATTA, F., CLEMENTI, M., COLOMBO, A., KOENIG-ARCHIBUGI, M., PARSI, V. E. **Relazioni internazionali**. Bologna: Mulino, 2007

BAUMAN, Z. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CONTIPELLI, E. **Teoría de la Constitución y bases de la institucionalidad**. Santiago: RIL, 2015.

DERANI, C. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E. **Valores Constitucionales y Derecho**. Madrid: Dykinson, 2009.

HABERLÉ, P. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HARDIN, G. The Tragedy of Commons. *Science*, v. 162, p. 1243-1248, American Association for the Advancement of Science, 1968. Disponível em: <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>. Acesso em: 26 fev. 2018.

Ir para o índice

HELD, D. **Cosmopolitismo**: ideales y realidades. Madrid: Alianza Editorial, 2010.

LONGUINI, M. F. **A Atuação do Estado como Corretor e Condutor na Proteção do Meio Ambiente**. Curitiba: CRV, 2016

PICCIAU, Simona. The “One Belt One Road” Strategy Between Opportunities & Fears: a new strategy in EU-China relations? In: Indrastra Global 002, n. 02, 2016. Disponível em: https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/47931/ssoar-indrastraglobal-2016-picciau-The_One_Belt_One_Road.pdf?sequence=1. Acesso em: 26 fev. 2018.

REGALADO, R. **El Fin de la Bipolaridad**. México: Ocean Sur, 2009.

RODRIGO, Ángel J., El desafío del desarrollo sostenible. Los principios de Derecho internacional relativos al desarrollo sostenible. Centro de Estudios Internacionales. Marcial Pons, 2015, 210 p.

SANAHUJA, José Antonio ¿Más y mejor ayuda? La Declaración de París y las tendencias en la cooperación al desarrollo. In: PEINADO, Manuela Mesa (coord.). Paz y conflictos en el siglo XXI: tendencias globales. Anuario 2007-2008. Centro de Educación e Investigación para la Paz (CEIPAZ). Madrid: CEIPAZ, 2007, p. 71-102. Disponível em: https://www.academia.edu/539668/M%C3%A1s_y_mejor_ayuda_La_Declaraci%C3%B3n_de_Par%C3%ADs_y_las_tendencias_en_la_cooperaci%C3%B3n_al_desarrollo. Acesso em: 26 fev. 2018.

STIGLITZ, J. E. **Cómo hacer que funcione la globalización**. Barcelona: Debosillo, 2016.

TOUSSAINT, Eric. **Neoliberalismo**: breve história del infierno. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2012.

ZAGREBELSKY, G. **Historia y Constitución**. Madrid: Trotta, 2005.



Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da República Popular da China¹

International responsibility of States for transnational epidemics and pandemics: the case of Covid-19 from the People's Republic of China

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI

RESUMO

O estudo investiga a possibilidade de responsabilização internacional dos Estados por epidemias ou pandemias transnacionais, em especial o caso

1 As conclusões desta investigação são parciais e podem ser alteradas a partir de novas informações de fato e/ou comprovações científicas doravante surgidas. As informações sobre fatos concretos utilizadas neste estudo foram noticiadas por relatórios oficiais da OMS e pela imprensa internacional, não obstante estejam sujeitas a eventuais contraprovas. Portanto, à luz de novos elementos, as conclusões desta investigação poderão ser modificadas no futuro. Este texto teve a sua redação terminada em abril de 2020.

[Ir para o índice](#)

da Covid-19 que teve início na República Popular da China. O artigo analisa os regulamentos sanitários internacionais conjuntamente à Constituição da Organização Mundial de Saúde, para o fim de verificar sua obrigatoriedade aos Estados-partes. Posteriormente, analisa a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e a possibilidade de demandar a China perante este tribunal internacional, por não ter informado a sociedade internacional em tempo hábil e acarretado a pandemia da Covid-19 no mundo.

Palavras-chave: epidemias transnacionais; pandemias transnacionais; responsabilidade internacional dos Estados; Covid-19; República Popular da China

ABSTRACT

This research addresses the possibility of state responsibility for transnational epidemics or pandemics, especially focusing on Covid-19 as a case study – a pandemic originated in the People’s Republic of China. To that end, this article analysis this issue grounded on international health regulations together with the Constitution of the World Health Organization to be able to assess whether these rules are binding on the Member States. Furthermore, this article analyzes case laws from the International Court of Justice, and the feasibility of filing a lawsuit against China before this U.N. Court for not informing the international society in due course about an impending Covid-19 pandemic.

Keywords: *transnational epidemics; transnational pandemics; international responsibility; Covid-19; Popular Republic of China.*



INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2019 foram diagnosticados, na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China, os primeiros casos de infecção de uma nova espécie de coronavírus, causador da doença Covid-19, responsável por transtornos respiratórios agudos em um quadro de pessoas infectadas. O tecnicamente chamado coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (Sars-Cov-2) espalhou-se rapidamente por todo o globo terrestre a partir de janeiro de 2020, dizimando milhares de pessoas ao redor do mundo, notadamente idosos (pessoas acima dos 60 anos) e cidadãos com doenças preexistentes (v.g., cardiopatia, diabetes, pneumopatia, doença neurológica, doença renal, imunodepressão e asma).² A Organização Mundial de Saúde, a partir de março de 2020, reconheceu tratar-se de uma *pandemia mundial*, já alastrada por todos os continentes³.

Acredita-se que o vírus tenha origem zoonótica, proveniente especialmente de morcegos, que servem como hospedeiros. Há especulações no sentido de que animais infectados por morcegos – especialmente os pangolins asiáticos⁴ – tenham sido levados até o *Mercado Atacadista de Frutos do Mar de Huaman* – no distrito de Jiangnan, Wuhan, província de Hubei – e lá infectado a primeira pessoa⁵. Pelo fato dos pangolins e

2 Assim também no Brasil, como amplamente noticiado: cf. Jornal *Folha de S. Paulo*, 27 Março 2020; Jornal *O Globo*, 05 Abril 2020; Jornal *Estadão*, 05 Abril 2020; e Jornal *El País*, 06 Abril 2020.

3 Cf. World Health Organization. Coronavirus disease (Covid-19) Pandemic. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em: 02 abr. 2020.

4 Os pangolins são mamíferos assemelhados tatu-bola e, atualmente, os animais silvestres com maior tráfico ilegal no mundo.

5 Para detalhes, cf. ANDERSEN, Kristian G.; RAMBAUT, Andrew; LIPKIN, W. Ian; HOLMES, Edward C.; GARRY, Robert F. The proximal origin of SARS-VoC-2. *Nature Medicine*, 17 March 2020. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41591-020-0820-9>. Acesso em: 02 abr. 2020..

outros animais silvestres, incluindo uma variedade de morcegos, serem amplamente vendidos nos mercados chineses, a transmissão do vírus viu-se facilitada, infectando seres humanos⁶.

Ainda que com incertezas científicas sobre o meio de transmissão (v.g., sobre qual foi o primeiro animal a hospedar o Sars-CoV-2) responsável pelo novo coronavírus, certo é que a originária epidemia transformou-se rapidamente em *pandemia* aparentemente incontrolável, dada a fácil e rápida transmissão do vírus de pessoa a pessoa por simples aperto de mão, gotículas de saliva, espirro, tosse ou contato com superfícies contaminadas, como aparelhos celulares, mesas, maçanetas, brinquedos, teclados de computador etc⁷.

O que se pretende indagar é se, à luz do Direito Internacional Público, há responsabilização estatal possível pelos milhares de mortes ocorridas em todo o mundo em decorrência da Covid-19, se presentes as circunstâncias ensejadoras do instituto da responsabilidade internacional. Assim, se comprovado que o governo chinês não tomou as cautelas necessárias à não propagação do novo coronavírus, haveria meios próprios e disponíveis no Direito das Gentes para a responsabilização internacional do Estado? O que dizem as normas e a jurisprudência internacional sobre o tema? São essas as indagações que se pretende responder com a presente investigação.

Frise-se que o objeto da presente investigação diz respeito, estritamente, à eventual responsabilidade *internacional* da China pela pan-

6 V. BRIGGS, Helen. Coronavírus: a corrida para encontrar animal que foi origem do surto. **BBC News**, 26 Fevereiro 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51641776>. Acesso em: 02 abr. 2020.

7 Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. O que é o coronavírus? (Covid-19). Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br>. Acesso em: 02 abr. 2020.



demia em curso, dado que, internamente, as soberanias nacionais têm imunidade à jurisdição dos Estados, quando se trata de atos de império, à luz da regra costumeira *par in parem non habet iudicium*. Assim também entendeu a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, especialmente no julgamento do caso *Imunidades Jurisdicionais do Estado* (Alemanha Vs. Itália; Grécia interveniente) de 3 de fevereiro de 2012⁸.

1. REFLEXOS DA COVID-19 NAS ATIVIDADES DOS ESTADOS NACIONAIS

A Covid-19 causou severos impactos nas instituições de saúde, em vidas humanas e na economia de vários Estados nacionais do mundo. No que tange à saúde, os sistemas nacionais se mostraram sobrecarregados com internações em massa e com a falta de leitos, medicamentos e respiradores para os milhares de internados em todo o mundo, gerando colapso sistêmico em diversos países. Na Itália, *v.g.*, os milhares de infectados lotaram as Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) nos picos da curva de contágio, dificultando a ação coordenada do Estado e dos profissionais de saúde⁹. Todos os países do mundo foram também tomados de assalto com a nova pandemia, com sérias crises nos sistemas nacionais de saúde, dado o crescimento do número de infectados e mortes¹⁰.

A pandemia mundial também atingiu gravemente as economias estatais, especialmente as dos países mais pobres. Houve o fechamento de

8 Para detalhes, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 476-484.

9 Vários dados disponíveis em: ITÁLIA. Ministero della Salute. Nuovo coronavirus. Disponível em: www.salute.gov.it/nuovocoronavirus. Acesso em: 02 abr. 2020.

10 V. atualização permanente em: Worldometer. Covid-19 coronavirus pandemic. Disponível em: <https://www.worldometers.info/coronavirus>. Acesso em: 02 abr. 2020.

estabelecimentos em várias partes do mundo, com autorização apenas de serviços essenciais, como o de farmácias e supermercados. Para o fim de impedir o aumento do contágio, medidas de restrição foram tomadas e a população incentivada – em muitos países, foram *obrigadas* por meio de leis ou decretos – a permanecer em casa em isolamento domiciliar (quarentena). Por sua vez, a Organização Mundial de Saúde reforçou tais medidas – em especial a de isolamento – e encorajou os Estados a tomarem providências imediatas de contenção.

Não há dúvidas de que essa paralisação nas atividades econômicas trouxe prejuízos múltiplos aos Estados, notadamente os menos favorecidos, dificultado a sua futura retomada de crescimento. Segundo notícia do jornal *El País*, um estudo encomendado pela Confederação Nacional de Serviços (CNS) apontou que os efeitos da pandemia do coronavírus e de restrições ao funcionamento de diversas atividades econômicas podem levar a um prejuízo de mais de 320 bilhões à economia brasileira e fazer com que 6,5 milhões de trabalhadores percam seus empregos¹¹.

Como se não bastasse, a pandemia da Covid-19 afetou também as relações internacionais dos Estados, levando à suspensão, *v.g.*, de tratativas para acordos internacionais de investimento e infraestrutura, todos com consideráveis custos envolvidos. Essa paralisação das atividades internacionais dos Estados tem levado à estagnação do empreendedorismo interno e ao corte de investimentos estrangeiros no país.

Não há dúvidas de que os prejuízos humanos e econômicos que os Estados estão a experimentar em razão da pandemia do novo coronaví-

11 Jornal *El País* (Economia). Empatia ou pragmatismo, o dilema de empresas entre o respeito a vidas e a retomada da economia. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2020-03-27/empatia-ou-pragmatismo-o-dilema-de-empresas-entre-o-respeito-a-vidas-e-a-retomada-da-economia.html>. Acesso em: 02 abr. 2020.



rus são de difícil ou impossível recuperação, especialmente nos casos dos milhares de mortes já contabilizadas. Por essa razão, convém estudar se há mecanismos e possibilidades no Direito Internacional de se responsabilizar a China por tais prejuízos.

2. REGRAS GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS

O instituto da responsabilidade internacional dos Estados constitui o princípio fundamental do Direito Internacional Público, pois corolário lógico da igualdade soberana dos Estados na órbita internacional¹². Sua finalidade é, em última análise, *reparar* e *satisfazer*, respectivamente, os danos materiais sofridos por um Estado em decorrência de atos praticados por outro.

Em 1996, a Comissão de Direito Internacional (CDI) das Nações Unidas aprovou, em sua 48ª Sessão, o texto do primeiro projeto (*draft*) de convenção internacional sobre responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos, desenvolvido com base nos trabalhos de sistematização do Prof. Roberto Ago¹³. Posteriormente, atendendo às críticas de alguns países, o projeto inicial (a partir de 1997) foi revisto pela mesma Comissão – agora sob a relatoria do Prof. James Crawford – e aprovado em 9 de

12 Para um estudo completo do tema, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**, cit., p. 494 e ss.

13 Merecem ser estudados os oito relatórios do Prof. Roberto Ago, publicados no *Yearbook of the International Law Commission* de 1969 a 1980, bem como os dos professores Willen Ripphagen (1980-1986) e Gaetano Arangio-Ruiz (1988-1996), que sucederam Ago nos trabalhos de redação. Frise-se que o primeiro relator especial sobre o tema foi o Prof. Garcia-Amador (nomeado em 1955), mas cujos relatórios não foram aprovados pela CDI.

agosto de 2001, na sua 53ª Sessão¹⁴. Após sua aprovação, o projeto foi encaminhado à Assembleia-Geral da ONU para que esta verifique (até o presente momento tal não ocorreu) a possibilidade de adoção do seu texto, abrindo-se a oportunidade para as assinaturas e respectivas ratificações dos Estados¹⁵. Na ONU, no entanto, o *draft* poderá sofrer alterações por sugestão dos Estados, quando então (possivelmente) um texto *diverso* do originalmente apresentado pela CDI será adotado. Não obstante, a Assembleia-Geral, em sua 62ª Sessão, realizada em 2007, sugeriu aos governos dos Estados que observem (apliquem) o projeto de *Artigos sobre Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos*¹⁶.

A sugestão da ONU aos Estados – de aplicação do Projeto de Convenção sobre responsabilidade internacional dos Estados por atos ilícitos – é importante na medida que encoraja as soberanias nacionais a reconhecerem o *draft* como norma cristalizadora de regras internacionais anteriores à sua elaboração, facilitando a compreensão do tema relativo à responsabilidade internacional dos Estados. Sobre o tema que ora nos ocupa, recomendação justifica ainda a análise do *draft* no que tange à questão de possível responsabilização de Estados por epidemias e/ou pandemias transnacionais.

14 Cf. Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, **Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session**, Supplement nº 10 (A/56/10), Chap. IV.E.1, November 2001; e também o **Yearbook of the International Law Commission**, vol. II (Part Two), de 2001.

15 Para um comentário do projeto aprovado, v. United Nations. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries**, 2008; na doutrina, v. CRAWFORD, James. **The International Law Commission's articles on State responsibility: introduction, text and commentaries**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, 391p.

16 V. Res. 62/61 (8 January 2008).



2.1 Conceito de responsabilidade internacional

A responsabilidade internacional do Estado é o instituto jurídico que visa responsabilizar determinado Estado pela prática de um ato atentatório (ilícito) ao Direito Internacional perpetrado contra os direitos ou a dignidade de outro Estado, prevendo certa reparação a este último pelos prejuízos e gravames que injustamente sofreu¹⁷. Esse conceito leva em conta apenas os Estados nas suas relações entre si. É evidente que nas relações do Estado com as *pessoas* sujeitas à sua jurisdição o instituto da responsabilidade internacional *também opera*, notadamente no que diz respeito às violações estatais de direitos humanos. Para os efeitos deste estudo, no entanto, a investigação será fixada à base da responsabilidade de Estado a Estado.

Sob essa ótica, o instituto da responsabilidade internacional tem dupla finalidade:

- a) visa coagir psicologicamente os Estados a fim de que os mesmos não deixem de cumprir com os seus compromissos internacionais (finalidade preventiva); e
- b) visa atribuir àquele Estado que sofreu um prejuízo, em decorrência de um ato ilícito cometido por outro, uma justa e devida reparação (finalidade repressiva).

¹⁷ Entre outros, v. ACCIOLY, Hildebrando. Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence. **Recueil des Cours**, vol. 96 (1959-I), p. 349-441; CARREAU, Dominique. **Droit international**. 8. ed. Paris: A. Pedone, 2004, p. 444 e ss; SHAW, Malcolm N. **Direito internacional**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla (*et all.*). São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 572 e ss; CRAWFORD, James. **Brownlie's principles of public international law**. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 539 e ss; e GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito internacional público: uma perspectiva de língua portuguesa**. 5. ed. atual. Coimbra: Almedina, 2017, p. 653 e ss.

Essa regra é corolário do princípio da igualdade jurídica, uma vez que existe única e exclusivamente em função dela. Significa, ademais, que os Estados têm *limites de atuação* no plano internacional, não podendo agir de forma leviana, a seu alvedrio e a seu talante, prejudicando terceiros e trazendo desequilíbrio para as relações pacíficas entre as Nações.

2.2 Características da responsabilidade internacional

O princípio fundamental da responsabilidade internacional traduz-se na ideia de justiça segundo a qual os Estados estão vinculados ao cumprimento daquilo que assumiram no cenário internacional, devendo observar seus compromissos de boa-fé e sem qualquer prejuízo aos outros sujeitos do Direito das Gentes. Portanto, o Estado é internacionalmente responsável por toda ação ou omissão que lhe seja imputável de acordo com as regras do Direito Internacional Público, e das quais resulte violação de direito alheio ou violação abstrata de uma norma jurídica internacional por ele anteriormente aceita.

O instituto da responsabilidade internacional, diferentemente da responsabilidade atinente ao Direito interno, visa sempre à *reparação* a um prejuízo causado a determinado Estado em virtude de ato ilícito praticado por outro. A reparação (civil) é a *restitutio naturalis* ou *restitutio in integrum*, tendo por finalidade restituir as coisas, tanto quanto possível, ao estado de fato anteriormente constituído, fazendo voltar as coisas ao *status quo* como forma de satisfação¹⁸.

Se este restabelecimento não for possível, como, *v.g.*, em casos de mortes de pessoas, ou caso seja possível apenas parcialmente, o prejuízo deve

18 Sobre o assunto, v. BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Trad. Maria Manuela Farrajota (*et al.*). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 486-487.



ser reparado (pecuniariamente) por meio de *indenização* (*dommages-intérêts*) ou *compensação*. Assim, a reparação deve ser substituída pela indenização ou compensação, sempre que não for possível, material ou juridicamente, reparar o dano causado pelo ato ilícito estatal. Aliás, a reparação em dinheiro é a prática que mais comumente se tem apresentado no quadro de uma demanda internacional envolvendo a responsabilidade do Estado.

Outra característica da responsabilidade internacional é que ela opera sempre de Estado para Estado, mesmo que o ato ilícito tenha sido praticado por um indivíduo ou ainda quando a vítima seja um particular seu. Tal significa que a pessoa (vítima da violação) não demanda *diretamente* o Estado, apenas dirigindo uma *reclamação* ao Estado de sua nacionalidade para que este a proteja internacionalmente. Quando o Estado de nacionalidade oferece proteção, ele *endossa* a reclamação da vítima e toma como *sua* a queixa alegada. Será esse *endosso* o instrumento que irá outorgar a chamada *proteção diplomática* – que nada tem a ver com os *privilégios e imunidades diplomáticos* dos quais ainda iremos tratar – de um Estado a um particular: o Estado, quando *endossa* a queixa do particular, “toma as suas dores” e passa a tratar com o outro Estado de igual para igual, a fim de ressarcir o particular do dano sofrido (daí o entendimento que, mesmo nesse caso em que o objeto da reclamação é constituído pelo indivíduo e pelo seu patrimônio, a responsabilidade internacional opera de *Estado para Estado*). O Estado se substitui ao particular, tornando-se *dominus litis* e assumindo os encargos daí resultantes.

A proteção diplomática é, enfim, a atividade voltada à proteção dos direitos de um Estado em decorrência de sua violação por outro sujeito, ainda que a reclamação tenha sido deflagrada por particular na defesa dos seus interesses pessoais. Como a vítima não pode agir diretamente contra o Estado causador do dano, ela se utiliza da *proteção* do Estado de

que é nacional. Este último encampa seus sentimentos e deflagra, contra o Estado responsável, um pedido de indenização pelos prejuízos sofridos. Dada a importância do tema para a teoria da responsabilidade internacional a CDI concluiu o *Esboço de Artigos sobre Proteção Diplomática*, que foi posteriormente aprovado pela Assembleia-Geral da ONU, em 2006 (onde poderá vir a sofrer alterações até a sua adoção definitiva)¹⁹.

2.3 Elementos constitutivos da responsabilidade internacional

Três são os elementos que compõem o instituto da responsabilidade internacional do Estado, a saber: *a*) a existência de um *ato ilícito* internacional; *b*) a presença da *imputabilidade*; e *c*) a existência de um *prejuízo* ou um *dano* a outro Estado. Uma mirada breve sobre cada qual auxilia na compreensão das hipóteses possíveis de responsabilização de Estados por violação do Direito Internacional.

- a) O ato internacionalmente ilícito.* O primeiro elemento constitutivo da responsabilidade (ilicitude internacional do ato) consubstancia-se na *violação* ou *lesão* de uma norma de Direito Internacional, compreendendo tanto o fato positivo (comissivo) como o fato negativo (omissivo), tal como descrito no art. 3º do Projeto de Convenção das Nações Unidas. Tal violação pode ser relativa a um tratado, um costume internacional ou a qualquer outra fonte do Direito das Gentes. Os graus de ilicitude são variados, podendo haver violações brandas, medianas ou graves (*v.g.*, quando se viola uma norma imperativa de Direito Interna-

¹⁹ V. Res. 62/67 (8 January 2008). Sobre o trabalho da CDI nesse tema, v. CRAWFORD, James. *Brownlie's principles of public international law*, *cit.*, p. 517-518.



cional geral, *jus cogens*)²⁰. Perceba-se que o conceito de ilicitude aqui desenvolvido é *internacional*, não se podendo tomar como base o Direito interno como ponto de referência para a compreensão do conceito.

- b) *A imputabilidade ou nexa causal*. O segundo elemento da responsabilidade é a *imputabilidade*, que é o nexa causal que liga o ato danoso violador do Direito Internacional (ou a omissão estatal) ao responsável causador do dano (autor direto ou indireto do fato). É o vínculo jurídico que se forma entre o Estado (ou organização internacional) que transgrediu a norma internacional e o Estado (ou organização internacional) que sofreu a lesão decorrente de tal violação. Em outras palavras, a imputabilidade “significa que o ato ou omissão é atribuível ao Estado”²¹. Assim, não importa ao Direito das Gentes se o Estado é unitário ou se possui divisões internas, como é o caso dos Estados Federais; será sempre *o Estado* (entendido como um todo *único*) o responsável pela violação no plano internacional (princípio da unidade do Estado no âmbito das relações internacionais). Nem sempre, porém, o autor imediato de um ato ilícito internacional é diretamente responsável por ele, à luz do Direito Internacional Público. Daí por que

20 Sobre os “graus” de ilicitude, v. DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 783-785. Sobre a responsabilidade internacional por violação do *jus cogens*, cf. HIGGINS, Rosalyn. **Problems & process: international law and how we use it**. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 165-168.

21 ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional público**, vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: MRE, 1956, p. 276.

os Estados serão sempre responsáveis pelos atos praticados por seus funcionários (servidores, agentes públicos e agentes políticos) quando tais atos forem praticados em seu nome (do Estado). De qualquer forma, o que caracteriza a imputabilidade é a possibilidade de o ato antijurídico ser imputável *ao Estado* na sua condição de sujeito do Direito Internacional Público, ainda que praticado por agente ou funcionário seu, quando então a imputabilidade e a autoria do fato se confundem.

- c) *O prejuízo ou dano*. A existência de um prejuízo ou um dano a outro Estado (ou organização internacional) é o terceiro elemento constitutivo da responsabilidade internacional. Tal prejuízo (resultado antijurídico do fato) pode ser material ou imaterial (moral) e originar-se de um ato ilícito cometido por um Estado (ou organização internacional) ou por um particular em nome do Estado. Somente o sujeito de Direito das Gentes vitimado por algum dano pode reclamar do outro faltoso a sua reparação, principalmente no que diz respeito ao cumprimento de eventual tratado celebrado entre ambos, não podendo demandar terceiros que do instrumento internacional não participam.

Não obstante a doutrina internacionalista ainda exigir o elemento *dano* como necessário à caracterização da responsabilidade internacional, deve-se aqui observar que o *draft* da ONU sobre responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos excluiu a necessidade de sua ocorrência para que se constitua a responsabilidade. De fato, o art. 2º do projeto de artigos das Nações Unidas exige apenas, para a caracterização da responsabilidade, a presença de *dois* elementos, quais sejam,



a violação de uma obrigação internacional e a atribuição dessa violação ao Estado, sem fazer qualquer referência à necessidade de *prejuízo* ou *dano*. Nos termos desse dispositivo, a conduta deve (a) ser atribuível ao Estado de acordo com o Direito Internacional, e (b) constituir uma violação de uma obrigação internacional do Estado.

Se se partir do acerto da tese exposta pelo art. 2º do Projeto de Convenção da ONU, ver-se-á que a China, no caso da pandemia da Covid-19, teve conduta incompatível com o Direito Internacional ao violar os regulamentos sanitários internacionais da OMS quando da descoberta do vírus, caracterizando, assim, sua responsabilidade internacional. É o que se passa a analisar doravante.

3. COVID-19 E RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

A República Popular da China é Estado-membro da Organização Mundial de Saúde e mantém, em Pequim, escritório de representação da Organização²². Está, portanto, vinculada tanto aos ditames da Constituição da OMS quanto às normas e recomendações providas dessa Organização. O desrespeito e a violação das regras (*hard law* e *soft law*) da OMS são também considerados atos passíveis de verificação pelo Direito Internacional, não obstante a responsabilização do Estado seja de rigor pela violação das normas pactuadas (tratados).

A OMS, baseada em sua normativa, vem tomando diversas medidas para a contenção do novo coronavírus desde o início da pandemia no

22 V. World Health Organization (Countries, China). Disponível em: <https://www.who.int/countries/chn/en/>. Acesso em: 02 abr. 2020. Verifique-se, também, a página web do escritório da OMS na China: <https://www.who.int/china>.

mundo. Tais determinações (*hard law*) recomendações (*soft law*) provêm do próprio instrumento constitutivo da OMS, concluído em Nova York em 22 de julho de 1946²³.

Há, como se nota, normas *determinantes* da Organização, providas de instrumentos de *hard law*, e disposições *recomendatórias*, tidas como *soft law*. Ainda que com graus diferentes de intensidade, ambas são regidas pelo Direito Internacional Público, estando a diferença – repita-se – na possibilidade de responsabilização internacional do Estado (especialmente nas cortes *jurisdicionais* internacionais) – pelo descumprimento das primeiras²⁴.

Cabe, agora, verificar o que preveem as normas – determinantes e recomendatórias – da OMS, para o fim de investigar se houve efetiva violação desse mosaico normativo pela República Popular da China, fazendo-a incidir em responsabilidade internacional.

3.1 Determinações da OMS no Regulamento Sanitário Internacional

As condutas dos Estados-partes, no que tange à saúde pública, vêm descritas e delineadas no *Regulamento Sanitário Internacional*, aprovado pela OMS em 2005 e em vigor desde 15 de junho de 2007²⁵. O *Regulamento* é norma internacional (tratado) que vincula 196 países, incluindo todos os Estados-membros da OMS. Seu objetivo é prevenir e impedir

23 Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. As determinações da OMS são vinculantes ao Brasil?. In: Conselho Federal da OAB, *Notícias*, 28 Março 2020. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/58018>. Acesso em: 02 abr. 2020; e VON BOGDANDY, Armin; VILLAREAL, Pedro A. International law on pandemic response: a first stocktaking in light of the coronavirus crisis. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law*. Research Paper nº 2020-07 (March 26, 2020).

24 A propósito, cf. CARREAU, Dominique. *Droit international*, cit., p. 212-215.

25 OMS. *Regulamento Sanitário Internacional*, 2005. No Brasil, o *Regulamento* foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 395/2009 e promulgado Decreto executivo nº 10.212/2020.



graves problemas de saúde que ultrapassem fronteiras e prejudiquem grande parte da população mundial. Daí sua importância como norma gestora dos princípios internacionais de proteção da saúde, que, em última análise, versa questão global (*lato sensu*) de direitos humanos.

Portanto, pandemias como a da Covid-19 são exatamente o foco para o qual se destina o *Regulamento Sanitário Internacional*, motivo pelo qual suas determinações devem ser observadas por todos os Estados. O instrumento prevê medidas concretas para se evitar graves calamidades mundiais de saúde, pautadas, especialmente, no *dever de informar*, que é considerado o pilar fundamental – ou *pedra angular* – do sistema internacional de proteção da saúde²⁶. Com base nesse dever informacional, realiza-se uma *vigilância global* em matéria de saúde, tal como perseguida pela OMS nos princípios regentes do seu instrumento constitutivo.

Inicialmente, destaque-se que a China é Estado-parte do referido *Regulamento*, cuja natureza jurídica é a de tratado internacional (*hard law*, portanto). Ademais, ao aderir ao instrumento internacional, a China declarou formalmente que ele “se aplica à totalidade do território da República Popular da China, incluindo a Região Administrativa Especial de Hong Kong, a Região Administrativa Especial da Macau e a Província de Taiwan”²⁷. Tal significa que a China, no uso livre e consciente de sua vontade soberana, engajou-se formalmente a essa norma internacional de caráter vinculante, cujo descumprimento acarreta a responsabilidade internacional pela violação do tratado.

O citado *dever de informar* vem previsto no art. 7º do *Regulamento*, cuja redação – ao melhor estilo *hard law* – é direta e imperativa, nos seguintes termos:

26 Cf. VON BOGDANDY, Armin; VILLAREAL, Pedro A. International law on pandemic response: a first stocktaking in light of the coronavirus crisis, *cit.*, p. 7.

27 OMS. *Regulamento Sanitário Internacional*, 2005 (Appendix 2-III, *Declarations and Statements*), p. 62.

Caso um Estado-parte tiver evidências de um evento de saúde pública inesperado ou incomum dentro de seu território, *independentemente de sua origem ou fonte*, que possa constituir uma emergência de saúde pública de importância internacional, *ele fornecerá todas as informações de saúde pública relevantes à OMS*. Nesse caso, aplicam-se na íntegra as disposições do Artigo 6²⁸.

O dispositivo exige que os Estados forneçam à OMS informações de saúde pública relevantes *independentemente da origem ou fonte* do evento inesperado ou incomum ocorrido dentro de seus territórios, que possam constituir uma *emergência de saúde pública* de importância internacional, aplicando-se, na íntegra, as previsões do art. 6º do mesmo *Regulamento* (v. *infra*). Não há dúvidas, por outro lado, de que o novo coronavírus (Sars-Cov-2) foi um evento de saúde pública inesperado dentro do território chinês, constituindo uma emergência de saúde pública de importância internacional, atualmente preocupando a maioria dos países do mundo e causando problemas de toda ordem.

O art. 6º do *Regulamento* – referido na parte final do art. 7º – prevê *quais medidas* devem ser tomadas pelos Estados sobre os eventos ocorridos em seu território que constituam uma emergência de saúde pública internacional, nos seguintes termos:

1. Cada Estado-parte avaliará os eventos que ocorrerem dentro de seu território, utilizando o instrumento de decisão do Anexo 2. Cada Estado-parte notificará a OMS, pelos mais eficientes meios de comunicação disponíveis, por meio do

28 No original, em inglês: "If a State Party has evidence of an unexpected or unusual public health event within its territory, irrespective of origin or source, which may constitute a public health emergency of international concern, it shall provide to WHO all relevant public health information. In such a case, the provisions of Article 6 shall apply in full".



Ponto Focal Nacional para o RSI, e dentro de 24 horas a contar da avaliação de informações de saúde pública, sobre todos os eventos em seu território que possam se constituir numa emergência de saúde pública de importância internacional, segundo o instrumento de decisão, bem como de qualquer medida de saúde implementada em resposta a tal evento. Se a notificação recebida pela OMS envolver a competência da Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA), a OMS notificará imediatamente essa Agência.

2. Após uma notificação, o Estado-parte continuará a comunicar à OMS as informações de saúde pública de que dispõe sobre o evento notificado, de maneira oportuna, precisa e em nível suficiente de detalhamento, incluindo, sempre que possível, definições de caso, resultados laboratoriais, fonte e tipo de risco, número de casos e de óbitos, condições que afetam a propagação da doença; e as medidas de saúde empregadas, informando, quando necessário, as dificuldades confrontadas e o apoio necessário para responder à possível emergência de saúde pública de importância internacional²⁹.

29 No original, em inglês: “1. Each State Party shall assess events occurring within its territory by using the decision instrument in Annex 2. Each State Party shall notify WHO, by the most efficient means of communication available, by way of the National IHR Focal Point, and within 24 hours of assessment of public health information, of all events which may constitute a public health emergency of international concern within its territory in accordance with the decision instrument, as well as any health measure implemented in response to those events. If the notification received by WHO involves the competency of the International Atomic Energy Agency (IAEA), WHO shall immediately notify the IAEA. 2. Following a notification, a State Party shall continue to communicate to WHO timely, accurate and sufficiently detailed public health information available to it on the notified event, where possible including case definitions, laboratory results, source and type of the risk, number of cases and deaths, conditions affecting the spread of the disease and the health measures employed; and report, when necessary, the difficulties faced and support needed in responding to the potential public health emergency of international concern”.

O Anexo 2 do *Regulamento* – referido pelo art. 6º(1) – é o denominado *instrumento de decisão* dos Estados, que estabelece um procedimento específico para que as autoridades estatais avaliem a natureza, as condições, os impactos e os riscos do evento inesperado ocorrido em seu território³⁰.

A questão que se coloca, portanto, é saber se a China avisou a autoridade mundial de saúde – a OMS – pelos “mais eficientes meios de comunicação disponíveis” e “dentro do prazo de 24 horas a contar da avaliação de informações de saúde pública” sobre todos os eventos em seu território que podiam se constituir em emergência de saúde pública de importância internacional, consoante o art. 6º do *Regulamento*.

As notícias amplamente divulgadas na imprensa demonstram que os agentes do Estado demoraram muito mais tempo do que o estabelecido para compartilhar as informações internas em nível internacional³¹. De fato, foi apenas em 21 de janeiro – duas semanas após o ocorrido – que o governo chinês admitiu publicamente que a transmissão do vírus ocorria de pessoa a pessoa, informando esse fato à OMS. Portanto, o retardo do sistema de aviso do *Chinese Center for Disease Control and Prevention* – CDC estaria a violar – em nome da República Popular da China – a obrigação de informar prevista no art. 7º do *Regulamento*, uma vez que não houve o fornecimento de “todas as informações de saúde pública relevantes à OMS”, como determina o dispositivo.

Perceba-se que a falta de diligência, *ab initio*, do *Chinese Center for Disease Control and Prevention*, deve ser imputada ao Estado chinês, pois

30 OMS. *Regulamento Sanitário Internacional*, 2005 (Anexo 2).

31 BUCKLEY, Chris; MYERS, Steven Lee. China retardou ações que poderiam conter vírus para fugir de embaraços políticos. **Folha de S. Paulo**, 04 Fevereiro 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/02/china-retardou-acoes-que-poderiam-conter-coronavirus-para-fugir-a-embaracos-politicos.shtml>. Acesso em: 04 abr. 2020.



se trata de “uma organização técnica de nível governamental e nacional especializada em controle e prevenção de doenças de saúde pública”, como informa a página *web* oficial do órgão³². Só por isso, está a incidir, de imediato, o art. 8º do Projeto de Convenção da ONU sobre responsabilidade internacional dos Estados por atos ilícitos, que prevê que “[a] conduta de um órgão do Estado, pessoa ou entidade destinada a exercer atribuições do poder público será considerada um ato do Estado, consoante o Direito Internacional, se o órgão, pessoa ou entidade age naquela capacidade, mesmo que ele exceda sua autoridade ou viole instruções”.

Ademais, ainda que o prazo de 24 horas previsto pelo art. 6º do *Regulamento* seja bastante exíguo, certo é que o governo chinês se pronunciou semanas depois sobre o ocorrido em Wuhan³³. A própria morte do médico oftalmologista que deu as primeiras informações sobre o novo vírus foi retardada pelas autoridades chinesas, que só admitiram o ocorrido após horas de confusão no país, em meio a uma onda de dor e inconformismo nas redes sociais³⁴. O Escritório de Segurança Pública de Wuhan, nos primeiros dias da epidemia, repreendeu o médico sob o argumento de que ele estaria espalhando “notícias falsas”, o que, na China, pode levar à prisão; e no dia 19 de março de 2020 admitiu ter indiciado o médico de forma equivocada.

32 Conferir em: <http://www.chinacdc.cn/en>.

33 BUCKLEY, Chris; MYERS, Steven Lee. Como a omissão do governo chinês pode ter contribuído para a disseminação do coronavírus. **O Globo**, 02 Fevereiro 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/como-omissao-do-governo-chines-pode-ter-contribuido-para-disseminacao-do-coronavirus-24225574>. Acesso em: 04 abr. 2020.

34 LIY, Macarena Vidal. China confirma a morte do médico que alertou sobre o coronavírus após horas de confusão. **El País**, 06 Fevereiro 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/sociedade/2020-02-06/china-confirma-a-morte-do-medico-que-alertou-sobre-o-coronavirus-apos-horas-de-confusao.html>. Acesso em: 04 abr. 2020.

Portanto, se a população tivesse conhecimento do que avisaram os profissionais de saúde chineses, que detectaram em primeira mão o problema, seguramente a doença não teria se alastrado tanto na China como no resto do mundo, como acabou ocorrendo³⁵. Nesse sentido, o art. 14(3) do Projeto de Convenção da ONU estabelece que “[a] violação de uma obrigação internacional que exija do Estado a prevenção de um certo acontecimento produzir-se-á no momento em que começa esse acontecimento e se estende por todo o período em que o evento continua e permanece em desacordo com aquela obrigação”. Nesse caso, parece não haver dúvidas de que há obrigação do Estado e que a mesma continua com a prorrogação da pandemia no mundo.

Todos esses fatos somados demonstram que a China violou as normas expressas no *Regulamento Sanitário Internacional* e, por consequência, a ordem global relativa à proteção da saúde humana, ensejando, por isso, responsabilização internacional pelos prejuízos causados à saúde pública e à economia de vários países do mundo³⁶. Ademais, se se pensa que o instituto da responsabilidade internacional foi utilizado para condenar Estados por prejuízos muito menores – em termos de vida e econômicos – causados a outros, não faz sentido supor que no caso da pandemia da Covid-19 não exista responsabilidade pelos prejuízos decursivos, ocasionados, em grande escala, pelo descumprimento do dever de informar ordenado pela normativa – aceita e ratificada pela China – da Organização Mundial de Saúde.

35 Idem, *ibidem*.

36 Assim, FILDER, David. Covid-19 and international law: must China compensate countries for the damage? **Just Security**, 27 March 2020. Disponível em: <https://www.justsecurity.org/69394/covid-19-atrand-international-law-must-china-compensate-countries-for-the-damage-international-health-regulations>. Acesso em: 06 abr. 2020; e BAGARES, Romel Regalado. China, international law, and Covid-19. **Inquirer**, 22 March 2020. Disponível em: <https://opinion.inquirer.net/128226/china-international-law-and-covid-19>. Acesso em: 08 abr. 2020.



O Projeto de Convenção da ONU sobre responsabilidade internacional dos Estados por atos ilícitos prevê, no art. 31, o dever de *reparação* dos danos causados pelo Estado, pelo que determina:

1. O Estado responsável tem obrigação de reparar integralmente o prejuízo causado pelo ato internacionalmente ilícito.
2. O prejuízo compreende qualquer dano, material ou moral, causado pelo ato internacionalmente ilícito de um Estado.

O mesmo Projeto de Convenção também estabelece, no art. 32, que “[o] Estado responsável não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa pela falha em cumprir com as obrigações que lhe são incumbidas de acordo com esta Parte”. Assim, além do dever que a China teria de reparar os danos causados pela pandemia, também não poderia invocar disposições do direito interno como justificativa pelo não cumprimento da obrigação internacional em causa, como, aliás, já prevê o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”³⁷.

Não se pode, contudo, deixar de concordar que é improvável que muitos Estados se insurjam contra a China relativamente à pandemia da Covid-19, especialmente sobre o descumprimento do *Regulamento Sanitário Internacional*, pela razão simples de que todos os países do mundo podem dar início a surtos, epidemias ou pandemias congêneres, além do que isso não raro acontece. Tal cria – como diz David Fidler – um “incentivo coleti-

³⁷ Para um comentário completo do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos tratados**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 219-227.

vo” entre os países, que enfraquece o desejo de demonstrar que a China efetivamente violou norma vinculante do Direito Internacional Público³⁸.

Seja como for, a nossa conclusão parcial (conclusão 1) é a de que *houve* violação de norma internacional convencional (*hard law*) pela República Popular da China, ao não informar a OMS – no prazo determinado pelo *Regulamento Sanitário Internacional* e sem a devida diligência – da epidemia inicial (e posterior pandemia) surgida em Wuhan, província de Hubei, que levou ao alastramento da Covid-19 para fora da China em poucos dias e ao desconhecimento de todo o mundo sobre os seus sintomas e efeitos. A falta de diligência chinesa – conforme amplamente noticiado na imprensa internacional – acarretou prejuízos de vidas humanas e econômicos para vários Estados.

3.2 Recomendações da OMS no caso da pandemia da Covid-19

Para além das determinações (*hard law*) da OMS, a Organização tem também a prática de *recomendar* condutas aos Estados em casos de epidemias e pandemias. Tais recomendações vêm previstas no próprio instrumento constitutivo da Organização, e, portanto, têm lastro em norma convencional, não obstante, elas próprias, serem normas de *soft law*.

O art. 2º, *k*, da Constituição da OMS destaca que, para lograr o seu objetivo de proteção da saúde em nível mundial, será função da Organização Mundial de Saúde: *Propor convenções, acordos e regulamentos e fazer recomendações respeitantes a assuntos internacionais de saúde* e desempenhar as funções que neles sejam atribuídas à Organização, quando compatíveis com os seus fins³⁹.

38 FILDER, David. Covid-19 and international law: must China compensate countries for the damage? *Just Security*, 27 March 2020, *cit*.

39 No original, em inglês: “To propose conventions, agreements and regulations, and make recommendations with respect to international health matters and to perform such duties as may be assigned thereby to the Organization and are consistent with its objective”.



O art. 23 da mesma Constituição deixa assente que “[a] Assembleia da Saúde terá autoridade *para fazer recomendações aos Estados-membros* com respeito a qualquer assunto dentro da competência da Organização”⁴⁰. Por sua vez, o art. 62 do instrumento determina que “[c]ada Estado-membro *apresentará anualmente um relatório sobre as medidas tomadas em relação às recomendações* que lhe tenham sido feitas pela Organização e em relação às convenções, acordos e regulamentos”⁴¹.

Não há dúvidas, assim, de que devem os Estados-membros respeitar as recomendações providas da Organização em casos de epidemias ou pandemias transnacionais, cuja legalidade decorre do próprio instrumento constitutivo da Organização. O fato de se estar diante de norma de *soft law* não impede que se reconheça que os comandos dali provenientes devem ser seguidos pelos Estados, dado que as recomendações só guardam essa característica pela sua expedição mais facilitária, que independe da conclusão (sempre mais morosa e complexa) de um *tratado* com o mesmo objetivo. Ademais, registre-se que a praticidade das relações internacionais demanda haver normas cuja expressividade pode decorrer dos órgãos deliberativos de organizações internacionais, pois lastreadas, *a priori*, no próprio tratado constitutivo da Organização. Apenas se está *um nível atrás* relativamente à vinculação *direta* que um tratado produz em termos de *efeitos* para os Estados, nada mais.

Destaque-se que todas as recomendações de higiene (p. ex.: limpeza das mãos com sabão ou álcool em gel 70%) e distanciamento de pessoas

40 No original, em inglês: “The Health Assembly shall have authority to make recommendations to Members with respect to any matter within the competence of the Organization”.

41 No original, em inglês: “Each Member shall report annually on the action taken with respect to recommendations made to it by the Organization and with respect to conventions, agreements and regulations”.

(p. ex.: período de isolamento e quarentena em casa) são importantes para evitar maiores contágios da pandemia em curso, sem o que o número de infecções crescerá em progressão geométrica, como têm experimentado países como a Itália, Espanha, os Estados Unidos e a própria China.

Ademais, o fato de desrespeitar as recomendações das organizações internacionais põe em xeque a autoridade objetiva dos organismos de monitoramento e controle para a proteção da população mundial de pandemias como esta, uma vez que o mundo, de há muito, não conhece fronteiras e a propagação de pessoa a pessoa é quase que instantânea. Por isso, não faz qualquer sentido o Estado participar de uma organização internacional – que, por sua vez, cria e põe em marcha determinado mecanismo de monitoramento e controle – se não for para seguir as suas recomendações e deliberações. Além do respeito que os Estados devem ter para com as recomendações e deliberações da OMS, é também importante que não fique a imagem do Estado internacionalmente maculada, como não cumpridor de suas obrigações internacionais relativas a direitos humanos.

Seja como for, certo é que, na prática, os Estados – muitas vezes, sem qualquer justificativa plausível – mais desconsideram as decisões dos organismos internacionais competentes que efetivamente as aplicam. À evidência que a conduta estatal não deveria ser dessa forma, por ser a OMS organismo especializado e conhecedor técnico dos problemas sanitários mundiais. Daí a constatação de que o desrespeito às prescrições estabelecidas pela OMS é um ato falho e danoso, não somente para as relações internacionais do País, senão também para a sanidade de todo o planeta, vez que permite o alastramento de pandemia ainda sem cura em todo o mundo.

Os milhares de mortes ocasionadas pela Covid-19 estão patentes em todo o mundo e, por isso, não se pode duvidar da verdade notória, clara, constatável e informada minuto a minuto em todo o globo, bem assim



faltar com o dever de precaução necessário em momentos tais, dadas as incertezas científicas que ainda permeiam a pandemia em causa. Hoje – abril de 2020 – o mundo não sabe como a pandemia se comportará nos próximos dias e meses, mas já se tem o exemplo de vários países que se arrependem em não tomar medidas em tempo oportuno.

4. SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS INTERNACIONAIS E RECURSO À CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Verificada a responsabilidade internacional da China por descumprimento dos regulamentos sanitários internacionais, cabe agora investigar como se solucionam as controvérsias relativas ao tema, bem assim a possibilidade de acionamento do Estado perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ).

Como se viu, o *Regulamento Sanitário Internacional* (2005) determina que “[c]ada Estado-parte notificará a OMS, pelos mais eficientes meios de comunicação disponíveis, por meio do Ponto Focal Nacional para o RSI, e dentro de 24 horas a contar da avaliação de informações de saúde pública, sobre todos os eventos em seu território que possam se constituir numa emergência de saúde pública de importância internacional, segundo o instrumento de decisão, bem como de qualquer medida de saúde implementada em resposta a tal evento” (art. 6º). Igualmente, constatou-se que a China não cumpriu com o dever de informar a OMS e a sociedade internacional sobre a inicial epidemia da Covid-19 iniciada em seu território.

Para o fim se solucionar as controvérsias nascidas quanto à interpretação ou aplicação do *Regulamento*, este instrumento estabeleceu – no seu art. 56, intitulado *Solução de controvérsias* – o seguinte:

[Ir para o índice](#)

1. Em caso de controvérsia entre dois ou mais Estados Partes quanto à interpretação ou aplicação deste Regulamento, os Estados Partes em questão deverão procurar, em primeira instância, resolver a controvérsia por meio de negociação ou qualquer outro meio pacífico de sua própria escolha, incluindo bons ofícios, mediação ou conciliação. O fracasso em chegar a um acordo não eximirá as partes em controvérsia da responsabilidade de continuar a procurar resolvê-la.
2. Caso a controvérsia não seja resolvida pelos meios descritos no parágrafo 1º deste Artigo, os Estados Partes envolvidos poderão concordar em referir a controvérsia ao Diretor-Geral, que envidará todos os esforços para resolvê-la.
3. Um Estado-parte poderá, a qualquer momento, declarar por escrito ao Diretor-Geral que aceita a arbitragem como recurso compulsório em relação a todos as controvérsias de que for parte, referentes à interpretação ou aplicação deste Regulamento ou a respeito de uma controvérsia específica em relação a qualquer outro Estado-parte que aceite a mesma obrigação. A arbitragem será realizada em conformidade com as Regras Opcionais do Tribunal Permanente de Arbitragem para a Arbitragem de Controvérsias entre Dois Estados que forem aplicáveis no momento em que for feita uma solicitação de arbitragem. Os Estados Partes que concordaram em aceitar a arbitragem como compulsória deverão aceitar a decisão arbitral como vinculante e final. O Diretor-Geral deverá informar a Assembleia de Saúde sobre tal ação, conforme apropriado.



4. Nada neste Regulamento deverá prejudicar os direitos de Estados Partes, nos termos de qualquer acordo internacional de que possam ser signatários, a recorrer aos mecanismos de solução de controvérsias de outras organizações intergovernamentais, ou estabelecidos nos termos de qualquer acordo internacional.
5. Em caso de um litígio entre a OMS e um ou mais Estados Partes referente à interpretação ou aplicação deste Regulamento, a questão será submetida à Assembleia de Saúde⁴².

Dessa forma, os Estados-partes – interessados em resolver suas controvérsias à luz do *Regulamento* – deverão buscar, primeiramente, a resolução da contenda pela *negociação* ou *qualquer outro meio pacífico* de

42 No original, em inglês: “1. In the event of a dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of these Regulations, the States Parties concerned shall seek in the first instance to settle the dispute through negotiation or any other peaceful means of their own choice, including good offices, mediation or conciliation. Failure to reach agreement shall not absolve the parties to the dispute from the responsibility of continuing to seek to resolve it. 2. In the event that the dispute is not settled by the means described under paragraph 1 of this Article, the States Parties concerned may agree to refer the dispute to the Director-General, who shall make every effort to settle it. 3. A State Party may at any time declare in writing to the Director-General that it accepts arbitration as compulsory with regard to all disputes concerning the interpretation or application of these Regulations to which it is a party or with regard to a specific dispute in relation to any other State Party accepting the same obligation. The arbitration shall be conducted in accordance with the Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States applicable at the time a request for arbitration is made. The States Parties that have agreed to accept arbitration as compulsory shall accept the arbitral award as binding and final. The Director-General shall inform the Health Assembly regarding such action as appropriate. 4. Nothing in these Regulations shall impair the rights of States Parties under any international agreement to which they may be parties to resort to the dispute settlement mechanisms of other intergovernmental organizations or established under any international agreement. 5. In the event of a dispute between WHO and one or more States Parties concerning the interpretation or application of these Regulations, the matter shall be submitted to the Health Assembly”.

sua própria escolha, incluindo *bons officios*, *mediação* ou *conciliação*⁴³. Não é aqui o lugar de explicar cada qual desses meios diplomáticos de solução de conflitos, o que já fizemos detalhadamente em outro lugar⁴⁴. Cabe, no entanto, referir que tais meios de solução de contendas nem sempre alcançam os resultados desejados, razão pela qual o mesmo art. 56(2) do *Regulamento* prevê o “recurso” ao Diretor-Geral da Organização, e, caso este também não resolva a questão, abre-se a possibilidade de *arbitragem* entre os Estados envolvidos.

No que tange à solução arbitral, o *Regulamento* deixa claro que os Estados devem *aceitar* – declarando “por escrito” ao Diretor-Geral – o arbitramento como meio de solução de litígios, sem o que a contenda não poderá ser resolvida. Portanto, seria necessário que a China aceitasse a sua submissão à solução arbitral, o que será difícil de ocorrer, ainda mais se se pensa que o Estado chinês é membro permanente do Conselho de Segurança da ONU e têm, naquele órgão das Nações Unidas, o conhecido *poder de veto*.

Frise-se que o *Regulamento Sanitário Internacional* não contém regra sobre pagamentos ou indenizações nos casos de violação dos comandos que estabelece. Tal não significa, contudo, que o costume internacional relativo às compensações decorrentes de atos ilícitos não consagre o instituto em questão. Na prática, no entanto, não se tem visto ações cujo objeto seria a reparação pecuniária em casos de surtos, epidemias ou pandemias transnacionais, pois – é verdade – não convém politicamente

43 Há informações, no entanto, de que os Estados nunca se utilizaram das disposições sobre solução de controvérsia dos tratados sobre doenças infecciosas do século XIX até os dias de hoje. V. FINDER, David. Covid-19 and international law: must China compensate countries for the damage? *Just Security*, 27 March 2020, *cit.*

44 V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, *cit.*, p. 984-989.



te usar o costume internacional respectivo em casos tais, notadamente porque o cumprimento de um tratado como o *Regulamento Sanitário Internacional* envolve incertezas científicas, questões de saúde pública e complexos cálculos políticos⁴⁵.

No entanto, o art. 75 da Constituição da OMS – instrumento constitutivo da Organização e *framework* sob o qual se assentam todas as suas demais normas – prevê a possibilidade de recurso à Corte Internacional de Justiça, ponto que particularmente interessa a essa investigação. Nos termos do art. 75 da Constituição da OMS:

Qualquer questão ou divergência referente à interpretação ou aplicação desta Constituição que não for resolvida por negociações ou pela Assembleia da Saúde será submetida à Corte Internacional de Justiça, em conformidade com o Estatuto da Corte, a menos que as partes interessadas concordem num outro modo de solução⁴⁶.

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) já reconheceu a validade do art. 75 da Constituição da OMS no § 99 do caso dos *Conflitos Armados no Território do Congo* (República Democrática do Congo Vs. Ruanda) de 2002⁴⁷. No parágrafo referido, a CIJ (na decisão do ano de 2006) assim referiu:

A Corte observa que a República Democrática do Congo é parte da Constituição da OMS desde 24 de fevereiro de 1961, e Ruanda desde

45 V. FOLDER, David. Covid-19 and international law: must China compensate countries for the damage? *Just Security*, 27 March 2020, *cit.*

46 No original, em inglês: “Any question or dispute concerning the interpretation or application of this Constitution which is not settled by negotiation or by the Health Assembly shall be referred to the International Court of Justice in conformity with the Statute of the Court, unless the parties concerned agree on another mode of settlement”.

47 CIJ, *Affaire des Activités Armées sur le Territoire du Congo*, arrêt du 3 février 2006, § 99.

7 de novembro de 1962, e que tanto uma como a outra são membros dessa Organização. A Corte observa, igualmente, que o artigo 75 da Constituição da OMS prevê, sob as condições previstas nessa disposição, a competência da Corte para conhecer de “qualquer questão ou divergência referente à interpretação ou aplicação” deste instrumento. Essa disposição exige que tal questão ou divergência diga respeito à interpretação ou aplicação desta Constituição em particular⁴⁸.

Naquela ocasião, a CIJ entendeu que o Congo não satisfizes quaisquer das condições previstas pelo art. 75 da Constituição da OIT, a saber, se resolveu a contenda por negociações diretas com Ruanda ou se provocou a Assembleia da Saúde para que dirimisse a questão, razão pela qual concluiu (§ 101 da sentença) não ser possível, à luz do art. 75 citado, reconhecer a competência do tribunal para conhecer do litígio⁴⁹. Como se nota, há, portanto, precedente da CIJ sobre a aplicação do art. 75 da OMS; no precedente o tribunal apenas exige que as condições previstas pelo dispositivo sejam satisfeitas pelo Estado antes de provocar a jurisdição da Corte.

Dessa sorte, será então possível provocar a CIJ para responsabilizar a China pelo descumprimento das normas sanitárias internacionais, que

48 No original, em francês: “La Cour observe que la RDC est partie à la Constitution de l’OMS depuis le 24 février 1961 et le Rwanda depuis le 7 novembre 1962, et qu’ils sont ainsi l’un et l’autre membres de cette organisation. La Cour note également que l’article 75 de la Constitution de l’OMS prévoit, aux conditions posées par cette disposition, la compétence de la Cour pour connaître de ‘toute question ou différend concernant l’interprétation ou l’application’ de cet instrument”. Na versão em inglês: “The Court observes that the DRC has been a party to the WHO Constitution since 24 February 1961 and Rwanda since 7 November 1962 and that both are thus members of that Organization. The Court further notes that Article 75 of the WHO Constitution provides for the Court’s jurisdiction, under the conditions laid down therein, over ‘any question or dispute concerning the interpretation or application’ of that instrument”.

49 CIJ, *Affaire des Activités Armées sur le Territoire du Congo*, arrêt du 3 février 2006, § 101.



fazem parte do mosaico normativo da OMS. Ademais, frise-se que se a CIJ interpretar o art. 75 da Constituição da OMS do mesmo modo que interpretou o art. 22 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, no julgamento das *Objecções Preliminares* do caso Ucrânia Vs. Federação Russa sobre a aplicação da Convenção, bastaria que um Estado satisfizesse a condição preliminar da *negociação* – tese da “uma ou outra condição”, como defendemos – para que pudesse demandar internacionalmente a China, sem ter que provocar, previamente, a Assembleia da Saúde para resolver a contenda⁵⁰. O citado art. 22 da Convenção internacional de 1965, assim dispõe:

As controvérsias entre dois ou mais Estados-membros, com relação à interpretação ou aplicação da presente Convenção que não puderem ser dirimidas por meio de negociação ou pelos processos previstos expressamente nesta Convenção serão, a pedido de um deles, submetidas à decisão da Corte Internacional de Justiça, a não ser que os litigantes concordem com outro meio de solução⁵¹.

Neste caso, a CIJ entendeu, no § 113 da sentença relativa às *Objecções Preliminares*, que a Convenção de 1965 “impõe pré-condições alternativas à jurisdição da Corte”, e que “[c]omo a controvérsia entre as Partes não foi encaminhada ao Comitê CERD [Comitê da Convenção], a Corte apenas examinará se as Partes tentaram negociar uma solução

50 Assim, TZENG, Peter. Taking China to the International Court of Justice over Covid-19. *EJIL: Talk!*, 2 April 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/taking-china-to-the-international-court-of-justice-over-covid-19>. Acesso em: 04 abr. 2020.

51 No original, em inglês: “Any dispute between two or more States Parties with respect to the interpretation or application of this Convention, which is not settled by negotiation or by the procedures expressly provided for in this Convention, shall, at the request of any of the parties to the dispute, be referred to the International Court of Justice for decision, unless the disputants agree to another mode of settlement”.

para a controvérsia”⁵². Essa decisão – de 8 de novembro de 2019 – é bastante recente e há de servir como paradigma para casos futuros submetidos à jurisdição da Corte⁵³. Assim, a seguir o mesmo raciocínio, bastariam as *negociações* preliminares para se poder levar a China à jurisdição da CIJ no caso da Covid-19.

Toda a dificuldade, porém, está em encontrar *no próprio texto da Constituição da OMS* obrigações objetivas aos Estados de salvaguarda da saúde em casos de pandemias transnacionais, tais as constantes do *Regulamento Sanitário Internacional* de 2005. Tudo isso leva a incertezas sobre a possibilidade de um Estado demandar a China na CIJ pela pandemia da Covid-19, dado que faltaria justificativa jurídica para tanto. A solução mais concreta, ao nosso ver, seria responsabilizar a China pelo descumprimento do dever de informar constante no *Regulamento Sanitário Internacional*, por meio do dispositivo da Constituição da OMS que prevê a competência da Organização para “[p]ropor convenções, acordos e regulamentos e fazer recomendações respeitantes a assuntos internacionais de saúde e desempenhar as funções que neles sejam atribuídas à Organização, quando compatíveis com os seus fins” (art. 2º, k). Assim, estaria vinculada a Constituição da OMS ao *Regulamento* de 2005, e, portanto, abertas as portas da CIJ para a responsabilização do Estado.

52 CIJ, *Application de la Convention Internationale pour la Répression du Financement du Terrorisme et de la Convention Internationale sur l'Élimination de Toutes les Formes de Discrimination Raciale*, arrêt du 8 Novembre 2019, § 113. No original, em francês: “La Cour conclut que l'article 22 de la CIEDR subordonne sa compétence au respect de conditions préalables de caractère alternatif. Le Comité de la CIEDR n'ayant pas été saisi du différend entre les Parties, la Cour recherchera seulement si celles-ci ont tenté d'en négocier le règlement”. No original, em inglês: “The Court concludes that Article 22 of CERD imposes alternative preconditions to the Court's jurisdiction. Since the dispute between the Parties was not referred to the CERD Committee, the Court will only examine whether the Parties attempted to negotiate a settlement to their dispute”.

53 Em paralelo, relembre-se a obra clássica de: LAUTERPACHT, Hersch. **The development of international law by the International Court**. London: Stevens & Sons, 1958, 408p.



Ademais, o artigo 21 da Constituição da OMS atribui expressamente à Assembleia da Saúde autoridade para adotar regulamentos relativos a: a) medidas sanitárias e de quarentena e outros procedimentos destinados a evitar a propagação internacional de doenças; b) nomenclaturas relativas a doenças, causas de morte e medidas de saúde pública; c) normas respeitantes aos métodos de diagnóstico para uso internacional; d) normas relativas à inocuidade, pureza e ação dos produtos biológicos, farmacêuticos e similares que se encontram no comércio internacional; e e) publicidade e rotulagem de produtos biológicos, farmacêuticos e similares que se encontram no comércio internacional⁵⁴.

Com fundamento nessa disposição, poder-se-ia ainda entender que a China violou o *Regulamento Sanitário Internacional* pela via do art. 22 da Constituição da OMS, que atribui autoridade à Assembleia da Saúde para tomar as ditas medidas sanitárias internacionais. Segundo o que determina a norma, “[o]s regulamentos adotados em conformidade com o artigo 21 entrarão em vigor para todos os Estados-membros depois de sua adoção ter sido devidamente notificada pela Assembleia da Saúde, exceto para os Estados-membros que comuniquem ao diretor-geral a sua rejeição ou reservas dentro do prazo indicado na notificação”⁵⁵. Perceba-se que o dispositivo prevê a entrada em vigor *automática* das decisões

54 No original, em inglês: “The Health Assembly shall have authority to adopt regulations concerning: (a) sanitary and quarantine requirements and other procedures designed to prevent the international spread of disease; (b) nomenclatures with respect to diseases, causes of death and public health practices; (c) standards with respect to diagnostic procedures for international use; (d) standards with respect to the safety, purity and potency of biological, pharmaceutical and similar products moving in international commerce; (e) advertising and labelling of biological, pharmaceutical and similar products moving in international commerce”.

55 No original, em inglês: “Regulations adopted pursuant to Article 21 shall come into force for all Members after due notice has been given of their adoption by the Health Assembly except for such Members as may notify the Director-General of rejection or reservations within the period stated in the notice”.

da Assembleia da Saúde no âmbito interno dos Estados-membros, sem necessidade de sua incorporação formal. E, assim, ficaria justificada a violação, pela China, da Constituição da OMS, abrindo-se as portas – também sob essa hipótese – para a sua responsabilização perante a CIJ⁵⁶.

Outra maneira aventada de responsabilização da China seria pela via do art. 64 da Constituição da OIT, que dispõe que “[c]ada Estado-membro enviará relatórios estatísticos e epidemiológicos pela forma a determinar pela Assembleia Geral”⁵⁷. Raciocina-se no sentido de que, pelo fato de a Assembleia da Saúde determinar que as estatísticas devam ser preparadas de acordo com o *Regulamento de Nomenclatura da OMS* de 1967⁵⁸ – cuja natureza jurídica é a de tratado internacional –, estaria, assim, configurada a violação indireta do art. 64 da Constituição da OMS, dado o descumprimento da norma citada do *Regulamento*. Ademais, teria havido, também, violação do art. 64 da Constituição – falta de envio de relatórios epidemiológicos – pela via dos já citados arts. 6º e 7º do *Regulamento Sanitário Internacional* (que é também norma convencional obrigatória para os Estados-membros)⁵⁹. De fato, nos termos do art. 6º do *Regulamento*, cada Estado-parte deve notificar a OMS, pelos mais

56 V. TZENG, Peter. Taking China to the International Court of Justice over Covid-19. *EJIL: Talk!* 2 April 2020, *cit.*

57 No original, em inglês: “Each Member shall provide statistical and epidemiological reports in a manner to be determined by the Health Assembly”.

58 World Health Organization. *WHO Nomenclature Regulations*, 1967, art. 6º: “De acordo com o previsto no Artigo 64 da Constituição, todos os Membros proporcionarão à Organização as estatísticas que esta lhes solicite e que não lhe tenham comunicado de acordo com o Artigo 63 da Constituição, e as prepararão conforme a disposição do presente Regulamento”. No original, em inglês: “Each member shall, under Article 64 of the Constitution, provide the Organization on request with statistics prepared in accordance with these Regulations and not communicated under Article 63 of the Constitution”.

59 Assim, TZENG, Peter. Taking China to the International Court of Justice over Covid-19. *EJIL: Talk!* 2 April 2020, *cit.*



eficientes meios de comunicação disponíveis, dentro de 24 horas a contar da avaliação de informações de saúde pública, sobre todos os eventos em seu território que possam se constituir numa emergência de saúde pública de importância internacional; e, segundo o art. 7º, tendo um Estado-parte evidências de um evento de saúde pública inesperado ou incomum dentro de seu território, independentemente de sua origem ou fonte, que possa constituir uma emergência de saúde pública de importância internacional, deve fornecer todas as informações de saúde pública relevantes à OMS. Assim, em suma, também se justificaria a violação, pela China, da Constituição da OMS, abrindo-se, por essas vias, mais uma forma de responsabilização do Estado chinês perante a CIJ.

Ressalte-se que a obrigatoriedade de cumprimento dos regulamentos da Assembleia da Saúde acarreta aos Estados – nos termos do art. 62 da Constituição da OMS – o dever de apresentar “anualmente *um relatório sobre as medidas tomadas em relação às recomendações* que lhe tenham sido feitas pela Organização e em relação às convenções, acordos e regulamentos”. De fato, não haveria sentido a norma exigir dos Estados a apresentação de relatórios anuais se não for para exercer o seu papel de órgão internacional de monitoramento das questões de saúde mundiais.

Um complicador, porém, poderia se agregar a esse contexto: como exigir da China reparação de danos se muitos Estados – dentre eles, o Brasil – não têm feito a sua parte na adoção das medidas de restrição e isolamento? Tome-se, como exemplo, a Itália, que no início da pandemia não deu valor para a progressão de alastramento do vírus e agora se vê arrependida por não ter tomado as medidas de contingenciamento oportunas. O prefeito de Milão, por exemplo, admitiu publicamente que a campanha #MilãoNãoPara foi um erro, pois “[n]inguém ainda havia

entendido a virulência do vírus”⁶⁰. O Brasil, por sua vez, está a repetir o mesmo equívoco, dadas as reiteradas declarações do Presidente Jair Messias Bolsonaro de que “devemos, sim, voltar à normalidade”, e de que se deve “abandonar o conceito de terra arrasada, a proibição de transportes, o fechamento de comércio e o confinamento em massa”⁶¹. Essa é, em suma, outra questão a ser trazida ao debate quando se pretender (vale, aqui, a hipótese) exigir responsabilidade da China pela pandemia do novo coronavírus.

Seja como for, a outra conclusão parcial (conclusão 2) que se deduz com esta investigação é no sentido de *ser possível* demandar a China na Corte Internacional de Justiça pela pandemia da Covid-19 no mundo.

5. “FORÇA MAIOR” COMO EXCLUDENTE DE ILICITUDE?

Nem todos os atos ilícitos internacionais são capazes de acarretar a responsabilidade dos Estados. Há circunstâncias capazes de excluir a responsabilidade internacional de uma soberania, liberando, portanto, o Estado da obrigação de reparar os danos. Tais circunstâncias são “causas de justificação” que permitem a um Estado, ou outro sujeito, vinculado por uma norma internacional, praticar determinado ato que, em condições normais, seria passível de responsabilização⁶².

Dentre essas circunstâncias, merece destaque aquela que poderá ser invocada pelo Estado para ver excluída sua responsabilidade internacional

60 Jornal *Correio Braziliense*, 26 Março 2020.

61 Pronunciamento em Rede Nacional de Televisão, no dia 24.03.2020.

62 V. BAPTISTA, Eduardo Correia. **O poder público bélico em direito internacional: o uso da força pelas Nações Unidas em especial**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 103.



em caso de pandemias transnacionais: a *força maior*. Esta tem lugar quando o ilícito praticado tenha sido consequência de um evento externo irresistível ou imprevisto, fora do controle do Estado, tornando materialmente impossível agir de conformidade com a obrigação assumida. Tal é o que prevê o art. 23, § 1º, do Projeto de Convenção da ONU, que assim dispõe:

A ilicitude de um ato de um Estado em desacordo com uma obrigação internacional daquele Estado será excluída se o ato se der em razão de força maior, entendida como a ocorrência de uma força irresistível ou de um acontecimento imprevisto, além do controle do Estado, tornando materialmente impossível, nesta circunstância, a realização da obrigação⁶³.

Não haverá, contudo, excludente de responsabilidade estatal se (a) a situação irresistível ou imprevista for devida, por si só ou em combinação com outros fatores, à conduta do Estado que a invoca, ou (b) caso tenha o Estado assumido o risco da ocorrência da situação (art. 23, § 2º)⁶⁴.

Como se nota da redação do art. 32, § 1º, do Projeto de Convenção da ONU, são necessários os seguintes elementos para que um Estado exclua a sua responsabilidade internacional por motivo de força maior: (i) que o ato ou fato se dê em razão de força irresistível ou absolutamente imprevisto; (ii) que o evento esteja completamente fora do controle do Estado; (iii) que o ocorrido torne “materialmente impossível” a realização da obrigação

63 No original, em inglês: “The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the act is due to force majeure, that is the occurrence of an irresistible force or of an unforeseen event, beyond the control of the State, making it materially impossible in the circumstances to perform the obligation”.

64 No original, em inglês: “Paragraph 1 does not apply if: (a) the situation of force majeure is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it; or (b) the State has assumed the risk of that situation occurring”.

pelo Estado; e (iv) que o Estado não tenha sido o responsável pela situação irresistível ou imprevista ou assumido o risco de sua ocorrência.

Poderia a *força maior* ser alegada pela China como excludente de ilicitude no caso da Covid-19? Toda a análise, à evidência, passa por saber se estava ou não *sob o controle* do Estado chinês a epidemia originariamente aparecida naquele país. De fato, ainda que se entenda ter havido *responsabilidade* da China pela demora na divulgação das informações sobre o ocorrido em seu território, tal não afasta a possibilidade de haver excludente de ilicitude caso se comprove que, mesmo tendo conhecimento de toda a situação apresentada, seria irresistível a força do evento danoso (epidemia inicial e pandemia posterior) no que tange às condições do Estado em efetivamente controlar todas as infecções de pessoa a pessoa causadas pela transmissão do vírus.

A questão, como se nota, é extremamente complexa e, à primeira vista, parece fazer sentido o argumento de que, mesmo tendo violado o *Regulamento Sanitário Internacional*, a República Popular da China não lograria controlar uma pandemia transnacional dessas proposições, dada a capacidade do novo coronavírus (Sars-Cov-2) de se proliferar muito facilmente por simples aperto de mão, gotículas de saliva, espirro, tosse ou contato com superfícies contaminadas, como aparelhos celulares, mesas, maçanetas, brinquedos, teclados de computador etc. A discussão paralela, no entanto, dirá respeito à maior *propagação* da pandemia, dada a demora da China em avisar as autoridades internacionais de saúde. Mas, repita-se, pode fazer sentido o argumento da força maior se se provar que, mesmo com a diligência devida, o evento sairia por completo do controle do Estado, nessa primeira hipótese. Assim, a força irresistível causada pelo alastramento da pandemia – mesmo se houvesse comunicação imediata do fato, seguindo todas as normas e os protocolos da OMS – levaria à exclusão



de responsabilidade em razão de evento *fora de controle* do Estado. Em outras palavras, seria difícil imputar relação de causalidade (nexo causal) à China em razão da expansão fugaz da pandemia⁶⁵.

Lembremo-nos, a propósito, do caso do vírus HIV, surgido a partir do vírus SIV encontrado no sistema imunológico dos chimpanzés e do macaco-verde africano, provavelmente transmitido ao ser humano com a domesticação de chimpanzés e macacos-verdes em tribos do centro-oeste africano e disseminado para o resto do planeta a partir das décadas de 60 e 70. O HIV-1 (Grupo M) – originário dos chimpanzés – foi o mais amplamente disseminado em todo o mundo, infectando mais de 40 milhões de pessoas. A cidade específica onde a pandemia do HIV teve início foi Leopoldville, no então Congo Belga – hoje Kinshasa, capital da República Democrática do Congo – nos anos 1920, especialmente quando se tornou atrativa para jovens em busca de emprego, dentre eles muitos provenientes do Haiti. A doença se espalhou rapidamente pelo Congo, com o deslocamento de pessoas pelas ferrovias e hidrovias daquele país, até sair das fronteiras do Estado. Ademais, a partir dos anos 1960, com a libertação colonial do Congo, mais pessoas de origem francófona destinaram-se ao Congo, levando a doença – especialmente a forma particular do HIV-1 grupo M, chamada “subtipo B” – para os seus respectivos países anos depois; daí em diante, a doença se espalhou para os Estados Unidos e Europa (a partir dos anos 1970)⁶⁶. Esse é um exemplo de evento sanitário que escapou por completo ao controle do Estado, espalhando-se pelo mundo inteiro.

65 Cf. FOLDER, David. Covid-19 and international law: must China compensate countries for the damage? **Just Security**, 27 March 2020, *cit*.

66 V. BARRAS, Colin. Como cientistas conseguiram mapear cidade onde a Aids “nasceu”. **BBC News**, 01 Dezembro 2015. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151126_vert_earth_hiv_origem_virus_rw. Acesso em: 02 abr. 2020.

No caso da Covid-19, seria possível que a China tivesse controle inicial e eficaz sobre as atividades de milhares de pessoas que se deslocaram rapidamente pelo seu território e saíram do país via transporte aéreo? Seria possível, antes do rastreamento da atividade do vírus, conter a sua expansão eficazmente? Esses são questionamentos de difícil resposta, mas que fazem todo o sentido quando se pensa no instituto da força maior como excludente de ilicitude em caso de responsabilidade internacional do Estado. Se se entende, *v.g.*, que o impedimento de aeronaves militares sobrevoarem o território de um Estado sem autorização pode ser desconstituído se uma mudança climática (força maior) desviar a rota da aeronave para o território de outro⁶⁷, com muito maior razão a excludente poderia ser usada no caso desse “inimigo invisível”, que é a Covid-19.

Dessa forma, no caso da Covid-19, poder-se-ia entender – essa é uma *hipótese*, que não reflete obrigatoriamente a *verdade* – que o acontecimento imprevisível (epidemia e/ou pandemia) fatalmente escaparia à regulação eficaz de qualquer Estado, mesmo levando em conta que houve atraso da China na divulgação exata das informações à OMS, tornando materialmente impossível o estancamento da epidemia inicial (e posterior pandemia).

Por outro lado, não é menos verdade que a falta de informações da China relativamente à epidemia (em violação à norma internacional respectiva) poderia fazer incidir a regra do art. 23, § 2º, *b*, do Projeto de Convenção da ONU, que impede a excludente da força maior “caso tenha o Estado assumido o risco da ocorrência da situação”. Por efeito dessa regra, quando o Estado aceita o risco da ocorrência da situação danosa, em razão de conduta anterior sua ou de ato unilateral seu, não poderá

67 United Nations, **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries**, 2008, p. 76-77.



beneficiar-se da *força maior* para o fim de excluir a ilicitude do ato⁶⁸. Se é certo que a regra em apreço vem expressa num *projeto* de convenção internacional, e que, portanto, não seria ainda capaz de gerar qualquer obrigação, não é menos certo que é decorrente de costume internacional já formado e reconhecido relativo à matéria.

Toda a questão estará em provar se a China efetivamente “assumiu o risco da ocorrência da situação” gerada pela epidemia (inicial) e pandemia (posterior) da Covid-19 em todo o mundo, bem assim se o fato apresentado era (realmente) imprevisível, não obstante a falta de diligência inicial responsável pela propagação do vírus em progressão geométrica no planeta. Países que têm histórico de surtos ou epidemias não teriam melhores condições de prever novos acontecimentos? Se é certo que a China não deu causa direta à epidemia, nascida de evento natural decorrente da interação entre humanos e animais, não é menos verdade que o atraso – injustificável – na divulgação das informações foi a causa (com *nexo*) de sua propagação mais veloz. Esse fato é importante quanto se leva em conta a possibilidade de responsabilização do Estado pela violação de normas internacionais *hard law*.

Outros exemplos bem conhecidos de pandemias mundiais, como a peste bubônica – que assolou a Europa no século XIV, matando entre 75 e 200 milhões de pessoas – e a varíola – transmitida de pessoa a pessoa (durante mais de 3 mil anos!) pelo vírus *Orthopoxvirus variolae*, erradicada no mundo apenas em 1980 –, tiveram seu nascedouro em lugar determinado, espalhando-se por todos os cantos da Terra. Recorde-se, também, da chamada Gripe Espanhola de 1918 (vírus influenza mortal) que dizimou mais de um quarto da população mundial à época, e da Gri-

68 United Nations, **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries**, 2008, p. 76-77.

pe Suína (H1N1) nascida a partir do vírus encontrado em porcos no México, em 2009⁶⁹. A partir desses exemplos, seria possível que os Estados, no momento atual, fossem mais diligentes com as suas regras sanitárias para o fim de impedir novas doenças no mundo? A falta de responsabilização anterior justifica deixar de responsabilizar novamente? Tais são outras indagações que necessitam de resposta da sociedade internacional, especialmente da OMS, gestora dos assuntos de saúde pública mundial.

Se se entender que é dificultoso mapear o *locus* originário do novo coronavírus (Covid-19) e sua teia de propagação⁷⁰, torna-se, por consequência, difícil – talvez, porém, não impossível – que se evite uma epidemia ou pandemia, não obstante o Estado ter a responsabilidade de sempre prevenir para que o respectivo *alcance* não seja largamente ampliado. Teríamos, assim, a situação em que o Estado seria internacionalmente responsável pela violação de norma internacional (conclusão 1, *supra*), com possibilidade de ser demandado perante a Corte Internacional de Justiça (conclusão 2, *supra*), mas com a exclusão da ilicitude em razão de *força maior*. Essa, portanto, é a nova conclusão parcial (conclusão 3) a que se chega nesta investigação. O tema, no entanto, ainda está em aberto e a depender de comprovações (futuras) *de facto* sobre a atitude do Estado desde a descoberta das primeiras infecções pelo vírus até a sua propagação, bem como da análise mais acurada sobre uma possível contenção imediata da doença, se todos os protocolos internacionais fossem obedecidos.

69 V. RODRIGUES, Letícia. Conheça as 5 maiores pandemias da história. **Revista Galileu**, 20 Março 2020. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/03/conheca-5-maiores-pandemias-da-historia.html>. Acesso em: 02 abr. 2020.

70 Cf. ANDERSEN, Kristian G.; RAMBAUT, Andrew; LIPKIN, W. Ian; HOLMES, Edward C.; GARRY, Robert F. The proximal origin of SARS-VoC-2. **Nature Medicine**, 17 March 2020. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41591-020-0820-9>. Acesso em: 02 abr. 2020.



6. RESPONSABILIDADE DA OMS POR FALTA DA IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES?

Não obstante ainda precoce para esta investigação preliminar, caberia, no entanto, também indagar sobre eventual responsabilidade da OMS pela falta de imposição de sanções à China no caso da Covid-19. Há inúmeras informações, sobretudo da imprensa internacional, que dão conta de certa leniência da OMS – tanto nesta como em outras situações de riscos internacionais à saúde – em cobrar dos governos medidas não só de contenção da crise, como também de reparação pelos prejuízos decursivos.

Há, evidentemente, muita especulação internacional sobre esse tema, mas tal não pode impedir que se analise a prática jurídica aceitável em situações tais e se pontue, à luz das normas do Direito Internacional Público, quais as eventuais responsabilidades. Neste momento, no entanto, cabe, repita-se, apenas indagar de eventual responsabilidade da Organização, à teor da falta de elementos mais concretos até agora presentes (em abril de 2020).

Destaque-se que em 28 de janeiro de 2020 a OMS emitiu um relatório reconhecendo ter declarado erroneamente o risco do vírus como “moderado” nos relatórios anteriores, de 23, 24 a 25 de janeiro do mesmo ano⁷¹. A informação vem expressa na primeira nota de rodapé do documento, com o seguinte teor:

Um erro na redação dos relatórios de situação datados de 23, 24 e 25 de janeiro foi corrigido em 26 de janeiro. Tais relatórios não refletiam

71 V. World Health Organization. Novel Coronavirus (2019-nCoV), **Situation Report – 8**, 28 January 2020. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/coronavirus/situation-reports/20200128-sitrep-8-ncov-cleared.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2020.

corretamente a avaliação de risco da OMS. A avaliação de risco utilizada para informar nossas ações, nossas recomendações aos países e para informar os membros do Comitê de Emergência verifica o risco da seguinte forma: muito alto na China, alto na região e alto em todo o mundo. (Os relatórios de situação nas datas acima relataram incorretamente como moderado no nível global. Eles foram corrigidos)⁷².

Como se nota, a OMS reconheceu que o alcance da Covid-19 é “muito alto na China, alto na região e alto em todo o mundo”. Do primeiro relatório (do dia 23 de janeiro) até o relatório de correção (do dia 28 do mesmo mês) se passaram cinco dias, tempo suficiente para que o vírus se prolifere mais rapidamente. Os Estados que têm informações sobre um vírus de gravidade “moderada”, seguramente não tomam as medidas que uma gravidade “alta” requer. Esse poderia ser, desde já, um indício de ato de organização internacional que estaria a merecer responsabilização. Contudo, poderá ficar provado que os relatórios iniciais da OMS pautaram-se em informações repassadas pelo governo chinês, sem o reflexo da verdade. Essa situação, até o presente momento, ainda é nebulosa e merecerá esclarecimento no futuro.

Por sua vez, no relatório de 16 a 24 de fevereiro de 2020, a OMS elogiou o governo chinês pelas medidas tomadas para a contenção da Covid-19, recomendando, no entanto, que (i) mantenha um nível adequado de protocolos de gerenciamento de emergências, dependendo do risco avaliado em cada área e em atenção ao risco geral de novos casos

72 No original, em inglês: “An error in the wording of the situation reports dated 23, 24 and 25 January was corrected on 26 January. Those reports did not correctly reflect the WHO risk assessment. The risk assessment used to inform our actions, our advice to countries, and to brief Emergency Committee members, evaluates the risk as follows: very high in China, high in the region and high globally. (The situation reports on the above dates incorrectly reported it as moderate at the global level. They have been corrected)”.



de Covid-19 a partir do reinício das atividades econômicas, (ii) monitore cuidadosamente o levantamento das atuais restrições às movimentações e reuniões públicas, (iii) fortaleça os mecanismos de gerenciamento de emergências, instituições de saúde pública, instalações médicas e mecanismos de contenção de novos casos, (iv) priorize pesquisas sobre gerenciamento de riscos, envolvendo centros de saúde e levantamentos por idade, além de investigação rigorosa da interface animal-humano, e (v) aprimore ainda mais o compartilhamento sistemático e em tempo real dos dados epidemiológicos, resultados clínicos e experiências⁷³.

Não se vê, contudo, no âmbito da OMS, referências à qualidade dos dados fornecidos pela China no início da pandemia e sobre a demora do governo chinês em disponibilizar as informações para a Organização, o que poderia representar certo tipo de *aceite* à omissão estatal, que, já se viu, restou plenamente comprovada (ainda que tal ilicitude possa, eventualmente, a depender de provas, ser excluída pela *força maior*).

Certo é que, nesse primeiro momento, haveria a dificuldade de se levar adiante uma pretensão de responsabilidade – direta ou indiretamente – da OMS por falta de imposição de sanções à China, se se seguir o raciocínio de Fidler: se é certo que a OMS não impõe como o *Regulamento Sanitário Internacional* deva ser interpretado, não é menos verdade que o próprio *Regulamento* confere à Organização autoridade nas suas tomadas de decisão, razão pela qual suas ações nesse contexto não podem ser ignoradas⁷⁴. Estariam, assim, os gestores da Organização imu-

73 World Health Organization. *Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (Covid-19)*, 16-24 February 2020. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2020.

74 Cf. FIDLER, David. Covid-19 and international law: must China compensate countries for the damage? *Just Security*, 27 March 2020, *cit.*

nizados pelo poder que lhes confere as normativas da OMS? Esse é outro questionamento que merecerá análise mais específica doravante.

Contudo, um argumento razoável em favor da China – que quebraria, *a priori*, o sequenciamento da responsabilidade – seria o seu papel frente à pandemia e a sua colaboração com vários países do mundo para a contenção do vírus. De fato, não se pode olvidar que a China, depois que a pandemia se espalhou pelo mundo, tomou atitudes de cooperação importantes para o fim de combater a maior disseminação do novo coronavírus. Daí ter sido elogiada pela OMS no relatório de fevereiro de 2020⁷⁵. Nesse sentido é que vários governadores têm solicitado apoio e ajuda à China, como fez, *v.g.*, o governo do Distrito Federal no Brasil, que, em março de 2020, solicitou orientações para evitar a proliferação da doença na capital federal e pleiteou a doação de suprimentos e equipamentos médicos. De acordo com o texto, o governador lembra da “tradicional amizade sino-brasileira” para conseguir ajuda da China, “tendo em vista a rápida evolução do número de casos registrados no território brasileiro”⁷⁶. Tais solicitações de auxílio são fruto das ações que a China vem desempenhando depois da propagação da Covid-19 no mundo.

Em um primeiro momento, portanto, entende-se faltar ainda elementos-chave para a pretensão de responsabilidade da OMS frente à crise do novo coronavírus no mundo, dado que fatores contribuem para a exclusão de sua responsabilidade *a priori*: os regulamentos sanitários internacionais preveem que a Organização deve ser notificada pelo Estado em casos de eventos novos em seu território, o que não aconteceu a

75 World Health Organization. *Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (Covid-19)*, 16-24 February 2020, *cit.*

76 Agência Brasília. GDF [Governo do Distrito Federal] pede ajuda à China para combater coronavírus. Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2020/03/20/gdf-pede-ajuda-a-china-para-combater-coronavirus/>. Acesso em: 06 abr. 2020.



tempo (e, nesse caso, não se poderia responsabilizar a OMS por ato de outrem); desde o momento em que a pandemia se alastrou, a Organização vem tomando medidas de contenção da doença, porém depende das atividades dos Estados para lograr êxito em suas recomendações, certo de que vários Estados – entre eles, repita-se, o Brasil – não colaboraram suficientemente com suas recomendações.

Não se nota – aqui se tem nova conclusão parcial (conclusão 4) – responsabilidade imputável à OMS, *a priori*, pela pandemia do novo coronavírus, à luz dos elementos de convicção que se têm até o presente momento.

7. A GLOBALIZAÇÃO DE JOELHOS E A LIÇÃO DE FERRAJOLI

Independentemente da discussão jurídica sobre a possibilidade de demandar internacionalmente a China – perante a jurisdição da Corte Internacional de Justiça (Haia) – pela pandemia do novo coronavírus, o momento pelo qual passa a humanidade merece reflexão, notadamente sobre o nosso futuro comum. O momento exige que sejam tomadas atitudes globais para o enfrentamento desses problemas também globais; exige que se pensem em soluções cooperativas em que todos os Estados possam contribuir para o futuro e à vista da não repetição de fenômenos como este que se está a vivenciar. A questão que se coloca, em outros termos, é: como o mundo pode cooperar para si próprio e para salvarguardar os interesses de toda a humanidade?

Sobre essa questão, Luigi Ferrajoli propõe dois ensinamentos que nos chamam a refletir sobre o nosso futuro⁷⁷. O primeiro diz respeito à nossa

⁷⁷ Por tudo, v. FERRAJOLI, Luigi. Il virus mette la globalizzazione con i piedi per terra. **Il Manifesto**, 17 Março 2020. Disponível em: <https://ilmanifesto.it/il-virus-mette-la-globalizzazione-con-i-piedi-per-terra>. Acesso em: 02 abr. 2020.

fragilidade e à nossa total interdependência, certo de que, apesar dos avanços tecnológicos e armamentistas, estamos todos – enquanto seres humanos – expostos às catástrofes, algumas provocadas por irresponsabilidade e outras, como a epidemia da Covid-19, providas de calamidades naturais. Tais tragédias globais atingem toda a humanidade sem distinção de nacionalidade, de cultura, de língua, de religião ou de condições econômicas ou políticas, razão pelo que – segundo Ferrajoli – urge realizar um constitucionalismo planetário: aquele proposto e promovido pela escola “Constituinte Terra”, por ele inaugurada em Roma em 21 de fevereiro de 2020.

O seu segundo ensinamento diz respeito à necessidade de que, diante de emergências dessa natureza, se adotem medidas eficazes e, sobretudo, homogêneas em todo o mundo, evitando-se que uma variedade de providências seja capaz de acelerar o contágio e multiplicar os danos a todos os seres humanos. Essa gestão comum às crises – que evitaria medidas díspares, como, *v.g.*, a adotada pelos Estados Unidos e Inglaterra [e acrescentaríamos, o Brasil], no afã de salvar a sua economia – seria imposta pela via dos tratados internacionais.

Ademais, a epidemia da Covid-19 confirma a necessidade de dar vida ao que Ferrajoli nomina “Constituição do Planeta Terra”, com previsão de garantias e instituições à altura dos desafios globais e da proteção da vida de todos. Apesar da existência da Organização Mundial de Saúde, certo é que essa organização não tem – continua Ferrajoli – os meios e os aparatos necessários para sequer levar aos países pobres os 460 remédios que salvam vidas e que, há 40 anos, ela estabeleceu que deveriam ser acessíveis a todos, e cuja falta provoca 8 milhões de mortes ao ano.

Para Ferrajoli, para esse salto civilizacional – a realização de um constitucionalismo global e de uma esfera pública planetária – já existem atualmente todos os pressupostos: não apenas os institucionais, mas



também os sociais e os culturais. Entre os efeitos dessa epidemia, diz ele, há uma reavaliação da esfera pública no senso comum, uma reafirmação do primado do Estado em relação às Regiões em termos de saúde e, sobretudo, o desenvolvimento – após anos de ódio, de racismo e de sectarismos – de um senso extraordinário e inesperado de solidariedade entre as pessoas e entre os povos, que está se manifestando nas ajudas provenientes da China, nas canções comuns e nas manifestações de afeto e gratidão nas sacadas das casas em relação aos médicos e aos enfermeiros, em suma, na percepção de que somos um único povo da Terra, reunido pela condição comum em que todos vivemos.

Por fim, Ferrajoli conclui que, talvez, a partir dessa tragédia, possa nascer finalmente uma consciência geral voltada ao nosso destino comum, que requer, por isso, um sistema comum de garantia dos nossos direitos e das nossa convivência pacífica e solidária.

As reflexões do mestre italiano são importantes e construtivas, em especial dada a constatação de que o mundo não conhece fronteiras que impeçam epidemias ou pandemias se alastrarem pelo planeta. Todas as medidas bélicas e logísticas que os Estados têm para proteger suas fronteiras são absolutamente insuficientes para bloquear uma pandemia global, como demonstrado pela pandemia da Covid-19. Urge, portanto, que as Nações se unam e criem mecanismos internacionais de efetivação de medidas sanitárias homogêneos em casos tais, para que os milhares – ou até milhões, como é o caso do HIV – de infecções sejam evitados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim e ao cabo desta exposição teórica, chegou-se a quatro principais conclusões sobre o objeto de investigação que aqui se pretendeu levar a cabo, quais sejam:

[Ir para o índice](#)

A República Popular da China violou o dever de informar previsto no *Regulamento Sanitário Internacional* de 2005 (arts. 6º e 7º) e, por consequência, a própria Constituição da OMS, que atribui autoridade à Assembleia da Saúde para, *inter alia*, adotar regulamentos relativos a medidas sanitárias e de quarentena e outros procedimentos destinados a evitar a propagação internacional de doenças. De fato, está amplamente noticiado por toda a imprensa mundial que a China demorou muito mais tempo do que o previsto – pelo *Regulamento* – para compartilhar suas informações internas em nível internacional, não tendo fornecido “todas as informações de saúde pública relevantes à OMS”. Essa falha governamental no envio oportuno de informações configura violação de tratado internacional de que a China é parte e, portanto, enseja a sua responsabilidade internacional, caso provocada por qualquer outro Estado-membro da OMS que tenha aceitado as mesmas regras.

A violação das disposições citadas abre a possibilidade de se invocar a jurisdição da Corte Internacional de Justiça (CIJ) como meio de reparar os danos – humanos e econômicos – decorrentes da pandemia da Covid-19, à luz do art. 75 da Constituição da OMS, que prevê que “qualquer questão ou divergência referente à interpretação ou aplicação desta Constituição que não for resolvida por negociações ou pela Assembleia da Saúde será submetida à Corte Internacional de Justiça, em conformidade com o Estatuto da Corte, a menos que as partes interessadas concordem num outro modo de solução”. A Corte já reconheceu a validade do art. 75 da Constituição da OMS e poderá, a seguir suas decisões anteriores, exigir tão somente que negociações preliminares sejam empreendidas para poderem os Estados demandar a China perante essa instância judiciária internacional. No entanto, toda a questão está em saber – notadamente em razão de complicadores políticos e diplomáticos – se um Estado



realmente estará determinado em demandar a China perante a CIJ, propondo, antes, as “negociações” ou provocando a Assembleia da Saúde.

Caso seja demandada internacionalmente, a China poderá pretender excluir a sua responsabilidade sob a alegação de *força maior*, conforme previsão do art. 23, § 1º, do Projeto de Convenção da ONU sobre responsabilidade internacional dos Estados por atos ilícitos. Contudo, não é menos certo que a falta de diligência da China com o trato das informações sobre a epidemia (não repassadas a tempo à OMS) poderia fazer incidir a regra do art. 23, § 2º, *b*, do Projeto de Convenção da ONU, que impede a excludente da força maior “caso tenha o Estado assumido o risco da ocorrência da situação”. Para que a excludente não seja aceita, deverá o Estado demandante comprovar que a China assumiu o risco da ocorrência da pandemia da Covid-19 no mundo, ao não informar, no prazo de 24 horas previsto pelo *Regulamento Sanitário Internacional*, a OMS do evento gravoso ocorrido em seu território. Haveria, no entanto, como já relatado, dificuldade de vincular as obrigações previstas no *Regulamento* à Constituição da OMS, que é o instrumento que abre as portas à jurisdição da CIJ.

Não há elementos suficientes – até o presente momento (abril de 2020) – para pleitear a responsabilidade internacional da OMS pela falta de sanções impostas à China no atraso do envio de informações, especialmente porque (essa também é uma conclusão *parcial*) a Organização vem tomando medidas de contenção da doença e depende das atividades dos Estados para lograr êxito em suas recomendações, certo de que vários Estados têm colaborado suficientemente com suas recomendações.

[Ir para o índice](#)

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence. **Recueil des Cours**, vol. 96 (1959-I), p. 349-441.

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional público**, vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: MRE, 1956.

AMIGHINI, Alessia. Dov'è la responsabilità della Cina. **Lavoce**, 07 Aprile 2020. Disponível em: <https://www.lavoce.info/archives/65201/dove-la-responsabilita-della-cina>. Acesso em: 08 abr. 2020.

BAGARES, Romel Regalado. China, international law, and Covid-19. **Inquirer**, 22 March 2020. Disponível em: <https://opinion.inquirer.net/128226/china-international-law-and-covid-19>. Acesso em: 08 abr.2020.

BAPTISTA, Eduardo Correia. **O poder público bélico em direito internacional**: o uso da força pelas Nações Unidas em especial. Coimbra: Almedina, 2003.

BARRAS, Colin. Como cientistas conseguiram mapear cidade onde a Aids “nasceu”. **BBC News**, 01 Dezembro 2015. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151126_vert_earth_hiv_origem_virus_rw. Acesso em: 02 abr. 2020.

BRIGGS, Helen. Coronavírus: a corrida para encontrar animal que foi origem do surto. **BBC News**, 26 Fevereiro 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51641776>. Acesso em: 02 abr. 2020.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Trad. Maria Manuela Farrajota *et al.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.



BUCKLEY, Chris; MYERS, Steven Lee. China retardou ações que poderiam conter vírus para fugir de embaraços políticos. **Folha de S. Paulo**, 04 Fevereiro 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/02/china-retardou-acoes-que-poderiam-conter-coronavirus-para-fugir-a-embaracos-politicos.shtml>. Acesso em: 04 abr. 2020.

BUCKLEY, Chris; MYERS, Steven Lee. Como a omissão do governo chinês pode ter contribuído para a disseminação do cononavírus. **O Globo**, 02 Fevereiro 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/como-omissao-do-governo-chines-pode-ter-contribuido-para-disseminacao-do-coronavirus-24225574>. Acesso em: 04 abr.2020.

CARREAU, Dominique. **Droit international**. 8. ed. Paris: A. Pedone, 2004.

CRAWFORD, James. **Brownlie's principles of public international law**. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

CRAWFORD, James. **The International Law Commission's articles on State responsibility**: introduction, text and commentaries. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Il virus mette la globalizzazione con i piedi per terra. // **Manifesto**, 17 Março 2020. Disponível em: <https://ilmanifesto.it/il-virus-mette-la-globalizzazione-con-i-piedi-per-terra>. Acesso em: 02 abr.2020.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito internacional público**: uma perspectiva de língua portuguesa. 5. ed. atual. Coimbra: Almedina, 2017.

FILDER, David. Covid-19 and international law: must China compensate countries for the damage? **Just Security**, 27 March 2020. Disponível

Ir para o índice

em: <https://www.justsecurity.org/69394/covid-19-and-international-law-must-china-compensate-countries-for-the-damage-international-health-regulations>. Acesso em: 06 abr. 2020.

HIGGINS, Rosalyn. **Problems & process**: international law and how we use it. Oxford: Oxford University Press, 1994.

LAUTERPACHT, Hersch. **The development of international law by the International Court**. London: Stevens & Sons, 1958.

LIY, Macarena Vidal. China confirma a morte do médico que alertou sobre o coronavírus após horas de confusão. **El País**, 06 Fevereiro 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/sociedade/2020-02-06/china-confirma-a-morte-do-medico-que-alertou-sobre-o-coronavirus-apos-horas-de-confusao.html>. Acesso em: 04 abr. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. As determinações da OMS são vinculantes ao Brasil?. **Conselho Federal da OAB, Notícias**, 28 Março 2020. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/58018>. Acesso em: 02 abr.2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos tratados**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SHAW, Malcolm N. **Direito internacional**. Trad. Marcelo Brandão Cippolla *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 2010.

TZENG, Peter. Taking China to the International Court of Justice over Covid-19. **EJIL: Talk!**, 2 April 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/taking-china-to-the-international-court-of-justice-over-covid-19>. Acesso em: 04 abr. 2020.



UNITED NATIONS. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries**, 2008.

VON BOGDANDY, Armin; VILLAREAL, Pedro A. International law on pandemic response: a first stocktaking in light of the coronavirus crisis. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law**. Research Paper n° 2020-07 (March 26, 2020).

[Ir para o índice](#)

