



NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

Solicita-se permuta
Pídese canje
On demande l'exchange
Si richiede la scambio
We ask for exchange
Wir bitten um Austausch.



NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Fortaleza

2021

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC
Volume 41.2 — Jul./Dez. 2021

Editora Chefe

Denise Lucena Cavalcante

Editora Sub-chefe

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Conselho Editorial

Ana Maria D'Ávila Lopes

Antônio José Avelãs Nunes

Carmen Lopez-Rendo Rodriguez

Denise Lucena Cavalcante

Elizabeth Salmón

Eros Grau

Eric Canal-Forgues

Federico Di Bernardi

Fernando Araújo

Fernando Facury Scaff

Francisco Queiroz Cavalcanti

Frédérique Coulée

Giovanni Luchetti

Giovanni Moschetti

Hugo de Brito Machado

Jefrey Owens

João Luís Nogueira Matias

Jorge Miranda

José Luís Caballero

Juarez Freitas

Júlia Motte-Baumvol

Luís M. Alonso Gonzáles

Paulo Bonavides

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Willis Santiago Guerra Filho

Wolf Paul

Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

V. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n. semestral. Órgão oficial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

ISSN — 1807-3840

1 — Direito-periódico.

1 — Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.



SOBRE OS AUTORES

Carla Ribeiro Volpini Silva

Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Internacional e Comunitário Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, especialização em Direito Processual pelo IEC/PUCMINAS, e graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora Associada II do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Celso Antonio Fiorillo

Advogado militante no âmbito do direito empresarial ambiental é o primeiro professor Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais. Professor da Escola da Magistratura Federal da 1ª Região. Diretor Acadêmico do Congresso de Derecho Ambiental Contemporáneo España/Brasil-Universidade de Salamanca(ESPANHA) e Membro del Grupo de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca-Grupo de Investigación Reconocido IUDICIUM(ESPANHA). Chanceler da Academia de Direitos Humanos é professor convidado visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar(PORTUGAL). Professor Permanente e Pesquisador dos Programas de Doutorado/Mestrado em Direito Empresarial da UNINOVE e do Curso de Especialização em Direito do Agronegócio da Universidade Federal do Mato Grosso(BRASIL). Líder e pesquisador dos Grupos de Pesquisa do CNPq Tutela Jurídica das Empresas em face do Direito Ambiental Constitucional(Linha de Pesquisa Sustentabilidade dos bens ambientais em face da ordem econômica constitucional) e Regulação e Empresa Transnacional(linha de Pesquisa Direito Empresarial Ambiental Transnacional e Desenvolvimento Sustentável)-UNINOVE. Pesquisador convidado dos Grupos de Pesquisa do CNPq em Direito da Cidade - UERJ, Sustentabilidade e Direitos - UFPB.

Fernanda Menezes dos Santos

Mestranda em Direito Internacional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas) ; Bacharel em Relações Internacionais pela PUC-Minas ; Especialista em Direito Internacional e Direitos Humanos pela PUC-Minas . Advogada.

Leandro Cabral e Silva

Graduado em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, e graduado em Ciências Contábeis, pelo Centro Universitário FECAP (2009); Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP ; Mestre em Direito (Linha Tributário), pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, em 2020. Sócio do escritório de advocacia Velloza Advogados. Advogado.

Luiz Alberto Gurgel de Faria

Mestre e doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Tributário na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), atualmente em colaboração técnica com a Universidade de Brasília (UnB). Professor Titular do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Foi Professor Visitante dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPE.



SOBRE OS AUTORES – DOCTRINA ESTRANGEIRA

Lucas Carlos Lima

Professor Adjunto de Direito Internacional na Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Chercheur Invité da Université Paris I - Panthéon Sorbonne. Doutor em Direito Internacional pela Universidade de Macerata (Itália), com períodos de pesquisas doutorais como Visiting Fellow na University of Cambridge (UK) e Scientific Guest no Max Planck Institute for International Procedural Law (Luxemburgo). Visiting Researcher no iCourts - Centre of Excellence for International Courts (University of Copenhagen). Mestre pelo Programa de Pós Graduação em Direito da UFSC (CAPES 6) na área de Direito e Relações Internacionais.

Nathalia Lima Barreto

Doutora em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Aperfeiçoamento em Direito Ambiental Internacional pela United Nations Institute for Training and Research. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Integra o corpo de pareceristas ad hoc da Revista de Direito da Cidade da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Vice Presidente da Comissão de Direito à Cidade da OAB/PR.



SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

NATUREZA PROPOSITIVA DA PRETENSÃO PUNITIVA NO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO <i>Leandro Cabral e Silva, Luiz Alberto Gurgel de Faria</i>	13
ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS: H.F. AND OTHERS V. FRANCE PERANTE O COMITÊ DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS DA ONU E PERANTE A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS <i>Carla Ribeiro Volpini Silva, Fernanda Menezes dos Santos</i>	41
O BALIZAMENTO NORMATIVO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS EM FACE DOS FERTILIZANTES MINERAIS NO ÂMBITO DO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO <i>Celso Antonio Fiorillo</i>	61

DOCTRINA ESTRANGEIRA

THE CREATION OF THE PERMANENT COURT OF ARBITRATION: DOCTRINAL DEBATES ABOUT ITS ORIGINS <i>Lucas Carlos Lima</i>	85
INSTRUMENTS FOR IMPLEMENTING SOCIO-ENVIRONMENTAL RIGHTS IN THE MANAGEMENT OF BRAZILIAN COASTAL PARKS <i>Nathalia Lima Barreto</i>	95



DOUTRINA NACIONAL



NATUREZA PROPOSITIVA DA PRETENSÃO PUNITIVA NO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

*Leandro Cabral e Silva¹,
Luiz Alberto Gurgel de Faria²*

RESUMO

O presente trabalho analisa o caráter da pretensão punitiva prevista no art. 142, *caput, in fine*, do CTN, perquirindo se impositivo ou propositivo. Ou seja, se a penalidade cabível por responsabilidade decorrente de infração à legislação tributária é aplicada pela autoridade lançadora já no auto de infração, a partir do que o contribuinte busca desconstituí-la, ou se a sua aplicação é proposta à autoridade julgadora, cabendo ao contribuinte discutir a sua imposição, de forma preventiva à constituição definitiva, no bojo do processo administrativo tributário, mediante contraditório e ampla defesa. O estudo se dedica ao exame da atuação da administração tributária federal. O exercício da pretensão punitiva por parte do referido Fisco, através do lançamento de ofício de tributos, baseia-se, essencialmente, no art. 44 da Lei n. 9.430/1996. A pesquisa inicia no Brasil de 1953, quando nasceu o Anteprojeto do Código Tributário Nacional da pena de Rubens Gomes de Sousa; perpassa os projetos do código que viriam em 1954 e 1966, e crava o olhar no texto vertido em lei, em 1966, defendendo a natureza propositiva da pretensão punitiva.

PALAVRAS-CHAVE: Lançamento tributário. Penalidade. Natureza propositiva. Auto de infração.

PROPOSITIONAL CHARACTER OF THE PUNITIVE CLAIM ON THE TAX ASSESSMENT

ABSTRACT

This essay analyzes the character of the punitive claim provided for in article 142, *caput, in fine*, of Brazilian Tax Code, investigating whether propositional or imposing. In other words, if the applicable penalty for liability arising from a breach of tax legislation is applied by the tax authorities in the tax assessment notice, from which the taxpayer seeks to dismiss it, or if its application is proposed to the judging authorities, so the taxpayer seeks to discuss its imposition in a preventive way to the definitive constitution, within the administrative tax process, guaranteeing the right to a prior hearing and contradiction granted by the principle of the right to due process of law. This article focuses the federal tax authorities' behavior. The practice of the punitive claim by the federal tax authorities is based, especially, in article 44 of Federal Law

¹Graduado em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, e graduado em Ciências Contábeis, pelo Centro Universitário FECAP (2009); Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP; Mestre em Direito (Linha Tributário), pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, em 2020. Sócio do escritório de advocacia Velloza Advogados. Advogado.

²Mestre e doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Tributário na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), atualmente em colaboração técnica com a Universidade de Brasília (UnB). Professor Titular do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Foi Professor Visitante dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UFPE.

No. 9,430/1996, which defines the applicable fines when assessing taxes. The research begins in Brazil in 1953, embracing the preliminary draft of the Brazilian Tax Code prepared by Rubens Gomes de Sousa, the bills dated 1954 and 1966, and the text passed in 1966, as well as looks at the doctrine and relevant jurisprudence which analyze the different consequences arising from the interpretation of the article 142, *caput, in fine*, of Brazilian Tax Code. It concludes favorably to the propositional character of the punitive claim.

KEYWORDS: Tax assessment notice. Punitive fine. Propositional character.

INTRODUÇÃO

O Código Tributário Nacional (CTN), de 1966, é uma das mais antigas sistematizações em vigor no Brasil e a codificação com menor número de dispositivos alterados em função do período de vigência, além de não ter sofrido declaração de inconstitucionalidade de qualquer de seus dispositivos, o que evidencia o acerto e a aderência de suas **normas gerais** tal como concebidas.

Dentre os seus importantes e bem elaborados dispositivos, nos propomos a analisar com maior acurácia a redação do art. 142, que define o **lançamento**, com uma lente aumentada sobre a sua cláusula final, que trata da forma de exteriorização da pretensão punitiva pela autoridade tributária, isto é, o lançamento de penalidade.

No tocante à penalidade, o CTN prescreve que o lançamento é **procedimento** administrativo tendente a, sendo caso, **propor a aplicação** da penalidade cabível, do que se infere não encerrar ato isolado e autônomo, mas uma sucessão de atos em que a aplicação de penalidade resultaria da conclusão desse plexo de atos no bojo do processo administrativo tributário, notadamente mediante a apreciação dos fatos e do direito apresentados pelo sujeito passivo às autoridades lançadora e julgadora, no pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

A interpretação literal do art. 142 do CTN não permite compreender o objetivo do legislador ao utilizar a expressão **propor a penalidade cabível**, gerando dúvida sobre o limite da competência da autoridade lançadora no exercício da pretensão punitiva, principalmente considerando as características de vinculação e obrigatoriedade da atividade de lançamento, sob pena de responsabilidade funcional, conforme previsto no parágrafo único do art. 142 do CTN.

Enfoca-se o exercício da pretensão punitiva no plano federal, com base no art. 44 da Lei n. 9.430/1996, que, atualmente, define as multas cabíveis no lançamento de ofício de tributos.

O marco legal deste trabalho é o próprio CTN, cuja compreensão demanda uma incursão no histórico do seu processo legislativo, a partir do Anteprojeto do Código Tributário Nacional elaborado por Rubens Gomes de Sousa, tema do primeiro capítulo, e investiga-se o sentido específico da pretensão punitiva encetada no CTN e qual(is) seria(m) a(s) sua(s) consequência(s) na interpretação da legislação ordinária que define penalidades, o que é objeto do tópico final.

1. RAÍZES DA PRETENSÃO PUNITIVA NO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

A compreensão do art. 142 do Código Tributário Nacional demanda um olhar atento sobre o seu processo legislativo, iniciado em 1953 e concluído mais de dez anos após, em 1966, ainda sob a batuta de Rubens Gomes de Sousa.

1.1 Anteprojeto do CTN

Em agosto de 1953, no bojo do governo Getúlio Vargas, por iniciativa do então Ministro da Fazenda,³ Osvaldo Aranha, foi designada uma Comissão Especial⁴ para projetar a sistematização das normas gerais de direito tributário – um código tributário nacional – baseado no Anteprojeto elaborado por Rubens Gomes de Sousa,⁵ mediante ampla divulgação e colaboração da sociedade durante 90 dias, tudo de acordo com a Portaria do Ministério da Fazenda n. 784, de 19 de agosto de 1953.⁶

A minuta do Anteprojeto do CTN foi publicada no Diário Oficial de 25 de agosto de 1953⁷ e a Comissão Especial iniciou seus trabalhos, mediante uma série de reuniões e a análise de cada um dos dispositivos propostos por Gomes de Sousa, bem como considerando as 1.152 sugestões recebidas da sociedade, entre setembro de 1953 e maio de 1954.

O Anteprojeto tratava do lançamento em seu art. 168, cuja redação limitava-se à pretensão arrecadatória do Estado, definindo o conceito e a finalidade do ato de constituição do crédito tributário, nos seguintes termos:

Art. 168. Lançamento é a atividade destinada a constituir o crédito tributário mediante a verificação da ocorrência e das circunstâncias materiais do fato gerador da obrigação tributária principal, a avaliação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido e a expedição do título formal de dívida.

As penalidades, por sua vez, eram tratadas em Título próprio, estendendo-se por 31 artigos, uma liturgia própria e complexa – entre os arts. 270 e 301 –, iniciada por sua aplicação pela autoridade fiscal, seguida da sua graduação pela autoridade julgadora,

³ Uma das razões ao projeto seria a influência das propostas de modernização da economia apresentadas pela Comissão Mista Brasil-EUA (CASTRO, J. A.; SANTOS, C. H.; RIBEIRO, J. A. C. *Tributação e equidade no Brasil*: um registro da reflexão do Ipea no Biênio 2008-2009. Brasília: Ipea, 2010. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3273>. Acesso em: 26 nov. 2020.) Aproveitando dos trabalhos de missões anteriores, com destaque à Missão Abbink (1948) – Comissão Brasileiro-Americana de estudos Econômicos – que enfocou os problemas financeiros do Brasil e recomendou melhorias à arrecadação tributária, foi instalada no âmbito e no próprio prédio do Ministério da Fazenda, em 19 de julho de 1951, com o objetivo de elaborar projetos ao desenvolvimento do potencial econômico brasileiro, cujos trabalhos se completaram em 31 de julho de 1953 e foram encerrados, oficialmente, em 31 de dezembro de 1953, com relatório final apresentado ao então Ministro da Fazenda, Eugênio Gudin, em novembro de 1954, conforme informações disponíveis em: <https://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/comissao-mista-brasil-estados-unidos>. Acesso em: 26 nov. 2020.

⁴ Presidida pelo Ministro e composta por Rubens Gomes de Sousa e pelos técnicos do Ministério Afonso Almiro Ribeiro da Costa, Pedro Teixeira Soares Júnior, Gerson Augusto da Silva e Romeu Gibson.

⁵ LUQUI, Juan Carlo. O projeto de Código tributário nacional do Brasil. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 44, p. 540-547, 1956.

⁶ Publicada no Diário Oficial de 20 de agosto e 1953, p. 14.362.

⁷ p. 14.567 e seguintes.

baseada em circunstâncias agravantes e atenuantes previstas em seus arts. 276 e 281, respectivamente.⁸

O mandamento da graduação se destinava ao julgador administrativo e continha instrumental próprio e suficiente à sua graduação, mediante circunstâncias agravantes e atenuantes, nos termos dos arts. 294 a 297.⁹

No Anteprojeto, Gomes de Sousa pretendeu trazer à legislação tributária uma cartilha completa e própria ao regramento de infrações e sanções tributárias, estabelecendo a sua graduação de acordo com circunstâncias selecionadas propositalmente a caracterizar atenuação ou agravamento da penalidade, a cargo da autoridade julgadora.

Para colaborar na discussão, o então Instituto Brasileiro de Direito Financeiro (IBDF) constituiu uma Comissão formada por seletos juristas,¹⁰ que produziu Parecer¹¹ opinando sobre os arts. 1º a 446 do Anteprojeto.

⁸ “Art. 276. Constituem circunstâncias agravantes, para os efeitos referidos no art. 295, além de outros que sejam expressamente previstos em lei tributária: I. A circunstância da infração depender ou resultar de infração de outra lei, tributária ou não, ou de contrato social ou estatuto de pessoa jurídica de direito privado, ou ainda de excesso ou violação de mandato, função, cargo ou emprego; II. A reincidência; III. A sonegação; IV. A fraude; V. O conluio”. “Art. 281. Constituem circunstâncias atenuantes, para os efeitos previstos no art. 295, sem prejuízo de outros que sejam expressamente previstos em lei tributária, ou dela decorram, observado o disposto na alínea I do art. 273: I. As circunstâncias que reduzem a imputabilidade, nos termos do disposto no art. 287; II. O pagamento do tributo ou o depósito da importância respectiva, nos termos do disposto na alínea I do art. 289, após o início da ação fiscal, mas antes de qualquer decisão condenatória. Parágrafo único. A enumeração constante deste artigo não é taxativa, podendo a autoridade julgadora, a seu critério, considerar outras circunstâncias que resultem do processo, ainda que não expressamente previstas em lei como atenuantes”. (SOUSA, Rubens Gomes de. Anteprojeto de autoria do Prof. Rubens Gomes de Sousa, que serviu de base aos trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional. In: BRASIL. Ministério da Fazenda. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: IBGE, p. 263-406, 1954. p. 336-338. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517>. Acesso em: 9 nov. 2020.)

⁹ “Art. 294. Salvo para as infrações de dispositivos da legislação tributária referentes a obrigações tributárias acessórias, a lei tributária fixará o mínimo e o máximo da multa aplicável, designando-os expressamente pela indicação de quantias certas de dinheiro, ou de porcentagens a serem calculadas sobre o tributo devido.

Art. 295. A graduação da multa pela autoridade julgadora obedecerá aos seguintes critérios, observado ainda o disposto nos arts. 296 e 297:

- I. Ocorrendo apenas circunstâncias atenuantes, a multa será aplicada no mínimo;
- II. Ocorrendo apenas circunstâncias agravantes, a multa será aplicada no máximo;
- III. Na ausência de circunstâncias tanto atenuantes como agravantes, a multa será aplicada na média do mínimo com o máximo;
- IV. Concorrendo circunstâncias atenuantes e agravantes, a multa será fixada em quantia intermediária entre o mínimo e a média do mínimo com o máximo, se preponderarem as atenuantes; ou em quantia intermediária entre o máximo e a média do mínimo com o máximo, se preponderarem as agravantes; prevalecendo, para a conceituação da preponderância, a natureza das circunstâncias, quer atenuantes quer agravantes, sobre o seu número;
- V. Nos casos de reincidência específica, concorrendo qualquer das demais circunstâncias agravantes previstas no art. 276, a multa poderá ser elevada até o dobro do máximo.

Art. 296. Quando seja aplicada, cumulativamente com a multa, uma ou mais de uma das outras penalidades previstas no art. 292, a multa será reduzida:

- I. De um terço, se fôr cumulada com mais uma penalidade;
- II. De metade, se fôr cumulada com mais duas penalidades;
- III. De dois terços, se fôr cumulada com mais de duas penalidades.

Art. 297. Nos casos de infração continuada, aplicam-se cumulativamente as penalidades cominadas a cada uma das ações ou omissões que concorram para a sua consumação, desde que constituam isoladamente infrações”. (SOUSA, Rubens Gomes de. Anteprojeto de autoria do Prof. Rubens Gomes de Sousa, que serviu de base aos trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional. In: BRASIL. Ministério da Fazenda. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: IBGE, p. 263-406, 1954. p. 341-342. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517>. Acesso em: 8 nov. 2020.)

¹⁰ Drs. Tito Rezende (Presidente), Carlos da Rocha Guimarães, Eduardo Lopes Rodrigues, Jayme Péricles e Gilberto de Ulhôa Canto.

¹¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO FINANCEIRO (IBDF). *Codificação do direito tributário*. Rio de Janeiro: IBDF, 1955.

A Comissão do IBDF sugeriu a exclusão do regramento de infrações e penalidades, por considerá-lo pertinente ao Direito Penal Tributário e não a um *Codex* fiscal – ou Direito Tributário Penal. Assevera tratar-se de infrações formais, sendo prescindível o elemento doloso à sua configuração, pelo que não haveria **vantagens práticas apreciáveis** em se valorar a intenção do acusado no cometimento da infração.

Também, criticou a gradação de penalidades prevista no Anteprojeto – de forma ampla e dedicada – por considerar que poderia ser estabelecida (gradação) naturalmente, mediante multas proporcionais aos tributos fraudados ou sonegados, o que corresponderia a uma **gradação natural**. Nas palavras da Comissão do IBDF:¹² “As leis fiscais tendem, cada vez mais, a estabelecer multas proporcionais aos tributos fraudados ou sonegados, estabelecendo-se assim uma gradação natural”.

O entendimento encimado assume especial relevância, pois sinaliza, de certa forma, uma visão pelo caráter vinculado e mesmo automático da penalidade tida por cabível em caso de lançamento de ofício de tributo tido por inadimplido, cuja gradação seria de ordem diretamente proporcional ao valor do tributo – adjetivando-se de **multa proporcional**, de acordo com o Parecer.

Tal interpretação – frise-se – a um só lance, entre outros argumentos, justificou não só a eliminação da gradação da penalidade, mas também a competência da Autoridade Administrativa julgadora para fazê-lo, tal como previsto no Anteprojeto, cedendo espaço para uma gradação aplicada *ex lege*, por meio de previsão de multa como um percentual do tributo, indiferente ao casuísmo e passível de aplicação automatizada por parte da autoridade lançadora.

1.2 Projeto do CTN de 1954

O texto final do Anteprojeto, então vertido em Projeto, em 1954, não contemplou nenhuma das hipóteses de gradação antes previstas, tampouco a atribuição de competência à autoridade julgadora para fazê-lo, mas a sua marca ficou registrada na legislação tributária, especialmente naquela originada à época das discussões que antecederam o Código, mediante influência direta da metodologia de dosimetria da penalidade fiscal.¹³

¹² INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO FINANCEIRO (IBDF). *Codificação do direito tributário*. Rio de Janeiro: IBDF, 1955. p. 137.

¹³ Ilustra essa afirmação a Lei n. 4.502/1964, que antecedeu em, praticamente, 2 anos o advento do Código Tributário Nacional, prevendo critérios de graduação da penalidade fiscal relativamente ao antigo imposto de consumo e, mais, atribuiu à autoridade julgadora a aplicação da penalidade considerando circunstâncias agravantes e atenuantes, a teor dos arts. 67 e 68:

“Art. 67. Compete à autoridade julgadora, atendendo aos antecedentes do infrator, aos motivos determinantes da infração e à gravidade de suas consequências efetivas ou potenciais;

I – determinar a pena ou as penas aplicáveis ao infrator;

II – fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável”.

“Art. 68. A autoridade fixará a pena de multa partindo da pena básica estabelecida para a infração, como se atenuantes houvesse, só a majorando em razão das circunstâncias agravantes ou qualificativas provadas no processo.

§ 1º São circunstâncias agravantes:

I – a reincidência;

II – o fato de o imposto, não lançado ou lançado a menos, referir-se a produto cuja tributação e classificação fiscal já tenham sido objeto de decisão passada em julgado, proferida em consulta formulada pelo infrator;

III – a inobservância de instruções dos agentes fiscalizadores sobre a obrigação violada, anotada nos livros e documentos fiscais do sujeito passivo;

IV – qualquer circunstância que demonstre a existência de artifício doloso na prática da infração, ou que importe em agravar as suas consequências ou em retardar o seu conhecimento pela autoridade fazendária.

§ 2º São circunstâncias qualificativas a sonegação, a fraude e o conluio”.

O resultado dos trabalhos da Comissão Especial de 1953, com a colaboração da Comissão do IBDF, sobre o Anteprojeto, implicou relevante alteração no tratamento da pretensão punitiva do Estado no plano tributário, mormente ao retirarem do texto todas as regras voltadas à aplicação e determinação da sanção¹⁴ tributária.

Tal fato, por certo, influenciou a redação final do art. 168, renumerado para art. 105 no Projeto do CTN de 1954.¹⁵

Art. 105. Lançamento é o ato privativo da autoridade administrativa, destinado a constituir o crédito tributário mediante a verificação da ocorrência da obrigação tributária correspondente, a determinação de matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido, a identificação do contribuinte e **sendo caso, a aplicação da penalidade cabível.** (grifo nosso)

Nossa atenção volta-se à parte final do dispositivo, por inaugurar a previsão do tratamento da penalidade pelo lançamento, ora no sentido de, sendo caso, aplicar a penalidade cabível.

Assim nasceu a pretensão punitiva no bojo do lançamento tributário no contexto histórico do processo legislativo do CTN – ainda como Projeto, atribuindo à autoridade lançadora a tarefa de aplicar multa quando for o caso, indicando não haver espaço para sua gradação pela mesma autoridade, tampouco dúvida acerca da competência para impor a penalidade, de acordo com a sua redação.

A Comissão Especial apresentou a versão final do Anteprojeto ao então Ministro da Fazenda, Oswaldo Aranha, e este o encaminhou à Presidência da República, em julho de 1954. Em sua Exposição de Motivos,¹⁶ o Ministro enfatizou a importância da codificação tributária ao país, mormente por sua estrutura federalista, em prol da autonomia financeira dos entes *pari passu* à sua autonomia política, bem como a concepção de um meio termo entre um código unitário e a multiplicidade de códigos locais. E destacou como razão máxima à iniciativa o advento do art. 5º, XV, “b”, da Constituição de 1946, que atribuiu competência à União para legislar sobre normas gerais e direito financeiro.

¹⁴ Hugo de Brito Machado leciona que sanção é gênero e pena é espécie, sendo que aquela pode ser executória, indenizatória ou punitiva. No âmbito tributário, a sanção se afiguraria punitiva – também chamada penalidade ou pena – dado objetivar a repressão da prática do ilícito a que corresponde, possuindo caráter patrimonial ou pessoal. A sanção punitiva pode ser classificada em administrativa – a cargo da Administração – ou penal – passível de aplicação pelo Direito Penal. A sanção punitiva passível de aplicação pela Autoridade Administrativa é a de caráter patrimonial. (MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8-10.)

¹⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO FINANCEIRO (IBDF). *Codificação do Direito Tributário*. Rio de Janeiro: IBDF, 1955, p. 226-230.

¹⁶ De acordo com a Exposição de Motivos do Projeto do Código Tributário Nacional de 1954: “A segunda fase dos trabalhos, de janeiro a abril de 1954, foi ocupada por um novo regime integral do Anteprojeto, já então com as alterações propostas na primeira, para estudo individual de cada uma das 1152 sugestões recebidas, classificadas pelos dispositivos a que se referiam. Concluída essa fase, a Comissão designou como Relator Geral o Professor RUBENS GOMES DE SOUSA e, no decurso do mês de maio de 1954, discutiu e votou o texto definitivo do Projeto e a justificação individual de seus artigos, constante do Relatório anexo a esta Exposição de Motivos.” (ARANHA, Oswaldo. Exposição de Motivos do Ministro da Fazenda, Dr. Oswaldo Aranha, encaminhado ao Sr. Presidente da República o Projeto do Código Tributário Nacional. In: BRASIL. Ministério da Fazenda. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: IBGE, p. 1-15, 1954. p. 15. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517>. Acesso em: 7 nov 2020.)

Ato seguinte, por meio da Mensagem n. 373, de 20 de agosto de 1954, firmada pelo então Presidente Getúlio Vargas,¹⁷ o texto foi apresentado à Câmara dos Deputados, onde foi recebido como Projeto de Lei (PL) n. 4.834/1954, cuja leitura e publicação ocorreu em 6 de setembro de 1954,¹⁸ iniciando o processo no âmbito do Poder Legislativo.

O PL n. 4.834/1954 foi objeto de cuidadoso estudo do então Deputado Aliomar Baleeiro, que acolheu as 54 emendas oferecidas à consideração do Plenário, cujo parecer foi aprovado por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça, em 7 de outubro de 1959, sob a relatoria do então Deputado Bilac Pinto, seguido de aprovação, também, pelas Comissões de Economia e de Finanças, em pareceres de 20 de novembro de 1959, do deputado Oscar Corrêa, e 12 de dezembro de 1962, do deputado Oton Nader.

Contudo, de acordo com informação publicada no Diário do Congresso Nacional, de 2 de abril de 1971, p. 45, esse Projeto de Lei¹⁹ teria sido arquivado nos termos do art. 58, §2º, da Constituição Federal.²⁰ Ou seja, nos anais da Câmara dos Deputados, consta que o PL n. 4.834/1954 não teria sido aprovado, mas rejeitado na Casa, ensejando o seu arquivamento, em 1º de abril de 1971.²¹

Tancredo Neves, então Deputado Federal, referiu-se ao impacto da mudança no Sistema Tributário Nacional sobre tal contexto político afirmando que “(...) a reforma tributária não sai enquanto depender do apoio do Congresso, porque [incide] sobre todos os grupos a ninguém interessando (...)”.²²

1.3 Projeto do CTN de 1966

A análise dos alfarrábios do Poder Legislativo nos permite desvendar o que seria a continuidade do PL n. 4.834/1954, mediante o Projeto de Lei do Congresso Nacional (PLN) n. 13/1966,²³ também de iniciativa do Poder Executivo, pelas mãos do então Ministro da Fazenda, Octávio Gouvêa de Bulhões,²⁴ endereçada ao então Presidente H.

¹⁷ Teria sido a última Mensagem firmada pelo Presidente Getúlio Vargas, morto 4 dias após, em 24 de agosto de 1954.

¹⁸ Conforme registrado no DCN, Seção I, de 7 de setembro de 1954, p. 6071. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD07SET1954.pdf&npagina=>. Acesso em: 6 nov. 2020.

¹⁹ Indicado na p. 46, coluna 4, do DCN de 02/04/1971, Seção I. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD02ABR1971.pdf&npagina=>. Acesso em: 15 nov. 2020.

²⁰ O referido dispositivo da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, dispunha o seguinte: “Art. 58. O projeto de lei aprovado por uma Câmara será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação. (...) § 2º O projeto de lei, que receber, quanto ao mérito, parecer contrário de todas as comissões, será tido como rejeitado.”

²¹ Vide última ação legislativa do PL n. 4.834/1954 em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=224724>. Acesso em: 4 nov. 2020.

²² *Apud* BENEVIDES, M. V. *O governo Kubitschek: desenvolvimento econômico e estabilidade política, 1956-1961*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976. p. 80.

²³ Interessante observar a disposição preliminar do PLN n. 13/1966, que estabelece a sua matriz constitucional: “Art. 1º Esta lei regula, com fundamento na Emenda Constitucional número 18, de 1º de dezembro de 1965, o sistema tributário nacional e estabelece, com fundamento no art. 5º, inciso XV, alínea b, da Constituição Federal, as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sem prejuízo da respectiva legislação complementar, supletiva ou regulamentar”. (Diário do Congresso Nacional, Seção 1, 15/9/1966, p. 5790. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD15SET1966.pdf&npagina=>. Acesso em: 10 nov. 2020)

²⁴ Signatário da Exposição de Motivos, nos seguintes termos: “EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS N. 662. *Institui Normas Gerais de Direito Tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios*. Excelentíssimo Sr. Presidente da República: Tenho a honra de submeter à elevada consideração de V. Ex^a o anexo projeto de lei que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui Normas Gerais de Direito Tributário aplicáveis à União, Estados e

Castello Branco, que o apresentou à Câmara dos Deputados, por meio da Mensagem n. 14, de 14 de setembro de 1966,²⁵ cujo texto foi publicado no DCN, Seção I, de 15 de setembro de 1966.²⁶

No texto desse PLN, encontramos no art. 142 o comando do lançamento nos mesmos termos em que veio a ser aprovado e promulgado sob o CTN, a saber:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, **sendo o caso, propôr a aplicação da penalidade cabível.** (grifo nosso)

Consta que esse PLN tramitou de forma célere, entre 14 de setembro e 6 de outubro de 1966, sob breve apreciação conjunta²⁷ das duas Casas do Congresso Nacional, liderada por uma Comissão Mista²⁸ formada para o seu estudo. O PLN recebeu 63 propostas de emendas²⁹ de iniciativa dos Congressistas e mais 17 propostas apresentadas pelo Relator.

Em 23 de setembro de 1966, no plenário da Câmara dos Deputados, foram lidas as emendas ao PLN n. 13/1966.

Em sessão de 6 de outubro de 1966, o Plenário do Congresso Nacional deliberou e aprovou o Substitutivo do PLN n. 13/1966 com pequenas alterações.³⁰

Encerrando o processo legislativo, seguiu ao Presidente da República e foi promulgado em 25 de outubro de 1966, originando a Lei n. 5.172/1966, publicada no Diário Oficial da União em 27 de outubro de 1966.³¹

Municípios. A instituição de normas gerais é reclamada de longa data pelos juristas, pelos estudiosos de finanças e pelos técnicos de administração. O que se reclama é um sistema de normas gerais aplicáveis a todos os tributos, ou seja um texto básico disciplinador do exercício do poder de tributar. Essa disciplina é especialmente necessária no Brasil, país de organização federativa onde é freqüente a adoção de critérios diferentes em situações econômicas e juridicamente idênticas. (...)” (Diário do Congresso Nacional, Seção I, 15/9/1966, p. 5801. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD15SET1966.pdf&npagina=>. Acesso em: 10 nov. 2020)

²⁵ Com os seguintes dizeres: “Senhores Membros do Congresso Nacional: Na forma do artigo 5º, §3º do Ato Institucional n. 2, tenho a honra de submeter à deliberação de Vossas Excelências, acompanhado de Exposição de Motivos do Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda, o incluso projeto de lei que dispõe sobre o Sistema tributário Nacional e institui normas gerais de Direito Tributário, aplicáveis à união, Estados e Municípios”.

²⁶ p. 5790 a 5799. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD15SET1966.pdf&npagina=>. Acesso em: 10 nov. 2020.

²⁷ Consta do DCN, Seção I, de 16 de setembro de 1966, p. 5875, coluna 3, ofício emitido pelo Presidente do Senado Federal endereçado à Presidência da Câmara dos Deputados, reportando a deliberação daquela Casa à convocação de sessão conjunta das duas Casas para 15 de setembro de 1966 para iniciar o curso de determinadas proposições, dentre as quais o PLN n. 13/1966. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD16SET1966.pdf&npagina=>. Acesso em: 10 nov. 2020.

²⁸ A composição da Comissão consta do DCN, Seção I, de 17 de setembro de 1966, p. 5961, coluna 1: Presidente: Senador Argemiro Figueiredo; Vice-Presidente: Senador José Leite; Relator: Deputado Daniel Faraco; Senadores: Eurico Rezende, Menezes Pimentel, José Leite, Nerivaldo Vieira, Eugênio de Barros, Antônio Carlos, Atílio Fontana, Argemiro Figueiredo, Bezerra Neto, José Ermirio e Josaphat Marinho; Deputados: Antônio Feliciano, Dnar Mendes, Ivan Luiz, Flácio Marcílio, Daniel Faraco, Elias do Carmo, Rui Santos, César Prieto, Pacheco Chaves, Aloísio de Castro e Wilson Martins.

²⁹ Conforme consta do DCN, Seção I, de 24 de setembro de 1966, p. 6163-6170. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD24SET1966.pdf&npagina=>. Acesso em: 12 nov. 2020.

³⁰ O Plenário reverteu o parecer contrário à emenda n. 11 e a acresceu dentre as outras emendas acolhidas pelo Relator, restando aprovado nos demais termos, conforme deliberação consignada no DCN, Seção I, de 7 de outubro de 1966, p. 6625 e 6626. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD07OUT1966.pdf&npagina=>. Acesso em: 19 nov. 2020.

³¹ DOFC de 27/10/1966, p. 12452. Retificada em 31 de outubro de 1966. RETIFICAÇÃO: DOFC de 31/10/1966, p. 12567. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 18 nov. 2020.

1.4 Código Tributário Nacional

Em sua versão final aprovada, o CTN replicou o texto do art. 142 do PLN n. 13/1966, transcrito acima.

Em total inovação ao Anteprojeto e mesmo ao PL n. 4.834/1954, o legislador incluiu a pretensão punitiva no lançamento jungida à expressão “se caso” e ao termo “propor”, conferindo a natureza casuística e propositiva da penalidade a cargo da Autoridade Administrativa competente à constituição do crédito tributário.

Ou seja, a versão aprovada do CTN não trouxe a mesma redação do Anteprojeto ou do Projeto sob o PL n. 4.834/1954 – este último referindo-se à aplicação da penalidade cabível -, mas inaugurou o comando propositivo da penalidade, que tomou o lugar da tarefa de imposição.

É dizer: foi uma opção do Ministério da Fazenda, órgão responsável pela elaboração e apresentação do Projeto à Presidência da República, via Exposição de Motivos n. 662, firmada pelo Ministro Octávio Gouvêa de Bulhões, adotar a redação do PLN n. 13/1966, e, em especial, definir o comando da pretensão punitiva no lançamento de forma casuística e propositiva.

Contrario sensu, optou-se por não atribuir – ou melhor, não manter a atribuição de – competência de aplicação de penalidade de forma automática e vinculada à cobrança de tributos como constava da redação do PL n. 4.834/1954.

Note-se a relevância do contexto encimado para compreender a redação do art. 142 do CTN em vigor desde 1966, mormente pelo fato de as inúmeras leis tributárias em vigor, em especial aquelas que tratam de penalidades, serem posteriores ao CTN – a exemplo da Lei n. 9.430/1996 –, o que, à obviedade, por força hierárquica e normativa do *Codex*, implica baliza direta à vontade do legislador ordinário e mesmo das autoridades tributárias, notadamente ao exercício da pretensão punitiva.

Em debate travado em 1972 durante o III Curso de Especialização em Direito Tributário, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em aula magna ministrada por Rubens Gomes de Sousa sobre Procedimento Tributário,³² encontramos o autor do Anteprojeto externando a sua interpretação da natureza **propositiva** da pretensão punitiva encerrada no comando do art. 142 do CTN.

Convidando Geraldo Ataliba (coordenador do Curso) a discutir a interpretação desse comando legal, Gomes de Sousa destaca a diferença entre as atividades de constituir o crédito tributário *stricto sensu* (i.e., tributo) e cominar penalidade, ambas no bojo do lançamento, e suscita que este (lançamento) seria impositivo quanto ao tributo e propositivo em relação à penalidade. São suas as palavras transcritas a seguir:

(...) ao distinguir entre a atividade administrativa de constituição de um crédito tributário e a atividade administrativa de imposição de uma penalidade, que podem ser separadas ou concomitantes, e na maioria dos casos serão concomitantes; basta ver o art. 142 do Código Tributário, que diz que o objetivo do lançamento é propor a aplicação das penalidades. Compete

³² SOUSA, Rubens Gomes de. Do procedimento tributário. In: ATALIBA, Geraldo. *Elementos de direito tributário: notas taquigráficas do III Curso de Especialização em Direito Tributário*, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 369-409, 1978.

privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação de penalidade cabível. De maneira que o lançamento é ato impositivo, no que tange ao tributo? No que se refere à aplicação de uma sanção, de uma penalidade, ele é apenas uma propositura, suposta e obviamente, para uma autoridade hierarquicamente superior àquela que emite o lançamento.³³

Em resposta, Geraldo Ataliba pondera que o caráter propositivo seria imanente à competência da autoridade lançadora em ato praticado anteriormente ao exercício do direito de defesa por parte do sujeito passivo, refletindo a sistemática do direito administrativo. As palavras de Ataliba são esclarecedoras:

Como, na nossa sistemática, as medidas de maior responsabilidade para administração são tomadas por órgãos superiores, chefes, diretores, às vezes até secretários ou ministros curvando-se a esta sistemática, que adotamos no direito administrativo, a lei diz que o fiscal procede ao lançamento imediatamente e propõe, ao seu superior imediato ou não, a penalidade a ser aplicada e este só irá aplicá-la depois da defesa do contribuinte, depois que ele expõe seus argumentos, deduza suas provas e assim exerça o direito de ampla defesa. (...) Ela se dá na própria esfera administrativa. Assim se interpreta, sistematicamente, esta disposição.³⁴

Portanto, em se tratando de lançamento decorrente de auto de infração com proposta de penalidade, é de se ver que o crédito tributário torna-se definitivo e a penalidade aplicada mediante decisão final administrativa, caso esta mantenha a proposição feita pela autoridade lançadora, sujeitando-se à inscrição em Dívida Ativa e, somente a partir daí, gozando de presunção de certeza e liquidez e com efeito de prova pré-constituída, representando, somente em tal estágio, o entendimento da Autoridade Administrativa acerca da obrigação tributária correspondente.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERAÇÃO ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA DA PRETENSÃO PUNITIVA PREVISTA NO ART. 142 DO CTN

A partir da visão histórica da formação do art. 142 do CTN, passamos a analisar efeitos do exercício da pretensão punitiva em matéria tributária na prática do Fisco federal.

2.1 Proposição *versus* imposição da penalidade pela autoridade fiscal

O caráter propositivo da pretensão punitiva previsto no art. 142 do CTN é fruto do aperfeiçoamento do Projeto do CTN de 1954, que, ao não aproveitar do Anteprojeto os Livros relativos a Infrações e Penalidades e Processo Tributário, acabou por descaracterizar o sistema de Direito Tributário Penal delineado por Rubens Gomes de Sousa

³³ SOUSA, Rubens Gomes de. Do procedimento tributário. In: ATALIBA, Geraldo. *Elementos de direito tributário*: notas taquigráficas do III Curso de Especialização em Direito Tributário, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 369-409, 1978. p. 386.

³⁴ SOUSA, Rubens Gomes de. Do procedimento tributário. In: ATALIBA, Geraldo. *Elementos de direito tributário*: notas taquigráficas do III Curso de Especialização em Direito Tributário, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 369-409, 1978. p. 387.

(no Anteprojeto). E, por meio do Projeto do CTN de 1966, Gomes de Sousa reformulou o comando ao exercício da pretensão punitiva, reintroduzindo-o no fluxo de formação do crédito tributário, para recuperar a feição propositiva da penalidade manejada pela autoridade lançadora, via lançamento, atribuindo ao julgador administrativo o mister de aferir a efetiva aplicabilidade da sanção, no curso do processo administrativo tributário.

Seria igualmente possível, ainda, que, ao analisar o caso concreto, o agente lançador decidisse não propor a aplicação de penalidade, ou graduá-la em percentual inferior ao limite legal, por convicção acerca da total coerência entre o tratamento tributário conferido pelo sujeito passivo e a interpretação possível da legislação tributária suficiente para afastar a infração, independentemente de ser devido tributo.

Nesse sentido, a interpretação favorável à feição propositiva da pretensão punitiva não suplantaria a vontade do Poder Legislativo, mas, em verdade, a ratificaria, por estar contida como tal no bojo do Projeto do CTN de 1966, conforme visto no primeiro capítulo deste trabalho, o que também afastaria de per si a rotulagem dessa exegese como uma visão simplista e gramatical do termo “propor” vazado no art. 142 do CTN.

O art. 142 define, categoricamente, que, no bojo do ato inaugural do lançamento, poderia se propor a aplicação de penalidade quando fosse o caso. *Contrario sensu*, nem sempre é caso de propor, tampouco de aplicar penalidades, a exemplo das hipóteses previstas no próprio CTN, dentre as quais: art. 100, parágrafo único³⁵; art. 108, IV e §2º³⁶; art. 112³⁷. E, se for caso de penalidade, a proposta feita no bojo do auto de infração projetaria a sua aplicabilidade para ato distinto, posterior, de natureza judicante, mediante o sopesamento das razões de fato e de direito trazidas aos autos, no pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

A natureza da pretensão punitiva ora defendida não prejudica ou altera o fato de que a proposição feita no auto de infração já seria suficiente para constituir o crédito tributário, inclusive quanto à multa, e evitar a decadência, conforme asseverado pelo STF³⁸ e pacificado no âmbito do STJ.³⁹

³⁵ “Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:
I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;
II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;
IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.
Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.”

³⁶ “Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

(...) IV - a equidade.

(...) § 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.”

³⁷ “Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.”

³⁸ Nesse sentido, o entendimento vazado nos autos dos Embargos de Divergência no RE n. 94.462/SP, julgados pelo Pleno, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, em 06/10/1982.

³⁹ Nesse sentido, o entendimento vazado nos autos do AgInt no REsp 1.587.540/PE, julgado pela Primeira Turma da Primeira Seção, sob a relatoria da Ministra Regina Helena Costa, em 18/08/2016.

Outras questões relevantes decorrentes da adoção da natureza propositiva referem-se ao seu efeito sobre a rotina fiscal do lançamento tributário, mais precisamente se implicaria um “engessamento” do ato administrativo. A resposta é negativa. A valoração da conduta do contribuinte – em especial a sua boa-fé – e a verificação do enquadramento do caso em hipóteses de não cabimento de penalidade e a necessária motivação da proposição de penalidade já compõem o trabalho fiscal e não seriam tarefas novas sob a interpretação encetada neste trabalho acerca do art. 142 do CTN.

Contudo, restaria corretamente alijada a equivocada automaticidade do trabalho fiscal de considerar vinculada ao tributo uma multa de 75% pelo simples e exclusivo fato da lavratura do auto de infração.

A exegese ora defendida arrimaria efeitos importantes.

Admitir-se-ia a realização de lançamento tributário sem a cominação de penalidade, ou decisão nesse sentido por parte da autoridade julgadora administrativa, por reconhecê-la inaplicável ao caso com amparo no próprio CTN, assegurando a autoridade fiscal de uma equivocada responsabilização por deixar de aplicar multa. É dizer, não se trataria de descumprir normas de aplicação de penalidade, essencialmente de natureza ordinária, mas de cumprir as normas gerais de Direito Tributário encetadas no CTN.

Por outro lado, se cabível e proposta, que o montante da multa não se incorporasse no crédito tributário *ab initio*, mas somente quando da sua constituição definitiva, mediante ausência de contestação do contribuinte, ou decisão irrecorrível na esfera administrativa que aplique a penalidade.

Há relevante diferença entre se considerar devido o valor do tributo acrescido de juros de mora e crescer ao seu montante uma parcela de 75%, 150%, ou 225%, mormente para fins de procedimentos também praticados de ofício com a pretensão de assegurar a solvência do crédito tributário, a exemplo do arrolamento de bens e direitos.⁴⁰

Ora, estando *sub judice* a caracterização da infração e mesmo a sua gradação, mostra-se apropriado não considerar o *quantum* da penalidade integrado no crédito tributário até que se tenha a sua constituição definitiva por meio de decisão da autoridade julgadora competente confirmando a sua proposição e a aplicando.

As duas pretensões titularizadas pelo Fisco encontram-se reunidas no art. 142 do CTN: arrecadatória quanto ao tributo e punitiva quanto às infrações, cada qual com regimes jurídicos próprios e autônomos entre si.

O regime jurídico de penalidades no CTN vaza comandos relevantes ao próprio lançamento, mais especificamente à identificação da punibilidade do sujeito passivo, em função do motivo da sua conduta de inadimplemento total ou parcial do tributo, e ao transcurso do processo administrativo, com ênfase ao julgamento do lançamento (e de suas pretensões).

É basilar à correta compreensão do ato de lançamento a diferenciação entre as pretensões arrecadatória e punitiva, a começar pelo fato de o crédito tributário objeto

⁴⁰ Previsto nos arts. 64 e 64-A da Lei n. 9.532/1997 e disciplinado no âmbito federal pela Instrução Normativa RFB n. 1.565/2015.

do lançamento ser mero retrato formal da obrigação tributária que o antecede e cuja existência decorre da automática subsunção do ato à hipótese de incidência tributária definida *ex lege*, enquanto a penalidade decorre de forma direta e exclusiva do ato jurídico do lançamento de ofício corporificado em auto de infração.

Evidência do efeito prático dessa dessemelhança é, por exemplo, o fato de tributo e penalidade serem regidos pela legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador da obrigação, de acordo com o art. 144 do CTN,⁴¹ mas somente à penalidade ser aplicável regra de retroatividade benigna para excluir o crédito tributário, na forma do art. 106, do CTN, dado que o surgimento da obrigação tributária não é influenciado por alteração legislativa posterior, tampouco por atos praticados pelo sujeito passivo anteriormente à homologação daquela visando à extinção do crédito, nos termos do art. 150, §2º, do CTN.⁴²

É dizer: o lançamento do crédito tributário *stricto sensu* decorre da existência de uma obrigação tributária originada pela simples e direta ação da legislação tributária sobre ato humano a si subsumido, enquanto a penalidade decorre da acusação de um agente fiscal contra o sujeito passivo de que este teria infringido norma tributária e que haveria penalidade aplicável a si por consequência. Ou seja, o objeto da pretensão punitiva (i.e., penalidade) depende da interpretação do Fisco acerca dos fatos e da legislação – relativa à obrigação tributária, inclusive de direito privado,⁴³ e aquela que prevê a penalidade⁴⁴ – e o objeto da pretensão arrecadatória (i.e., obrigação tributária – precursora do crédito tributário) prescinde da ação fiscal, a qual se limita a declarar⁴⁵ a sua existência e, firme em tal convicção, iniciar a constituição do crédito tributário.

⁴¹ “Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos impostos lançados por períodos certos de tempo, desde que a respectiva lei fixe expressamente a data em que o fato gerador se considera ocorrido.”

⁴² “Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. (...) § 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.”

⁴³ O que é considerado pelo legislador tributário, inclusive, para impedir a alterabilidade dos efeitos do direito privado em prol da incidência tributária, nos termos do art. 110 do CTN, embora a validade jurídica dos atos praticados pelo sujeito passivo, a natureza do seu objeto e os seus efeitos, bem como dos fatos realmente ocorridos sejam abstraídos para fins da definição do fato gerador, de acordo com o art. 118 do CTN. Veja-se os dispositivos citados:

“Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

“Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.”

⁴⁴ Dado o Princípio da estrita legalidade insculpido no art. 97, V, do CTN:

“Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...) V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;”

⁴⁵ Temos ciência da discussão doutrinária acerca do efeito declaratório ou constitutivo do lançamento em relação à obrigação tributária e filiamo-nos à lição de Berliri, para quem o lançamento é declaratório de alguns defeitos e constitutivo de outros, conforme referenciado na feliz lição de Souto Maior Borges sobre o embate doutrinário entre “declarativistas” e “constitutivas”: “Na doutrina brasileira, a primeira voz autorizada que se levantou

A percepção da exclusividade da ação fiscal na cominação de penalidade, enquanto ato unilateral perpetrado pelo credor, parece-nos suficiente para justificar o caráter propositivo da pretensão punitiva encerrada no art. 142 do CTN, não apenas em função da assimetria entre os interesses e poderes do Fisco e do contribuinte, mas, também, da compreensão dos fatos e atos *in concreto* sem a prévia oitiva do seu protagonista, ou seja, do sujeito passivo.

Creditamos ao exercício do contraditório e da ampla defesa, no bojo do processo administrativo submetido à função judicante administrativa, o equacionamento da assimetria existente no curso do procedimento fiscal e, invariavelmente, na justificação da lavratura do auto de infração, ratificando, a nosso ver, a **proposta** de penalidade pelo agente fiscal, para que a sua aplicação, se ocorrer, resulte da atividade judicante, fruto do devido debate e conhecimento pleno das circunstâncias de fato e de direito relevantes à aferição da obrigação tributária e, especialmente, de infração tributária passível de penalidade.

Talvez seja motivado pela importante coerência do caráter **propositivo** da pretensão punitiva no bojo das próprias normas gerais de Direito Tributário que, mesmo autores discordantes dessa linha admitam⁴⁶ a possibilidade de interpretação em tal

contra – e decididamente contra a polêmica entre as teses declarativistas e constitutivas, proclamando enfaticamente a necessidade da sua superação, foi a de Alfredo Augusto Becker. Como ele demonstrou, os autores que sustentam a tese de efeito declaratório do lançamento não convencem aos que lhe atribuem efeito constitutivo e nem estes conseguem convencer os primeiros. Os que assistem a disputa entre as duas teses, mera “querela fradesca” inclinam-se ora para uma, ora para outra dessas teorias inconciliáveis, sem trazer nenhuma luz à confusão doutrinária. Com apoio em Cocivera, salienta Becker que, uma vez colocado o problema em termos de uma tomada de posição no plano do efeito constitutivo ou declaratório, a doutrina não consegue explicar quais os efeitos que produz o lançamento, nem quais os efeitos que produz o fato tributável – “realização da hipótese de incidência”, na terminologia de Becker (...). A partir dessas considerações e num desdobramento necessário dela, cumpre observar que se deve a Berliri o haver trazido ao estudo das relações entre fato tributável e lançamento uma contribuição relevante para a superação dessas posições doutrinárias antagônicas. Para Berliri, o problema se simplificará enormemente se tivermos em conta que um ato pode ser declaratório com relação a alguns efeitos e constitutivo com relação a outros. Na esteira do pensamento de Berliri, ilustre autor brasileiro, o professor Paes de Barros Leães sustenta que o lançamento tem função declaratória para certos efeitos jurídicos (reconhecimento da existência, a cargo de determinado sujeito, da obrigação tributária; fixação qualitativa e quantitativa da referida prestação) e constitutiva para outros efeitos (exigibilidade da prestação; fluxo do prazo de prescrição; constituição em mora). Assim, para esse autor, o lançamento é declaratório de alguns efeitos constitutivo de outros. Em decorrência dessa colocação do tema pela doutrina moderna, pode-se desdobrar o estudo dos efeitos do lançamento tributário, não partindo de logo e aprioristicamente para tomar uma posição extremada a favor do efeito declaratório ou constitutivo do “ato de imposição”, mas por meio de uma nova direção metodológica, muito mais profícua e inovadora, caracterizada pelo estudo analítico dos efeitos decorrentes do fato tributável ou seja, considerando-se basicamente a eficácia jurídica inerente a cada um desses fenômenos (...)”. (BORGES, José Souto Maior. Pequena introdução crítica ao estudo do lançamento tributário. *In: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO FINANCEIRO* (coord.). *Proposições tributárias*: em homenagem a Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Resenha Tributária, p. 151-171, 1975. p. 169). Ruy Barbosa Nogueira recorda que Rubens Gomes de Sousa teria adotado e demonstrado o efeito declaratório do lançamento em seu “Compêndio de Legislação Tributária”, Ed. Financeiros, 1952, e repetido em sua 2ª edição, mas adotou, mais tarde, a posição intermediária encimada, refletindo-a no art. 105 do Projeto do CTN. (NÓGUEIRA, Ruy Barbosa. *Teoria do lançamento tributário*. Reprodução eletrofotostática do original impresso em 1965. São Paulo: Resenha Tributária, 1973. p. 36, citado em nota de rodapé.)

⁴⁶ A exemplo dos autores a seguir referenciados e seus dizeres:

- Paulo de Barros Carvalho: “Só existe “auto de infração” onde há infração da lei tributária. Não se pode cogitar de auto de infração para simples lançamento do tributo. A infringência de dispositivo tributário pode ou não estar ligada à falta de cumprimento da obrigação tributária. É apenas um característico secundário. Pode haver o auto de infração ou pelo descumprimento de um dever acessório, ou pela falta de recolhimento de um tributo. Todavia, a essência do auto de infração é o registro, que um funcionário externo da fiscalização faz, da existência de infringência de um dispositivo tributário. Concordamos que é uma simples proposta, pois, o Código diz “ou propor a aplicação de penalidades pecuniárias”. Nesse caso, talvez seja correta essa conclusão, que diz que o auto de infração constitui o início de um lançamento. Evidentemente, essa proposta será ou não aceita. Quem tiver competência para acolher ou não essa proposta fará definitivamente o lançamento (...)”. (*Apud* BARROS, José Eduardo Monteiro de. *Teoria geral do lançamento*. *In: ATALIBA, Geraldo. Elementos de direito*

sentido, mormente no contexto do fluxo de formação do crédito tributário, mediante o contencioso administrativo, onde o lançamento seria apenas o ato inicial e a constituição definitiva daquele jungida à aplicação da penalidade competiriam à autoridade julgadora.

Frise-se que o art. 142, *caput*, *in fine*, do CTN, define dois comandos igualmente relevantes ao exercício da pretensão punitiva pelo Fisco: o primeiro liga-se à expressão “sendo o caso”, definindo que pode haver lançamento desacompanhado de penalidade; e o segundo refere-se à ação “propor”, no sentido de que a penalidade não é aplicada pelo agente fiscal, mas proposta para que uma outra autoridade – no caso, a julgadora – delibere a sua aplicação.

E a compreensão da expressão “sendo o caso” demanda uma interpretação sistemática do próprio CTN, antes de se descer à legislação ordinária, a exemplo da Lei n. 9.430/1996, sob pena de se inverter o plano hierárquico das normas e alijar a antecedência natural do CTN na atividade hermenêutica.

Um dos comandos do CTN que orienta o (não) cabimento de penalidade – mais precisamente a multa de ofício básica – é o seu art. 100, ao definir hipóteses *numerus clausus* em que o lançamento de ofício de tributo deverá ser desacompanhado de penalidade.

Contudo, tal dispositivo não encerra as únicas hipóteses em que *não seria caso* de cominação da multa de ofício básica no lançamento de ofício de tributo, seja porque a sua redação não elimina outras hipóteses previstas no próprio CTN, ou em legislação ordinária – a exemplo do art. 63 da Lei n. 9.430/1996^{47/48} e do art. 5º, §2º, do Decreto-lei n. 2.124/1984 –⁴⁹ seja porque não vincula a etapa judicante do fluxo de formação do crédito tributário, onde o julgador administrativo está a analisar a proposta de penalidade formulada pelo agente fiscal e, para tanto, aprecia, dentre outros, aspectos subjetivos da conduta do sujeito passivo, sendo competente para deliberar, também, pelo descabimento da multa de ofício básica.

tributário: notas taquigráficas do III Curso de Especialização em Direito Tributário, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 411-445, 1978. p. 440.)

- Noé Winkler: “Proposição, num certo sentido, pode ser até do próprio lançamento sem multa.” (WINKLER, Noé. Aspectos do imprescindível esforço para demonstração da inércia e outras considerações. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Caderno de Pesquisas Tributárias n. 1*: decadência e prescrição. São Paulo: Resenha Tributária, p. 285-312, 1976. p. 299.)

- Marcelo Guerra Martins: “É importante notar que, enumerando os atos que compõem o procedimento de lançamento, o art. 142 não estabeleceu a proposta de aplicação da penalidade como regra geral e única. A aplicação da penalidade será proposta, sendo o caso, diz o artigo. E em que caso a penalidade será apenas proposta, e não diretamente aplicada e lançada? O CTN não esclarece que caso seria esse, mas é possível admitir que seja aquele em que, por exemplo, (...) a penalidade, embora pecuniária, deva ser confirmada ou dosada por outra autoridade, havendo, em razão disso, simples proposta para aplicação da multa em lançamento que, de todo modo, será obrigatoriamente feito, em outro momento.” (In: FREITAS, Vladimir Passos (coord). *Código tributário nacional comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/72655091/v8/page/1>. Acesso em: 7 nov. 2020.)

⁴⁷ “Art. 63: Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício”.

⁴⁸ Em adição às duas causas suspensivas previstas no art. 63, *caput*, da Lei n. 9.430/1996, a Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional reconheceram o descabimento de multa de ofício, também, na hipótese de depósito judicial integral (art. 151, II, do CTN), incluindo multa e juros de após o vencimento, por meio do Parecer Cosit n. 2/1999 e Parecer PGFN/CAT n. 507/2001, respectivamente..

⁴⁹ “Art. 5º (...) §2º: Não pago no prazo estabelecido pela legislação o crédito, corrigido monetariamente e acrescido da multa de vinte por cento e dos juros de mora devidos, poderá ser imediatamente inscrito em dívida ativa, para efeito de cobrança executiva, observado o disposto no § 2º do artigo 7º do Decreto-lei n. 2.065, de 26 de outubro de 1983”.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), na função de autoridade lançadora de tributos federais considerados devidos e não recolhidos, impõe a penalidade prevista no art. 44, I, da Lei n. 9.430/1996,⁵⁰ de forma automática e vinculada ao tributo,⁵¹ arvorada no entendimento de que tal dispositivo vincularia e obrigaria a sua atividade à cominação de tal penalidade, enquadrando-se no Parágrafo único do art. 142 do CTN.

Embora o art. 44, *caput*, da Lei n. 9.430/1996 disponha sobre a aplicação de multas em casos de lançamento de ofício, há que se observar que não foi dado ao legislador ordinário definir ou aplicar a penalidade como mera consequência do lançamento de ofício de imposto ou contribuição, como se vinculada ao principal fosse.

Ora, é o Código Tributário Nacional que consigna a forma de constituição do crédito tributário e, sendo caso, proposição da penalidade aplicável, mediante o lançamento.

Na prática, a multa de 75% do tributo devido majora a multa de mora (20%) pelo fato de o lançamento ser feito de ofício,⁵² independentemente da natureza da infração – excepcionada a hipótese de caracterização de sonegação, fraude ou conluio que qualifica tal penalidade, duplicando o seu percentual, nos termos do art. 44, §1º, da Lei n. 9.430/1996.

Schubert de Farias Machado critica tal penalidade por prescindir do motivo que acarreta a falta de pagamento e mesmo a forma de acesso do Fisco às informações necessárias ao lançamento, o que classifica como essenciais à adequada fixação da penalidade.⁵³

O autor também sublinha a desproporção da multa nos casos de simples falta de pagamento frente às hipóteses em que tal falta é cumulada com ausência de declaração ou inexatidão de informações em obrigação acessória, dado que em todos esses casos o percentual é o mesmo: 75% do tributo devido.⁵⁴

⁵⁰ “Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)”

⁵¹ A RFB assinala em seus planos de ação anuais o caráter vinculado da multa de ofício básica em relação ao tributo não recolhido e lançado de ofício, inclusive como forma de motivar a autorregularização anterior à ação fiscal por parte de pessoas físicas, conforme consta dos seguintes excertos: “Quem se autorregulariza evita o procedimento fiscal, e multa de, no mínimo, 75% sobre o valor de imposto a pagar que vier a ser apurado no procedimento.”(Relatório Anual de Fiscalização – Resultados de 2019 e Plano de Ação para 2020, p. 18. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/resultados/fiscalizacao/arquivos-e-imagens/plano-anual-de-fiscalizacao-resultados-de-2019-e-plano-para-2020.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020.); “A autorregularização só é permitida se feita antes de o contribuinte ser intimado ou notificado pela Receita Federal. A vantagem para o contribuinte é evitar o início de procedimento fiscal e o pagamento de multa de, no mínimo, 75% sobre o valor do imposto não pago que vier a ser apurado pelo Auditor-Fiscal.” (Plano Anual da Fiscalização da Secretaria da Receita Federal do Brasil para o ano-calendário de 2019: quantidade, principais operações fiscais e valores esperados de recuperação de crédito tributário, p. 19. Disponível em: https://receita.economia.gov.br/dados/resultados/fiscalizacao/arquivos-e-imagens/2019_05_06-plano-anual-de-fiscalizacao-2019.pdf. Acesso em: 19 nov. 2020.)

⁵² MACHADO, Schubert de Farias. O ilícito como pressuposto da sanção e a proporcionalidade nas multas tributárias. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, p. 367-383, 2012. v. 16.

⁵³ MACHADO, Schubert de Farias. O ilícito como pressuposto da sanção e a proporcionalidade nas multas tributárias. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, p. 367-383, 2012. v. 16.

⁵⁴ MACHADO, Schubert de Farias. O ilícito como pressuposto da sanção e a proporcionalidade nas multas tributárias. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, p. 367-383, 2012. v. 16.

No plano do julgamento administrativo, afora as hipóteses mencionadas linhas acima,⁵⁵ é praxe não haver discussão da multa de ofício básica, ou a sua impugnação ser rechaçada por seu alegado caráter *ex lege*, decorrente do inadimplemento do principal, ou seja, se mantida a exigência do tributo, manter-se-ia de forma automática e infalível a multa de ofício **vinculada** de forma proporcional na composição do crédito tributário.

A jurisprudência do CARF⁵⁶ é no sentido de que a multa de ofício básica seria de aplicação obrigatória pela autoridade fiscal no lançamento de ofício de tributo e insuscetível de ser afastada ou reduzida pela autoridade julgadora,⁵⁷ por decorrer de comando legal encerrado no art. 44, I, da Lei n. 9.430/1996, alegando-se, no mais das vezes, ser defeso ao CARF se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, a teor da sua Súmula n. 2.⁵⁸

É dizer: sob os argumentos de (i) ser vinculado o ato do lançamento tributário (pressupondo incorporar a penalidade) e (ii) de que a apuração de crédito tributário implicaria necessária imposição de multa de ofício, a Autoridade Administrativa, seja na função lançadora, seja na função julgadora, considera-se obrigada a aplicar penalidade e incompetente à sua revisão, respectivamente, independentemente das circunstâncias de fato do caso concreto, mais precisamente dos aspectos subjetivos na infração decorrente do inadimplemento do tributo, incluindo-se hipóteses de induzimento a erro ou qualquer outra razão capaz de afastar a **culpabilidade**.

Estamos convictos da natureza propositiva da pretensão punitiva tal como encaixada pelo art. 142, *caput*, *in fine*, do CTN, servindo de baliza fundamental ao respeito do *due process of law* e da cidadania no Estado Democrático de Direito que abriga a sociedade brasileira, valorizando-se a licitude e a boa-fé da conduta do sujeito passivo na relação fisco-contribuinte, mormente para fins de regras sancionatórias, conforme assegurado pela Constituição Federal de 1988.

⁵⁵ No âmbito federal, seriam as hipóteses de lançamento de ofício de tributo com exigibilidade suspensa ou já declarado ao Fisco.

⁵⁶ Nesse sentido, os julgados colacionados a seguir: “COLABORAÇÃO PREMIADA. REDUÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO. A atividade administrativa do lançamento é obrigatória e vinculada, sendo assim, não há como afastar a aplicação da multa de ofício ou mesmo reduzi-la, com base em acordo de colaboração premiada, em face de ausência de determinação expressa em Lei, nesse sentido.” (Acórdão n. 3002-001.372, de 16/07/2020); “MULTA DE OFÍCIO E VEDAÇÃO AO CONFISCO. No lançamento de ofício a multa a ser aplicada é de 75% conforme estabelece a legislação. Uma vez positivada a norma, é dever da autoridade administrativa aplicá-la, não lhe competindo o exame da constitucionalidade das Leis, nem deixar de aplicá-las, salvo se já houver decisão do Supremo Tribunal Federal, neste sentido. Art. 44, I da Lei 9.430/96 (...)” (Acórdão n. 2301-007.429, de 07/07/2020); “MULTA DE OFÍCIO DE 75%. A multa de ofício de 75% está prevista em lei, razão pela qual deve ser exigida.” (Acórdão n. 1201-003.797, de 17/06/2020); “MULTA DE OFÍCIO. DECORRÊNCIA DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. A aplicação da multa de ofício, constatado o não pagamento ou pagamento parcial do tributo devido, é decorrência da legislação tributária, devendo ser efetuado o correspondente lançamento pelo autuante, a teor do art. 142 do CTN”. (Acórdão n. 2402-008.473, de 06/07/2020).

⁵⁷ Exceto nas hipóteses de lançamento de ofício de tributo com exigibilidade suspensa ou já declarado ao Fisco, ou em caso de aplicação do art. 100 do CTN, este último ilustrado pelo seguinte julgado: “DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. AFASTAMENTO DA MULTA E DOS JUROS. CABIMENTO. As decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa excluem a imposição de penalidades e a cobrança de juros de mora (parágrafo único do artigo 100 do CTN); com muito mais razão, a observância de decisão judicial transitada em julgado deve ter as mesmas consequências.” (Acórdão n. 1302-002.934, de 25/07/2018)

⁵⁸ “Súmula CARF n. 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>. Acesso em: 13 nov. 2020.

2.2 Discussões de multas tributárias com repercussão geral reconhecida no STF

Em setembro de 2020, identificamos, no STF,⁵⁹ seis temas de repercussão geral acerca da constitucionalidade de multas fiscais,⁶⁰ com julgamento findo em dois deles (temas 214 e 872), julgamento em curso noutra (tema 736) e três temas com julgamento ainda não iniciado (temas 487, 816 e 863).

Embora os temas encimados não tratem da multa prevista no art. 44, I, da Lei n. 9.430/1996, analisamos os votos proferidos até o momento no esforço de inferir um entendimento da Corte Constitucional sobre a natureza da pretensão punitiva no lançamento tributário.

Dos votos vazados no julgamento do RE 606.010,⁶¹ sob a Relatoria do Ministro Marco Aurélio, cujo entendimento se sagrou vencedor, mostra-se relevante a percepção da maioria⁶² dos Ministros no sentido de que a punição pela conduta prevista no antecedente da norma punitiva – atraso ou falta de apresentação de DCTF – seria constitucional, em razão da importância da referida obrigação acessória no âmbito federal, por ser indispensável ao conhecimento do Fisco acerca dos débitos apurados e recolhidos, viabilizando eventual lançamento de ofício de diferenças.

Ou seja, o traço marcante do entendimento firmado seria a delimitação da conduta considerada infracional pelo comando sancionatório *sub judice*, reputando-se apropriado coibir (e punir) a falta de informação via DCTF, dada a sua importância à

⁵⁹ Mediante pesquisa realizada em 10 set. 2020 em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/pesquisarProcesso.asp>, com as seguintes classificações: Situação do Processo Paradigma: “Todas”; Palavra Chave: “multa”; Análise de Repercussão Geral: “Com Repercussão Geral”; Ramo do Direito: “DIREITO TRIBUTÁRIO”.

⁶⁰ - **Tema: 214**; fundamento legal discutido: arts. 87 e 98 da Lei n. 6.374/1991 (SP); natureza da multa: moratória; percentual da multa: 20%; paradigma: RE 582.461; relator: Min. Gilmar Mendes; situação: julgado; tese: “I - É constitucional a inclusão do valor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na sua própria base de cálculo; II - É legítima a utilização, por lei, da taxa SELIC como índice de atualização de débitos tributários; III - Não é confiscatória a multa moratória no patamar de 20%.”;

- **Tema: 487**; fundamento legal discutido: art. 78, III, “i”, da Lei n. 688, de 1996 (RO); natureza da multa: isolada; percentual da multa: 40%-5%; paradigma: RE 640.452; relator: Min. Roberto Barroso; situação: aguarda julgamento; título: “Caráter confiscatório da “multa isolada” por descumprimento de obrigação acessória decorrente de dever instrumental”;

- **Tema: 736**; fundamento legal discutido: art. 74, §§ 15 e 17, da Lei n. 9.430/1996; natureza da multa: isolada (declaração de compensação não homologada); percentual da multa: 50%; paradigma: RE 796.939; relator: Min. Edson Fachin; situação: julgamento interrompido por pedido de destaque; título: “Constitucionalidade da multa prevista no art. 74, §§ 15 e 17, da Lei 9.430/1996 para os casos de indeferimento dos pedidos de ressarcimento e de não homologação das declarações de compensação de créditos perante a Receita Federal.”;

- **Tema: 816**; fundamento legal discutido: art. 36, I, “b”, da Lei n. 1.611/1986, do Município de Contagem; natureza da multa: moratória; percentual da multa: 50%; paradigma: RE 882.461; relator: Min. Luiz Fux; situação: aguarda julgamento; título: “a) Incidência do ISSQN em operação de industrialização por encomenda, realizada em materiais fornecidos pelo contratante, quando referida operação configura etapa intermediária do ciclo produtivo de mercadoria. b) Limites para a fixação da multa fiscal moratória, tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório.”;

- **Tema: 863**; fundamento legal discutido: art. 44, §1º, da Lei n. 9.430/1996; natureza da multa: qualificada e vinculada a tributo devido (sonegação, fraude ou conluio); percentual da multa: 150%; paradigma: RE 736.090; relator: Min. Luiz Fux; tese: aguarda julgamento; título: “Limites da multa fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório.”;

- **Tema: 872**; fundamento legal discutido: art. 7º, II, da Lei n. 10.426/2002; natureza da multa: isolada (por ausência ou atraso na entrega de DCTF); percentual da multa: 2% a 20%; paradigma: RE 606.010; relator: Min. Marco Aurélio; situação: julgado; tese: “Revela-se constitucional a sanção prevista no artigo 7º, inciso II, da Lei n. 10.426/2002, ante a ausência de ofensa aos princípios da proporcionalidade e da vedação de tributo com efeito confiscatório”.

⁶¹ Julgado pelo Plenário do STF em sessão virtual realizada de 14.8.2020 a 21.8.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3797543>. Acesso em: 10 set. 2020.

⁶² Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 872 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin. Não participou do julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3797543>. Acesso em: 10 set. 2020.

consecução da atividade fiscalizatória do Fisco federal, além da ausência de efeito confiscatório e da aderência ao princípio da proporcionalidade.

No julgamento do RE 606.010, não se discutiu a perspectiva subjetiva da conduta do sujeito passivo,⁶³ ou seja, o que teria levado a empresa a entregar a obrigação acessória de forma extemporânea, tampouco influenciou a tese definida: “Revela-se constitucional a sanção prevista no artigo 7º, inciso II, da Lei n. 10.426/2002, ante a ausência de ofensa aos princípios da proporcionalidade e da vedação de tributo com efeito confiscatório”.

Por sua vez, no julgamento do RE 796.939 acerca da multa decorrente da não homologação de compensação, prevista no art. 74, §17, da Lei n. 9.430/1996,⁶⁴ o voto do Ministro Edson Fachin, na condição de Relator,⁶⁵ critica a índole automática e indiferente à conduta do agente:

(...) a automaticidade da sanção, sem quaisquer considerações de índole subjetiva acerca do animus do agente, representaria, ao fim e ao cabo, imputar ilicitude ao próprio exercício de um direito subjetivo público com guarida constitucional.

Ressalta que a mera não homologação de compensação tributária não consiste em ato ilícito com aptidão para ensejar sanção tributária, novamente sublinhando o despropósito de uma multa cujo antecedente é o exercício de um direito do contribuinte (no caso, a compensação) e sem aferir qualquer ilicitude no seu exercício para justificar a penalidade.

Citando o art. 110 do CTN⁶⁶, também destaca o texto constitucional quanto à utilização iterativa da ilicitude para fins de responsabilização, notadamente nos âmbitos penal (arts. 5º, XLIII, LI e LVI; 144, II; 243, Parágrafo único; e 245 da CF/88) e cível (arts. 37, §§5º e 6º; e 141 da CF/88), sendo a conceituação de ato ilícito pela legislação cível⁶⁷ também aplicável para fins tributários.

E, na ótica do CTN, a própria diferenciação entre tributo e sanção – frisada pelo art. 113 do CTN⁶⁸ – repercutiria na configuração dos fatos geradores possíveis à

⁶³ Não obstante, observe-se que o voto do Ministro Alexandre de Moraes consigna, dentre suas razões de decidir, a contumácia da recorrente no descumprimento de obrigações acessórias.

⁶⁴ “Art. 74. (...) § 17. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do débito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015)”

⁶⁵ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4531713>. Acesso em: 8 maio. 2020.

⁶⁶ “Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

⁶⁷ Código Civil de 2002:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁶⁸ “Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.”

configuração do preceito cominatório, definindo o perfil normativo das penalidades pecuniárias, de acordo com os arts. 113, 115⁶⁹ e 122⁷⁰, todos do CTN.

Tal compreensão endereça o entendimento do Relator do RE 796.939 no sentido de que o exercício de um direito (pedido de compensação tributária) não se compatibilizaria com a função teleológica repressora das multas tributárias, mormente por faltar a devida aferição da correção material da conduta do contribuinte que exerce o direito de compensação tributária na via administrativa, e carecer de um juízo concreto e fundamentado acerca da (in)observância do princípio da boa-fé em sua dimensão objetiva a justificar a punição.

Noutro giro, o seu voto também critica o modo de aplicação da penalidade à luz do princípio do devido processo legal, reputando violadas as suas dimensões processual e substancial,⁷¹ por não garantir às partes, no bojo do processo administrativo, a ampla defesa e o contraditório acerca do antecedente da norma punitiva, e, no plano substancial, por carência de legitimidade tributária fundada no **binômio eficiência e justiça fiscal** por parte do Poder Público.⁷²

O Ministro Edson Fachin também indefere o pedido subsidiário da Fazenda Nacional de aplicabilidade da multa em caso de reiteração de compensação de rubricas rejeitadas anteriormente, asseverando que tal solução não afastaria o despropósito da multa frente ao regular exercício do direito do contribuinte (de compensar tributos), pois a mera iteração de compensações permitiria que se reputasse configurado abuso, igualmente ofendendo o direito de petição e desprestigiando a boa-fé do jurisdicionado.

Em conclusão, propõe a seguinte tese: “É inconstitucional a multa isolada prevista em lei para incidir diante da mera negativa de homologação de compensação tributária por não consistir em ato ilícito com aptidão para propiciar automática penalidade pecuniária.”

O julgamento foi interrompido por pedido de destaque do Ministro Luiz Fux, na sessão virtual de 12/05/2020, após os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, Celso de Mello, Alexandre de Moraes, acompanhando o Relator.⁷³

O entendimento vazado na tese proposta pelo Ministro Edson Fachin denota especial valoração do aspecto subjetivo da conduta do contribuinte, ao fundamentar a inconstitucionalidade da multa no fato de ser aplicável de forma automática a uma conduta que não configura ato ilícito.

A forma automática de aplicação da penalidade decorreria do fato de prescindir da verificação da regularidade material da conduta do contribuinte e da sua boa-fé, sendo que efeito repressor da punição recairia sobre o mero exercício de um direito e

⁶⁹ “Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.”

⁷⁰ “Art. 122. Sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto.”

⁷¹ FONSECA, Reynaldo Soares da. *A conciliação à luz do princípio constitucional da fraternidade: a experiência da justiça federal da primeira região*. 120 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 36.

⁷² O Ministro Edson Fachin arrima o seu entendimento nos seguintes julgados da Corte Constitucional: ADI 173, de RE 796939/RS, relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 20.03.2009; ARE-AgR 915.424, de relatoria do Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 30.11.2015; e ADPF 156, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 28.10.2011.

⁷³ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4531713>. Acesso em: 12 maio. 2020.

sem a prévia oportunidade do uso dos poderes e faculdades assegurados no bojo do devido processo legal.

É possível inferir da visão encimada que, à luz do texto constitucional, não se admitiria uma pretensão punitiva de natureza impositiva indiferente à licitude e boa-fé da conduta do contribuinte – diga-se, à efetiva aferição desses elementos no plano concreto – e anterior ao exercício do contraditório e da ampla defesa pelas partes, antes demandando uma análise da índole subjetiva da vontade do agente, o que seria insuscetível de se realizar de forma automática, tampouco por mera vinculação a um crédito tributário.

Nessa perspectiva, parece-nos que o entendimento do Ministro Edson Fachin tenderia à natureza propositiva da pretensão punitiva, mormente por prestigiar a necessária aferição *in concreto* do aspecto subjetivo da conduta do contribuinte e a garantia do *due process of law* no bojo do processo administrativo tributário.

Na leitura de Celso de Barros Correia Neto, tal voto demonstra de per si uma relevante mudança de perspectiva e abordagem das multas tributárias no STF, ao superar a questão do seu percentual na ótica de confisco, para também valorar as condutas do Fisco e do contribuinte e na maneira como as sanções afetam o exercício de seus direitos e deveres.⁷⁴

Em conjunto com o RE 796.939, está em julgamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.905, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, também relativa à multa prevista no art.74, §17, da Lei n. 9.430/1996. Na sessão virtual de 08/05/2020, o Relator apresentou o seu voto no sentido da inconstitucionalidade do §17 do art. 74 da Lei n. 9.430/1996, no que foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux, seguindo-se o pedido de destaque deste último e a conseqüente retirada do julgamento virtual.^{75/76}

Por meio de uma análise iluminada pelo princípio da proporcionalidade e do direito de petição, o Ministro Gilmar Mendes conclui que a multa descumpriria ambos, por desatender os requisitos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, e repreender o exercício do direito assegurado no art. 5º, XXXIV, “a”, da CF/88.

Cotejando essa penalidade com outras também relacionadas à compensação tributária, o Relator da ADI n. 4.905 assevera que aquelas possuiriam pressupostos bem delimitados e definidos, cumprindo suas funções pedagógica e preventiva sem implicar insegurança jurídica, ou inibir o exercício do direito subjetivo à compensação tributária.

Ou seja, a inconstitucionalidade da multa residiria no fato de o antecedente da norma não definir a conduta vedada, mas prever a aplicação de multa pela mera discordância fiscal quanto ao direito de compensação. Por sua vez, as penalidades consideradas pelo Ministro como corretamente construídas delimitam as condutas em

⁷⁴ CORREIA NETO, Celso de Barros. Ainda não sabemos como se define uma multa confiscatória. *Consultor Jurídico*, 5 set 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-05/observatorio-constitucional-ainda-nao-sabemos-define-multa-confiscatoria>. Acesso em: 8 set. 2020.

⁷⁵ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4357242>. Acesso em: 12 maio. 2020.

⁷⁶ A ADI n. 4.905 foi incluída no calendário de julgamento de 10/12/2020, conforme a pauta n. 126/2020, DJE edição extra n. 227, de 14/09/2020.

função da sua ilicitude, a exemplo de falsidade quanto ao crédito compensado,⁷⁷ a utilização de créditos vedados por lei,⁷⁸ ou na hipótese de compensação que configure sonegação, fraude ou conluio.⁷⁹

De fato, nas três situações encimadas, o legislador ordinário define o antecedente da norma punitiva em função de compensações expressamente proibidas *ex lege* e atribui qualificação da penalidade em função de conduta tipificada como crime contra a ordem tributária ou dolo – este no caso de falsidade. Difere – e muito – do mero exercício do direito à compensação indeferido pelo Fisco por razões quaisquer.

O Ministro prossegue em seu voto abordando a classificação das multas tributárias, segundo a sua natureza – em multas moratórias e multas punitivas, e estas últimas classificadas em isoladas ou de ofício⁸⁰ –, e demonstra o descumprimento dos requisitos da proporcionalidade, pela carência de previsão no antecedente da norma da prática de fraude, falsidade ou abuso de direito, pelo risco de atingimento de contribuintes de boa-fé que tiveram a sua compensação não homologada por erro formal em sua declaração, bem como por inibir o sujeito passivo de exercer o direito de compensação tributária. E, conclui:

Isso posto, tenho que a aplicação de multa isolada pela mera não homologação de declaração de compensação, sem que esteja caracterizada a má-fé, falsidade, dolo ou fraude, fere o direito fundamental de petição e o princípio da proporcionalidade.

Como se nota, o Relator da ADI n. 4.905 critica o comando punitivo encerrado no art. 74, §17, da Lei n. 9.430/1996, por carecer da necessária definição de um ilícito no seu antecedente e por ferir um direito assegurado pelo ordenamento jurídico.

Também no prisma da análise encetada pelo Ministro Gilmar Mendes, exsurge descabida a pretensão punitiva de feição exclusivamente impositiva – como tal definida por lei ordinária, permitindo-nos elucubrar sua tendência de admitir a sua natureza

⁷⁷ A multa aplicável é de 150% sobre o valor total do débito indevidamente compensado, nos termos do art. 18, §2º, da Lei n. 10.833/2003 c/c art. 44, I, da Lei n. 9.430/1996.

⁷⁸ Nos termos do art. 74, §12, II, da Lei n. 9.430/1996, considera-se “não declarada” a compensação de créditos vedados, não surtindo efeito de extinção do débito compensado passível de homologação e a multa aplicável é de 75% do débito indevidamente compensado, de acordo com o art. 18, §4º, da Lei n. 10.833/2003 c/c art. 44, I, da Lei n. 9.430/1996.

⁷⁹ A multa aplicável é de 150% do débito indevidamente compensado, na forma do art. 18, §4º, da Lei n. 10.833/2003 c/c art. 44, I e §1º, da Lei n. 9.430/1996 c/c arts. 71 a 73 da Lei n. 4.502/1964.

⁸⁰ “Esta Corte já teve a oportunidade de se manifestar de forma a esclarecer sobre a referida classificação: “No direito tributário, existem basicamente três tipos de multas: as moratórias, as punitivas isoladas e as punitivas acompanhadas do lançamento de ofício. As multas moratórias são devidas em decorrência da impontualidade injustificada no adimplimento da obrigação tributária. As multas punitivas visam coibir o descumprimento às previsões da legislação tributária. Se o ilícito é relativo a um dever instrumental, sem que ocorra repercussão no montante do tributo devido, diz-se isolada a multa. No caso dos tributos sujeitos a homologação, a constatação de uma violação geralmente vem acompanhada da supressão de pelo menos uma parcela do tributo devido. Nesse caso, aplica-se a multa e promove-se o lançamento do valor devido de ofício. Esta é a multa mais comum, aplicada nos casos de sonegação”. (AI-AgR 727.872/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe. 18.5.2015) (realce atual). As multas punitivas incidem, também, no caso de descumprimento de deveres instrumentais, reforçando o dever de todos em colaborar com o Fisco na arrecadação e fiscalização de tributos. As multas punitivas tributárias podem ser classificadas em isoladas, de ofício, qualificadas e agravadas. São isoladas: “as multas punitivas aplicáveis diretamente pelo Fisco “de ofício” em face do descumprimento do contribuinte de suas obrigações. Sem observância pelo sujeito passivo de seus deveres de informar ou pagar antecipadamente, tanto a obrigação principal quanto as sanções decorrentes de seu descumprimento dependem de ato do Fisco, constituindo e sancionando, de ofício, os deveres inobservados pelo agente particular”. (Multas Tributárias de Ofício, Isolada, Qualificada e Agravada - Considerações sobre Cumulação de Multas e sobre o Entendimento Jurisprudencial dos Princípios da Proporcionalidade e do não Confisco Aplicados às Multas Tributárias. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, n. 225, jun/2014, p. 62)”.

como propositiva, como pedra de toque da proporcionalidade da punição e do respeito ao direito do contribuinte de não ser punido por conduta não vedada *ex lege*.

Realizando um exercício exegético do efeito de tal entendimento sobre o art. 44, I, da Lei n. 9.430/1996, permitimo-nos admitir que as críticas e conclusões vazadas pelos Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes seriam igualmente aplicáveis, mormente em razão da ausência de ato ilícito previsto no antecedente da norma – à cominação de multa bastaria um tributo devido sob alegação de falta ou insuficiência de recolhimento – e da forma automática de aplicação – a automaticidade da multa de ofício vinculada decorre de programação de sistema para ser aplicada em todo e qualquer auto de infração.⁸¹

CONCLUSÃO

Parece-nos que a resposta mais apropriada à indagação apresentada no capítulo introdutório deste trabalho seria pela natureza **propositiva** da pretensão punitiva prevista no art. 142, *caput, in fine*, do CTN, servindo tal característica de vetor à legislação tributária, considerando que o CTN abriga as normas gerais de Direito Tributário, conforme competência atribuída pelo art. 146 da CF/88.

O fato de o art. 44 da Lei n. 9.430/1996 conter comando de aplicação de penalidade de forma vinculada ao lançamento de tributo não seria razão a justificar o desrespeito ao CTN, seja por abrir, este último, normas gerais de Direito Tributário, seja porque se afigura plenamente possível a interpretação e aplicação daquele dispositivo conforme o art. 142 do CTN, a começar por admitir que o lançamento apenas inaugura o processo de constituição do crédito tributário *lato sensu*, com especial foco na penalidade indicada pela Autoridade Administrativa, sendo caso.

Disso já decorreria, a nosso ver, boa parte da solução da *quaestio*, por implicar que a penalidade não é aplicada antes da decisão final no contencioso administrativo provocado pela impugnação do sujeito passivo.

A natureza propositiva da pretensão punitiva decorreria não apenas da interpretação literal do art. 142, *caput*, do CTN, mas de uma análise sistemática das normas gerais consignadas no *Codex* tributário, que definem o auto de infração – na acepção de lançamento de tributo e cominação de penalidade – como um plexo de atos tendentes à constituição definitiva do crédito tributário e que compõem um procedimento a cargo do Fisco, iniciado pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento, nos termos do art. 173, Parágrafo único, do CTN, e, no caso de impugnação do sujeito passivo, encerrado com a decisão administrativa definitiva que mantém o crédito tributário *lato sensu* (tributo e penalidade), conforme art. 201, *caput*, do CTN.

A penalidade é proposta (e não imposta) pela autoridade fiscal no exercício da sua função de formalizar, unilateralmente, a ocorrência do que classifica como infração decorrente do inadimplemento de obrigação tributária, originando o procedimento do lançamento, sendo que a sua definitividade dependerá, necessariamente, da concordância do sujeito passivo acerca do crédito tributário, mediante pagamento,

⁸¹ Exceto nos casos enquadrados pelo agente fiscal em hipótese legal de não aplicação de penalidade, a exemplo do art. 100 do CTN, ou do art. 63 da Lei n. 9.430/1996, ou, ainda, do art. 5º, §2º, do Decreto-lei n. 2.124/1984.

parcelamento ou compensação, ou, no caso de irresignação, de decisão de órgão julgador administrativo, este sim investido da competência de aplicar a penalidade ou de afastar aquela proposta pela autoridade fiscal.

Considera-se **aplicada** a penalidade no momento que o crédito tributário *lato sensu* (tributo e penalidade) se afigura constituído em definitivo – e não antes.

É dizer: a natureza propositiva da pretensão punitiva prevista decorre do CTN, notadamente em razão do modelo de lançamento escolhido pelo legislador, que não se encerra num só ato isolado, mas resulta da realização de um conjunto encadeado de atos voltados ao fim de constituição definitiva do crédito tributário *lato sensu* (tributo e penalidade).

Também, à luz do texto constitucional, não se admitiria uma pretensão punitiva de natureza impositiva cujo exercício prescindia de concreta aferição da licitude e boa-fé da conduta do sujeito passivo e que anteceda a realização do contraditório e da ampla defesa pelas partes. Estamos convictos de que há de se assegurar o *due process of law* antes de se considerar aplicada a penalidade e valorar a índole subjetiva da vontade do sujeito passivo na prática da conduta reputada infracional, o que afastaria de per si a automaticidade da multa em função da mera acusação da existência de um crédito tributário ainda não constituído em definitivo.

Disso decorrem diversos efeitos jurídicos relevantes, a começar pela limitação da competência do legislador ordinário à definição de penalidades, ficando vedado prever a sua aplicação antes de encerrado o iter do lançamento, mormente no bojo do contencioso administrativo em que o sujeito passivo impugna o auto de infração.

As normas ordinárias que versam sobre penalidade tributária hão de ser interpretadas à luz de tal comando, a exemplo do art. 44, I, da Lei n. 9.430/1996, que deve ser compreendido nos lindes do CTN, inclusive como condição de legalidade, no sentido de que tal aplicação possui cunho propositivo e não impositivo.

Um outro efeito fundamental ecoado de tal compreensão é a competência do julgador administrativo de deliberar sobre a aplicação de penalidade, seja aquela proposta pelo agente fiscal, outra menos gravosa, ou mesmo entender não ser caso de penalidade, seja por reconhecer o enquadramento do caso em hipótese legal de vedação de multa ou de sua relevação – a exemplo dos arts. 100 e 112, ambos do CTN –, seja por valorar aspectos subjetivos da conduta do contribuinte e concluir não caracterizar *ipso facto* infração sujeita à punição.

Tais efeitos, a nosso ver, seriam suficientes para justificar a revisão da prática atual da pretensão punitiva no contencioso administrativo tributário, em prol da sua coerência com as normas gerais preconizadas pelo CTN, o que prescindiria de alteração legislativa, antes demandando a plena observância daquelas.

REFERÊNCIAS

AMED, Fernando José; NEGREIROS, Plínio José Labriola de Campos. *História dos tributos no Brasil*. São Paulo: Sinapesp, 2000.

ARANHA, Oswaldo. Exposição de Motivos do Ministro da Fazenda, Dr. Oswaldo Aranha, encaminhado ao Sr. Presidente da República o Projeto do Código Tributário Nacional. In:

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: IBGE, p. 1-15, 1954. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517>. Acesso em: 10 nov 2020.

BARROS, José Eduardo Monteiro de. Teoria geral do lançamento. In: ATALIBA, Geraldo. *Elementos de direito tributário: notas taquigráficas do III Curso de Especialização em Direito Tributário*, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 411-445, 1978.

BENEVIDES, M. V. *O governo Kubitschek: desenvolvimento econômico e estabilidade política, 1956-1961*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

BORGES, José Souto Maior. Pequena introdução crítica ao estudo do lançamento tributário. In: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO FINANCEIRO (coord.). *Proposições tributárias: em homenagem a Rubens Gomes de Sousa*. São Paulo: Resenha Tributária, p. 151-171, 1975.

BRASIL. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaompilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto n. 13, de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados e aos Municípios. *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, [Capital Federal], ano 21, n. 131, p. 5.790-5.799, 15 set. 1966. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD15SET1966.pdf&npagina=>. Acesso em: 4 nov. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto n. 4.834, de 1954. Institui o Código Tributário Nacional. *Diário do Congresso Nacional*, [Rio de Janeiro], ano 9, n. 149, p. 6.071-6.080, 7 set. 1954. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07SET1954.pdf#page=11>. Acesso em: 4 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.124, de 13 de junho de 1984*. Altera a legislação do imposto de renda, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del2124.htm. Acesso em: 2 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996*. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Diário Oficial da União, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm. Acesso em: 2 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003*. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências. Diário Oficial da União, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.833.htm. Acesso em: 2 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n. 4.502, de 30 de novembro de 1964*. Dispõe Sobre o Imposto de Consumo e reorganiza a Diretoria de Rendas Internas. Diário Oficial da União, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14502.htm. Acesso em: 2 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997*. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Diário Oficial da União, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19532.htm. Acesso em: 7 nov. 2020.

BRASIL. *Lei n. 10.426, de 24 de abril de 2002*. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110426.htm. Acesso em: 7 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria do Ministério da Fazenda n. 784, de 19 de agosto de 1953. *Diário Oficial*: 20 de agosto de 1953.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Projeto de Código Tributário Nacional. In: *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: IBGE, 1954. p. 17-78. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517>. Acesso em: 10 nov 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro, 1954. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517>. Acesso em 10 nov 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil e normas correlatas*. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

CASTRO, J. A.; SANTOS, C. H.; RIBEIRO, J. A. C. *Tributação e equidade no Brasil: um registro da reflexão do Ipea no Biênio 2008-2009*. Brasília: Ipea, 2010. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3273>. Acesso em: 6 nov. 2020.

CORREIA NETO, Celso de Barros. Ainda não sabemos como se define uma multa confiscatória. *Consultor Jurídico*, 5 set 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-05/observatorio-constitucional-ainda-nao-sabemos-define-multa-confiscatoria>. Acesso em: 8 set. 2020.

FONSECA, Reynaldo Soares da. *A conciliação à luz do princípio constitucional da fraternidade: a experiência da justiça federal da primeira região*. 120 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FREITAS, Vladimir Passos (coord). *Código tributário nacional comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/72655091/v8/page/1>. Acesso em: 7 nov. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO FINANCEIRO (IBDF). *Codificação do direito tributário*. Rio de Janeiro: IBDF, 1955.

LUQUI, Juan Carlo. O projeto de Código tributário nacional do Brasil. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 44, p. 540-547, 1956.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MACHADO, Schubert de Farias. O ilícito como pressuposto da sanção e a proporcionalidade nas multas tributárias. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, p. 367-383, 2012. v. 16.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Teoria do lançamento tributário*. Reprodução eletrofotostática do original impresso em 1965. São Paulo: Resenha Tributária, 1973. p. 36, citado em nota de rodapé.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. A evolução da estrutura tributária e do fisco brasileiro: 1889-2009. In: CASTRO, J. A.; SANTOS, C. H. M.; RIBEIRO, J. A. C. (org.). *Tributação e equidade no Brasil: um registro da reflexão do IPEA no biênio 2008-2009*. Brasília: IPEA, p. 153-212, 2010.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL (RFB). *Relatório Anual de Fiscalização – Resultados de 2019 e Plano de Ação para 2020*. Disponível em:

<https://receita.economia.gov.br/dados/resultados/fiscalizacao/arquivos-e-imagens/plano-anual-de-fiscalizacao-resultados-de-2019-e-plano-para-2020.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL (RFB). *Plano Anual da Fiscalização da Secretaria da Receita Federal do Brasil para o ano-calendário de 2019: quantidade, principais operações fiscais e valores esperados de recuperação de crédito tributário*. Disponível em: https://receita.economia.gov.br/dados/resultados/fiscalizacao/arquivos-e-imagens/2019_05_06-plano-anual-de-fiscalizacao-2019.pdf. Acesso em: 19 nov. 2020.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL (RFB). *Relatório anual de atividades Receita Federal 2013*. Brasília, 2013. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/publicacoes/relatorio-anual-deatividades/relatorioanualatividades2013.pdf>. Acesso em 21 nov. 2020.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL (RFB). *Instrução Normativa RFB n. 1.565, 11 de maio de 2015*. Estabelece procedimentos para o arrolamento de bens e direitos e representação para propositura de medida cautelar fiscal. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=63953>. Acesso em: 14 nov. 2020.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL (RFB). *Portaria RFB n. 1.750, de 12 de novembro de 2018*. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=96434>. Acesso em: 14 nov. 2020.

SOUSA, Rubens Gomes de. Anteprojeto de autoria do Prof. Rubens Gomes de Sousa, que serviu de base aos trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional. In: BRASIL. Ministério da Fazenda. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: IBGE, p. 263-406, 1954. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/511517>. Acesso em: 9 nov. 2020.

SOUSA, Rubens Gomes de. Do procedimento tributário. In: ATALIBA, Geraldo. *Elementos de direito tributário: notas taquigráficas do III Curso de Especialização em Direito Tributário*, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 369-409, 1978.

WINKLER, Noé. Aspectos do imprescindível esforço para demonstração da inércia e outras considerações. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Caderno de Pesquisas Tributárias n. 1: decadência e prescrição*. São Paulo: Resenha Tributária, p. 285-312, 1976.



ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS: H.F. AND OTHERS V. FRANCE PERANTE O COMITÊ DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS DA ONU E PERANTE A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

*Carla Ribeiro Volpini Silva¹,
Fernanda Menezes dos Santos²*

RESUMO

A jurisdição extraterritorial é um elemento essencial para garantir a responsabilização de Estados por atos ou omissões em território internacional ou de outros Estados que aflijam os direitos dos indivíduos sob as normas internacionais de direitos humanos. Órgãos e Cortes de Direitos Humanos têm utilizado diversos critérios para determinar a aplicação ou não da jurisdição extraterritorial em casos concretos. Essa variedade de critérios gera uma certa discrepância entre tal aplicação nos diferentes órgãos, de maneira que interpretações às vezes mais amplas, às vezes mais restritivas, podem ser encontradas. Dentre as interpretações mais amplas, encontra-se o recente entendimento do Comitê dos Direitos das Crianças da Organização das Nações Unidas (ONU) de determinar a existência da jurisdição da França sobre crianças vivendo em campos em Rojava, na Síria, a partir de um critério de capacidade e nacionalidade. Por outro lado, sobre o mesmo caso, a Corte Europeia de Direitos Humanos adotou um critério de controle efetivo sobre territórios e pessoas, decidindo pela não existência da jurisdição extraterritorial no caso. A partir disso, o presente trabalho tem por objetivo analisar extensivamente as decisões do CDC e da CtEDH sobre o caso H. F. and Others v. France e traçar conclusões comparativas. Trata-se de uma importante análise para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma vez que os critérios utilizados pelos citados órgãos poderão gerar eventuais lacunas na proteção de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Modelo de capacidade da jurisdição; nacionalidade; jurisdição extraterritorial; Comitê dos Direitos das Crianças da ONU; Corte Europeia de Direitos Humanos.

Between progress and pushbacks: H.F. and Others v. France before the UN Committee on the Rights of the Child and before the European Court of Human Rights

ABSTRACT

Extraterritorial jurisdiction is an essential element in guaranteeing the accountability of States for acts or omissions in an international territory or of other States that affect the rights of individuals under international human rights norms. Human Rights Bodies and Courts have used

¹Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Internacional e Comunitário Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, especialização em Direito Processual pelo IEC/PUCMINAS, e graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora Associada II do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

²Mestranda em Direito Internacional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas) ; Bacharel em Relações Internacionais pela PUC-Minas ; Especialista em Direito Internacional e Direitos Humanos pela PUC-Minas . Advogada.

different criteria to determine the application or not of extraterritorial jurisdiction in concrete cases. This variety of criteria generates a certain discrepancy between such applications in different bodies, so that sometimes broader, sometimes more restrictive interpretations can be found. Among the broader interpretations, there is the recent understanding of the UN Committee on the Rights of the Child to determine the existence of French jurisdiction over children living in camps in Rojava, Syria, based on a criterion of capacity and nationality. On the other hand, on the same case, the European Court of Human Rights adopted a criterion of effective control over territories and people, deciding for the non-existence of extraterritorial jurisdiction in the case. Hence, the present paper aims to extensively analyze the decisions of the CRC and the ECtHR on the case *H. F. and Others v. France* and draw comparative conclusions. This is an important analysis for International Human Rights Law, since the criteria used by the bodies mentioned above may generate possible gaps in the protection of rights.

KEYWORDS: Capacity-model of jurisdiction; nationality; extraterritorial jurisdiction; UN Committee on the Rights of the Child; European Court of Human Rights.

INTRODUÇÃO

Jurisdição extraterritorial tem sido um dos temas mais discutidos em sede de Cortes Internacionais e órgãos da Organização das Nações Unidas (ONU), principalmente no que se refere às suas formas de aferição e aplicação. Nesse sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH ou a Corte) é reconhecidamente uma das Cortes que mais trata sobre a jurisdição extraterritorial, possuindo uma jurisprudência dissidente e mais restritiva acerca da aplicação do instituto (MALLORY, 2021). Por outro lado, órgãos da ONU, como o Comitê de Direitos Humanos (CDH) e o Comitê dos Direitos das Crianças (CDC ou o Comitê) têm aplicado a noção de jurisdição extraterritorial de modo muito mais amplo, baseando-se em modelos de aplicação que fogem daqueles comumente utilizados pela CtEDH (OLLINO, 2021). Esses modelos, portanto, têm sido estudados de modo mais atual, para que seja possível se averiguar um modelo de aplicação de jurisdição extraterritorial mais uniforme e de possível aplicação em casos concretos sem profundos desafios.

O presente artigo, à vista disso, traz uma nova perspectiva acerca dos critérios de aplicação da jurisdição extraterritorial, a partir da análise dos critérios aplicados pelo CDC e pela CtEDH em um recente caso. O caso tomou notoriedade por tratar-se de crianças vivendo em condições míseras, estando em campos de refugiados na Síria, e requerendo a repatriação por parte da França. Outro importante diferencial do caso é que o mesmo foi julgado, bem como, pela CtEDH, a qual decidiu pela não aferição de jurisdição extraterritorial. Trata-se, portanto, de dois órgãos de supervisão de Direitos Humanos decidindo o mesmo caso de maneira abruptamente divergente.

Utilizar-se do argumento da capacidade e da nacionalidade na garantia e violação de Direitos Humanos tem sido considerado uma maneira mais ampla de aplicar a jurisdição extraterritorial, fugindo do tradicional modelo de controle efetivo sobre território e sobre pessoas, comumente aplicado pela CtEDH e amplamente desafiado por casos concretos. Contudo, tem se percebido que esses casos exigem uma maior flexibilidade e ampliação da noção de jurisdição extraterritorial para que haja uma efetiva proteção de Direitos Humanos ou sua reparação, em casos de violação. À vista disso, o objetivo principal do presente trabalho é, portanto, analisar extensivamente as decisões

do CDC e da CtEDH sobre o caso H. F. and Others v. France e traçar conclusões comparativas.

Para tanto, primeiramente será feita uma breve conceituação e aprofundamento da jurisdição extraterritorial, a partir da sua elaboração e aplicação por órgãos e Cortes de Direitos Humanos. Essa conceituação é importante para se demarcar os principais elementos de tal instituto, auxiliando a contextualização de quais modelos têm sido aplicado pelos citados órgãos. Em seguida, será feita uma contextualização acerca do recente caso do CDC e quais foram os elementos utilizados para a aferição da jurisdição extraterritorial, como uma forma de estudo de caso, para que seja possível compreender no nível prático da sua aplicação, para além do meramente teórico. A quarta sessão tratará da decisão do mesmo caso por parte da CtEDH, compreendendo os argumentos utilizados para a não aferição da jurisdição extraterritorial, em contraponto à decisão do CDC. Por fim, será elaborada uma breve conclusão.

1. BREVE ANÁLISE DA JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL

Jurisdição extraterritorial tem sido um tema amplamente discutido em Cortes internacionais de Direitos Humanos e órgãos da ONU, principalmente no que diz respeito ao seu escopo e alcance. Assim, faz-se necessário compreender melhor o que diz respeito à jurisdição extraterritorial e as principais questões que a envolve.

A jurisdição extraterritorial concerne à aplicação de obrigações decorrentes de tratados internacionais em locais que estejam fora do território nacional do Estado. Logo, a partir do momento que um Estado atua de modo a impactar a vida de indivíduos fora do seu território nacional, ele está atuando de acordo com sua jurisdição extraterritorial, estando obrigado nos moldes dos tratados de que é signatário. Por exemplo, a Convenção Europeia de Direitos Humanos garante os direitos tratados por ela a todos que estejam sob a jurisdição das Partes Contratantes, ao determinar que estas “reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades [...]” (CEDH, 1950). Na mesma linha, a Convenção Americana de Direitos Humanos determina que os Estados signatários se comprometem a respeitar os direitos e liberdades previstos na Convenção “[...] a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição [...]” (OEA, 1969). Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos determina que os Estados devem respeitar e garantir os direitos de “[...] todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição [...]” (ONU, 1966). Esses são só alguns exemplos dos inúmeros tratados de Direitos Humanos que possuem a cláusula da jurisdição.

A jurisdição é, pois, um critério preliminar para determinar as obrigações dos Estados quanto aos Direitos Humanos. Assim, as violações de Direitos Humanos contra indivíduos que estejam fora do território estatal podem ser atribuídas ao Estado quando este age de acordo com sua jurisdição extraterritorialmente. Em que pese a definição de jurisdição extraterritorial ser relativamente simples, esta tem sido objeto de um extenso imbróglio jurídico quanto a sua aplicação por órgãos internacionais de Direitos Humanos, uma vez que cada um interpreta a jurisdição extraterritorial, de acordo com seu respectivo tratado internacional, de modo divergente.

Uma das Cortes que mais tem discutido a matéria é a CtEDH, no que diz respeito à aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos fora do território dos Estados signatários. A CtEDH possui uma interpretação restritiva acerca da aplicação da jurisdição extraterritorial, em que pese ser demasiadamente complicado definir qual é a tendência da sua interpretação. Isto porque existe uma profunda divergência no âmbito interno da CtEDH, a qual, primordialmente a partir da década de 2000, alterou sua interpretação acerca do tema diversas vezes, tendo sido extremamente criticada por seu posicionamento restritivo de aplicação da jurisdição extraterritorial e sua jurisprudência considerada discrepante (BESSION, 2012). Mallory (2021) explica que até a década de 2000 a jurisprudência da CtEDH era linear e coerente, tendo sido desenvolvida de modo a ampliar a concepção de jurisdição da CEDH, cenário o qual foi abruptamente alterado com a decisão do caso *Bankovic v. Belgium et al.*, em 2001. Em *Bankovic*, a Corte entendeu que a jurisdição é primordialmente territorial e que sua extraterritorialidade deve ser considerada apenas em circunstâncias excepcionais (CtEDH, 2001).

A partir desse caso, a jurisprudência da Corte se alterou e vem se alterando substancialmente, em momentos sendo coerente e estável, e em outros sendo contraditória e até mesmo arbitrária (MALLORY, 2021). Como exemplo, tem-se o caso *Al Skeini v. United Kingdom* (2011), pelo qual a Corte procurou sistematizar o critério de aplicação da jurisdição extraterritorial, classificando-a como o total controle efetivo de uma área fora do território do Estado ou o controle efetivo pessoal em relação a indivíduos que se encontrem fora do território estatal, decidindo que o Reino Unido havia exercido o total controle efetivo pessoal, sendo, portanto, responsável por violações de Direitos Humanos no Iraque. Nos casos posteriores ao *Al Skeini*, a Corte conseguiu manter uma coerência de suas decisões, até mesmo ampliando, em certa medida, sua interpretação (MALLORY, 2021). Nos casos *Al Jeddá v. United Kingdom* (2011) e *Hassan v. United Kingdom* (2014), ambos nos quais iranianos haviam sido detidos por forças do Reino Unido, a Corte encontrou um nexo jurisdicional entre o Estado e os indivíduos, determinando que o Estado havia exercido o controle pessoal sobre eles. Ainda em outro caso, a Corte entendeu pela aplicação da jurisdição extraterritorial no caso de migrantes em botes no Mar Mediterrâneo, decidindo que a Itália havia exercido jurisdição sobre eles no caso *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (2012).

Contudo, a onda de coerência das decisões da Corte teve, mais uma vez, uma reviravolta, uma vez que as decisões passaram a ser tomadas de modo mais restritivo novamente. Por exemplo, em casos mais recentes, como no caso *M.N. v. Belgium* (2020), a CtEDH decidiu pela inadmissibilidade da questão, compreendendo que a Bélgica não havia exercido jurisdição sobre indivíduos que se encontravam em sua embaixada em Beirute, no Líbano. Bem como, a CtEDH entendeu pela não aplicação da jurisdição extraterritorial no caso *Georgia v. Russia* (2021), decidindo que a Rússia não havia exercido jurisdição sobre indivíduos durante um período de conflito ativo na Geórgia.

Mais do que decidir de modo abruptamente divergente de decisões anteriores, a Corte considerou diferentes elementos entre casos que já tinham sido previamente estabelecidos em outras decisões como critérios de aplicação e interpretação da jurisdição extraterritorial. Desta feita, para além da discrepância interna na jurisprudência da CtEDH nos diversos casos que abrangem a temática da jurisdição extraterritorial, tem-

se que a CtEDH é também divergente quanto à interpretação de outros importantes órgãos de proteção aos Direitos Humanos.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) nunca se manifestou sobre a questão da jurisdição extraterritorial por meio da sua competência contenciosa. Porém, já opinou pela sua aplicação quando um Estado exerce o controle ou autoridade fora de seu território, possuindo um entendimento amplo acerca da jurisdição extraterritorial. A Opinião Consultiva nº 23/2017 é um marco quanto à interpretação da CtIDH acerca da aplicação da jurisdição extraterritorial, tendo sido determinado que o Estado tem a obrigação de respeitar os Direitos Humanos de “[...] todas as pessoas que se encontram no território do Estado ou que de alguma forma estão sujeitas à sua autoridade, responsabilidade ou controle” (CtIDH, 2017).

A CtIDH considerou, primeiramente, que a jurisdição não estaria adstrita ao território nacional do Estado. Assim, concluiu que a jurisdição “signifies that it is not limited to the concept of national territory, but covers a broader concept that includes certain ways of exercising jurisdiction beyond the territory of the State in question” (CtIDH, 2017). A partir disso, a CtIDH traçou um caminho pelo qual afirmou que o controle efetivo sobre territórios ou pessoas, amplamente aplicado pela CtEDH, pode não ser suficiente para se definir o alcance da jurisdição extraterritorial. A CtIDH chegou a essa conclusão por meio do caso concreto em que opinava, qual seja de obrigações ambientais. No caso de obrigações ambientais, a CtIDH entendeu que o ideal para se compreender a jurisdição extraterritorial seria aplicar um modelo de causa e efeito. Assim, indivíduos cujos direitos foram afetados pelo Estado, por meio de danos ambientais transfronteiriços, estariam sob sua jurisdição:

Para os fins da Convenção Americana, quando ocorre um dano transfronteiriço que afete direitos decorrentes de tratados, entende-se que as pessoas cujos direitos foram violados estão sob a jurisdição do Estado de origem, se houver nexo de causalidade entre o fato que originada em seu território e a violação dos direitos humanos das pessoas fora de seu território (CtIDH, 2017, tradução nossa)³.

Bem como, aponta-se o entendimento amplo do CDH quanto à aplicação da jurisdição extraterritorial, utilizando-se como caso paradigma o *A.S. and Others v. Italy* (2019), no qual houve o entendimento de que a Itália havia exercido jurisdição extraterritorial quanto a migrantes em alto mar. Na decisão, a CDH considerou que os indivíduos estavam sob a jurisdição italiana, uma vez que “[...] foram diretamente afetados pelas decisões tomadas pelas autoridades italianas de uma forma que era razoavelmente previsível à luz das obrigações legais relevantes da Itália [...]” (CDH, 2019), concluindo que a Itália havia violado o PIDCP. Em relação ao semelhante *A.S. and Others v. Malta* (2019), o CDH decidiu na mesma linha. Em ambos os casos, é possível perceber a aplicação de um conceito de capacidade para se estabelecer a existência da jurisdição. Conforme explica Ollino (2021), o CDH entendeu que Malta tinha capacidade de evitar as mortes ocorridas, por ter aceitado atuar como coordenadora dos esforços de

³ For the purposes of the American Convention, when transboundary damage occurs that effects treaty-based rights, it is understood that the persons whose rights have been violated are under the jurisdiction of the State of origin, if there is a causal link between the act that originated in its territory and the infringement of the human rights of persons outside its territory.

salvamento. Por sua vez, a Itália, em que pese não atuar na coordenação do resgate, estabeleceu uma relação de dependência, haja vista ter sido o contato inicial das pessoas em alto mar e pela proximidade em que estava do ocorrido, tendo, por isso, a capacidade de ter intervindo.

Essas decisões não foram a primeira vez que o CDH recorreu a uma análise concernente à capacidade do Estado de impactar a vida de indivíduos para se definir a aplicação da jurisdição extraterritorial. O Comentário Geral nº 36 do CDH sobre o direito a vida determina que:

Os Estados Partes devem respeitar o direito à vida e têm o dever de abster-se de qualquer conduta que resulte em privação arbitrária da vida. Os Estados Partes também devem assegurar o direito à vida e exercer a devida diligência para proteger a vida dos indivíduos contra privações causadas por pessoas ou entidades, cuja conduta não seja imputável ao Estado. A obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o direito à vida se estende a ameaças razoavelmente previsíveis e situações de risco de vida que podem resultar em perda de vida (CDH, 2018, tradução nossa)⁴.

Como visto, tanto o CDH quanto a CtIDH possuem interpretações que fogem do convencional modelo de controle efetivo sobre territórios ou pessoas aplicado pela CtEDH. Nesse sentido, importante mencionar que outros órgãos da ONU seguem esse padrão de não aplicar o modelo convencional. Por exemplo, o CDC utilizou do modelo da capacidade, combinado com outros elementos, para definir que a França possuía jurisdição sobre crianças em campos de refugiados no norte de Rojava, na Síria. Dessa maneira, o CDC utilizou, para além da capacidade, a ideia de que a França tinha ciência da mísera situação vivida pelas crianças e o fato delas serem nacionais francesas como um critério tripartite para a definição da jurisdição extraterritorial.

2. O CASO H. F. AND OTHERS V. FRANCE

Em um recente caso julgado pelo CDC, decidiu-se que a França teria jurisdição sobre crianças vivendo em campos de refugiados na Síria, sendo condenada à repatriação delas (CDC, 2021). O mesmo caso foi julgado pela CtEDH posteriormente, e decidiu-se que não haveria a existência da jurisdição francesa sobre os indivíduos (CtEDH, 2022). Trata-se de dois casos comunicados em que crianças foram tiradas da França, ou já nasceram fora do território francês, por mães francesas para se juntarem ao *Islamic State in Iraq and Levant* (ISIL), em 2014 e 2015. Muitos desses indivíduos fugiram mais tarde, foram deslocados ou capturados e acabaram nos campos de Roj, Ain Issa e Al-Hol, na região de Rojava, no nordeste da Síria. Dezenas de milhares estão atualmente detidos nos campos, entre eles milhares de estrangeiros, incluindo cerca de algumas centenas de cidadãos franceses (DUFFY, 2021). Nesse sentido, os campos de Roj e Al-Hol contam com cerca de 60 mil indivíduos, sendo um quinto deles nacionais estrangeiros; a maioria desses indivíduos são crianças vivendo em condições de miserabilidade (RSI, 2021). De acordo com um relatório do *Rights and Security International* (RSI),

⁴ States parties must respect the right to life and have the duty to refrain from engaging in conduct resulting in arbitrary deprivation of life. States parties must also ensure the right to life and exercise due diligence to protect the lives of individuals against deprivations caused by persons or entities, whose conduct is not attributable to the State. The obligation of States parties to respect and ensure the right to life extends to reasonably foreseeable threats and life-threatening situations that can result in loss of life.

cerca de cinco crianças morreram a cada semana durante os anos de 2019 e 2020 nesses campos (RSI, 2021).

A comunicação ao CRC, à vista disso, dizia respeito ao direito das crianças de serem repatriadas à França, por serem nacionais francesas e estarem vivendo em condições extremas de vulnerabilidade e miséria. De acordo com os autores das comunicações, o governo francês não teria tomado as medidas necessárias para a repatriação das crianças. Assim, estaria em violação à Convenção sobre o Direito das Crianças (ONU, 1989), mais precisamente uma violação do direito a não discriminação (Artigo 2), direito à vida e ao desenvolvimento (Artigo 6), direito ao melhor padrão de saúde e serviços destinados à saúde (Artigo 24), e o direito a não serem submetidas à tortura ou tratamento cruéis e desumanos (Artigo 37), entre outros. Por outro lado, a comunicação à CtEDH dizia respeito ao repatriamento não só das crianças, mas também das suas mães.

Nas comunicações dos casos, foi explicado que desde o início de 2018 vários nacionais franceses deixaram o ISIL e se renderam às forças curdas em Rojava, na tentativa de serem repatriados para a França. Conforme explica o relatório do RSI, as forças curdas atuam em Rojava de forma autônoma desde 2012, por meio da *Autonomous Administration of North and East Syria* (AANES), o qual não possui reconhecimento diplomático algum (RSI, 2021). Naquele momento, as forças curdas demonstraram sua intenção de ver os nacionais detidos em campos repatriados aos seus países de origem, de modo que eles não iriam agir de nenhuma forma contra esses indivíduos, por não haver responsabilidade criminal atribuída a eles (CDC, 2021).

Em que pese tais manifestações, o Estado francês, em particular, não tomou nenhuma medida para a efetiva repatriação de crianças e mulheres detidos arbitrariamente nos campos da região de Rojava. Vários pedidos foram feitos para que houvesse a repatriação, sem sucesso, esgotando os remédios domésticos (CDC, 2021). Contudo, torna-se importante mencionar que a França, entre os anos de 2019 e 2020, organizou a repatriação de cerca de 35 menores que estavam vivendo nos campos, mas recusou a repatriação de suas mães. Em um comunicado, o *Ministry for Europe and Foreign Affairs* manifestou:

A decisão foi tomada tendo em vista a situação dessas crianças muito pequenas e especialmente vulneráveis. Em relação aos franceses adultos que eram combatentes e jihadistas que seguiram o Daesh [o chamado ISIL] até o Levante, a posição da França não mudou: eles devem ser julgados no território onde cometeram seus crimes. É uma questão de justiça e segurança (FRANCE, 2019, tradução nossa)⁵.

Já em 5 de julho de 2022, o *Ministry for Europe and Foreign Affairs* comunicou que outras 35 crianças foram repatriadas à França, juntamente com 16 mães dos mesmos campos (FRANCE, 2022). Todavia, os indivíduos das comunicações dos casos ao CRC e à CtEDH não estavam entre esses repatriados (CtEDH, 2022). Assim, ainda vivendo nos campos, os indivíduos estariam vivendo em condições de extrema miserabilidade.

⁵ The decision was taken in view of the situation of these very young and especially vulnerable children. Regarding the adult French nationals who were fighters and jihadists who had followed Daesh [so-called ISIL] to the Levant, France's position has not changed: they must be tried on the territory where they committed their crimes. It is a matter of both justice and security.

Algumas crianças são menores de 6 anos de idade, tendo nascido até o ano de 2019. Segundo as comunicações, as crianças estariam sobrevivendo por pouco, vivendo em uma situação de risco iminente de morte (CDC, 2021). A situação nos campos, inclusive, foi considerada como apocalíptica (CtEDH, 2022). Considerando essas condições, as partes requereram a repatriação, argumentando que a França poderia exercer jurisdição extraterritorialmente para que seus pedidos fossem deferidos, perante o CDC e a CtEDH.

3. O CASO H.F. AND OTHERS V. FRANCE PERANTE O COMITÊ DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS

Na decisão de admissibilidade, o CRC concluiu que a França exerce jurisdição sobre as crianças (CDC, 2021). Contudo, o Comitê não elaborou um teste de jurisdição propriamente dito, utilizando o modelo de capacidade, combinado com outros elementos, para determinar a jurisdição da França sobre as crianças. Não foi utilizado, assim, o tradicional modelo de controle sobre pessoas ou sobre território. A própria decisão manifesta que o território não estaria sob o controle efetivo da França, nem as crianças estariam sob o seu controle efetivo, uma vez que a França não fez nada propriamente dito a elas, meramente tendo se recusado a repatriá-las (CDC, 2021).

O Comitê, portanto, utilizou de um critério não muito abordado por Cortes, mas utilizado por órgãos de supervisão da ONU (OLLINO, 2021). Nesse sentido, a ideia principal do modelo aplicado diz respeito à capacidade do Estado de proteger direitos humanos e a uma produção de efeitos em razão das suas ações. Logo, uma ação ou omissão do Estado produz efeitos fora do território nacional perante os tratados de Direitos Humanos, de maneira que, para o Comitê, "um Estado também pode ter jurisdição sobre atos praticados ou que produzam efeitos fora de suas fronteiras nacionais" (CDC, 2021, tradução nossa)⁶. Porém, a grande questão desses efeitos seria que "uma obrigação de proteger os direitos humanos não pode ser desencadeada por uma decisão de não protegê-los; o primeiro é logicamente anterior ao último", na visão de Milanovic (2020, tradução nossa)⁷.

Assim, foram utilizadas "considerações relevantes" para determinar a existência da jurisdição, o que, para Raible (2021), é problemático em razão de não ser possível se definir o que seria relevante sem antes determinar o que seria a jurisdição: "dizer que uma consideração fática é relevante pressupõe um conceito normativo de jurisdição que torna esse fato particular relevante" (RAIBLE, 2021, p. 11, tradução nossa)⁸. Essas considerações relevantes podem ser divididas em três: a informação de que as crianças estariam vivendo em condições miseráveis; a nacionalidade das crianças; e a capacidade do Estado francês de repatriá-las.

3.1 AS CONDIÇÕES VIVIDAS PELAS CRIANÇAS

Uma das considerações relevantes utilizadas pelo Comitê para determinar a existência da jurisdição francesa sobre as crianças é de que o Estado teria sido informado

⁶ A State may also have jurisdiction of acts that are performed, or that produce effects, outside its national borders.

⁷ [...] an obligation to protect human rights cannot be triggered by a decision not to protect them; the former is logically prior to the latter,

⁸ [...] saying that a factual consideration is relevant presupposes a normative concept of jurisdiction that makes this particular fact relevant.

pelo autores das comunicações da situação deplorável vivida por elas, durante sua detenção nos campos. Nesse sentido, a decisão do CDC manifestou:

No presente caso, o Comitê observa que é incontestável que o Estado parte foi informado pelos autores da situação de extrema vulnerabilidade das crianças, que foram detidas em campos de refugiados em uma zona de conflito. As condições de detenção foram relatadas internacionalmente como deploráveis e foram levadas ao conhecimento das autoridades do Estado-parte por meio de várias denúncias apresentadas pelos autores em nível nacional (CDC, 2021, tradução nossa)⁹.

Desta feita, a decisão alegou, a partir do que foi apresentado pelos autores, que as condições de detenção vividas pelas crianças estariam causando um risco iminente de um dano irreparável. Os autores alegaram que elas estariam vivendo uma zona de guerra, com condições sanitárias precárias e carência de necessidades básicas (CDC, 2021).

Na visão de Raible, a condição vivida pelas crianças seria um *factual background*, a qual teria sido usada pelo Comitê como uma motivação - "[...] diz respeito a indivíduos vulneráveis - crianças - em situação desesperadora" (RAIBLE, 2021, p. 14, tradução nossa)¹⁰. Contudo, aqui considera-se que a questão da condição dos campos para as crianças foi crucial para a determinação, pelo Comitê, de que a França teria jurisdição. Como visto acima, o Comitê utiliza desse elemento como argumento parte da sua decisão de admissibilidade, estando diretamente relacionada às outras duas considerações - nacionalidade e capacidade. Foi utilizado, assim, como uma condição essencial para a determinação da existência de jurisdição.

Conforme será discutido adiante, as considerações utilizadas pelo Comitê, sozinhas, poderiam não ser o suficiente para basear a existência da jurisdição francesa sobre as crianças. De acordo com Ollino (2021), o Comitê teria se baseado na nacionalidade das crianças e em fatos relevantes que apontariam para a capacidade do Estado em proteger seus direitos, de maneira que "o Comitê identificou tais fatos relevantes no conhecimento do Estado da situação de vulnerabilidade e proximidade da violação dos direitos da criança" (OLLINO, 2021, p. 86, tradução nossa)¹¹. Nota-se que não seria essencial, à essa vista, apenas as condições vividas, mas o conhecimento pleno e inescusável dessas condições pelo Estado francês.

Conforme aponta Duffy (2021), o que é aplicado pelo Comitê é uma abordagem flexível de fato que permite se levar em conta uma série de fatores para determinar se o nexos jurisdicional necessário entre os indivíduos e o Estado está estabelecido; no caso da presente decisão, os fatores contextuais relevantes seriam a iminência, urgência e vulnerabilidade da situação. Questiona-se, nesse sentido, até que ponto as Cortes e outros órgãos de supervisão devem utilizar dessa aplicação flexível, com padrões de

⁹ In the present case, the Committee notes that it is uncontested that the State party was informed by the authors of the situation of extreme vulnerability of the children, who were detained in refugee camps in a conflict zone. Detention conditions have been internationally reported as deplorable and have been brought to the attention of the State party's authorities through the various complaints filed by the authors at the national level.

¹⁰ [...] it concerns vulnerable individuals - children - in a desperate situation.

¹¹ [...] the Committee identified such relevant facts in knowledge of the State of the situation of vulnerability, and the proximity of the violation of children's rights.

critérios mais amplos, quando não podem delimitar quais serão as realidades futuras que assim demandarão (DUFFY, 2021).

Ao se recusar a utilizar de uma abordagem tradicional de controle efetivo sobre território e/ou pessoas, o Comitê se alça à utilização de uma abordagem mais factual, ao considerar que o vínculo jurisdicional entre um indivíduo e seu Estado pode ocorrer por meio de outros fatores que não controle. Contudo, Duffy (2021) aponta para uma importante percepção, de que a decisão do Comitê poderia ser vista como uma abordagem de controle efetivo sobre a situação das crianças, perfazendo, assim, o teste necessário que tanto se requer para determinar a existência da jurisdição. Nesse sentido:

Conforme observado, repensar o teste como foi concebido em alguns casos [...] provavelmente será essencial para permitir que a lei de direitos humanos acompanhe os desenvolvimentos, desde os direitos digitais até a mudança climática, que desafiam inerentemente as noções de controle físico ou pessoal (DUFFY, 2021, *s.p.*, tradução nossa)¹².

3.2 A NACIONALIDADE DAS CRIANÇAS

Sobre a questão da nacionalidade das crianças, o Comitê observou que a França teria jurisdição sobre elas, "como o Estado da nacionalidade das crianças" (CDC, 2021, tradução nossa)¹³. Na visão de Raible (2021), isso significa que a nacionalidade foi uma questão importante, mas não o suficiente para definir a aplicação da jurisdição francesa. Essa necessidade de se utilizar a nacionalidade como uma fonte que atribui jurisdição teria sido essencial para que o Comitê pudesse considerar a comunicação e decidir pela repatriação das crianças (RAIBLE, 2021). Seria essencial, bem como, considerando as condições vividas pelas crianças, no sentido de ser um elemento que permitiria a ajuda humanitária e as retiraria dessas condições.

Em que pese a importância da nacionalidade para permitir que o Comitê decidisse em favor das crianças, alguns autores fazem considerações que julgam ser necessárias no que diz respeito a questionabilidade desse critério sendo aplicado de modo geral. Nesse sentido, Milanovic (2020) explica que se as crianças não fossem francesas, a França não teria a obrigação de repatriá-las. Assim, o autor explica quatro principais problemas relacionados à utilização da nacionalidade em casos de jurisdição extraterritorial. O primeiro deles seria que a nacionalidade é determinada no momento do nascimento, sendo uma maneira superficial de se basear direitos não políticos. Significa dizer que a nacionalidade é um elemento político-jurídico que determina a relação de direitos e deveres entre o Estado e seus nacionais, não sendo o suficiente para cuidar de questões que fogem do padrão de direitos políticos.

Todavia, apesar da nacionalidade estar estritamente relacionada a ideia de direitos políticos, tem-se que essa é o vínculo que garante e determina a proteção do Estado em relação aos seus indivíduos, sendo a base de toda a sistemática dos Direitos Humanos. Nesse sentido, pode-se dizer que é a nacionalidade o vínculo que remete à obrigatoriedade do Estado em defender e respeitar Direitos Humanos, de modo que não

¹² As noted, rethinking the test as it has been conceived in some cases [...] is likely to prove essential to enable human rights law to keep pace with developments, from digital rights to climate change, which inherently defy notions of aerial or personal physical control.

¹³ [...] as the State of the children's nationality.

utilizar a nacionalidade como um critério para aferição de jurisdição extraterritorial é limitar a obrigatoriedade que o Estado tem em garantir os direitos de seus indivíduos. Aqui, remete-se à compreensão de Hannah Arendt (2012) de que a nacionalidade se trata do "direito a ter direitos". Não se pode, com isso, ignorar o vínculo existente entre o Estado e as crianças, que traça a responsabilidade deste em protegê-las.

Em segundo lugar, para Milanovic, a premissa de que o fator nacionalidade faz com que o Estado seja um ator único para proteger direitos humanos é falsa. Isso porque, uma vez que não exista o vínculo da nacionalidade entre o Estado e o indivíduo, não significa a impossibilidade de ser protegido por aquele Estado. Logo, a França poderia, por exemplo, proteger os direitos de outras crianças que não as francesas - não existe nenhum elemento impeditivo dessa proteção e, inclusive, as forças curdas ficariam satisfeitas em ver outras crianças sendo repatriadas, para além das francesas (MILANOVIC, 2021).

Em seguida, a nacionalidade estaria sendo utilizada como um *burden-shared* elemento para consertar uma situação que necessita de uma ação coletiva. Os campos têm inúmeros problemas políticos e morais, os quais precisam ser cuidados por diversos atores, de maneira que utilizar da nacionalidade como o vínculo que determina esse cuidado não condiz com a universalidade dos direitos humanos. Contudo, respeitosa-mente, permite-se discordar dessa noção. Em que pese a premissa de que a situação dos campos pode ser administrada por diversos atores, o que se tem de fato é que o ator principal a ser responsável pela existência das pessoas naqueles locais é do próprio Estado.

Isto porquê, conforme supra argumentado, o Estado possui uma obrigatoriedade de proteção e garantia de não violação de Direitos Humanos a partir do vínculo da nacionalidade, de modo que defender a vida dos indivíduos e suas condições básicas de sobrevivência trata-se de um dever do Estado. Para além disso, em uma visão mais prática, os outros atores que podem ser envolvidos nessa administração dos campos são, muitas vezes, formados pelos próprios Estados, como Organizações Internacionais. Inferir que outros atores são tão necessários quanto o Estado na atuação da administração dos campos de refugiados é dirimir a responsabilidade deste.

E, por fim, Milanovic (2021) considera a questão de que existem várias formas de se adquirir a nacionalidade, assim como de perdê-la. Utilizar esse fator como a relação jurisdicional entre o Estado e o indivíduo poderia gerar lacunas específicas para alguns grupos, por exemplo, os apátridas.

Ainda que, para alguns, a nacionalidade seja um fator questionável como critério para aplicação da jurisdição, no resultado do presente caso foi um fator fundamental para permitir a proteção das crianças, por meio da sua repatriação. Isso deve ser considerado na proteção dos direitos humanos, em que pese as considerações feitas sobre se basear na nacionalidade como critério em casos de jurisdição extraterritorial (MILANOVIC, 2021). Nesse sentido, é necessário refletir sobre vantagens e prejuízos de se utilizar a nacionalidade como um *threshold criterion* para a jurisdição. Para Raible (2021), não valeria a pena, mesmo quando amplia a proteção internacional dos direitos humanos. Milanovic (2021) também entende que não valeria a pena, entendendo que as crianças precisam sim de ajuda, mas depender da nacionalidade para adquirir tal ajuda poderia levar a um caminho perigoso.

3.3 A CAPACIDADE DO ESTADO

A terceira consideração utilizada pelo Comitê para determinar a jurisdição da França sobre as crianças na região da Síria é a capacidade do Estado de repatriá-las. Ao falar que o Estado francês tem "*capability and power*", o Comitê acaba por utilizar uma abordagem funcional, na visão de Milanovic (2020), que seria "[...] sustentando que a França tem o dever de proteger as crianças porque tem a capacidade de fazê-lo, com base em inúmeros fatores contextuais [...]" (MILANOVIC, 2020, s.p, tradução nossa)¹⁴. Uma abordagem funcional tem o poder de evitar a arbitrariedade, quando bem aplicada, uma vez que, ao ter a possibilidade de proteger direitos humanos, os Estados têm a obrigação de fazê-lo. Entretanto, para Milanovic (2020), tal abordagem não serviria como um *threshold criterion*, uma vez que, "a menos que o inquérito de capacidade seja aplicado com grande rigor, torna-se impossível argumentar de forma persuasiva que uma categoria de pessoas fora das fronteiras do estado merece proteção, enquanto outras não." (MILANOVIC, 2020, s.p, tradução nossa)¹⁵.

O modelo de capacidade da jurisdição, portanto, trata-se de uma abordagem funcional, a qual ajudaria a ampliar as obrigações de direitos humanos dos Estados, principalmente no que diz respeito aos Estados desenvolvidos (RAIBLE, 2021). Contudo, por si só, a capacidade não é o suficiente para determinar a existência da jurisdição, sendo necessária conectá-la a outras formas de aferição da jurisdição, como a devida diligência. De acordo com Raible (2021), "a devida diligência exige que um estado que esteja no controle de uma fonte ou risco de dano ao titular do direito tome medidas razoáveis de cuidado e evite que tal dano ou risco se torne realidade" (RAIBLE, 2021, p. 17, tradução nossa)¹⁶. Devida diligência pode ser, assim, dividido em dois fatores: previsibilidade razoável do dano e capacidade de intervir (RAIBLE, 2021). Entretanto, na decisão do CDC, não é utilizado a capacidade como um elemento da devida diligência e, sim, como um elemento suficiente para determinar a jurisdição do Estado sobre as crianças. Nesse sentido, Raible (2021) explica que a argumentação do CDC poderia ser resumida na seguinte sequência: primeiro, uma situação é descrita como danosa para um indivíduo; em seguida, tem-se um Estado em posição de agir para defender os interesses deste indivíduo; com isso, torna-se suficiente que o Estado tenha a obrigação de agir e de que essa ação do Estado torna-se direito do indivíduo.

Como se vê, o Comitê utiliza a capacidade como uma maneira suficiente para determinar a jurisdição da França sobre as crianças. Se há capacidade de proteger e repatriar as crianças, há jurisdição. Isto é evidentemente problemático, no sentido de que utilizar desse argumento de modo amplo traz questões importantes a serem verificadas. Primeiramente, tem-se que um Estado pode não ser capaz econômica e politicamente de agir, como no caso de Estados não desenvolvidos ou em desenvolvimento, abrindo-se uma lacuna na proteção dos direitos humanos. Em seguida, tem-se que o Estado se torna responsável pela obrigação de agir, isto é, atribui-se responsabilidade ao Estado, o que não condiz com o conceito de jurisdição, como um critério de

¹⁴ [...] holding that France has the duty to protect the children because it has the ability to do so, on the basis of numerous contextual factors.

¹⁵ [...] unless the capacity inquiry is applied with great stringency, it becomes impossible to persuasively argue that one category of people outside the state's borders deserve protection, whereas others do not.

¹⁶ [...] due diligence requires that a state that is in control of a source or risk of harm to the right-holder take reasonable measures of care and prevent said harm or risk from actualising.

admissibilidade. Nas palavras de Raible (2021), "*ought implies can*" torna-se "*can implies ought*" (RAIBLE, 2021, p. 19).

Ademais, para Ollino (2021), a utilização da capacidade pelo Comitê diria respeito à capacidade do Estado de afetar o destino das crianças, sob o argumento de que um Estado com jurisdição sobre um indivíduo tem a obrigação de responder pelos efeitos causados a ele. Contudo, "só porque um Estado tem poder *in abstracto* para influenciar os direitos de seus nacionais, isso não significa que o Estado tenha esse poder efetivamente nas circunstâncias do caso" (OLLINO, 2021, p. 85, tradução nossa)¹⁷. Essa seria a ideia defendida: se jurisdição, na visão do Comitê, diz respeito à capacidade de um Estado em afetar seus nacionais e proteger seus direitos, isso não necessariamente significa que o Estado é responsável por esses efeitos. Como se nota, o Comitê, ao avaliar a admissibilidade do caso no quesito jurisdição, abre margem para uma interpretação a qual já define, preliminarmente, a obrigação da França em repatriar as crianças. Isso causa uma confusão óbvia entre jurisdição, como critério de admissibilidade, e a responsabilidade do Estado francês de ter a obrigação positiva de repatriá-las.

Para se entender o que se quer dizer com atribuição de responsabilidade do Estado, é necessário se remeter aos *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (ARSIWA). Como uma norma secundária de Direito Internacional, o ARSIWA define que " todos os atos internacionalmente ilícitos de um Estado acarretam a responsabilidade internacional desse Estado" (International Law Commission, 2001, tradução nossa)¹⁸. Por sua vez, o ARSIWA determina que há um *internationally wrongful act* quando uma ação ou omissão é (1) atribuída ao Estado diante de uma norma internacional e (2) consiste em uma violação de uma obrigação internacional. Portanto, há a presença de dois elementos, de modo que um Estado é obrigado por uma norma internacional e sua violação gera sua responsabilidade internacional quando a conduta pode ser atribuída a ele. Essa atribuição de conduta é fundamental, desta feita, para se definir a responsabilidade do Estado. Apenas a obrigação gerada pela norma internacional e sua violação não são, por si só, suficientes para definir tal responsabilidade.

No caso perante o CDC, pode se interpretar que há uma responsabilidade por violação da norma internacional direcionada à França no momento da decisão de admissibilidade. Isso porque o Comitê decidiu que a omissão francesa poderia ser (1) atribuída a ela pelo fato dela ser o Estado de nacionalidade das crianças e porque a sua omissão (2) consistiria em uma violação da Convenção do Direito da Crianças por ela ter o *poder e a capacidade* de repatriá-las, estando ciente da sua situação de vida nos campos (CDC, 2021). Essa conclusão é, inclusive, retomada na decisão de mérito de forma contundente:

O Comitê toma nota do argumento do Estado-parte de que não teria capacidade para repatriar as crianças, uma repatriação que dependeria não apenas da vontade do Estado-parte, mas também do acordo das autoridades do nordeste da Síria e das mães das crianças e que seriam afetados por obstáculos à identificação das crianças e à segurança de tais operações. O Comitê reitera aqui sua conclusão sobre a admissibilidade no sentido de que o Estado Parte,

¹⁷ [...] just because a State has power in abstracto to influence the rights of its nationals, this does not mean that the State bears this power effectively in the circumstances of the case.

¹⁸ every internationally wrongful acts of a State entails the international responsibility of that State.

em virtude do vínculo de nacionalidade com as crianças detidas nos campos, das informações que possui sobre as crianças de nacionalidade francesa detidas nos campos, e sua relação com as autoridades sírias, tem capacidade e autoridade para proteger os direitos das crianças em questão, tomando medidas para repatriá-las ou outras medidas consulares. Essa capacidade se reflete no fato de que o Estado parte já repatriou com sucesso mais de trinta crianças francesas sem ter relatado nenhum incidente na execução dessas repatriações ou recusa de cooperação por parte das autoridades de Rojava (CDC, 2022, tradução nossa)¹⁹.

Conforme se vê, o Comitê reitera sua decisão de admissibilidade para confirmar a obrigação da França em repatriar as crianças. Pode-se entender, com isso, que a própria decisão de admissibilidade, preliminarmente, já contava com essa previsão de que a França estaria violando a Convenção por se abster de repatriá-las. Ainda, a França argumentou de que a Convenção não traria nenhuma disposição que conteria uma obrigação positiva de repatriação (CDC, 2022). Nesse sentido, o Comitê considerou que tal obrigação existiria, em razão daqueles mesmos critérios utilizados para se definir a admissibilidade da questão, qual seja o conhecimento da França quanto às condições vividas pelas crianças, e sua capacidade em intervir.

A partir da decisão de mérito, é possível estabelecer uma relação direta entre os elementos utilizados para se definir a admissibilidade do caso como os exatamente mesmos elementos para se determinar a obrigação francesa e, portanto, sua responsabilidade internacional. A existência da jurisdição é um *threshold criterion* para a existência da responsabilidade, de modo que esses conceitos não devem ser intercambiáveis. Porém, quanto a isso, Milanovic (2011) brilhantemente explica que, por vezes, a jurisdição e a atribuição da responsabilidade podem se atrelar de modo que a responsabilidade antecede à jurisdição, de maneira que "atribuição pode realmente ser um pré-requisito ou uma questão preliminar para a existência de jurisdição estatal" (MILANOVIC, 2011, p. 41, tradução nossa)²⁰. Essa confusão pode se dar, primordialmente, em relação a obrigações positivas, uma vez que "mesmo que o ato em questão não seja imputável ao Estado, sua responsabilidade também pode advir de seu descumprimento de obrigações positivas decorrentes de tratados de direitos humanos" (MILANOVIC, 2011, p. 42, tradução nossa)²¹.

¹⁹ Le Comité prend note de l'argument de l'État partie selon lequel il n'aurait pas la capacité de procéder au rapatriement des enfants, rapatriement qui ne dépendrait pas uniquement de la volonté de l'État partie, mais aussi de l'accord des autorités du nord-est syrien et des mères des enfants et qui serait affecté par des obstacles d'identification des enfants et de sécurité des telles opérations. Le Comité reprend ici son constat sur la recevabilité dans le sens où l'État partie, en vertu du lien de nationalité avec les enfants détenus dans les camps, de l'information dont il dispose sur les enfants de nationalité française retenus dans les camps, et de son rapport avec les autorités syriennes, *a la capacité et le pouvoir de protéger les droits des enfants en question, en prenant des mesures pour les rapatrier ou d'autres mesures consulaires*. Cette capacité se reflète dans le fait que l'État partie a procédé déjà au rapatriement avec succès de plus d'une trentaine d'enfants français sans avoir signalé d'incidents dans l'exécution de ces rapatriements ou d'un refus de coopération de la part des autorités du Rojava

²⁰ [...] attribution can actually be a prerequisite or a preliminary question for the existence of state jurisdiction.

²¹ [...] even if the act in question is not attributable to the State, its responsibility, may also arise for its failure to implement positive obligations under human rights treaties.

4. O CASO H. F. AND OTHERS V. FRANCE PERANTE A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, os indivíduos alegaram que vários artigos da Convenção Europeia e do seu Protocolo n. 4 foram violados. Assim, a recusa de repatriamento por parte da França fez com os indivíduos fossem expostos a tratamento desumano, violando seu direito de voltar ao país de origem, sem que nenhum mecanismo fosse disposto a eles para que esse direito estivesse garantido (CtEDH, 2022). À vista dessas alegações, a Corte analisou as comunicações a partir da ótica de jurisdição extraterritorial, no sentido de verificar se a França estaria exercendo jurisdição sobre esses indivíduos de modo que, conseqüente, a Convenção e seu Protocolo seriam aplicáveis.

Para verificar o exercício de jurisdição por parte da França, a Corte iniciou sua análise reafirmando a ideia de que a jurisdição se trata de um critério limiar - um *threshold criterion* -, de modo a ser necessária para que um Estado seja responsabilizado por violações da Convenção. Para a Corte, a noção de jurisdição deve ser compreendida a partir do Direito Internacional Público, de modo que ela é primordialmente territorial, sendo possível, em casos excepcionais, o reconhecimento da jurisdição extraterritorial (CtEDH, 2022). Nessa manifestação, a Corte traz a perspectiva da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, determinando que a "jurisdição" trazida pela Convenção Europeia deve ser interpretada a partir do propósito e contexto desta. Nesse sentido, jurisdição seria territorial e sua extraterritorialidade uma excepcionalidade (CtEDH, 2022).

É demasiado interessante observar que a Corte considera que o propósito e contexto da CtEDH diz respeito a uma ideia de jurisdição meramente territorial, uma vez que essa não dá suporte a uma maior ampliação da noção de Direitos Humanos e proteção de direitos. A extraterritorialidade é fundamental para que seja possível falar-se em garantia de direitos fora do território nacional dos Estados, estando eminentemente relacionada, inclusive, com a universalidade dos Direitos Humanos, em que pese, aqui, tratar-se de análise regionalizada por parte da Corte. Mais interessante ainda é observar que, para se reafirmar a primordialidade da territorialidade da jurisdição, a CtEDH confirma que é possível se falar em extraterritorialidade em casos em que há uma aquiescência, consentimento ou convite do Estado estrangeiro, ou quando a ação ou omissão é cometida por agentes diplomáticos ou consulares, ou ainda quando a ação ou omissão deriva de uma execução firmada em um tratado ou costume. Esses casos de extraterritorialidade citados pela Corte são interessantes porque remetem à decisão do caso *Bankovic*, o qual delimitou a territorialidade da jurisdição, admitindo-se a extraterritorialidade nesses casos específicos. Como se sabe, *Bankovic* foi a decisão que levou à virada de chave na jurisprudência da Corte, no sentido de adotar uma aplicação mais restritiva da jurisdição extraterritorial.

Para mais disso, em sua manifestação, a CtEDH admite que a extraterritorialidade pode ocorrer no caso de controle efetivo do território e/ou sobre pessoas por parte do Estado contratante. Esse controle seria exercido por meio das forças armadas ou por forças administrativas no território estrangeiro, de maneira que, ao violar os direitos previstos na Convenção, durante esse exercício, o Estado seria responsabilizado. Por fim, a Corte relembra que outro critério já foi utilizado na sua jurisprudência para determinar a existência de jurisdição extraterritorial - a interposição de um procedimento

civil perante um tribunal do Estado: "[...] uma vez que uma pessoa intente uma ação cível nos tribunais de um Estado, existe indiscutivelmente, sem prejuízo do resultado do processo, um "vínculo jurisdicional" para efeitos do artigo 1.º [...]" (CtEDH, 2022, p. 61, tradução nossa)²².

Uma vez delimitadas todas essas considerações, a Corte passou ao exame da possibilidade dos indivíduos do caso *H. F. and Others v. France* estarem sob a jurisdição francesa, enquanto estando no território sírio. Desta feita, a CtEDH examinou o caso a partir de três possibilidades de definição de jurisdição: por meio do critério de controle efetivo sobre território e/ou pessoas; por meio da interposição de procedimento judicial doméstico; e por meio da existência do vínculo de nacionalidade entre os indivíduos e o Estado. Foi realizado, com isso, um exame considerando os três elementos, mas, ao contrário da decisão do Comitê dos Direitos das Crianças, esses elementos não seriam concomitantes.

A Corte decidiu, primeiramente, que não haveria jurisdição sendo exercida pela França eis que essa não estaria exercendo controle efetivo sobre o território sírio enquanto os indivíduos lá estão vivendo. Essa consideração foi tomada a partir do fato de que a existência de forças militares francesas é mínima e, ainda, essas não estariam envolvidas na administração dos campos de refugiados. Com isso, a França também não estaria exercendo controle sobre as crianças e suas mães. Ademais, foi alegado pelos aplicantes que poderia ser reconhecido um nexo jurisdicional entre a França e os indivíduos uma vez que o Estado instalou procedimentos judiciais contra as mães em questão, sob a alegação de terrorismo. Contudo, a CtEDH entendeu que esse procedimento judicial e, conseqüentemente, sua alegação, não estariam relacionadas ao caso perante à Corte, de modo a não ensejar a jurisdição extraterritorial.

Por fim, a Corte analisou a questão da nacionalidade como um possível condutor de nexo jurisdicional entre o Estado e os indivíduos. Importante notar que foi a primeira vez, na vasta jurisprudência da Corte, que a questão da nacionalidade foi analisada sob esse prisma. Dessa forma, a Corte considerou, diferentemente da decisão do CDC, que a nacionalidade não seria um elemento suficiente para se determinar a existência da jurisdição, pois, novamente, um controle por parte do Estado não estaria sendo exercido. Segundo a decisão, não há nenhuma norma de Direito Internacional, doméstico, costumeiro ou resolutiva que determine que um Estado tem a obrigação de agir em nome de seus nacionais e repatriá-los: nenhuma norma "[...] exige que o Estado atue em nome de seus nacionais e os repatrie" (CtEDH, 2022, p. 65, tradução nossa)²³.

Por óbvio, o entendimento da Corte de que a nacionalidade não seria um elemento suficiente para determinar a existência da jurisdição extraterritorial é extremamente controverso e não encontra respaldo no presente trabalho. Conforme supra argumentado, a nacionalidade é o vínculo que determina a obrigação do Estado em proteger Direitos Humanos e garantir os direitos de seus nacionais, estando obrigado a não violação desses. A mera universalidade dos Direitos Humanos já é o suficiente para se determinar essas obrigações, não sendo necessária a aplicação (necessariamente) de

²² [...] once a person brings a civil action in the courts or tribunals of a State, there indisputably exists, without prejudice to the outcome of the proceedings, a "jurisdictional link" for the purposes of Article 1.

²³ [...] requires the State to act on behalf of its nationals and to repatriate them.

tratados regionais para que o Estado seja responsável pela defesa dos Direitos Humanos.

Para além disso, mostra-se controverso, bem como, a ideia de que não existem normas internacionais que exigem do Estado a obrigação de agir em nome de seus nacionais, haja vista a ideia básica de que o Estado existe propriamente para tanto. Aqui, é importante compreender que a universalidade dos Direitos Humanos se trata de costume internacional, ensejando a responsabilidade do Estado em protegê-los, para além das próprias normas internacionais e regionais de tratados e convenções que determinam o propósito fundamental dos Direitos Humanos: proteger pessoas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta contribuição, foi promovida uma breve discussão acerca do *caso H. F. and Others v. France* perante o CDC e a CtEDH, no qual se debateu a utilização do modelo de capacidade e nacionalidade para se definir que a França tem jurisdição sobre crianças e mães francesas vivendo em campos na Síria. Nesse sentido, averiguou-se que o Comitê utilizou três elementos principais para se definir a existência jurisdição francesa. O primeiro desses elementos foi o conhecimento da França sobre as condições míseras e desumanas em que estariam vivendo as crianças nos campos. A partir disso, o Comitê avaliou que a França possuía conhecimento amplo acerca dessa situação, tendo sido informada por diversos meios. Ademais, o CDC entendeu que a França teria jurisdição sobre as crianças em razão do vínculo de nacionalidade existente entre o Estado francês e elas. Por fim, o Comitê entendeu que a França teria jurisdição por ter a capacidade e o poder de repatriar as crianças, utilizando, assim, o modelo de capacidade para determinar a existência da jurisdição. A combinação desses três elementos, portanto, é fundamental para se compreender de forma aprofundada a decisão do Comitê.

A decisão do Comitê, como visto, diz respeito à aplicação de um modelo pouco utilizado por Cortes Internacionais, mas presente em decisões de órgãos da ONU. Trata-se de parte de um modelo funcional de jurisdição extraterritorial, o qual, se aplicado corretamente, tem muito a contribuir para a proteção e defesa dos Direitos Humanos. Isso porquê é um modelo que utiliza de questões mais consequencialistas, sendo mais adaptável aos casos concretos, ao contrário do tradicional modelo de controle efetivo sobre territórios ou pessoas.

Em que pese seu potencial contributivo, o modelo nem sempre tem sido aplicado sem grandes dilemas. No caso analisado aqui, foram verificadas críticas acerca dos elementos utilizados para a aferição da jurisdição extraterritorial. Entre essas, ressalta-se as críticas acerca da utilização da nacionalidade como elemento de aferição da jurisdição extraterritorial, haja vista a volatilidade do instituto ao prestar esse papel. Contudo, compreende-se que valeria a pena, sim, basear-se na nacionalidade como um critério possível para aferição de jurisdição extraterritorial. De acordo com o que foi apresentado, pode-se entender que a nacionalidade é um elemento central que permite e obriga o Estado a proteger indivíduos, de maneira que ignorar esse vínculo é evitar a atuação do principal responsável pela garantia de Direitos Humanos. Para mais disso, faz-se necessário enxergar o caso concreto com olhos mais humanizados e universais,

de modo a se pensar que se existem elementos jurídicos suficientes para garantir a proteção de direitos, esses devem ser aplicados de maneira extensiva.

Todas essas questões são essenciais para a compreensão da decisão de maneira crítica e contributiva para a aplicação do modelo da capacidade por órgãos da ONU. Para além disso, é importante entender que o problema com a aplicação do modelo da forma que foi feita vai além dos seus elementos considerados como constitutivos da jurisdição. Um problema identificado por este trabalho trata-se, inclusive, de uma sobreposição existente entre a jurisdição e a ideia de responsabilidade. Como averiguado, o Comitê, na decisão de admissibilidade, constrói seu argumento de modo a permitir interpretações que conduzem a ideia da jurisdição de forma extremamente próxima à de atribuição de responsabilidade. Dessa maneira, ao invés de se ter a jurisdição como mero critério de admissibilidade, tem-se ela como elemento constitutivo da responsabilidade do Estado em repatriar as crianças, ultrapassando sua ideia de aplicação.

Por outro lado, a CtEDH adotou principalmente, como esperado, o critério de controle sobre pessoas e/ou território para definir se haveria um exercício de jurisdição extraterritorial por parte da França. Como visto, de fato não há o que se falar em um controle sendo exercido no território por parte do Estado francês. Todavia, a nacionalidade poderia ter sido utilizada como um critério suficiente para determinar a obrigação do Estado em repatriar as crianças e suas mães. Nesse sentido, faz-se precisa uma crítica mais contundente à atuação da Corte Europeia na sua vasta jurisprudência acerca da jurisdição extraterritorial, no sentido de que essa tem sido considerado de modo extremamente restritivo, indo na contramão dos entendimentos de outros sistemas regionais e do próprio sistema internacional.

O que se tem é que outros órgãos de supervisão de Direitos Humanos têm conseguido dialogar e promover uma ampliação da ideia de jurisdição extraterritorial, corrigindo eventuais lacunas existentes na proteção dos Direitos Humanos. Por sua vez, a CtEDH se distancia cada vez mais desses entendimentos e isola-se quanto à matéria, sendo necessária uma atuação mais incisiva e menos meramente declaratória. Deve-se lembrar que se trata do órgão central de um importante sistema de defesa dos Direitos Humanos, o qual não pode e não deve permanecer aquém dos mecanismos disponíveis para efetiva proteção e garantia de direitos.

REFERÊNCIAS

BESSON, Samantha. The extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: why human rights depend on jurisdiction and what jurisdiction amounts to. *Leiden Journal of International Law*, v. 25, p. 857-884, 2012.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. Decision adopted by the Committee under the Option Protocol, concerning communication No. 3043/2017. **A. S. and Others v. Malta**, 28 de abr. 2021.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. **General comment No. 31 [80]: the nature of the general legal obligation imposed on State Parties to the Covenant**. CCPR/C/31/Rev.1/Add.13, 26 de mai. 2004.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. **General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life**. CCPR/C/GC/36, 30 de out. 2018.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 3042/2017. **A. S. and Others v. Italy**, 27 de jan. 2021.

COMITÊ DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS. **Constatations adoptées par le Comité au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, concernant les communications nos 77/2019, 79/2019 et 109/2019**. CRC/C/89/D/77/2019, 23 de fev. 2022.

COMITÊ DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS. **Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communications No. 79/2019 and No. 109/2019**. CRC/C/85/D/109/2019, 2 de nov. 2020.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos dos Homens**. Roma, 1950.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Al Jedda v. United Kingdom**. Estrasburgo, 7 de jul. 2011

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Al Skeini and Others v. United Kingdom**. Estrasburgo, 7 de jul. 2011

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Bankovic and Others v. Belgium and Others**. Estrasburgo, 12 de dez. 2001.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Cyprus v. Turkey**. Estrasburgo, 10 de mai. 1982.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Georgia v. Russia**. Estrasburgo, 21 de jan. 2021.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Hassan v. United Kingdom**. Estrasburgo, 16 de set. 2014.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of H. F. and Others v. France**. Estrasburgo, 14 de set. 2022.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Hirsi Jamaa and Others v. Italy**. Estrasburgo, 23 de fev. 2012.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Loizidou and Others v. Turkey**. Estrasburgo, 28 de jul. 1998.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of M.N. and Others v. Belgium**. Estrasburgo, 5 de mai. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. OC 23/17, 15 de nov. 2017.

DUFFY, Helen. Communications No. 79/2019 and 109/2019 L.H. et al v. France and 77/2019 F.B. et al v. France. **Leiden Children's rights Observatory**, 2021. Disponível em: <https://www.childrensrightsobservatory.nl/case-notes/casenote2021-3>. Acesso em 30 de nov. 2022.

FRANCE. Repatriation of children and mothers from North-East Syria. **Ministry for Europe and Foreign Affairs of France**, 5 de jul. 2022. Disponível em:

<https://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files/syria/news/article/repatriation-of-children-and-mothers-from-north-east-syria-05-jul-2022>. Acesso em 30 de nov. 2022.

FRANCE. Syria - Communiqué by the Ministry for Europe and Foreign Affairs. **Ministry for Europe and Foreign Affairs of France**, 15 de mar. 2019. Disponível em: https://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files/syria/news/article/syria-communique-by-the-ministry-for-europe-and-foreign-affairs-15-03-19?page_courante=1#pagination_ssra. Acesso em 30 de nov. 2022.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Responsibility of States for International Wrongful Acts. **United Nations**, 2001.

MALLORY, Conall. A second coming of extraterritorial jurisdiction at the European Court of Human Rights? **Questions of International Law**, p. 31-51, v. 82, 2021.

MINALOVIC, Marko. **Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles and policy**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

MILANOVIC, Marko. Repatriating the children of foreign terrorist fighters and the extraterritorial application of Human Rights. **EJIL!Talk**, 10 de nov. 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/repatriating-the-children-of-foreign-terrorist-fighters-and-the-extraterritorial-application-of-human-rights/>. Acesso em 30 de nov. 2022.

OLLINO, Alice. The 'capacity-impact' model of jurisdiction and its implications for States' positive human rights obligations. **Questions of International Law**, p. 81-100, v. 82, 2021

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. Genebra, 1989.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Genebra, 1966.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. San José da Costa Rica, 1969.

PIJNENBURG, Annick. H. F. and Others v. France: extraterritorial jurisdiction without duty to repatriate IS-children and their mothers. **EJIL!Talk**, 14 de out. 2022. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/hf-and-others-v-france-extraterritorial-jurisdiction-without-duty-to-repatriate-is-children-and-their-mothers/>. Acesso em 30 de nov. 2022.

RAIBLE, Lea. Extraterritoriality between a rock and a hard place. **Questions of International Law**, p. 7-29, v. 82, 2021

RIGHTS AND SECURITY INTERNATIONAL. **Abandoned to torture: dehumanising rights violations against children and women in Northeast Syria**, 2021. Disponível em: https://www.rightsandsecurity.org/assets/downloads/Abandoned_to_Torture_-_Final_Report.pdf. Acesso em 30 de nov. 2022.

RIGHTS AND SECURITY INTERNATIONAL. **Europe's Guantanamo: the indefinite detention of European women and children in North East Syria**, 2021. Disponível em: https://www.rightsandsecurity.org/assets/downloads/Europes-guantanamo-THE_REPORT.pdf. Acesso em 30 de nov. 2022.



O BALIZAMENTO NORMATIVO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS EM FACE DOS FERTILIZANTES MINERAIS NO ÂMBITO DO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Celso Antonio Fiorillo¹

RESUMO

Tema estratégico no âmbito da gestão de commodities em nosso País e fundamental para o agronegócio brasileiro, a dependência das importações de insumos minerais, como o nitrogênio, potássio e fósforo comendo enxofre, amônia, rochas potássica e fosfática, os quais podem ser subprodutos da extração de outros elementos ou ser diretamente extraídos da natureza, são essenciais para a produção de fertilizantes necessários para nossa agricultura. Mesmo dispondo de enormes jazidas de matérias-primas e na condição evidente de grande consumidor o Brasil, ao tornar-se o maior importador mundial de fertilizantes, passou a depender das empresas transnacionais que produzem referidos fertilizantes. Neste contexto o enquadramento normativo de referidas companhias merece abordagem, ainda que superficial, no sentido de deixar claramente estabelecido que a produção dos fertilizantes minerais por parte das empresas transnacionais que desenvolvem atividades econômicas em nosso País, além de estar submetida ao princípio da soberania deve obediência aos princípios gerais da atividade econômica indicados em nossa Lei Maior. Dentre referidos princípios gerais merece particular destaque, exatamente na medida em que referidas empresas transnacionais atuam associadas às possibilidades de se encontrar elementos básicos minerais, o princípio da defesa do meio ambiente(Art.170,VI) orientado no plano do direito ambiental constitucional pelos princípios da soberania, desenvolvimento sustentável, prevenção e poluidor-pagador.

¹Advogado militante no âmbito do direito empresarial ambiental é o primeiro professor Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais. Professor da Escola da Magistratura Federal da 1ª Região. Diretor Acadêmico do Congresso de Derecho Ambiental Contemporáneo España/Brasil-Universidade de Salamanca(ESPANHA) e Membro del Grupo de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca-Grupo de Investigación Reconocido IUDICIUM(ESPANHA).Chanceler da Academia de Direitos Humanos é professor convidado visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar(PORTUGAL). Professor Permanente e Pesquisador dos Programas de Doutorado/Mestrado em Direito Empresarial da UNINOVE e do Curso de Especialização em Direito do Agronegócio da Universidade Federal do Mato Grosso(BRASIL). Líder e pesquisador dos Grupos de Pesquisa do CNPq Tutela Jurídica das Empresas em face do Direito Ambiental Constitucional(Linha de Pesquisa Sustentabilidade dos bens ambientais em face da ordem econômica constitucional) e Regulação e Empresa Transnacional(linha de Pesquisa Direito Empresarial Ambiental Transnacional e Desenvolvimento Sustentável)-UNINOVE. Pesquisador convidado dos Grupos de Pesquisa do CNPq em Direito da Cidade - UERJ, Sustentabilidade e Direitos - UFPB.

PALAVRAS-CHAVE: Fertilizantes minerais. Empresas transnacionais. Desenvolvimento sustentável. Direito empresarial ambiental. Direito ambiental constitucional.

THE NORMATIVE BEACON OF TRANSNATIONAL COMPANIES IN THE FACE OF MINERAL FERTILIZERS UNDER BRAZILIAN CONSTITUTIONAL ENVIRONMENTAL LAW

ABSTRACT

Strategic theme within the scope of commodity management in our country and fundamental for Brazilian agribusiness, the dependence on imports of mineral inputs, such as nitrogen, potassium and phosphorus, comprising sulfur, ammonia, potassium and phosphate rocks, which can be by-products of extraction from other elements or being directly extracted from nature, are essential for the production of fertilizers needed for our agriculture. Even with huge deposits of raw materials and in the obvious condition of a large consumer, Brazil, upon becoming the world's largest importer of fertilizers, came to depend on transnational companies that produce these fertilizers. In this context, the regulatory framework of these companies deserves an approach, albeit superficial, in order to clearly establish that the production of mineral fertilizers by transnational companies that develop economic activities in our country, in addition to being subject to the principle of sovereignty, must obey the general principles of economic activity indicated in our Major Law. Among those general principles, it deserves particular attention, exactly to the extent that said transnational companies act associated with the possibilities of finding basic mineral elements, the principle of environmental protection (Art. 170,VI) guided in the plan of constitutional environmental law by the principles sovereignty, sustainable development, prevention and polluter pays.

KEYWORDS: Mineral fertilizers. Transnational companies. Sustainable development. Environmental business law. Constitutional environmental law.

INTRODUÇÃO

Com previsão por parte do governo de desabastecimento de alimentos em 2022 por causa da falta de fertilizantes, as atividades econômicas vinculadas ao agronegócio acabam por apontar um tema estratégico no âmbito da gestão de commodities no Brasil: a dependência das importações de insumos, como fosfato, cloreto de potássio e ureia, dentre outros, essenciais para a produção de fertilizantes necessários para nossa agricultura.

Assim, como adverte Benedito Rosa (ROSA, 2020) “o poderoso agronegócio nacional é vulnerável num elo fundamental, na imprescindível fertilização dos nossos solos. A maior parte dos 63 milhões de hectares de lavouras, os mais de 100 milhões de hectares de pastagens cultivadas e as áreas plantadas com cana, café, olericultura, etc. necessitam do complemento de nutrientes para se conseguir produtividade adequada. A aplicação dos fertilizantes chega a representar, em média, um quarto do custo de implantação das nossas principais lavouras. Em outras palavras, sim ou sim, o agricultor tem que usar fertilizante químico para ser competitivo, já que não existe possibilidade de uso do orgânico”

Com efeito.

Tendo como função fornecer nutrientes aos solos para promover o crescimento e o desenvolvimento das culturas bem como garantir que a produção possa crescer enquanto mantém o nível nutricional do solo, a fertilização é essencial para aumentar a

produtividade por hectare das lavouras desempenhando um papel muito importante na melhoria da segurança alimentar.

Os fertilizantes são, portanto, “insumos agrícolas de natureza natural ou sintética, orgânica ou inorgânica” que tem como objetivo “fornecer os nutrientes imprescindíveis para o bom crescimento e para o desenvolvimento da planta” tendo pois por via de consequência “a função de compensar os elementos que acabam defasados após uma sequência de colheitas consecutivas, ou ainda em virtude de processos como a laterização e a lixiviação do solo”². Destarte, sem a aplicação desse tipo de insumo, “é possível que as plantas se tornem mais fracas e vulneráveis a doenças, o que interfere de forma negativa na produtividade das apanhas” afetando importantíssima atividade econômica brasileira: o agronegócio. No que se refere aos elementos bioquímicos de sua composição, fundamentais para o desenvolvimento da planta, temos o carbono, o hidrogênio, o oxigênio, o nitrogênio, o fósforo, o potássio, o cálcio, o magnésio, o enxofre, bem como o boro, cloro, cobre, ferro, manganês, molibdênio, zinco, sódio, silício, dentre outros todos eles necessários, em maior ou menor quantidade, para a homeostase, metabolismo e crescimento dos vegetais.

Entretanto, três elementos principais se destacam: o **nitrogênio**, o **fósforo** e o **potássio** (conjunto NPK), os denominados, macronutrientes elementares, caracterizados como os principais nutrientes para a planta. Nesse sentido, “o **nitrogênio** compõe as proteínas e fomenta o crescimento vegetal, atuando diretamente na fotossíntese”³ sendo o “responsável pela clássica coloração verde escura de folhas”, o fósforo “age na floração, frutificação, crescimento e desenvolvimento da planta” sendo “vital para a constituição celular, sendo parte das membranas fosfolipídicas e dos nucleotídeos do DNA” e o **potássio** “impacta o equilíbrio osmótico e está relacionado, também, ao crescimento vegetal e à fotossíntese”. Assim “as fontes mais comuns de nutrientes em fertilizantes minerais são nitrogênio, potássio e fosfato”⁴ sendo certo que tendo como origem o ar “o processo mais comum na fabricação de fertilizantes de nitrogênio é criar amônia a partir de uma mistura de nitrogênio do ar e hidrogênio do gás natural”⁵. Já o fósforo ou fosfato “é obtido a partir de rochas de fosfato de cálcio insolúveis - frequentemente chamadas de “fosfato de rocha”⁶. Por sua vez “potássio é obtido a partir de antigos leitos de mares e lagos formados há milhões de anos.”⁷

Fundamental, portanto para o agronegócio, conforme pudemos aduzir, a produção dos fertilizantes está necessariamente associada às possibilidades de se encontrar “nitrogênio, potássio e fósforo compondo enxofre, amônia, rochas potássica e fosfática, os quais podem ser subprodutos da extração de outros elementos minerais (como petróleo e gás natural) ou ser diretamente extraídos da natureza. Esses três elementos básicos são combinados em diferentes proporções para as diversas formulações de

² https://propeq.com/fertilizantes/?gclid=Cj0KCQjw5JSLBhCxAARIsAHgO2Se-jWPJcd1DA7tYyQOJKtWrK-MSeKtx8TS0Ox2AGthALggWmmX2a0F8aAudAEALw_wcB acesso em 16 de outubro de 2021.

³ https://propeq.com/fertilizantes/?gclid=Cj0KCQjw5JSLBhCxAARIsAHgO2Se-jWPJcd1DA7tYyQOJKtWrK-MSeKtx8TS0Ox2AGthALggWmmX2a0F8aAudAEALw_wcB acesso em 16 de outubro de 2021.

⁴ <https://www.yara.com/knowledge-grows/five-important-facts-about-fertilizers/> acesso em 16 de outubro de 2021.

⁵ <https://www.yara.com/knowledge-grows/five-important-facts-about-fertilizers/> acesso em 16 de outubro de 2021.

⁶ <https://www.yara.com/knowledge-grows/five-important-facts-about-fertilizers/> acesso em 16 de outubro de 2021.

⁷ <https://www.yara.com/knowledge-grows/five-important-facts-about-fertilizers/> acesso em 16 de outubro de 2021.

fertilizante final, de acordo com as necessidades de aplicação no solo. Nesse contexto, os fosfatados, nitrogenados e potássicos se destacam dentre os fertilizantes minerais” sendo certo que “atualmente, os maiores complexos industriais brasileiros são direcionados para a geração de fosfatados e nitrogenados”⁸.

Constatando-se que em 2020, como bem destaca Bedito Rosa (ROSA, 2020), “o País deverá consumir aproximadamente 36 milhões de toneladas, das quais nada menos de 27,8 milhões de toneladas virão do exterior”, e que “o Brasil tornou-se o maior importador mundial de fertilizantes, mesmo dispondo de enormes jazidas de matérias-primas” sendo o “quarto maior consumidor de fertilizantes (atrás da China, Índia e EUA)” nosso País depende das empresas transnacionais que produzem fertilizantes fosfatados sendo certo que das quatro empresas, que detêm, aproximadamente, 73% do mercado de fertilizantes no Brasil, duas delas, empresas transnacionais, apresentam maior participação conforme sublinhado pelo portal especializado do setor GlobalFert⁹.

Claro está que referidas empresas, muito importantes para o desenvolvimento do agronegócio conforme já sublinhamos, ao estabelecer no Brasil a produção dos fertilizantes minerais, ocasionam não raras vezes evidentes impactos sobre o meio ambiente (natural, artificial, do trabalho e mesmo cultural em algumas hipóteses), apresentando de forma frequente problemas advindos da extração mineral, como o possível desmatamento de grandes áreas e a geração de riscos à biodiversidade local, bem como produção de resíduos sólidos e efluentes líquidos e gasosos no processo de fabricação dos fertilizantes. Destarte “o processamento das rochas para a obtenção de nutrientes, por exemplo, acarreta a formação de rejeitos sólidos, usualmente mantidos em barragens, de tal forma que possibilita o ocasionamento de uma contaminação do solo, do ar e de corpos d’água, em especial no que diz respeito a lençóis freáticos” sendo certo que “o uso de produtos químicos e ácidos também faz com que se verifique a produção de resíduos indesejados, dentre eles flúor, material particulado, óxidos de enxofre e nitrogênio e vapores de natureza ácida. Além disso, os efluentes líquidos, como ácidos e amoniacais (alcalinos), podem provocar a eutrofização de rios e lagos caso sejam destinados incorretamente, devido ao alto teor de matéria orgânica (nitrogênio, fósforo e potássio).”¹⁰

Assim referidas empresas, para que possam atuar licitamente em nosso País, necessitam obedecer as superiores regras constitucionais delimitadoras do direito empresarial ambiental vez que tem suas atividades econômicas fundamentalmente associadas ao uso de bens ambientais (principalmente o conjunto NPK - o nitrogênio, o fósforo e o potássio).

A metodologia utilizada, desenvolvida a partir de uma descrição rigorosa do enquadramento jurídico constitucional da atuação das empresas transnacionais no âmbito do direito empresarial ambiental brasileiro bem como do sistema normativo que baliza o uso lícito dos recursos naturais/ recursos ambientais existentes no Brasil, se baseia na análise sistemática dos princípios de direito ambiental constitucional vinculado

⁸https://propeq.com/fertilizantes/?gclid=Cj0KCOjw5JSLBhCxARIsAHgO2Se-jWPJcd1DA7tYyOOJKtWrK-MSeKtx8TS0Ox2AGthALqgWmmX2a0F8aAudAEALw_wcB acesso em 16 de outubro de 2021

⁹<https://www.agrolink.com.br/noticias/4-empresas-detem-73--do-mercado-de-fertilizantes-no-brasil-395514.html> acesso em 16 de outubro de 2021.

¹⁰https://propeq.com/fertilizantes/?gclid=Cj0KCOjw5JSLBhCxARIsAHgO2Se-jWPJcd1DA7tYyOOJKtWrK-MSeKtx8TS0Ox2AGthALqgWmmX2a0F8aAudAEALw_wcB acesso em 16 de outubro de 2021.

às atividades econômicas destinadas ao desenvolvimento de nosso País, estruturado através de pesquisa realizada a partir do método hermenêutico, por meio do levantamento dos trabalhos doutrinários elaborados por estudiosos especializados atuantes no âmbito da matéria investigada, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal associada aos temas enfrentados e de análise jurídica atrelada ao direito ambiental constitucional assim como das normas infraconstitucionais tudo com o objetivo de adequar de forma satisfatória o enquadramento do presente estudo em face de nosso sistema jurídico em vigor.

1. OS FERTILIZANTES MINERAIS COMO BENS AMBIENTAIS

No direito positivo o processo designa uma sucessão de atos direcionados à tomada de decisão, que pode ser exercida pelo Poder Executivo, Legislativo e o Judiciário. As decisões proferidas nos variados tipos de processo são vertidas em linguagem competente Partindo geralmente da extração mineral, etapa em que ocorre a obtenção das matérias-primas básicas, como o gás natural, as rochas fosfáticas e as potássicas, a produção de fertilizantes minerais está objetivamente associada ao uso de recursos ambientais definidos no plano jurídico constitucional como bens essenciais à sadia qualidade de vida (Art.225) e delimitados no plano infraconstitucional em face do que estabelecem as leis 9985/00(Art.2º, IV) e 6938/81(Art.3º, V).

Assim seu uso destinado às atividades econômicas condiciona as empresas, inclusive as transnacionais, aos superiores deveres constitucionais estabelecidos em nossa Lei Maior.

Senão vejamos.

2. O USO DOS RECURSOS MINERAIS DESTINADOS À PRODUÇÃO DE FERTILIZANTES EM FACE DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS BALIZADAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Conforme o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de estabelecer de forma didática “é certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema, o capitalista, no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstancia não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário” (ADI 1950 / SP - SÃO PAULO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator: Min. EROS GRAU Julgamento: 03/11/2005 Tribunal Pleno Publicação DJ 02-06-2006).

Com efeito.

Ligado preponderantemente no plano das atividades econômicas à tutela jurídica do meio ambiente natural, o uso dos recursos minerais destinados à produção de fertilizantes, por força do que determina o sistema normativo constitucional em vigor, deve ser gerenciado conforme princípios bem como dispositivos estabelecidos por nossa Lei Maior tratando-se a rigor, como lembram Celso Fiorillo e Renata Ferreira(FIORILLO e FERREIRA,2020) “de verificar o que significa atividade no contexto econômico normativo constitucional lembrando, de forma evidentemente menos ampla, dentro de análise doutrinária jurídica e em contexto infraconstitucional, ser a atividade “conceito básico de direito comercial, fenômeno essencialmente humano (Bonfante, Lezioni di storia del commercio). E hoje se pode afirmar que é conceito básico de direito empresarial.

A empresa se realiza pela atividade, como o sujeito se realiza por seus atos. Tanto o ato quanto a atividade se exteriorizam por meio de negócios jurídicos, de tal sorte que se afirma que o contrato é o núcleo básico da atividade empresarial (Bulgarelli, *Contratos mercantis*, p.25)”.

Destarte, no plano superior constitucional em vigor (princípio fundamental), a livre iniciativa (Art.1º, IV da CF) como “princípio do liberalismo econômico que defende a total liberdade do indivíduo para escolher e orientar sua ação econômica, independentemente da ação de grupos sociais ou do Estado” implicando em “total garantia da propriedade privada, o direito de o empresário investir seu capital no ramo que considerar mais favorável e fabricar e distribuir os bens produzidos em sua empresa da forma que achar mais conveniente à realização dos lucros”, conforme explicação de Paulo Sandroni (SANDRONI,2005), deixou de ser observada em face de sua interpretação inicial passando a ser admitida no ordenamento constitucional brasileiro em contexto de evidente equilíbrio com os demais princípios fundamentais de nossa Lei Maior, com destaque para o que determina o Art.1º,III(dignidade da pessoa humana) como também em face do objetivo fixado no Art.3 de se alcançar desenvolvimento nacional sustentável(Art.3º,II c/c Art.1º,III) .Assim o uso dos recursos minerais destinados à produção de fertilizantes está balizado não só pelos arts.1º e 3º de nossa Constituição Federal mas necessariamente orientado pelos princípios específicos da atividade econômica estabelecidos no Art.170 de nossa Carta Magna com particular destaque, em face do tema desenvolvido no presente trabalho, para o princípio da defesa do meio ambiente(natural, cultural, artificial e do trabalho -Art.170, VI da CF), cujo conteúdo constitucional está descrito no Art.225 da CF, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental (Art.225, parágrafo 1º, IV) dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Por via de consequência ao assegurar a todos, inclusive empresas transnacionais, o livre exercício de qualquer atividade econômica, inclusive e particularmente visando o uso dos recursos minerais destinados à produção de fertilizantes, nossa Constituição Federal condiciona o exercício de referida atividade no plano normativo à defesa do meio ambiente natural, do meio ambiente cultural, do meio ambiente artificial (espaço urbano) e do meio ambiente laboral tudo em face dos princípios do direito ambiental constitucional na forma de suas respectivas tutelas jurídicas constitucionais.

3. O USO DOS RECURSOS MINERAIS DESTINADOS À PRODUÇÃO DE FERTILIZANTES VINCULADO À DEFESA DO MEIO AMBIENTE COMO PRINCÍPIO GERAL DA ATIVIDADE ECONÔMICA EM FACE DA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADI 3540) E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA NORMATIVO

Conforme já tivemos oportunidade de aduzir anteriormente a ordem econômica estabelecida no plano normativo constitucional, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados alguns princípios indicados nos incisos do Art.170 sendo certo que dentre os referidos princípios, está exatamente o da defesa do meio ambiente (Art.170, VI da CF), cujo conteúdo constitucional está descrito no Art.225 da CF, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto

ambiental (Art.225, parágrafo 1º, IV) dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Destarte, conforme ensina Celso Fiorillo (FIORILLO,2022)“ a defesa do meio ambiente embora adote como causa primária no plano normativo os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art.1º, IV) necessita respeitar a dignidade da pessoa humana como superior fundamento constitucional (Art.1º, III).”

Adotando a exegese do autor antes referido o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de fixar a adequada interpretação da matéria conforme decidiu na conhecida ADI 3540 cuja ementa, por sua evidente importância para o tema o analisado no presente artigo ,merece ser transcrito, a saber:

“A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, entre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. [ADI 3.540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3-2-2006.]”.

Destarte ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, inclusive o uso dos recursos minerais destinados à produção de fertilizantes, nossa Constituição Federal condiciona o exercício de referida atividade no plano normativo superior, à defesa do meio ambiente natural, do meio ambiente cultural, do meio ambiente artificial (espaço urbano) e do meio ambiente laboral tudo em face dos princípios do direito ambiental constitucional na forma de suas respectivas tutelas jurídicas constitucionais.

4. O USO DOS RECURSOS MINERAIS DESTINADOS À PRODUÇÃO DE FERTILIZANTES POR PARTE EMPRESAS TRANSNACIONAIS EM FACE DO DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL

Conhecidas também pela denominação de empresas internacionais ou transnacionais, as multinacionais, conforme destaca Sandroni (SANDRONI, 1999)“resultam da concentração do capital e da internacionalização da produção capitalista. O processo teve início no final do século XIX, quando o capitalismo superou sua fase tipicamente concorrencial e evoluiu para a formação de monopólios, trustes e cartéis — fenômeno que acompanhou a hegemonia do capital financeiro no modo de produção capitalista e se tornou conhecido como imperialismo. Nesse novo processo de realização do capital, surge um mercado mundial de produção de bens, de serviços e de utilização de mão-de-obra, cujos resultados consistem no desenvolvimento do poderio econômico,

político e militar das potências industriais: Estados Unidos, Canadá, Japão, Grã-Bretanha, França, Alemanha e outras nações europeias”.

Daí a afirmação de Astrakhantseva, Shipshova e Antonova (ASTRAKHANTSEVA, E, SHIPSHOVA O e ANTONOVA M, 2019) ao sublinhar que “In the era of the colonies, the task of TNCs was the fastest production of material goods in the colonies and their transportation to the metropolis. With the collapse of most empires after the First World War, transnational corporations were more engaged in the production of various products using the international division of labor and selling them to former colonies.”

Todavia, tendo em vista que os atores transnacionais, conforme esclarecem Hymer (HYMER, 1979) e Jones (JONES, 1996), começaram no início dos anos 1960, cabe destacar que o termo multinacional foi introduzido por Lilienthal em 1960 (LILIENTHAL, 1960). Assim a observação de Olawole Ojo, Moses Akinyoola and Babatunde Olomu (OJO, AKINYOOOLA, OLOMU 2019) ao destacar que Lilienthal “who was a Director of the Tennessee Valley Authority and Director of the Atomic Energy Commission at that time, was first to introduce the term ‘Multinational Corporation’ in 1960. At a symposium held on the Occasion of the Tenth Anniversary of the Graduate School of Industrial Administration, Carnegie Institute of Technology, Lilienthal (1960), distinguished between portfolio and direct investment and then defined “multinational corporations – which have their home in one country but which operate and live under the laws of other countries as well”.

Portanto, como esclarecem os autores antes referidos, as multinacionais ou transnacionais desde sua gênese foram entendidas como corporações que embora com sede em determinado País operam e se submetem as leis dos países em que atuam.

Identificadas, pois, na lição de Celso Fiorillo (FIORILLO, 2021) “como grandes corporações que atuam em diferentes países, ou seja, grandes empresas/organizações estruturadas no sentido de desenvolver atividade econômica com foco em lucro, as multinacionais ou transnacionais, são atividades econômicas organizadas que se realizam entre diferentes nações sendo certo que apesar de atuarem em vários países, elas possuem uma única sede”.

Por outro lado é sempre importante lembrar que a caracterização de uma empresa multinacional, observando a relevância dos estudos de Stephen Hymer (HYMER, 1960) apresenta “variações na literatura” conforme observam Amatucci e Avrichir (AMATUCCI, M.; AVRICHIR, 2008) indicando o entendimento de Wilkins (WILKINS, 1988), a saber, “My definition of a multinational enterprise is broad; it is business (a producer of goods and services) that operates over borders. I am not captive to a ‘goods mindset’; I include the production of services of all kinds,” mas apontando todavia o que seria uma definição tida como a definição “oficial”, apresentada no relatório World Investment Report (WIR/UNCTAD, 2005) que indica “Transnational corporations (TNCs) are incorporated or unincorporated enterprises comprising parent enterprises and their foreign affiliates. A parent enterprise is defined as an enterprise that controls assets of other entities in countries other than its home country, usually by owning a certain equity capital stake”.

Caracterizadas, pois ,conforme lição de Amatucci e Avrichir(AMATUCCI, M.; AVRICHIR,2008)“pelo investimento no exterior (FDI – foreign direct investment), através da abertura de subsidiárias, que são assim filiais estrangeiras deste tipo de empresa” e significando não só “ investimento direto – colocar dinheiro em outro país” - como “além disso, uma decisão: vender diretamente ou fabricar no estrangeiro, ao invés de simplesmente exportar ou importar através de parceiros comerciais estrangeiros” ,o pressuposto das empresas transnacionais,conforme indicado pelos autores antes referidos, “é a mobilidade do capital: sem esta, fabricar ou vender em representante próprio fora do país de origem não pode entrar nos projetos estratégicos e na alavancagem da competitividade das empresas”.

De qualquer forma, e usando a advertência de Maxime A. Crener e Georges Hénault(CRENER,HÉNAULT 1977) “Le terme que nous utiliserons pour représenter la notion que de nombreux auteurs appellent «firme multinationale» sera celui d'entreprise transnationale (ET), tel qu'utilisé par les Nations unies”

Assim , as empresas transnacionais como empresas produtoras de bens e serviços que operam além das fronteiras “fixaram-se no Brasil ao longo de todo o Século XIX e XX (algumas antes), e em cada fase com um propósito e impulsionadas por uma lógica diferente” conforme lembram Amatucci e Avrichir(AMATUCCI, M.; AVRICHIR,2008) sendo certo que a obra “Empresas multinacionais na indústria brasileira”, de Doellinger e Cavalcanti(DOELLINGER, CAVALCANTI, 1975) constitui como indica Fiorillo(FIORILLO,2021) “uma contribuição importante para o estudo sobre as empresas multinacionais no Brasil, ao basear-se em uma pesquisa que teve como universo, no período em que foi realizada, as maiores empresas industriais do país em 23 setores industriais relacionando em cada setor as 10 maiores empresas, com base no patrimônio, capital social e faturamento e estabelecendo da união desses três conjuntos uma média de quase 14 empresas, somando um total de 318 empresas sendo 8 governamentais, 177 nacionais privadas e 133 subsidiárias de multinacionais”.

Já no plano normativo cabe lembrar manifestação de Baptist a(BAPTISTA,1987) ao advertir que “sob o prisma estritamente jurídico-positivo, pois, não existe a empresa transnacional, razão pela qual a descrição que dela fazem os economistas é útil para sua conceituação: “um complexo de empresas nacionais interligadas entre si, subordinadas a um controle central unificado e obedecendo a uma estratégia global.” Daí a afirmação de Maxime A. Crener e Georges Hénault(CRENER, HÉNAULT 1977),a saber “L'entreprise transnationale est une réalité empirique récente et originale.Elle serait d'ailleurs l'expression d'un stade nouveau du développement économique.”

Assim, entendidas no contexto anteriormente aduzido, o conceito jurídico de empresa transnacional está perfeitamente balizado no plano constitucional brasileiro, vez que, conforme adverte Celso Fiorillo(FIORILLO,2021) “ exatamente por se caracterizar como atividade econômica organizada que se realiza entre diferentes nações possuindo uma única sede, as empresas transnacionais ao atuarem em nosso País buscando mercado consumidor, energia, matéria-prima e mão de obra, **se submetem ao regramento jurídico que disciplina as atividades econômicas explicitamente estabelecidas em nossa Lei Maior.(grifos nossos)**”

Destarte o uso dos recursos minerais destinados à produção de fertilizantes por parte empresas transnacionais tem sua regulação jurídica perfeitamente definida

conforme estabelecido pela superiores normas constitucionais antes aduzidas não podendo ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente.

5. O USO DOS RECURSOS MINERAIS DESTINADOS À PRODUÇÃO DE FERTILIZANTES POR PARTE EMPRESAS TRANSNACIONAIS EM FACE DO DOS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Sempre em obediência aos mandamentos constitucionais, a necessária obediência aos princípios de direito ambiental constitucional baliza no plano normativo a atuação lícita das empresas transnacionais em face do uso dos bens ambientais inclusive, evidentemente, o uso dos recursos minerais destinados à produção de fertilizantes.

Alguns destes princípios merecem ser destacados.

Senão vejamos.

5.1 PRINCÍPIO DA SOBERANIA

Dentre os princípios de direito ambiental constitucional balizadores da atuação lícita das empresas transnacionais em face do uso dos bens ambientais inclusive, evidentemente, do uso dos recursos minerais destinados à produção de fertilizantes, merece particular destaque o princípio da soberania.

Com efeito.

O advento da Constituição de 1988, conforme esclarecem Fiorillo e Ferreira (FIORILLO, FERREIRA, 2021) não só proporcionou a recepção da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) em quase todos os seus aspectos como qualificou de forma superior o regramento jurídico ambiental brasileiro, estabelecendo a existência de seus princípios norteadores.

Aludidos princípios constituem pedras basulares dos sistemas político-jurídicos dos Estados civilizados, sendo adotados no Brasil e internacionalmente como fruto da necessidade de assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado e indicativo do caminho adequado para a proteção ambiental, em conformidade com a realidade econômica, social e os valores culturais de cada Estado independente e necessariamente em proveito da dignidade da pessoa humana.

Assim, conforme já desenvolvido no presente artigo, o meio ambiente, entendido como conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral em face de sua gênese, fixada de forma explícita em nossa na Lei Maior^{e 11}, é estruturado e interpretado juridicamente em decorrência dos princípios e comandos por ela estabelecidos.

Dentre referidos princípios o princípio da soberania mereceu absoluto destaque por parte de nossa Lei Maior não só como princípio fundamental estruturante de todas

¹¹ ADI 3.540 MC/DF – Distrito Federal, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, DJ, 3-2-2006, p. 14, ement., v. 02219-03, p. 528.

as relações jurídicas existentes em nosso País(Art.1º,I) como também balizador da ordem econômica existente no Brasil como princípio geral da atividade econômica(Art.170,I).

Com efeito.

Trata-se, pois, como ensina Reale (REALE,1984) de um poder originário e exclusivo do Estado “de declarar e assegurar por meios próprios a positividade de seu direito e de resolver, em última instância, sobre a validade de todos os ordenamentos internos”.

Destarte, nossa Lei Maior, ao estabelecer referido conceito como princípio fundamental, indica ser a soberania, como adverte Celso Fiorillo (FIORILLO,2021)“ fundamento de nossa República e de nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, I), a saber, “o art. 1º da Constituição assenta como um dos fundamentos do Estado brasileiro a sua soberania”¹², que significa o poder político supremo dentro do território, e, no plano internacional, no tocante às relações da República Federativa do Brasil com outros Estados soberanos, nos termos do art. 4º, I, da Carta Magna. A soberania nacional no plano transnacional funda-se no princípio da independência nacional, efetivada pelo presidente da República, consoante suas atribuições previstas no art. 84, VII e VIII, da Lei Maior”

Assim, trata-se de entender a soberania, como “poder de mando de última instância, numa sociedade política”, para usar a tradicional lição de Matteucci (BOBBIO, MATEUCCI PASQUINO,2010) sendo inclusive da competência do Conselho de Defesa Nacional (art. 91, § 1º, III da CF), órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo.

Destarte, e corroborando a argumentação anteriormente aduzida, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que “os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) **não minimizam o conceito**

¹² “Negativa, pelo presidente da República, de entrega do extraditando ao país requerente. (...) O Tratado de Extradicação entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, no seu art. III, 1, f, permite a não entrega do cidadão da parte requerente quando ‘a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição’. (...) Deveras, antes de deliberar sobre a existência de poderes discricionários do presidente da República em matéria de extradição, ou mesmo se essa autoridade se manteve nos limites da decisão proferida pelo Colegiado anteriormente, é necessário definir se o ato do chefe de Estado é sindicável pelo Judiciário, em abstrato. O art. 1º da Constituição assenta como um dos fundamentos do Estado brasileiro a sua soberania – que significa o poder político supremo dentro do território, e, no plano internacional, no tocante às relações da República Federativa do Brasil com outros Estados soberanos, nos termos do art. 4º, I, da Carta Magna. A soberania nacional no plano transnacional funda-se no princípio da independência nacional, efetivada pelo presidente da República, consoante suas atribuições previstas no art. 84, VII e VIII, da Lei Maior. A soberania, dicotomizada em interna e externa, tem na primeira a exteriorização da vontade popular (art. 14 da CRFB) através dos representantes do povo no parlamento e no governo; na segunda, a sua expressão no plano internacional, por meio do presidente da República. No campo da soberania, relativamente à extradição, é assente que o ato de entrega do extraditando é exclusivo, da competência indeclinável do presidente da República, conforme consagrado na Constituição, nas leis, nos tratados e na própria decisão do Egrégio STF na Ext 1.085. O descumprimento do Tratado, em tese, gera uma lide entre Estados soberanos, cuja resolução não compete ao STF, que não exerce soberania internacional, máxime para impor a vontade da República Italiana ao chefe de Estado brasileiro, cogitando-se de mediação da Corte Internacional de Haia, nos termos do art. 92 da Carta das Nações Unidas de 1945” (Rcl 11.243, Rel. p/ o ac. Min. Luiz Fux, j. 8-6-2011, P, DJE, 5-10-2011).

de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição (grifos nossos)¹³, mantendo-se, pois, nos dias de hoje, “ainda intacto o padrão westfaliano de relacionamento horizontal entre os Estados, enquanto modelo fundado na soberania, na supremacia da ordem jurídica interna, na aplicação do direito internacional em conformidade com os ditames da legislação local e na consideração de um povo territorialmente localizado como fonte de legitimidade, ainda que, em outras áreas, sobretudo na econômica, a heteronímia decisória tenda a avançar cada vez mais”, como lembra Lewandowski (LEWANDOWSKI).

Por via de consequência, devemos destacar que, no plano externo, a soberania traduz a ideia de igualdade de todos os Estados na comunidade internacional, associada à independência nacional, manifestando-se, principalmente, pela constituição de um sistema de normas jurídicas capaz de estabelecer as pautas fundamentais do comportamento humano dentro de determinado espaço territorial. Resta bem evidenciado, como adverte Celso Fiorillo (FIORILLO, 2021) que uma das principais características da soberania é o reconhecimento de sua independência na ordem internacional, não dependendo, pois, o Estado de qualquer poder supranacional e vinculando-se tão somente pelas normas de direito internacional resultantes de tratados livremente celebrados, conforme estabelece o princípio constitucional da legalidade. Daí restar bem estabelecido que a soberania é um poder, ou seja, é uma faculdade de impor aos outros um comando a que lhes fiquem a dever obediência, que se caracteriza por ser absoluto, ou seja, a soberania não está sujeita a condições ou obrigações determinados de forma impositiva por outrem, não recebendo ordens ou instruções de ninguém e não sendo responsável perante nenhum outro poder”.

Já no plano interno, deve ser repetida e aplicada a lição de Reale (REALE, 1984) no sentido de entender a soberania como um poder originário e exclusivo do Estado “de declarar e assegurar por meios próprios a positividade de seu direito e de resolver, em última instância, sobre a validade de todos os ordenamentos internos”, ou seja, de declarar e assegurar a necessária obediência à nossa Lei Maior, bem como a todo o sistema normativo em vigor em nosso País.

¹³ Ementa: “‘HABEAS CORPUS’ PREVENTIVO. PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL DECRETADA EM AÇÃO DE DEPÓSITO DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE (ART. 66 DA LEI N. 4.728/65 E DECRETO-LEI N. 911/69): ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA), DECR. N. 678/92. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. I – Preliminar. Questão nova: prescrição. O Tribunal ‘a quo’ não pode ser considerado coator quanto às questões que não lhe foram submetidas e, neste caso, a autoridade coatora continua sendo o Juiz de primeiro grau: incompetência do Supremo Tribunal Federal. ‘Habeas corpus’ não conhecido nesta parte. Precedentes. II – Mérito. 1 – A Constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5º, LXVII). 2 – Os arts. 1º (art. 66 da Lei n. 4.728/65) e 4º do Decreto-lei n. 911/69, definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato. 3 – A prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária. 4 – Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica, (‘ninguém deve ser detido por dívida’: ‘este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar’) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição. 5 – ‘Habeas corpus’ conhecido em parte e, nesta parte, indeferido” (HC 73.044/SP – São Paulo, Habeas Corpus, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 19-3-1996, DJ, 20-9-1996, p. 34534, ement., v. 1842-02, p. 1).

Por via de consequência o uso dos recursos minerais destinados à produção de fertilizantes por parte empresas transnacionais está explicitamente submetido ao princípio da soberania como um dos mais importantes princípios de direito ambiental constitucional.

5.2 PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Impregnado de caráter eminentemente constitucional, orientador do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de se garantir o desenvolvimento nacional (Art.3º, II da CF) e objetivamente reverberado nos Princípios Gerais da Atividade Econômica estabelecidos em nossa Lei Maior (arts.170 e s.) “como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia”¹⁴, o princípio do desenvolvimento sustentável surgiu, inicialmente, de forma mais geral, na Conferência Mundial de Meio Ambiente, realizada em 1972¹⁵, em Estocolmo, tendo sido repetido nas demais conferências sobre o meio ambiente até o advento do Relatório Brundtland que estabeleceu seu conceito específico. Assim a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente/Relatório Brundtland – 1987, criada em 1983 (NOSSO FUTURO COMUM, 1991), ao estabelecer que o desenvolvimento sustentável, em essência, “é um processo de transformação no qual a exploração de recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro a fim de atender às necessidades e aspirações humanas”, dirigindo-se também à empresa privada, deixou explicitado que “o desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”, contendo “dois conceitos-chave”, a saber: 1º) o conceito de “necessidades” (sobretudo as “necessidades” essenciais dos pobres do mundo, que devem receber prioridade máxima) e 2º) a “noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõem ao meio ambiente, impedindo-o de atender às necessidades presentes e futuras” (NOSSO FUTURO COMUM, 1991). Daí a precisa advertência da autora do conceito, Gro Brundtland em entrevista concedida em 22 de março de 2012 para empresa de comunicação brasileira¹⁶ quando de sua participação em Manaus no Fórum Mundial de Sustentabilidade: “a expressão é ‘desenvolvimento sustentável’. Nos últimos dez anos, as pessoas começaram a usar ‘sustentabilidade’ como forma alternativa. Sempre tive cuidado em não usar a palavra ‘sustentabilidade’ sozinha enquanto conceito. Precisamos de sustentabilidade em diversas áreas, mas também precisamos de desenvolvimento sustentável” sendo certo que na oportunidade, perguntada ainda se não

¹⁴ “A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, DJ, 3-2-2006).

¹⁵ REPORT OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE ON THE HUMAN ENVIRONMENT, Stockholm, 5 a 16 June 1972.

¹⁶ <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/32761-existe-um-abuso-do-conceito-de-sustentabilidade.shtml> acesso em 16 de outubro de 2021

achava que teria ocorrido abuso do conceito, a ex-premiê respondeu que “Sim. Acho que há mais abuso quando se fala de sustentabilidade. Essa palavra foi introduzida depois, como se entregasse aquilo que o desenvolvimento sustentável significa. Você precisa olhar cada empresa para saber se ela está adotando a sustentabilidade ou a responsabilidade social corporativa. Palavras sempre podem ser mal usadas. Mas você não pode dizer: ‘Esse conceito foi distorcido, então o deixamos de lado’. Não acho que possamos encontrar uma maneira nova e melhor de descrever do que trataram a nossa comissão e a Rio-92. Não vale a pena reinventar a roda porque alguém tentou roubá-la. Ela vai ser roubada de novo”¹⁷.

Com efeito.

Constata-se que os recursos ambientais não são inesgotáveis, tornando-se inadmissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias a esse fato. Busca-se com isso, como ensina Celso Fiorillo (FIORILLO, 2021) “a coexistência harmônica entre economia e meio ambiente permitindo-se o desenvolvimento, inclusive com a participação das empresas transnacionais, mas de forma sustentável, planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inócuos”.

Destarte, conforme entendimento já adotado pelo Supremo Tribunal Federal, “a análise de compatibilidade entre natureza e obra humana é ínsita à ideia de desenvolvimento sustentável, expressão popularizada pelo Relatório Brundtland, elaborado em 1987 pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. A mesma organização eficiente dos recursos disponíveis que conduz ao progresso econômico, por meio da aplicação do capital acumulado no modo mais produtivo possível, é também aquela capaz de garantir o racional manejo das riquezas ambientais em face do crescimento populacional. Por conseguinte, a proteção ao meio ambiente, no contexto de um desenvolvimento sustentável, não equivale a uma visão estática dos bens naturais, que pugna pela proibição de toda e qualquer mudança ou interferência em processos ecológicos ou correlatos. A história humana e natural é feita de mudanças e adaptações, não de condições estáticas ou de equilíbrio”¹⁸.

Dessa forma, o princípio do desenvolvimento sustentável tem por *conteúdo* a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição. Com isso, a noção e o conceito de *desenvolvimento*, formados num Estado de tradicional concepção liberal fixada em momento histórico absolutamente diferente dos dias de hoje, alteraram-se, porquanto não mais encontravam guarida na sociedade moderna. Passou-se a reclamar um papel ativo do Estado no socorro dos valores ambientais, conferindo outra noção ao conceito de *desenvolvimento*. A proteção do meio ambiente e o fenômeno desenvolvimentista (sendo composto pela livre-iniciativa) passaram a fazer parte de um objetivo comum,

¹⁷ <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/32761-existe-um-abuso-do-conceito-de-sustentabilidade.shtml> acesso em 16 de outubro de 2021

¹⁸ ADC 42 / DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28-2-2018, Tribunal Pleno, processo eletrônico DJe-175, divulg. 12-8-2019, public. 13-8-2019.

pressupondo “a convergência de objetivos das políticas de desenvolvimento econômico, social, cultural e de proteção ambiental”¹⁹.

Destarte a busca e a conquista de um ‘ponto de equilíbrio’ entre o desenvolvimento social, o crescimento econômico e a utilização dos bens ambientais, inclusive em face do uso dos recursos minerais destinados à produção de fertilizantes por parte empresas transnacionais, exige um adequado planejamento que tenha em conta os limites da sustentabilidade estabelecidos por nossa Constituição Federal devendo o critério do desenvolvimento sustentável valer “tanto para o território nacional na sua totalidade, áreas urbanas e rurais, como para a sociedade, para o povo, respeitadas as necessidades culturais e criativas do país” na didática manifestação de Sardenberg(SARDENBERG,1995).

Por via de consequência o princípio do desenvolvimento sustentável “define o significado de desenvolvimento nacional como garantia indicada no plano do que estabelece o Art.3º de nossa Lei Maior”, como reconhece Celso Fiorillo(FIORILLO,2022) restando claramente observado que nossa Constituição Federal, ao estabelecer como princípios fundamentais constitucionais o objetivo de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III), adotando como fundamento “a dignidade da pessoa humana” (art.1º, III teria, na interpretação do autor antes referido “, usado claramente pelo menos um dos “conceitos-chave” do significado do conceito de desenvolvimento sustentável, inclusive com reflexo direto na positivação constitucional dos princípios gerais da atividade econômica que, praticamente repetindo o conteúdo do art. 1º da Carta Maior, estabelece que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados alguns princípios, como o princípio da defesa do meio ambiente

Daí o Supremo Tribunal Federal, adotando a interpretação antes mencionada, estabelecer que “o desenvolvimento sustentável passou, assim, a ser o objetivo a ser alcançado por todos os países, com previsão expressa no Princípio n. 4 da Declaração sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92, Rio de Janeiro, 1992), que firma:

‘Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste’ destacando que ‘no Brasil, a constitucionalização de uma ordem ambiental voltada ao dever estatal de proteção do meio ambiente, bem como seu deslocamento para o rol de direitos fundamentais, consagrou modelo de Estado que considera a proteção ambiental e o fenômeno do desenvolvimento um objetivo comum, pressupondo a convergência de objetivos das políticas de desenvolvimento econômico, social

¹⁹ O Tribunal Regional Federal da 3ª Região (São Paulo/Mato Grosso do Sul) adotou nosso entendimento, conforme se observa de importante decisão da Presidente do TRF, Desembargadora Federal Marli Marques Ferreira, ao enfrentar o tormentoso tema da queima da palha da cana-de-açúcar, a saber:

“Celso Antonio Pacheco Fiorillo, com a proficiência de profundo conhecedor da matéria e cuidando do Princípio do Desenvolvimento Sustentável, leciona:

“Com isso, a noção e o conceito de desenvolvimento, formados num Estado de concepção liberal, alteraram-se, porquanto não mais encontravam guarida na sociedade moderna. Passou-se a reclamar um papel ativo do Estado no socorro dos valores ambientais, conferindo outra noção ao conceito de desenvolvimento. A proteção do meio ambiente e o fenômeno desenvolvimentista (sendo composto pela livre-iniciativa) passaram a fazer parte de um objetivo comum, pressupondo ‘a convergência de objetivos das políticas de desenvolvimento econômico, social, cultural e de proteção ambiental’” (TRF, 3ª Região, Proc. n. 2007.03.00.091882-6, requerente: Estado de São Paulo, requerido: Juízo Federal da 1ª Vara de Jaú – Seç. Jud. – SP, setembro de 2007).

e cultural e de proteção ambiental' (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 25)²⁰.

5.3 PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

A prevenção é preceito fundamental, uma vez que os danos ambientais, na maioria das vezes, são irreversíveis e irreparáveis. Diante da impotência do sistema jurídico, incapaz de restabelecer, em igualdade de condições, uma situação idêntica à anterior, adota-se o princípio da prevenção do dano ao meio ambiente como sustentáculo do direito ambiental, consubstanciando-se como seu objetivo fundamental.

A nossa Constituição Federal de 1988, conforme lição de Fiorillo (FIORILLO,2022) “expressamente adotou o princípio da prevenção, ao preceituar, no *caput* do art. 225 da CF, o dever do Poder Público e da coletividade de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações” sendo certo que visando dar efetividade ao referido princípio nossa Lei Maior estabelece instrumentos normativos destinados a dar existência real à realização da prevenção com destaque para o estudo prévio de impacto ambiental (EIA/RIMA – art. 225, § 1º, IV) bem como de outros mecanismos jurídicos como o manejo ecológico, o tombamento, as liminares, as sanções administrativas etc.

Destarte, em decorrência de nossa estrutura constitucional, a efetiva prevenção do dano ambiental estabelecida no superior sistema normativo em vigor deve-se fundamentalmente ao papel constitucional exercido pelo Estado não só na devida punição do poluidor, inclusive evidentemente nas hipóteses de atuação ilícita das empresas transnacionais, mas principalmente “com o uso de um estimulante negativo contra a prática de agressões ao meio ambiente” , em face de “ter adotado um liberalismo regulador de atividades econômicas que explicitamente acata princípios constitucionais ambientais, como base estrutural de seu sistema normativo” conforme salienta Fiorillo(FIORILLO,2022).

Verifica-se por via de consequência que o princípio da prevenção também encontra-se presente na ótica do Poder Judiciário e da Administração com a “, a aplicação da jurisdição coletiva, que contempla mecanismos de tutela mais adaptados aos direitos difusos e à defesa dos bens ambientais, objetivando impedir a continuidade do evento danoso, bem como a possibilidade de ajuizamento de ações que apenas visem uma atuação preventiva, a fim de evitar o início de uma degradação (através de liminares, de tutela antecipada), a aplicação do real e efetivo acesso à justiça e o princípio da igualdade real, estabelecendo tratamento paritário entre os litigantes, são instrumentos utilizados com vistas a salvaguardar o meio ambiente e a qualidade de vida” conforme destacado por Celso Fiorillo(FIORILLO,2018).

Daí inclusive o Supremo Tribunal Federal ter “jurisprudência consolidada no sentido de que, em matéria de tutela ao meio ambiente e à saúde pública, devem-se observar os princípios da precaução e da prevenção”²¹.

²⁰ ADI 4.269 / DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 18-10-2017, Tribunal Pleno, Acórdão Eletrônico, DJe-019, divulg. 31-1-2019, public. 1º-2-2019.

²¹ “Ainda que assim não fosse: que não houvesse uma quase unanimidade técnico-científica acerca da importância das medidas de distanciamento social e mesmo que não tivéssemos a agravante de reunirmos grupos

Sob o prisma da Administração, e, portanto, no âmbito da atuação do Estado como agente normativo e regulador²², encontramos a aplicabilidade do princípio da prevenção por intermédio das licenças, das sanções administrativas, da fiscalização e das autorizações, entre outros tantos atos do Poder Público, determinantes da sua função ambiental de tutela do meio ambiente²³, em face das incumbências impostas ao Poder Público por nossa Constituição Federal, sendo certo que existe jurisprudência firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no sentido de estabelecer que toda e qualquer previsão legal que dispense a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental viola o art. 225, § 1º, IV, da Lei Maior²⁴.

vulneráveis em situações de baixa renda, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada no sentido de que, em matéria de tutela ao meio ambiente e à saúde pública, devem-se observar os princípios da precaução e da prevenção. Portanto, havendo qualquer dúvida científica acerca da adoção da medida sanitária de distanciamento social – o que, vale reiterar, não parece estar presente – a questão deve ser solucionada em favor do bem saúde da população.”

“DIREITO CONSTITUCIONAL E SANITÁRIO. ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. SAÚDE PÚBLICA E COVID-19. CAMPANHA PUBLICITÁRIA APTA A GERAR GRAVE RISCO À VIDA E À SAÚDE DOS CIDADÃOS. PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO. CAUTELAR DEFERIDA. 1. Arguições de descumprimento de preceito fundamental contra a contratação e veiculação de campanha publicitária, pela União, afirmando que ‘O Brasil Não Pode Parar’, conclamando a população a retomar as suas atividades e, por conseguinte, transmitindo-lhe a impressão de que a pandemia mundial (Covid-19) não representa grave ameaça à vida e à saúde de todos os brasileiros. 2. As orientações da Organização Mundial de Saúde, do Ministério da Saúde, do Conselho Federal de Medicina, da Sociedade Brasileira de Infectologia, entre outros, assim como a experiência dos demais países que estão enfrentando o vírus, apontam para a imprescindibilidade de medidas de distanciamento social voltadas a reduzir a velocidade de contágio e a permitir que o sistema de saúde seja capaz de progressivamente absorver o quantitativo de pessoas infectadas. 3. Plausibilidade do direito alegado. Proteção do direito à vida, à saúde e à informação da população (art. 5º, caput, XIV e XXXIII, art. 6º e art. 196, CF). Incidência dos princípios da prevenção e da precaução (art. 225, CF), que determinam, na forma da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, na dúvida quanto à adoção de uma medida sanitária, deve prevalecer a escolha que ofereça proteção mais ampla à saúde. 4. Perigo na demora reconhecido. Disseminação da campanha ‘O Brasil Não Pode Parar’ que já se encontra em curso, ao menos com base em vídeo preliminar. Necessidade urgente de evitar a divulgação de informações que possam comprometer o engajamento da população nas medidas necessárias a conter o contágio da Covid-19, bem como importância de evitar dispêndio indevido de recursos públicos escassos em momento de emergência sanitária. 5. Medida cautelar concedida para vedar a produção e circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que pregue que ‘O Brasil Não Pode Parar’ ou que sugira que a população deve retornar às suas atividades plenas, ou, ainda, que expresse que a pandemia constitui evento de diminuta gravidade para a saúde e a vida da população. Determino, ainda, a sustação da contratação de qualquer campanha publicitária destinada ao mesmo fim. Brasília, 31 de março de 2020” (ADPF 669-MC, Distrito Federal, Rel. Min. Roberto Barroso).

²² Em relação ao caráter não absoluto da livre-iniciativa e à regulamentação do mercado vide ADIs 1.950/SP, DJ, 2-6-2006, e 3.512/ES, DJ, 23-6-2006, e o RE 349.686/PE, DJ, 5-8-2005.

²³ “Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Legitimidade ad causam. Controvérsia infraconstitucional. 3. Direito Administrativo. 4. Responsabilidade civil do Estado. Perigo de dano ambiental. Depósito de agrotóxicos em local inapropriado. Periclitado da saúde pública e do ambiente. 5. Ofensa meramente reflexa ao texto constitucional. Controvérsia decidida com base nas legislações Federal e local. Incidência do Enunciado 280 da Súmula desta Corte. Leis federais 6.938/81 e 7.802/89; Lei estadual 12.493/99. Precedentes. 6. Dever do Estado de prevenção e reparação dos danos causados ao ambiente. Acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 8. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF, RE 559.622-AgR/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 6-8-2013).

²⁴ “Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL. PARÂMETRO. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. REPRODUÇÃO DE REGRA PREVISTA NA LEI MAIOR. POSSIBILIDADE. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL. DISPENSA PELO MUNICÍPIO. IMPOSSIBILIDADE. ADI 1.086/SC. PRECEDENTES. MATÉRIA COM INCONSTITUCIONALIDADE PRONUNCIADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCURADOR-GERAL DO ESTADO. DEFESA DO ATO IMPUGNADO. DESNECESSIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 07.11.2012. O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de violar o art. 225, § 1º, IV, da Lei Maior, a previsão legal que dispense a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental. Fundada a declaração de inconstitucionalidade proferida pela Corte de origem na incompatibilidade do art. 33, § 2º, da Lei Complementar Municipal 055/2004 com o art. 150, § 1º, IV, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, reprodução da regra contida no art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados. O Supremo Tribunal Federal entende que Advogado-Geral da União e, nos Estados, o Procurador-Geral do Estado, não está obrigado a defender tese jurídica

Por esse motivo, o particular entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, em harmonia com o entendimento defendido por Fiorillo desde o início do século (FIORILLO,2000), de que “a dispensa de licenciamento de atividades identificadas conforme o segmento econômico, independentemente de seu potencial de degradação, e a conseqüente dispensa do prévio estudo de impacto ambiental (art. 225, § 1º, IV, da CF) implicam proteção deficiente ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF), cabendo ao Poder Público o exercício do poder de polícia ambiental visando a prevenir e mitigar potenciais danos ao equilíbrio ambiental”²⁵.

5.4 PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR

Tido em consideração pela primeira vez na proteção do ambiente, como lembra Fiorillo(FIORILLO,2022), “ por iniciativa do Grupo de Trabalho Interparlamentar do Bundestag Alemão (IPA) - na lei dos óleos usados/ei do óleo residual de 23 de dezembro de 1968” tratando-se pois “ de um dos três princípios da legislação ambiental alemã e entendido como uma verdadeira diretriz destinada a impor a carga de custo direto sobre aqueles que causam danos ambientais” podemos identificar em nosso País no princípio do poluidor-pagador duas órbitas de alcance: a) busca evitar a ocorrência de danos ambientais (caráter preventivo); e b) ocorrido o dano, visa à sua reparação (caráter repressivo).

Desse modo, num primeiro momento, impõe-se ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos ao meio ambiente que a sua atividade possa ocasionar cabendo a ele o ônus de utilizar instrumentos necessários à prevenção dos danos. Numa segunda órbita de alcance, esclarece este princípio que, ocorrendo danos ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável pela sua reparação.

se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela inconstitucionalidade. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastream a decisão agravada, mormente no que se refere à conformidade entre o que decidido no acórdão recorrido e a jurisprudência desta Corte. Agravo regimental conhecido e não provido” (RE 739.998-AgR / RN, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, Rel. Min. Rosa Weber, j. 12-8-2014, 1ª Turma, processo eletrônico, DJe-165, divulg. 26-8-2014, public. 27-8-2014).

²⁵ “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. LEI ESTADUAL QUE DISPENSA ATIVIDADES AGROSSILVIPASTORIS DO PRÉVIO LICENCIAMENTO AMBIENTAL. INVASÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS SOBRE PROTEÇÃO AMBIENTAL. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A competência legislativa concorrente cria o denominado ‘condomínio legislativo’ entre a União e os Estados-Membros, cabendo à primeira a edição de normas gerais sobre as matérias elencadas no art. 24 da Constituição Federal; e aos segundos o exercício da competência complementar – quando já existente norma geral a disciplinar determinada matéria (CF, art. 24, § 2º) – e da competência legislativa plena (supletiva) – quando inexistente norma federal a estabelecer normatização de caráter geral (CF, art. 24, § 3º). 2. A possibilidade de complementação da legislação federal para o atendimento de interesse regional (art. 24, § 2º, da CF) não permite que Estado-Membro dispense a exigência de licenciamento para atividades potencialmente poluidoras, como pretendido pelo art. 10 da Lei 2.713/2013 do Estado do Tocantins. 3. O desenvolvimento de atividades agrossilvipastoris pode acarretar uma relevante intervenção sobre o meio ambiente, pelo que não se justifica a flexibilização dos instrumentos de proteção ambiental, sem que haja um controle e fiscalização prévios da atividade. 4. A dispensa de licenciamento de atividades identificadas conforme o segmento econômico, independentemente de seu potencial de degradação, e a conseqüente dispensa do prévio estudo de impacto ambiental (art. 225, § 1º, IV, da CF) implicam proteção deficiente ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF), cabendo ao Poder Público o exercício do poder de polícia ambiental visando a prevenir e mitigar potenciais danos ao equilíbrio ambiental. 5. Ação direta julgada procedente” (ADI 5.312 / TO, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 25-10-2018, Tribunal Pleno, processo eletrônico, DJe-026, divulg. 8-2-2019, public. 11-2-2019).

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de enfrentar o tema indicando posicionamento defendido por Fiorillo desde o início do século(FIORILLO,2000)exatamente no sentido de adequar o tema à realidade brasileira e apontando de maneira didática o enfrentamento do denominado princípio do poluidor-pagador,a saber:

“O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, apenas para fazer uma correção no voto. Quem oficiou personificando o Ministério Público não apontou a fonte. Utilizei certa picardia, aludindo à criatividade do autor do parecer quanto à expressão ‘poluidor-pagador’. E agora o Ministro Celso de Mello esclarece que essa expressão é do Professor Celso...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – o Professor CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO, no seu ‘Curso de Direito Ambiental’, apenas consagra uma expressão que é de uso comum no direito ambiental, inclusive no plano do direito comparado”²⁶.

Assim na Constituição Federal de 1988, encontramos o referido princípio previsto no art. 225, § 3º(“as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”)valendo observar que na órbita repressiva do princípio do poluidor-pagador há incidência da chamada “ *responsabilidade civil*” porquanto o próprio pagamento resultante da poluição não possui caráter de pena, nem de sujeição à infração administrativa, o que, por evidente, não exclui a cumulatividade destas, como prevê a Constituição Federal no referido § 3º do art. 225.

Com isso, é correto afirmar que ao determinar a incidência e aplicação de alguns aspectos do denominado regime jurídico da “responsabilidade civi” aos danos ambientais, o princípio do poluidor-pagador indicada claramente deveres/obrigações ambientais em face da atuação das empresas, inclusive transnacionais,a saber:a) a responsabilidade denominada “civil” objetiva; b) prioridade da reparação específica do dano ambiental; e c) solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente.

CONCLUSÃO

Fundamental para o agronegócio brasileiro, a produção dos fertilizantes minerais por parte das empresas transnacionais que desenvolvem atividades econômicas em nosso País, além de submetida ao princípio da soberania deve obediência aos princípios gerais da atividade econômica indicados em nossa Lei Maior com particular destaque, exatamente na medida em que atuam associadas às possibilidades de se encontrar elementos básicos minerais , para a defesa do meio ambiente(Art.170,VI). Destarte sua atuação lícita em nosso País está condicionada ao que estabelecem os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente com particular destaque para os princípios da soberania, desenvolvimento sustentável, prevenção e poluidor-pagador.

²⁶Debate realizado na Corte Suprema(ADI 3378/Órgão julgador: Tribunal Pleno/Relator: Min. CARLOS BRITTO/Julgamento: 09/04/2008/Publicação: 20/06/2008)

REFERÊNCIAS

- AMATUCCI, M.; AVRICHIR, I. Teorias de Negócios Internacionais e a entrada de multinacionais no Brasil de 1850 a 2007. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, v. 10, 2008.
- ASTRAKHANTSEVA, E., SHIPSHOVA, O. e ANTONOVA, M. The role of transnational corporations in the globalization of the economy *International Conference on Sustainable Development of Cross-Border Regions: Economic, Social and Security Challenges*, 2019.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa Transnacional e Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- BOBBIO, Norberto *Dicionário de Política*. Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13ª edição, 2010.
- CRENER, Maxime A. HÉNAULT, Georges Le rôle paradoxal des entreprises transnationales (E.T.) dans une ère de tensions protectionnistes *Études internationales*, Volume 8, número 4, 1977.
- DOELLINGER, Carlos von & CAVALCANTI, Leonardo. *Empresas multinacionais na indústria brasileira*. Rio de Janeiro, IPEA/INPES, 1975.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 22ª edição, revista, ampliada e atualizada São Paulo: Saraiva, 2022.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco *A gestão sustentável das empresas transnacionais e sua regulação em face do direito ambiental constitucional brasileiro*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco ; FERREIRA, Renata Marques. *A política nacional do meio ambiente (lei 6938/81) em face do direito ambiental constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito Empresarial Ambiental Brasileiro e sua delimitação constitucional* Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2020.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Direito Processual Ambiental Brasileiro – A defesa judicial do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente digital, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural no Brasil*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 1ª São Paulo: Saraiva, 2000.
- HYMER, S. In R. B. Cohen et al., (Eds). *The Multinational Corporation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- JONES, G.. *The Evolution of International Business: An Introduction*. New York: Routledge, 1996.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo *Globalização, regionalização e soberania*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004.
- LILIENTHAL, D. *The Multinational Corporation*. In M.H. Anshen & G.L. Bach (Eds.). *Management and Corporations*, New York: McGraw-Hill, 1960.
- NOSSO FUTURO COMUM *Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento*, 2. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

OJO, Olawolw AKINYoola, Moses OLOMU, Babatunde Multinational and Transnational Activities in the Global Economy: implications for sócio-economic development in Nigeria International Journal of Economics, Business and Management Research Vol. 3, No. 07; 2019.

REALE, Miguel, Teoria do direito e do Estado, São Paulo, Saraiva, 1984.

ROSA, Benedito Fertilizantes, o calcanhar de Aquiles da agricultura brasileira 26 de junho de 2020 disponível em <https://blogs.canalrural.com.br/beneditorosa/2020/06/26/fertilizantes-o-calcanhar-de-aquiles-da-agricultura-brasileira/> acesso em 16 de outubro de 2021.

SANDRONI, Paulo Novíssimo Dicionário de Economia, Editora Best Seller, 1999.

SANDRONI, Paulo Sandroni. Dicionário de Economia do Século XXI. Rio de Janeiro/São Paulo, Editora Record, 2005.

SARDENBERG, Ronaldo Mota, Ordenação territorial e desenvolvimento sustentável, Folha de S. Paulo, caderno I, p. 3, 24 abr. 1995 <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/4/24/opinioao/9.html> acesso em 16 de outubro de 2021.

UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development. World Investment Report 2005 – Transnational Corporations and the Internationalization of R&D. Methodological Notes: Definitions and Sources. New York and Geneva: United Nations, 2005.

WILKINS, MIRA. The free-standing company, 1870-1914: an important type of British foreign direct investment. Economic History Review, Vol. XLI n. 2, 1988.



DOCTRINA ESTRANGEIRA



THE CREATION OF THE PERMANENT COURT OF ARBITRATION: DOCTRINAL DEBATES ABOUT ITS ORIGINS

*Lucas Carlos Lima*¹

ABSTRACT

Created in 1899 by the Hague Peace Convention, the Permanent Court of Arbitration is an international judicial organ whose creation takes place in a field of tension between discourses that involved the international arbitration at the time and also those which assured the need for the creation of a permanent court. Established in a background of discourses that glorified international arbitration, the Court became a target of fierce criticizing concerning its structure and inability to develop the International Law through its awards. The purpose of the present work is to historically revisit the debates on the Permanent Court of Arbitration not only for a better comprehension of the moment and the jurisdictional organ itself (which, at the present day, has suffered a severe process of modernization and adaptation to the international scene), but also to know critically the juridical discourses that involve the dynamics of the international arbitration.

The year is 1898 and the European nations are in extreme and burdensome reciprocal militarization². The peace of the Concert of Europe is under threat³ but the international relations are still peaceful, even though a number of small preoccupations disturb the continent⁴. Along with the uncertainties of the end of the century, more recurrent attempts to avoid a significant armed conflict take place amongst the European powers. The culture of international arbitration, although in prominent position, does not seem to be an imposing reality so as to make States ignore the bellicose resolution of conflicts. The possibility of new wars is still patent, as well as the recourse to war is a part of international *praxis*. Furthermore, the world had just watched the end of the Spanish-American war in 1898, which showed that an enduring international peace was not within near reach.

In this context, on the 24th of August 1898, the Russian minister of foreign affairs Boris Mouraviev, under the command of Tsar Nicholas II, issued an imperial declaration to all the diplomatic representatives accredited in Saint Petersburg. In this statement, he considers to be an objective:

¹ Doctor y docente en derecho tributario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

² Cf. LANGE, Christian L. *Histoire de l'Internationalisme*. Vol. I. New York: G.P. Putnam's Sons, 1919. Also MORRIS, Robert C. *International Arbitration and Procedure*. New Haven: Yale University Press, 1911.

³ WATSON, 2004, p. 350.

⁴ DUROSELLE, 1976, p. 49

To put an end to these incessant armaments and to seek the means of warding off the calamities which are threatening the whole world such is the supreme duty which is today imposed on all States. Filled with this idea, His Majesty has been pleased to order me to propose to all the Governments whose representatives are accredited to the Imperial Court, the meeting of a conference which would have to occupy itself with this grave problem⁵.

For a long period of time Tsar Nicholas II was considered to be one of the great “friends of peace”⁶ due to the proposition of this Conference, to which the discourse of elimination of armaments in Europe based on a pacifist scenery served as an engine. It was even argued that “[t]he recent proposals of the Tsar of Russia, and the conference at the Hague to which they led, have naturally directed attention to the possibility of an age of peace”⁷.

In the same sense goes the unconvinced analysis of the historian Eric Hobsbawm when he considers that the Hague Peace Conventions were “international meetings by mostly sceptical representatives of governments, and the first of many gatherings since in which governments have declared their unwavering but theoretical commitment to the ideal of peace”⁸. His approach indicates a central element which is the main aspect of the Conventions delegates: there were important men sent by their States, but chancellery men, habituated to the vicissitudes of an international policy of European balance (and unbalance). Those men were curious, but at the same time they were skeptical to the peace and disarmament proposed by the Tsar.

However, regardless of the intellectual and emotional motives of the Tsar, the fact is that for Russia (as well as for other powerful States) bellicose recrudescence was accompanied by heavy economic burden, not to mention the very dynamic of the balance of power defended by the realists, who comprehended that the Hague Peace Conferences were summoned due to the desire of the Tsar to reduce the armory of his neighbors, who were becoming more powerful than his own nation, a desire that was dissembled by the idealistic argument of the pursuit of Peace⁹.

In any case, it is interesting to note that the primary objective of the Convention was the pursuit for the diminishment or regulation of military armaments, instead of a pursuit of regulation of peace through international arbitration. In reality, at no point the diplomatic messages sent by the Tsar mentioned the subject of international arbitration.

Retaking the factual track, despite the apparent skepticism of Continental Europe¹⁰ the European nations took the invitation to the congregation that was to take place on the 18th May, 1899¹¹ in the Hague, city chosen for being historically important

⁵ In: SCOTT, James Brown. *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907*. Vol. 2 - Documents. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1909.

⁶ RICHER, 1899, p.107

⁷ SMITH, 1903, p.12.

⁸ HOBSBAWM, Erick. *The Age of Empire: 1875-1914*. Nova Iorque: First Vintage Books, 1989, p.302.

⁹ In the same sense, see LANGE (1919, p.429).

¹⁰ FOSTER, 1904, p.19.

¹¹ This was the birthday of Tsar Nicholas II. It was a tribute of the Conference to its idealizer (SCOTT, 1909, p.47)

in the development of International Law, and also due to its role as a place of discussion among the European powers¹². Therefore, on the due date, twenty six¹³ delegations were gathered at the Oranje Zaal (Orange Hall) of the House in the Woods (Huis ten Bosch), the summer palace of the Dutch royal family, situated nearly a mile from the centre of the Hague.

An important consideration on the nature of this Convention must be made: this large reunion of States representatives differs from other preceding conventions of the same period. That is because, unlike the earlier gatherings, it did not seek to resolve conflicts and bring actual peace to the belligerents parties, but, instead, it sought to cease any consequence of the lack of peace through disarmament and pacific settlement of disputes. In the words of Frederick Holls, the Conference “was the first diplomatic gathering called to discuss guarantees of peace without reference to any particular war, past, present, or prospective”¹⁴.

There it can be noticed the patent idealism¹⁵ imbued to the Conventions. Due to the fact that it was a phenomenon unforeseen in the international community, it was argued that the Peace Conventions were “*législatures rudimentaires*”¹⁶. The delegates were astounded by the great importance of the event, “the first great Parliament of Man”¹⁷. It was a conference that, unlike its predecessors, did not seek to dispute the best manner to put an end to a war or divide the European powers, but instead it made a conjoint effort to create international rules *towards* peace (or ways for diminishing conflicts).

The works within the Conference were designated under three commissions: one was in charge of armaments (and their reduction), the second should study different subjects related to mitigating the horror of the war and the third one was entrusted with pacific settlement of disputes. Although the results were not precisely those intended by the Tsar in relation to disarmament of the States¹⁸, three Conventions¹⁹ and three Declarations²⁰ were signed by the participant powers. On the 29th of July the Convention for the Pacific Settlement of International Disputes was signed.

This convention is considered by many the most important one²¹, and in its preamble it states that the works should be carried out “[h]aving regard to the advantages

¹² Cf. FOSTER, 1904, p.17.

¹³The signatories of the Hague Peace Convention of 1899 were: Germany, Austria, Belgium, China, Denmark, Spain, United States, United Mexican States, France, Great Britain, Hellenic Republic, Italy, Japan, Luxembourg, The Netherlands, Persia, Portugal, Romany, Russia, Serbia, Zion, Sweden and Norway, Switzerland, the Ottoman Empire, Bulgaria.

¹⁴ HOLLIS, 1900, p.55.

¹⁵ HOLLIS, 1900, p.56. In the words of Robert Morris, “*the Hague Conference itself is virtually an international legislature*” (MORRIS, 1911, p.133). Frederick Holls also states that this is the “Magna Charta of international law” (HOLLIS, 1900, p.57)

¹⁶ LAWRENCE, 1920, p.48.

¹⁷ FOSTER, 1904, p.22.

¹⁸ “*The first Hague Conference, so far as the purpose for which it was originally called was concerned, had been a lamentable failure*” (MORRIS, 1911, p.129).

¹⁹ The three conventions are: I - Pacific Settlement of International Disputes; II - Laws and Customs of War on Land; III - Adaptation to Maritime Warfare of Principles of Geneva Convention of 1864.

²⁰ The three declarations are: I - To prohibit the launching of projectiles and explosives from balloons or by other similar new methods; II - To prohibit the use of projectiles the only object of which is the diffusion of asphyxiating or deleterious gases; III - To prohibit the use of bullets which expand or flatten easily in the human body, such as bullets with a hard envelope, of which the envelope does not entirely cover the core, or is pierced with incisions.

²¹ FOSTER, 1904, p. 39.

attending the general and regular organization of the procedure of arbitration”²². This document considered general matters related to the peace maintenance, but also dealt with good offices, mediation and international commissions of inquiry. Moreover, its articles 15 and following lay out dispositions on international arbitration, and article 16 considers this procedure with particular prominence:

In questions of a legal nature, and especially in the interpretation or application of International Conventions, arbitration is recognized by the Signatory Powers as the most effective, and at the same time the most equitable, means of settling disputes which diplomacy has failed to settle.

This article, however, does not create a binding obligation to the contracting parties. On the contrary, it is a proposition for mere orientation. Although part of the internationalists of the time already defended²³ (and yearned for) a true *binding* arbitration, the contracting States of the convention did not converge in this topic.

In this regard it can be noticed a small divergence between theory and praxis. Although part of the theorizers and internationalists wanted the concretion of a system of mandatory arbitration between States and imagined the Hague Conventions could consolidate this idea, still they forgot that the nations were being represented above all by defenders of the State, instead of actual internationalists²⁴. The Convention was being organized by members of the high diplomacy of each State, men who were worried about the sovereignty and the power of their own country, rather than about the accomplishment of a system of international law.

Another interesting point that can be taken from the abovementioned article is that the Convention establishes two sorts of disputes to which arbitration can apply as a method of settlement: matters of strict juridical character and matters related to international treaty interpretations. Here one can observe how a doctrinal construction (already at use during the 19th century, the idea of “vital questions” that cannot be submitted to arbitration) turned into positive Law. There is, therefore, a restriction on the use of arbitration, which was necessary and in which it can be found the root of the forthcoming debate regarding the juridical and political controversies within the international jurisdictions²⁵.

Considering the arguments exposed, it can be argued that although having given great prominence to international arbitration, the Convention of 1899 also marked out the limitations of such institute. Unlike the rosy views that consider the Conventions the great apotheosis of arbitration, the way in which it was developed does not correspond to the desired attempt to a binding arbitration.

This is due to the fact that the Convention did not establish a compulsory order, but instead indicated a suggestion of methodology for a pacific settlement of disputes.

²² Available on <www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=193>. Accessed em 17/09/2014.

²³ Cf. BARCLAY, 1917, p. 52

²⁴ In this sense, Foster remembers that: “They were neither dreamers nor theorists, but men of eminently practical experience in government, diplomacy, and war. The respective nations sent as their representatives their first diplomatists, most erudite jurists, prominent men of affairs, and skillful soldiers” (FOSTER, 1904, 21)

²⁵ About this topic, see MORELLI, Gaetano. *Considerazioni sulla soluzione giudiziaria delle controversie internazionali*. Comunicazioni e Studi, Volume Secondo, pp. 109-127. Milano: Giuffrè, 1946.

It did not place international arbitration as a first option, but as one of the possible tools to which the States could resort. Still,

[t]he sentiment, however, in favor of compulsory arbitration was so strong that an article was inserted in the convention reserving the right to any of the signatory powers to conclude general or special agreements, extending the obligation to submit controversies to arbitration in all cases which they consider suitable for such submission²⁶

This strong sentiment for binding arbitration is inserted in article 19, which reflects quite clearly this tension within the Convention. It translates an apprehension on the yearnings of the time: on the one hand those of a group of internationalists and pacifists who believed that arbitration truly was the way to peace, and on the other hand those linked to the representatives of the power States. Indeed, the manner with which arbitration was inserted in the Convention is controversial; nevertheless, it cannot be denied that if it had not been so, a consensus would not have been reached between the present States.

Yet the efforts of the Convention must not be overlooked, particularly considering that not only did it grant arbitration a place of prominence in the international scenario, sacralizing in major international treaties the experiences of the former century, but it also created an actual Permanent Court of Arbitration under its article 20:

With the object of facilitating an immediate recourse to arbitration for international differences, which it has not been possible to settle by diplomacy, the Signatory Powers undertake to organize a Permanent Court of Arbitration, accessible at all times and operating, unless otherwise stipulated by the parties, in accordance with the Rules of Procedure inserted in the present Convention.

This court was structured with a Secretariat²⁷ and an Administrative Council²⁸, and each Signatory Power should send the Court a list of four names to compose the list of arbitrators²⁹. Such arbitrators, of "known competency of international law" and "highest moral reputation"³⁰ would be appointed for a term of six years, and the final list would be available for the States to form arbitral tribunals at any time, according to a series of proceeding dispositions also compiled by the Convention.

On this topic it must be pointed out that the procedural rules related to arbitration in the Convention is contained in article 30 through article 58, and thus they represent the major part of the referred document³¹. Far from being a truly innovative work, this compilation of arbitral procedural rules are the sharp choice of a set of laws chosen beforehand. Such set of rules did not consist only of existing rules and conventions

²⁶ FOSTER, 1904, p.44.

²⁷ The International Bureau has its seat at the Peace Palace, The Hague. It is a communication channel for the creation of tribunals, as well as it serves as a documents archive.

²⁸ The Administrative Counsel is formed by the Foreign Minister of Netherlands and diplomats of some State members.

²⁹ As it is set by article 23 of the Convention

³⁰ In the words of article 23 of the 1899's Convention: "each Signatory Power shall select four persons at the most, of known competency in questions of international law, of the highest moral reputation, and disposed to accept the duties of Arbitrators".

³¹ In this sense, it should be noted that "the work in international law at these conferences concerned the normalization of the procedure of international law. The most important of the Hague Conventions deals with the peaceful settlement of international disputes". (NIPPOLD, 1923, p.14)

between states, but also of a selection of procedural rules regarding arbitration, as well as part of the doctrinal understanding on international arbitration.

This is also one of the great merits of the Convention, that is the selection and organization of scattered arbitral procedures that had no uniform use. With the composition of an arbitral tribunal for the settlement of a dispute between States, some time was usually lost in choosing the proceedings to be applied by that arrangement. Therefore, article 30 of the Convention introduces: “[w]ith a view to encourage the development of arbitration, the Signatory Powers have agreed on the following Rules which shall be applicable to arbitral procedure, unless other Rules have been agreed on by the parties”.

The merits of the Court created by the Convention were an object of severe criticism. Far from being a true Court of International Arbitration, it was instead a list of arbitrators. Lassa Oppenheim calls “euphemism”³² the name given to the Court, and the French internationalist Georges Scelle considers it a “pseudo-Court”³³ due to the fact that it holds only a few elements of a permanent character (such as its Secretary). Verzijl³⁴ indicates that its own name is an indication that the Signing Powers were still reluctant in subscribing to the idea of a genuine court of justice aimed at settling disputes between States, hence its “hybrid designation”. Nicolas Politis, slightly more sour, considers that “deprived of any character of obligation of permanence, the Court is no more than a simple phantom jurisdiction”³⁵.

It was inaugurated in 1901, in an unpretentious private hotel. It remained there for twelve years, until it moves to the Peace Palace, built by Andrew Carnegie on a land ceded by the Netherlands³⁶.

Moreover, stimulated by the spirits in favor of international arbitration after the establishment of the Convention many nations started to sign new treaties of arbitration entailing jurisdiction over disputes to the Permanent Court of Arbitration³⁷. In October, 1903 Great Britain and France established a treaty with a term of five years, stating that all the disputes that should arise in that period should be sent to the Court³⁸. Similarly, in 1902, a treaty of binding arbitration linked to the jurisdiction of the Court had been firmed between Mexico and Spain, stating also that “national independence and honor” should be excluded of the appraisal of the Court³⁹.

In relation to this choice of words (“national independence and honor”), it is affirmed that they are “so vague and elastic that it is difficult to see what cases the Court might not be made to cover”⁴⁰. Once again it can be noticed that even the praxis of the States also limits the already strict arbitral system erected by the Conventions. The inclusion of such vague terms is meant to allay the signing parties by setting the

³² OPPENHEIM, 1921, p.42.

³³ SCELLE, 1919, p.75.

³⁴ VERZIJL, 1976, p. 344.

³⁵ POLITIS, 1927, p. 102.

³⁶ POLITIS, 1927, P.103.

³⁷ According to Morris (1911, p.130) 33 arbitral treaties were concluded after the Convention’s creation.

³⁸ FOSTER, 1904, p.45.

³⁹ FOSTER, 1904, p.54.

⁴⁰ BARCLAY, 1917, p.61.

possibility of dismissing the arbitral obligatoriness that these treaties would represent otherwise.

This is also the criticism made by Anzilotti, when he affirms that some rules that enforce procedural rules are certainly inaccurate, because as they “depend on the will of the States to resort to arbitration or to be bound to this recourse, this means it is always their will that adopts or makes juridical the rules proposed by this conference”⁴¹.

The debate related to such enforceability was also unfruitful as to determine a binding way to execute it. According to Foster⁴², a sense of equity and the force of public opinion should be enough to assure the observance of the awards. This way, in relation to this matter, Article 31 establishes that

[t]he Powers who have recourse to arbitration sign a special Act (‘Compromis’), in which the subject of the difference is clearly defined, as well as the extent of the Arbitrators’ powers. This Act implies the undertaking of the parties to submit loyally to the Award.

The problem of the enforceability of international decisions also dates back to this period, and even at this point the absence of a solution is notorious. Instead, it is created a system that relegates the validity of arbitral decisions to ethereal concepts as “sense of equity” and “force of the public opinion”. Believing that peace can be kept by a solution that bases the subordination to the arbitral award upon mere “good faith” is a mistake. However, it is very difficult to think about a different solution for that context. It was quite hard to create a compulsory system of enforceability of decisions, especially if one considers the possibility of acceptance by the States.

However, the issue of the absence of enforceability of the decisions reopens the discussion regarding the real dimensions of the institute and the view according to which a tidy analysis of the phenomenon in the beginning of the century can be carried out.

With the Hague Conventions of 1907 (which will be analyzed with more detail later on), the Permanent Court of Arbitration continues to exist in the international community, but its practice is severely criticized by the internationalists of the time, who longed for an arbitration organization truly permanent.

Nevertheless, its importance in the international law field cannot be denied. Between 1900 and 1920 the PCA was the largest arbitral organization. According to Ian Brownlie, it was not an actual court, but still it was machinery for the composition of arbitral tribunals⁴³. And his words well represent the reality of that Court: it was indeed machinery that served the arbitral system of the time, an easy mechanism of access to the composition of arbitrations. It is a structure directly connected to the arbitral system experienced at the 19th century, but still not *the* arbitral system truly permanent desired

⁴¹ ANZILOTTI, 1915, p.53. From the original: “come dipende dalla volontà degli Stati di ricorrere all’arbitrato o di obbligarci a ricorrervi, così è sempre la loro volontà che adotta e rende giuridiche le norme proposte dalla conferenza” In the same sense: “Elles [the conventions] représentaient la réglementation d’une liberté qui demeurerait intacte et dont l’usage NE dépendait que du bon vouloir des Etats interessés” (POLITIS, 1924, p.142)

⁴² FOSTER, 1904, p. 57.

⁴³ BROWNLIE, 1998, p.705.

by the internationalists⁴⁴. It was even said that the Hague Convention was a mountain that gave birth to a rat ("*la montagne qui accouche d'une souris*")⁴⁵. Extremely critical, in his work *Justice Internationale*, Politis stings the Court with acidity and reality, stating that the excessive number of possible arbitrators diminishes the authority of the institution and makes it even harder to establish a juridical tradition or the formation of a jurisprudence⁴⁶.

The decisions were very significant to consolidate the arbitral tribunal as a method of pacific settlement of disputes; however, they did not make much contribution to the development of international law⁴⁷. This is one of disappointing results of the Permanent Court of Arbitration. It was expected that the existence of this tribunal would turn the arbitral awards into true jurisprudence in the process of legalism and formation of international law, which was not held true. According to Oppenheim⁴⁸, an arbitral tribunal is not a court in the true sense of the word, for its decisions are not necessarily based on rules of law nor develop law because there is a strong element of *ex aequo et bono*, that is, of equity.

In other words, there is no compulsory use of international law so as to make it an actual system, nor does it cope with international law. There is a strict analysis of the concrete case, and many times it serves merely to rearrange interests in a pacific way based on the principle of equity. It must not be forgotten, at the same time, the criticism made in the former period of the absence of a continuous⁴⁹ body of case law .

Furthermore, Politis⁵⁰ also considers that the Permanent Court of Arbitration is little accessible, and recollects that it is not responsible for most of the arbitration procedures of the period. From 1902 to 1934 only 21 cases were submitted to the Court. According to Verzijl⁵¹, from 1902 to 1914 there were 70 registered cases of arbitration.

This lack of access, also in the view of the French jurist, is due to the fact that trust in the Court is limited. And that is so because the members are not actual judges. They are not known. They do not hold the reliance that is indispensable to the exercise of the judicial function⁵². The tribunals formed for their performance are extensions of chancelleries, not a real jurisdictional court.

Furthermore, another critique that joins the aforementioned criticism is the onerousness of the Court when compared to the dissatisfaction with its performance. There are general expenses with the maintenance of the Secretary and the Council, shared among all the participating States, as well as private expenses specific to each procedure⁵³.

The criticism made by the internationalists at the time (particularly regarding the fact that the Court was not a truly permanent organ) was clear to the States in the

⁴⁴ Cf. POLITIS, 1924, p.102:

⁴⁵ POLITIS, 1924, p.103.

⁴⁶ POLITIS, 1924, p. 104.

⁴⁷ WEHBERG, 1918, p.39.

⁴⁸ OPPENHEIN, 1921, p.46.

⁴⁹ "The awards of the tribunal lack the continuity and consistency which would constitute them a body of cumulating jurisprudence." (HUDSON, 1943, p.34)

⁵⁰ POLITIS, 1924, p.127.

⁵¹ VERZIJL, 1976, p. 382.

⁵² POLITIS, 1924, p.128.

⁵³ POLITIS, 1924. p.105.

immediately following moment. However, the historical perception of this event demonstrates that the debate that circumscribes an international jurisdiction at that time already considered a few questions that still today remain problematic, especially when those related to the arbitral aspect that the international jurisdiction still holds.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALGER, Russel A. *The Spanish-American War*. New York and London: Harper & Brother Publishers, 1901.

ANZILOTTI, Dionísio. *Corso di Diritto Internazionale. Volume Terzo: I Modi di Risoluzione delle Controversie Internazionali*. Roma: Atheneum Società Editrice Romana, 1915.

BARCLAY, Sir Thomas. *New Methods Of Adjusting International Disputes And The Future*. London: Constable & Company Ltd, 1917.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 5.ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

DUROSELLE, J.B., *A Europa de 1815 aos nossos dias: vida política e relações internacionais*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1976.

FOSTER, John. W. *Arbitration and The Hague Court*. London: Cambridge University Press, 1904.

HOLLS, Frederick W. *The Peace Conference at The Hague and its Bearings on International Law and Policy*. New York and London : Macmillan & Co, 1900

HUDSON, Manley O. *The Permanent Court of International Justice 1920-1942*. New York: The Macmillan Company, 1943.

LANGE, Christian L. *Histoire de l'Internationalisme*. Vol. I. New York: G.P. Putnams Sons, 1919.

LAWRENCE, 1920

LAWRENCE, T. J. *Les Principes de Droit International*. Oxford: Imprimerie de L'Université, 1920.

MORELLI, Gaetano. *Considerazioni sulla soluzione giudiziaria delle controversie internazionali*. *Comunicazioni e Studi*, Volume Secondo, pp. 109-127. Milano: Giuffrè, 1946.

MORRIS, Robert C. *International Arbitration and Procedure*. New Haven: Yale University Press, 1911.

NIPPOLD, Otfried. *The Development of International Law After the World War*. Oxford: Clarendon Press, 1923.

OPPENHEIM, Lassa. *International Law, a Treatise*, New York: Longmans Green and Co, 1921.

OPPENHEIM, Lassa. *The Future of International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1921.

POLITIS, Nicolas. *La Justice Internationale*. Paris: Librairie Hachette, 1924.

POLITIS, Nicolas. *Les Nouvelles Tendances Du Droit International*. Librairie Hachette: Paris, 1927

RICHET, Charles. *Le guerre e la Pace*. *Studi sull'arbitrato internazionale*. Napoli: Colonnese editore, 1899.

SCELLE, Georges. Le Pacte des Nations et sa liaison avec Le Traité de Paix. Paris: Recueil Sirey, 1919.

SCOTT, James Brown. The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907. Vol. 2 - Documents. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1909.

SMITH, F. E. International Law. London: Bedford Street, 1903.

VERZIJJL, J.H.W. International Law in Historical Perspective: Vol. IV, Inter-State Disputes and their Settlement.. Leyden: A.W.Sijthiff, 1976.

WATSON, Adam. A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa. Brasília: Editora UNB, 2004.

WEHBERG, Hans. The Problem of an International Court of Justice. Oxford: Clarendon Press, 1918.



INSTRUMENTS FOR IMPLEMENTING SOCIO-ENVIRONMENTAL RIGHTS IN THE MANAGEMENT OF BRAZILIAN COASTAL PARKS¹

Nathalia Lima Barreto²

ABSTRACT

The National System of Conservation Units (Law No. 9,985 / 00) was introduced as part of the normative framework that regulates the creation of Specially Protected Territorial Spaces. Here we analyze notably the conservation units, specifically those that do not allow the direct use of natural resources and predict that the traditional populations residing in their limits must be relocated. However, until it is possible to carry out this resettlement, the public power can carry out actions in order to make the permanence of these populations compatible with the purposes of the unit. Our objective was to identify and analyze some solutions adopted by the management bodies of the state and federal integral protection conservation units, which we consider innovative, as they sought to reconcile the protection of intangible cultural heritage with the conservation of natural resources. First, we made a cut in the research object to analyze the “Park” category and we opted the empirical research methodology, with application of the documentary research method of official public documents, namely, the management plans of federal and state parks approved and made available on the website of the Chico Mendes Institute for Biodiversity Conservation (ICMBio) and the State Environment Secretariats (SMA). After this research, we analyzed three coastal marine parks that presented innovative solutions from a socio-environmental and bio cultural point of view, with regard to the protection of natural and cultural heritage (material and immaterial) and the recognition of traditional lands and territories in the management of protected areas.

Keywords: Protected Areas; Cultural heritage; Immaterial Goods; Traditional Lands and Territories.

RESUMO

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei nº 9.985/00) foi introduzido como parte do arcabouço normativo que regulamenta a criação dos Espaços Territoriais Especialmente Protegidos. Aqui analisamos notadamente as unidades de conservação, especificamente aquelas que não admitem a utilização direta dos recursos naturais e preveem que as populações tradicionais residentes em seus limites devem ser realocadas. Contudo, até que seja possível realizar esse reassentamento, o poder público pode efetuar ações no sentido de compatibilizar a permanência dessas populações com as finalidades da unidade. Nosso objetivo foi identificar e analisar algumas soluções adotadas pelos órgãos gestores das unidades de conservação de proteção integral estaduais e federais, que consideramos inovadoras, pois buscaram conciliar a proteção do patrimônio cultural imaterial com a conservação dos recursos naturais. Primeiro, realizamos um recorte no objeto de pesquisa para analisarmos a categoria Parque e optamos pela

¹Pesquisa financiada pela CAPES

²Profesora de derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca.

metodologia de pesquisa empírica, com aplicação do método de pesquisa documental no campo de documentos públicos oficiais, quais sejam, os planos de manejo dos parques federais e estaduais aprovados e disponibilizados no site do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) e das Secretarias estaduais do Meio Ambiente (SMA). Realizada essa pesquisa, analisamos três parques marinhos costeiros que apresentaram soluções inovadoras do ponto de vista socioambiental e biocultural, no que diz respeito à proteção do patrimônio natural e cultural (material e imaterial) e do reconhecimento das terras e território tradicionais na gestão de áreas protegidas.

Palavras-chave: Áreas Protegidas; Patrimônio Cultural; Bens Imateriais; Terras e Territórios Tradicionais.

INTRODUCTION

Cultural diversity was guaranteed by the Brazilian Constitution of 1988, with recognition of the protection of the manifestations of the different groups participating in the national civilizing process. On the other hand, the importance of an ecologically balanced environment was also recognized by the Constitution and guaranteed by the creation of Specially Protected Territorial Spaces (ETEP), whose Protected Areas category makes up one of its species.

The National System of Conservation Units (SNUC - Law No 9,985 / 00) instituted one of the species of ETEPs by regulating the way in which the government must create specially protected territorial spaces (ETEP). This law established two categories of management: integral protection conservation units (UCPI) and sustainable use conservation units (UCUS). According to the SNUC, the UCPI must be free of alterations caused by human interference, admitting only the indirect use of its natural attributes.

Although the UCPI do not allow the direct use of natural resources, several units of this category were created in overlapping lands and territories³ occupied by indigenous peoples⁴, quilombolas⁵ and traditional communities⁶, such as national and state parks. (DIEGUES, 2000; LEUZINGER, 2009).

The overlapping of UCPI with traditional lands and territories was predicted by Law No. 9,985 / 00, which established in Article 42, § 2, that traditional populations residing in conservation units in which their stay is not allowed will be compensated and reallocated by the government. However, until such resettlement is possible,

³ The terms traditional lands and territories are considered in this work as spaces necessary for the cultural, social and economic reproduction of traditional peoples and communities, whether they are used permanently or temporarily, observed, with respect to indigenous and quilombola peoples, respectively, the provisions of articles 231 of the Brazilian Constitution and 68 of the Transitional Constitutional Provisions Act (Decree No. 6.040 / 07, article 3-II).

⁴ Article 1 of Convention 169 of the International Labor Organization (incorporated in Brazil by Decree No. 5.150 / 04) distinguished indigenous peoples from other communities called tribal because they are descended from populations that inhabited the country at the time of the conquest or colonization.

⁵ Quilombola communities were defined by the Brasil Quilombola Program of the National Secretariat for Policies for the Promotion of Racial Equality of the Ministry of Human Rights as “groups with their own historical trajectory, whose origin refers to different situations, such as land donations made from the disaggregation of monocultures; purchase of land by the subjects themselves, with the end of the slave system; land obtained in exchange for providing services; or areas occupied in the process of resistance to the slave system”.

⁶ Article 1 of C169 OIT defines the tribal peoples as those whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sectors of the national community, and which are governed, wholly or in part, by their own customs or traditions or by special legislation. Decree No. 6.040 / 07 defined traditional communities as culturally differentiated groups that recognize themselves as such.

specific rules and actions will be established to make the presence of traditional resident populations compatible with the objectives of the unit, without prejudice to the ways of life, sources of subsistence and places of residence of these populations. One of the actions aimed at this compatibility is the signing of the Terms of Commitment (TC), instituted by Decree nº 4,340 / 02 (which regulated the SNUC) as a temporary alternative until the resettlement is carried out.

In view of this conflict between nature and culture (LEUZINGER, 2009), generated by the incompatibility between the norm and the actual reality, the main objective of this article is to identify the solution - or solutions - adopted by the management body of the overlapping protected areas to lands and territories occupied by indigenous peoples, quilombolas and / or traditional communities. With this, we intend to clarify the following question: have the legal alternatives proposed in these cases respected the protection of the natural and cultural heritage that inaugurated, in the new constitutional order, the recognition of social environmental rights⁷?

Based on the diagnosis of this legal problem, the present work also intends to analyze whether the solutions adopted ensure the compatibility of the protection of cultural and natural heritage in the system of protected areas, in line with the guarantee of the right to lands and territories occupied by indigenous peoples, quilombolas and traditional communities. The focus of this research will therefore be on territorial rights, as these are fundamental for social and cultural reproduction, in addition to being a premise for the recognition and valorization of the traditional knowledge associated with them.

In order to collect data on the actions implemented by the management bodies of the federal and state integral protection conservation units to make the permanence of traditional resident populations compatible with the objectives of creating a unit, delimiting the object of the research to analyze the federal parks and state as a comprehensive protection management category. With this cut in the research, we applied the methodology of empirical research⁸ with the method of documentary research⁹, in the

⁷ From the socio-environmental recognition in the constitutional scope, it can be considered that they are components of socio-environmental rights: the ecologically balanced environment; the dignity of the human person and citizenship; the construction of a more just and solidary society; combating all forms of racism; the self-determination of peoples; the supremacy of human rights; the social function of urban and rural property; valuing and disseminating popular, indigenous and Afro-Brazilian cultural events; the protection of goods of a material and immaterial nature bearing a reference to identity, the forms of expression, the ways of creating, making and living of the different groups that form Brazilian society; urban complexes and sites of historical, scenic, archaeological value; the specially protected territorial spaces, the Atlantic Forest, the Amazon Forest, the Cerrados, the Caatinga, the Pantanal and the Coastal Zone (LIMA, 2002) .al.

⁸ Cunha and Silva (2011, p.12-13) define empirical research in Law as: “empirical research is essentially collective and interdisciplinary [...] Instead of interpreting the norm, empirical research investigates the intricacies of its production and the effects of its application. Instead of discussing the limits of competence that the laws assign to each body with public decision-making powers, it investigates how these bodies and especially how their members think and act in concrete terms. Instead of looking for the norm in its pure state, it becomes aware of the relevance of the social context in which it operates”.

⁹ “Documentary research involves the use of texts and records that are presented from a material source. [...] There are different possible classifications for thinking about documents. Typically, classifications revolve around the following basic categories: public documents and private documents. Public documents are typically those that have been published, publicly presented, or those that are organized and classified in public archives and which, under specific rules, are generally subject to the duty of publicity. This category includes official documents,

field of official public documents, that is, the management plans approved and made available on the website of ICMBio and the state secretariats of the Environment (SMAs).

Coincidentally, the management plans analyzed in this article, which presented innovative solutions, were those of three parks located in the coastal zone. It is interesting to highlight that the conflicts generated between the exploitation of natural resources and cultural issues originated during the colonization process and started precisely in the coastal zone. In addition, in Brazil, protected areas are predominantly located in the coastal zone and in the northern region of the country.

1. PROTECTED AREAS: NATURE AND / OR CULTURE

In view of the context of the existence of management categories that do not admit the presence of traditional resident populations, such as parks, overlapping traditional lands and territories, we seek to understand which alternative has been adopted by the management bodies of the conservation units.

First, we conducted a search on the websites of the Secretariats of the Environment and ICMBio, identifying which parks have management plans approved and made available. Based on the location of these public documents, we look for information about indigenous peoples, quilombolas, populations and traditional or local communities within the units. Among the 124 management plans found, 25 cases of overlap were identified. (LIMA and SILVA, 2019)

Once the cases of overlap were identified, the second step was then to verify whether the park management plans (state and federal) overlapping indigenous lands, quilombolas or traditional territories adopted solutions in order to make the permanence of peoples and communities compatible with the objectives of creation of the units and what were the instruments most used by the plans. (LIMA and SILVA, 2019)

When we analyze each category separately: indigenous, quilombolas and traditional communities, we realize that, regardless of the category of peoples and communities, most management plans for both federal and state parks have taken some action to resolve the normative conflict generated by the overlap. (LIMA and SILVA, 2019)

Analyzing in detail the type of solution presented by the management plans in cases of overlapping federal and state parks with indigenous lands, it was evident that the most used instruments were resettlement and zoning. Evaluating the federal plans separately from the state ones, we realized that, at the federal level, the data do not change significantly, but in the plans of the state parks, the only instrument used was zoning. (LIMA and SILVA, 2019).

The data cited above can be found in the article entitled “Conciliating the overlap of protected areas and traditional territories: legal innovations for biological diversity conservation in Brazilian parks” published in the *Brazilian Journal of International Law*, volume 16, nº 2 of 2019.

including all those produced by different instances of public administration and state agencies [...]”(REGINATO, 2017, p.194-95)

2. BRAZILIAN COASTAL MARINE PARKS AND ZONING AS AN INSTRUMENT FOR THE RECOGNITION OF TRADITIONAL LANDS AND TERRITORIES: THE ANTHROPOLOGICAL HISTORICAL-CULTURAL ZONE OF SERRA DO MAR STATE PARK (PEM)

The fact that contributed to the choice of this state park as the object of analysis of the research was the recognition of the Anthropological Historical-Cultural Zone (ZHCA), specifically in the Picinguaba¹⁰ nucleus, as an action implemented in order to reconcile the permanence of traditional populations with the objectives of the unit. In addition to being created with the objective of protecting the Atlantic Forest, qualified as a Brazilian national heritage by the 1988 Constitution, the park is located within the limits of the Atlantic Forest Biosphere Reserve¹¹ (the first biosphere reserve created in Brazil by the UNESCO Program). It also corresponds to the Green Belt Biosphere Reserve of the State of São Paulo (most recent reserve established in 2017), which demonstrates the national and international importance of this region. However, the main reason that led to the choice of this unit was the fact that it was superimposed on the territory occupied by indigenous peoples, caíçaras and quilombolas communities, that is, covering different categories of peoples and communities (analyzed in this research) and their specific legal regimes of traditional lands and territories guarantee.

In view of this overlap, and considering the park management category that does not allow the direct use of natural resources, the alternative proposed by the National System of Conservation Units (SNUC) would be the resettlement of communities or the signing of the terms of commitment while resettlement was not carried out. But the PEM Management Plan presented a third alternative by establishing the Anthropological Historical-Cultural Zone (ZHCA) in the Picinguaba Nucleus and recognizing the lands and territories traditionally occupied by the caíçaras and quilombolas communities, thus not including this area in the land regularization program of the park. This alternative was built by managing the park in conjunction with traditional resident communities. The result of this work was the elaboration of the Traditional Use Plan (PUT) by the communities and its incorporation in the Park Management Plan (SIMOES, 2015).¹²

The Management Plan of the Serra do Mar State Park recognized the traditional territory of the caíçaras and quilombolas communities through the establishment of the Anthropological Historical-Cultural Zone. Its objective was to support the strengthening of communities, avoiding the loss of possession of their territory, as well as the

¹⁰ Due to its enormous extension, PEM is managed through ten administrative centers: Bertioga, Caraguatatuba, Cunha, Curucutu, Itariru, Itutinga Pilões, Padre Dória, Picinguaba, Santa Virgínia and São Sebastião. Serra do Mar State Park. Available in: <<http://www.parqueestadualserradomar.sp.gov.br/pesm/sobre/>> Acesso on: Dec., 6th, 2017.

¹¹ The concept of Biosphere Reserves was developed in 1974 by a UNESCO working group called “Man and the Biosphere Program” (MaB). Biosphere Reserves (BR) are zones of terrestrial or coastal and marine ecosystems, or a combination of both, internationally recognized within the framework of the United Nations Education, Science and Culture Organization Man and the Biosphere (MaB) (UNESCO). Reserves are proposed by national governments and must meet criteria and conditions so that they can be recognized as Biosphere Reserves by the program and incorporated into the World Biosphere Reserves Network. The BR must fulfill three complementary functions: conservation of ecosystems; sustainable development and research and education (UNESCO, 1996).

¹² PEM was created in 1977, but the Management Plan (MP) was only prepared in 2006. In view of the absence of the MP, the Traditional Use Plan (PUT) was developed by the park management together with traditional communities as a way to regularize the traditional territory before the park administration (SMA / SP, 2006).

mischaracterization of the spatial, social and cultural organization typical of these traditional cultures, in addition to, consequently, hampering real estate speculation. Among the ten nuclei that make up the park, only the Picinguaba nucleus was recognized as ZHCA - this region includes Cambury, Ubatumirim beach and the village of Picinguaba.

The PESM Management Plan used the zoning instrument to recognize and protect both the park's material and immaterial cultural heritage. The historical-cultural zoning was divided into, respectively, the Archaeological Historical-Cultural Zone and the Anthropological Historical-Cultural Zone.

The first was instituted with the objective of conserving the cultural assets, archaeological and paleontological sites existing in the park, in order to provide the research and the valorization of these assets. This zone was created from the identification of the existence of cultural heritage associated with historical scenarios of the 20th century and comprises sites that contain archaeological and ethno-historical evidence, which constitute the material cultural heritage of the park (PM / PESM, 2008).

Thus, the structure of protection of the material cultural heritage of the PESM is in the implementation of the guidelines imposed by the Management Plan for the maintenance, conservation and restoration of the Archaeological Historical-Cultural Zone, as well as those of the legal institute of tipping, according to the state laws (CONDEPHAAT)¹³ and federal laws (IPHAN)¹⁴.

In order to protect the intangible cultural heritage, the Park Management Plan established the Anthropological Historical-Cultural Zone in the Picinguaba Nucleus as a way to recognize the territory traditionally occupied by the *caçaras* and *quilombolas* communities.

When establishing the ZCHA, the zoning of the PESM Management Plan established specific guidelines in order to make the conservation objectives of the integral protection unit compatible with the way of being and living of the *caçaras* and *quilombolas* communities. Among these objectives are: protecting and conserving the Atlantic Forest and its biodiversity; conserving the natural and cultural landscape, occupied by *caçaras* and *quilombolas* communities; supporting the strengthening of the *caçaras* and *quilombolas* communities in order to avoid the loss of possession of their territory, with consequent de-characterization of their spatial, social and cultural organization; articulating, encouraging and supporting the improvement of basic infrastructure conditions for these communities (PM / PESM, 2008, p.271).

In view of these management guidelines, the Management Plan proposed to conduct a study with the objective of verifying the conditions to promote the change in the management category of this zone, or part of it, from full protection to sustainable use. Given this study, it would be possible to identify which areas could compose the new management category. The plan also predicted that, in relation to land occupied

¹³ The Council for the Defense of Historical, Archaeological, Artistic and Tourist Heritage is the body subordinated to the Secretary of Culture of the State of São Paulo created by State Law No. 10,247, of October 22nd, 1968.

¹⁴ The National Historical and Artistic Heritage Institute is a federal autarchy of the Brazilian government created in 1937 and linked to the Ministry of Culture, responsible for the preservation and dissemination of the country's material and immaterial heritage.

by landowners who do not present evidence of traditionality, the guidelines established for the Temporary Occupation Zone (ZOT) should be applied, that is, resettlement. (PM / PESM, 2008).

The Park Management Plan divided the ZHCA into the following sub-areas, establishing the permitted and prohibited uses for each of them: Support zone for Fishing and Leisure; Public and Community Use Area; Caiçara and Quilombola Residential Use Area; Subsistence Zone and Sustainable Use of Forest Resources; and Permanent Preservation Zone. The methodological guide¹⁵ for preparing the management plan for national parks, developed by IBAMA, brings the possibility of creating both primitive¹⁶ and intensive¹⁷ use zones, among others. Therefore, even if the conservation unit is fully protected, it is possible to establish areas that allow the use of natural resources, provided that it is sustainable and without jeopardizing the unit's creation objectives.

Thus, the existence of a territory occupied by indigenous peoples, quilombolas or other traditional communities does not indicate an incompatibility with the management category of the unit, so that this overlap can be reconciled by the distribution of zones in the unit. This zoning can even function as an instrument for guaranteeing these territories, especially for communities without a defined legal regime, as well as an instrument for the protection of intangible cultural heritage.

3. PESM INDIGENOUS SUPERPOSITION ZONE

In the normative scope, there is a difference between the concepts of indigenous peoples, traditional and quilombola communities, in terms of what is established in the Federal Constitution of 1988, the National Policy of Traditional Peoples and Communities (Decree No. 6.040 / 07) and Convention 169 of the International Labor Organization (Decree No. 5.051 / 04). This difference was also identified in the establishment of the legal regime for guaranteeing the traditional lands and territories of these peoples and communities.

According to the 1988 Constitution, indigenous peoples have original rights over the lands they traditionally occupy, which are necessary for their physical and cultural reproduction, and the removal of indigenous groups from their lands is prohibited, unless authorized by the National Congress, in case of risk to the indigenous population, guaranteed, in any event, immediate return as soon as it ceases (CF / 88, article 231, § 5).

In view of this constitutional command, even though Law No. 9,985 / 00 establishes the resettlement of traditional populations of full protection conservation units, and the regulation of this law (Decree No. 4,340 / 07) brings the possibility of signing a term of commitment, regarding to indigenous peoples, until resettlement is possible, the first legal provision is unconstitutional and the second may be unconstitutional

¹⁵ MINISTRY OF THE ENVIRONMENT, *Methodological planning guide: national park, biological reserve and ecological station*, 2002.

¹⁶ "Primitive Zone: It is one where there has been little or minimal human intervention, containing species of flora and fauna or natural phenomena of great scientific value." (MMA, 2002, p.91).

¹⁷ "Intensive Use Zone: It consists of areas that are natural or altered by man. The environment is kept as close as possible to the natural (...)" (MMA, 2002, p.91).

depending on the conditions imposed by the term. This is because, in this case, the term must consider the constitutional right of permanence of peoples definitively in their lands and territories.

IBAMA, when preparing the Methodological Guide¹⁸ for the elaboration of the Management Plans for the protected areas of integral protection, foresaw the possibility of creating an Indigenous Overlapping Zone¹⁹. According to this guide, each case must be negotiated with the ethnic group, in addition to that, it is a provisional zone - once the overlap has been resolved, it must be integrated into one of the permanent zones. Therefore, depending on how the overlap is resolved, considering the constitutionally guaranteed rights of indigenous peoples, the solution adopted may be unconstitutional if it does not consider the original right of these peoples to the lands they traditionally occupy.

In view of the constitutional protection afforded to indigenous peoples and the methodological guidelines established by IBAMA, the Management Plan for the Serra do Mar State Park adopted a measure different from that applied to the caçaras and quilombolas communities. Due to the existence of indigenous lands demarcated by the National Indigenous Foundation (FUNAI)²⁰ within the Park, the Indigenous Superposition Zone was established by the Unit's Management Plan.

The main objective of this zone is to respect the Constitution and the legislation that guarantee the right to indigenous lands, in order to protect the natural and cultural values of these peoples. In addition, the sustainable development of indigenous peoples residing in the Park must be supported, in the search for compatibility between the activities of these peoples and the unit's management programs. Regarding the management guidelines for that zone, the Management Plan defined them as all those that were established for the ZHCA, except for the change in the management category (PM / PESM, 2008).

4. ILHA BELA STATE PARK - HISTORICAL AND CULTURAL AREA

Ilhabela State Park (PEIb) is an archipelago park located in the coastal area of the State of São Paulo²¹. According to the analysis of the biotic environment presented by the PEIb Management Plan, the characteristics inherent to island environments give this park a high degree of importance for conservation, as it houses a natural heritage

¹⁸ MINISTRY OF THE ENVIRONMENT, *Methodological planning guide: national park, biological reserve and ecological station*, 2002.

¹⁹ "Indigenous Superposition Zone: it is one that contains areas occupied by one or more indigenous ethnic groups, overlapping parts of the Conservation Unit. These are areas subject to a special regulatory regime, subject to negotiation on a case-by-case basis between ethnicity, FUNAI and IBAMA." (IBAMA, 2002, p.91).

²⁰ Aldeia Boa Vista, Promirim neighborhood, Ubatuba, 906 ha, approved by a Decree of October 26th, 2000; Ribeirão Silveira village, Boracéia / Barra do Una, Bertioga / São Sebastião, 8,500 ha (revision of limits), approved by Decree nº 94.568, of July 8th, 1987, revision of limits - FUNAI opinion 204 / PRES, of 26th December 2002; Aldeia do Rio Branco, B. Rio Branco, Itanhaém, 2,856 ha, ratified by Decree No. 94,224, of April 14th, 1987; Aldeia Aguapeú, B. Iguapeu, Mongaguá, 4,372 ha, approved by Decree no. of September 8th, 1998; Peruíbe Indigenous Land, approved by a Decree of May 16th, 1994, with an area of 480 ha (PM / PESM, 2008, p.42).

²¹ MINISTRY OF THE ENVIRONMENT, *São Paulo - Coastal Municipalities*.

with emphasis on biodiversity and the large amount of water resources, and for conserving relevant archaeological, historical and cultural heritage (PM / PEIB, 2015). Although the Ilhabela State Park is a land conservation unit, all its aspects, environmental and historical-cultural, have a strong interface with the marine environment. This interface was considered by the zoning of the Park Management Plan, as we will see below.

The Ilhabela State Park is also inserted within the limits of the Atlantic Forest Biosphere Reserves (UNESCO), having been created in overlap with the territory traditionally occupied by caíçaras and fishermen. As we explained at the beginning of chapter 2, caíçaras and fishermen can be considered traditional communities, provided that they recognize themselves as culturally differentiated groups, that have their own forms of social organization, that occupy and use territories and natural resources as a condition for their cultural reproduction, using knowledge generated and transmitted by tradition (Decree No. 6.040 / 07, article 3-I).

Although the constitution did not expressly recognize the right to the territory traditionally occupied by communities of caíçaras and fishermen, it guarantees the valorization and diffusion of cultural manifestations and imposes on the State the duty to protect popular, indigenous, Afro-Brazilian cultures and other groups in participation in the national civilizing process, in addition to recognizing as assets of a material and immaterial nature as a Brazilian cultural heritage, bearers of reference to the identity, action and memory of the different groups forming Brazilian society (CF / 88, articles 215, § 1, and 216).

Caíçaras and fishermen communities can be included among the different groups that form Brazilian society in the national civilizing process, since traditional cultures, which are not indigenous or quilombolas, are the result of the miscegenation between the white Portuguese colonizer, the native indigenous population and the black slave (DIEGUES, 2000, p.14)

Convention 169 of the International Labor Organization recognized traditional territory (C160OIT, Article 13) not only to indigenous peoples, but also to tribal peoples, to which it attributed characteristics very similar to those defined by the National Policy for the Sustainable Development of Traditional Peoples and Communities (Decree No. 6.040 / 07, article 3-I), such as the provision of cultural conditions that distinguish them from other sectors of the national community and that are governed, totally or partially, by their own customs (C169OIT, article 1). In addition, one of the objectives of this national policy is to guarantee the territorial rights of indigenous peoples and traditional communities.

In view of this legal context, in 2015, the Union Patrimony Secretariat (SPU) signed the Term of Authorization for Sustainable Use (TAUS)²² with the Caíçara community of Castelhanos Bay in the municipality of Ilhabela, on the north coast of São Paulo, located within the Park (PEIB). Nine TAUS were delivered by SPU, which included 306 fishermen and caíçaras.

²² MINISTRY OF PLANNING, DEVELOPMENT AND MANAGEMENT, *SPU delivers historic TAUS in São Paulo*, 2015.

The Ministry of Planning, Development and Management declared that this instrument allows the sustainable use of the territory, and the Union will continue to hold the domain of the area and will exercise the role of supervising its use. Beneficiaries with the title will have the right to use the area collectively for fishing and agriculture, and its alienation is prohibited. Furthermore, granting the terms is also a way to effectively prevent the place from being the target of land grabbing and real estate speculation.

In addition to guaranteeing possession of the traditional territory, the caíçaras communities that reside inside the park are participating in the first experiment for the elaboration of a caíçara community protocol, through the realization of the Tribuzana Project²³, developed by the Ministry of Peoples and Traditional Communities Nucleus of the Federal Public Ministry of Caraguatatuba, in partnership with the Municipality of Ilhabela.

Although the Ilhabela State Park is an integral protection conservation units, which theoretically would not allow the direct use of its natural resources, in practice, the Park Management Plan, through zoning, recognized the territory traditionally occupied by caíçaras communities and by fishermen in the Historical-Cultural Zone (ZHC) in order to guarantee their sources of subsistence and the protection of the intangible cultural heritage developed by these groups.

The Park Management Plan defined the ZHC as an area in which samples of material and immaterial historical-cultural heritage are found and where there is the presence of communities with evidence of traditionality. In addition to the protection of material cultural assets found in historical and archaeological sites, this area aims to make the permanence of traditional communities compatible with the objectives of the conservation unit. Therefore, the ZHC was divided into sub-areas, some with the purpose of protecting material cultural heritage, and others, intangible. These were called Sub-Areas of Current Traditional Occupation. In these sub-areas, residents of traditional communities have a guaranteed way of life and subsistence, with the consent of the Park (PM / PEIB, 2015).

5. CABO ORANGE NATIONAL PARK - INDIGENOUS OVERLAPPING ZONE

Cabo Orange National Park (PARNACO) is located in the coastal zone²⁴, in the extreme north of the State of Amapá, on the border with French Guiana and at the mouth of the Oiapoque River. According to the guidelines established by the Park Management Plan, the main objective of creating this integral protection conservation unit is to preserve marine areas, coastal wetlands, mangroves and also the forests and patches of the Amazonian savanna and associated fauna, through the protection of their ecosystems, the integration with the surrounding communities, the development of ecological and historical, orderly and conscious tourism, the encouragement of environmental education and the search for cultural and scientific knowledge (ICMBio, 2010).

²³ ILHABELA CITY HALL, *Ilhabela City Hall launches a project to create the Municipal Council of Traditional Communities*.

²⁴ MINISTRY OF THE ENVIRONMENT, *Coastal Zone of the State of Amapá*.

Although the main factors that led to the creation of this park are those that consider the protection of the ecosystem, such as the conservation of natural heritage, natural assets and environmental resources, the unit was also created with the encouragement of the search for cultural knowledge.

The Cabo Orange National Park was created overlapping the territory occupied by quilombola communities and indigenous peoples. In view of these overlaps between the park and traditional lands and territories, its management plan used the zoning instrument as a way to make the objectives of creating the unit compatible with the permanence of peoples and communities, without jeopardizing their sources of subsistence and places of residence. .

With regard to the quilombola community, the solution presented by the plan was the allocation of that community in the Temporary Occupation Zone of “Cova da Onça”. This area comprises human occupations on the left bank of the Cunani River and part of the area requested as Quilombo do Cunani Remnant (ICMBio, 2010).

The Park's Management Plan established some rules for the management of this area, among them, the signing of the term of commitment with the quilombola community. However, until the term is signed, the activities developed by the community must be pre-agreed with the management of the conservation unit (ICMBio, 2010).

With regard to indigenous peoples, the solution adopted by the Management Plan was different. The lands traditionally occupied by the peoples and demarcated by the National Indian Foundation (FUNAI)²⁵ were recognized by the zoning as an Indigenous Superposition Zone. This zone contains areas occupied by one or more indigenous ethnic groups. Two indigenous overlapping zones were established: the so-called Lago Maruani Zone, and the Flamã Zone. These zones correspond to the overlapping areas with the Uaçá Indigenous Land (Demarcated by FUNAI). As in the case of the Indigenous Superposition Zone established by the Management Plan for the Serra do Mar State Park, the indigenous lands that were included in the Cape Orange zoning had already been demarcated by FUNAI. Therefore, it is important to align these two instruments, namely, demarcation and zoning.

Among the guidelines established by the PARNACO Management Plan, it was foreseen: 1) the establishment of a shared management instrument, and the activities developed should be pre-agreed between the Conservation Unit, the leaders of the Uaçá Indigenous Land and FUNAI (ICMBio, 2010).

Regarding the recognition of the territory occupied by both indigenous peoples and the quilombola community, different zoning categories were established by the Unit's Management Plan. While the demarcated indigenous lands were inserted in the Indigenous Superposition Zone with the hypothesis of the elaboration of a shared management instrument, quilombola lands were allocated in the Temporary Occupation Zone with the provision of celebration of the term of commitment until the land regularization.

Indigenous peoples differ from quilombola communities and other categories of traditional populations in that they occupied national territory before the colonization

²⁵ FUNAI, *Demarcated indigenous lands*.

process, under the terms of article 1b of ILO Convention 169. The others, on the other hand, resulted from this process and the miscegenation of cultures, whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sectors of the national community, being governed, totally or partially, by their own customs or traditions or by special legislation, under the terms of article 1-A of the same legal diploma.

In view of this distinction from the constitutional legal regime that guarantees the right to land and the conceptual differentiation defined by C169OIT, Decree No. 6.040 / 07 - which instituted the National Policy for the Sustainable Development of Traditional Peoples and Communities - established two terms: peoples and communities traditional. However, it attributed to both the same characteristics, which are very similar to those described by Convention 169. However, with regard to the right to the lands occupied by them, this decree emphasizes that the indigenous peoples and quilombola communities must be observed what the Constitution establishes. In view of the definition attributed to indigenous peoples, mainly because they occupied the national territory before the colonization process, the 1988 Constitution guaranteed the original right over the lands that they traditionally occupy.

We cannot affirm that the legal regime that guarantees the right to indigenous lands is stronger or more efficient than the regime that guarantees this right to the remaining quilombos, not least because this is not the main objective of this research. However, we can observe that the solution adopted by the Management Plan of the Cabo Orange National Park defined more permanently the recognition of demarcated indigenous lands, as it created an Indigenous Superposition Zone and foresaw and elaboration of a shared management instrument. In the case of quilombolas, the solution adopted by the plan was to insert the lands occupied by the community in the Temporary Occupation Zone, with the intention of concluding the term of commitment until the land regularization process is completed.

In this context, it is also necessary to consider that the Uaçá indigenous land had its demarcation process finalized and regularized, while quilombola communities were still in the process of requesting recognition of the Quilombo do Cunani Remnant. Therefore, perhaps the issue is more related to the prior recognition of that territory, through the demarcation or titling process, than to the legal nature of the right to it.

FINAL CONSIDERATIONS

Land and natural resources are the main components of the relationship between nature and culture. In view of this relationship, when these components are considered as one, they are called territories. The right to the territory of indigenous peoples, quilombolas and other traditional communities is fundamental for the social, economic and cultural reproduction of these groups. Among socio-environmental rights, the right to traditional territory is essential when we think of strategies for the conservation of biodiversity and cultural diversity, as it is the guarantee of land and natural resources that will enable the development of traditional knowledge associated with the sustainable use of these resources.

However, there are situations in which the conservation of biodiversity goes against the protection of cultural diversity and becomes a threat to traditional

territories. In Brazil, the National System of Conservation Units (SNUC), foresaw the possibility of creating two categories of management of these areas, one of integral protection and another of sustainable use, the first of which does not allow the direct use of natural resources and predicts that traditional resident populations and their boundaries should be relocated. However, until resettlement is possible, actions can be taken to make the presence of the populations compatible with the unit's objectives.

In view of the analysis we have made, one of the instruments most used by state park management plans in cases of overlapping with the lands and territories of indigenous peoples, quilombolas and traditional communities is zoning; in the case of federal parks, the instruments were the term of commitment and resettlement. Zoning was used in isolation and also in conjunction with other instruments, in the formation of combined solutions, such as zoning and recategorization, zoning and terms of commitment, zoning and shared management instrument, zoning and traditional use plan, among others. (LIMA and TELES, 2019)

Regarding the difference between the legal regimes that guarantee the right to indigenous and quilombola lands, and the absence of a defined regime for other traditional communities, the quantitative analysis did not make evident the existence of any influence, as in all categories of peoples and communities solutions were presented by management plans - including, with respect to traditional communities, these were the cases for which most were presented solutions. But when we performed a qualitative analysis, we realized that, in some cases, different solutions were adopted for the same park overlapping two traditional territories, one indigenous and another quilombola.

Regarding the existence of an alignment between the solutions promoted at the federal level and those that were developed at the state level, we noticed that some instruments appear more frequently in the management plans prepared by the state departments of the Environment, such as zoning, while the resettlement and the terms of commitment are most used by the management plans of the Chico Mendes Institute for Biodiversity Conservation. This fact occurs, mainly, in the case of the overlapping of the parks with the territories occupied by traditional communities, which are precisely those that still lack a defined legal regime to guarantee the right to their traditional territories.

Although, theoretically, the methodology guide for the elaboration of park management plans published by IBAMA has defined the possibility of creating the Indigenous Superposition Zone only for indigenous peoples, the Historical-Cultural Zone has been used as an instrument of recognition and guarantee the traditional quilombola territory and other traditional communities, in addition to protecting their material and immaterial cultural heritage.

The distribution of zoning and management guidelines demonstrate the capacity of the management plan as a viable tool to create actions that make it possible to reconcile the permanence of traditional peoples and communities with the objectives of the conservation unit, in order to guarantee the conservation of the natural heritage and environmental assets with the protection of cultural heritage and the maintenance of material and immaterial assets associated with the sustainable use of natural resources.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

AMEND, S. **Espacios sin habitantes? Parques nacionales en América del Sur**. Barcelona, IUCN: Ed. Nueva Sociedad, 1992.

BAILEY, R. et al. "Development in the Central African Rainforest: Concern for Forest People". In: Cleaver, K. et al. **Conservation of West and Central African Rainforest**. Washington: Banco Mundial/IUCN, 1992.

BAVIKATTE, K; ROBINSON, D. F. Towards a People's History of the Law: Biocultural Jurisprudence and the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing. **LEAD Journal** (Law, Environment & Development Journal) jun. 2011, vol.7, n.1, p.35-51. ISSN: 17465893.

BORRINI-FEYERABEND, G. et al. **Governance of Protected Areas: From understanding to action**. Best Practice Protected Area Guidelines Series No. 20. Gland, Switzerland: IUCN, 2013.

CHEN, C.; GILMORE, M. (2015). Biocultural Rights: A New Paradigm for Protecting Natural and Cultural Resources of Indigenous Communities. **International Indigenous Policy Journal**, jun. 2015, vol. 6, n. 3. Available in: <https://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1205&context=iipj>>

CLEAVER, K. et al. **Conservation of West and Central African Rainforest**. Washington: Banco Mundial/IUCN, 1992.

COMMUNITY PROTOCOLS. **Pacific**. Available in: <<http://www.community-protocols.org/community-protocols/pacific>>. Access on: Nov, 27th, 2017.

CUNHA, Manuela Carneiro da; ALMEIDA, Mauro W. Barbosa. Populações Tradicionais e Conservação Ambiental. In: **Biodiversidade na Amazônia**. São Paulo: Estação Liberdade: ISA, 2001.

DIEGUES, Antonio Carlos. **O mito moderno da natureza intocada**. São Paulo: HUCITEC, 1996.

DUDLEY, N. (Ed.) **Guidelines for Applying Protected Area Management Categories**. Gland, Switzerland: IUCN, 2008.

Peoples. Available in: <<https://www.csmonitor.com/Environment/2017/1124/Is-culture-missing-from-conservation-Scientists-take-cues-from-indigenous-peoples>>. Access on: Nov, 26th, 2017.

GAVIN, Michael C. et al. "Defining biocultural approaches to conservation". **Trends in Ecology and Evolution**, mar. 2015, v.30, n.3, p.140-145.

IUCN. **From Strategy to Action: the IUCN response to the Report of the World Commission on Environment and Development**. Gland: IUCN, 1989. Available in: < <https://portals.iucn.org/library/node/6060>>

LEUZINGER, Márcia Dieguez; LINGARD, K. "The Land Rights of Indigenous and Traditional Peoples in Brazil and Australia". **Revista de Direito Internacional**, 2016, v.13, p.60-80.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Natureza e Cultura: Unidades de Conservação de Proteção Integral e Populações Tradicionais Residentes**. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

LIMA, Nathalia Fernandes; SILVA, Solange Teles da. Conciliating the overlap of protected areas and traditional territories: legal innovations for biological diversity conservation in brazilian parks. **Brazilian Journal Of International Law**, Brasília, v. 16, n. 2, p.126-141, oct. 2019.

LITTLE, Paul E. **Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil**: por uma antropologia da territorialidade. Série Antropologia. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

LOH, J.; HARMON, D. "A Global Index of Biocultural Diversity". **Ecological Indicators**, 2005, vol.5, n.3, p.231-41.

MARÉS, Carlos Frederico. **Bens culturais e proteção jurídica**. Porto Alegre: Unidade Editorial da Prefeitura, 2011.

MARTIN, Paul; [LEUZINGER, Márcia Dieguez](#); SILVA, Solange Teles. "Improving the Effectiveness of Legal Arrangements to Protect Biodiversity: Australia and Brazil". **Revista de Direito Internacional**, 2016, v.13, p.25-36.

NATURAL JUSTICE. **Governance of Lands and Natural Resources**. Available in: <<http://naturaljustice.org/programme/governance-of-lands-and-natural-resources/>>. Access on: May,30th, 2018.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. "O Estado Pluriétnico". In: LIMA, Antônio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMAN, Maria (Orgs.). **Além da Tutela**: bases para uma política indigenista III. São Paulo: Editora Contra Capa, 2002. Available in: <<http://laced.etc.br/site/arquivos/04-Alem-da-tutela.pdf>>. Access on: Dec, 15th, 2014.

REGINATO, Andréa Depieri de. "Uma introdução à pesquisa documental". In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

ROZZI, R. "Biocultural Ethics: From Biocultural Homogenization toward Biocultural Conservation". In: Rozzi, R. et al. (Eds.). **Linking Ecology and Ethics for a Changing World**. Ecology and Ethics Vol.1. Dordrecht: Springer, 2013.

SALTER, Mikey; VON BRAUN, Johanna. **Biocultural Community Protocols: Bridging the Gap between Customary, National and International Law**: Effective Justice Solutions. 2011. Available in: <http://www.effectius.com/yahoo_site_admin/assets/docs/BioculturalCommunityProtocols_JohannaVonBraun_Effectius_Newsletter14.21255827.pdf>. Access on: Nov, 28th, 2017.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. Realização: Instituto Internacional de Educação do Brasil (IEB) e Instituto Socioambiental (ISA). São Paulo: Peirópolis, 2005.

SILVA, Solange Teles da. **O direito ambiental internacional**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2010.

