



NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

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



NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Fortaleza

2020

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC
Volume 40.2 — Jul./Dez. 2020

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

Alceu Maurício Júnior

Doutor em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio (2011). Mestre em Direito Público pela UERJ (2005). Foi Visiting Researcher na Georgetown University Law School (2017-18) e concluiu Programa de Pós-Doutoramento em Democracia e Direitos Humanos pelo IGC (Centro de Direitos Humanos), sediando na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2017-18). Participou do H. H. Humphrey Fellowship Program, promovido pelo U.S. State Department e pela American University - Washington College of Law - no qual se especializou em Human Rights and Judicial Administration (2005-06). Foi Visiting Foreign Judicial Fellow no Federal Judicial Center, em Washington, DC (2006). Juiz Federal desde 2001, tendo atuado nas Seções Judiciárias do PR, RJ e ES. Atualmente é titular da 2ª Vara Federal de Execuções Fiscais-ES e Juiz Coordenador de Cursos da Seção Judiciária do ES. Já atuou como docente em cursos promovidos pela Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF.

André Augusto Giuriatto Ferraço

Professor voluntário de Direito dos Desastres Ambientais na Universidade de Brasília - UnB. Doutorando e mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB na Linha de Pesquisa Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade. Pesquisador institucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Membro do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade, da Universidade de Brasília - GERN - UnB, atuando no desenvolvimento dos projetos de pesquisa em recursos marinhos, recursos hídricos e mudanças climáticas, com financiamento da FAP-DF e do CNPq. Assessor jurídico no Tribunal Regional Federal da 1ª Região - TRF1 das matérias de direito previdenciário e servidor público civil e militar. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV e advogado.

André Viana Custódio

Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006), pós-doutorado pela Universidade de Sevilha/Espanha (2012). Atualmente é professor permanente e coordenador adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul, onde leciona as disciplinas: Direitos Geracionais, Diversidade e Sistemas de Políticas Públicas (Doutorado), Teoria Política Contemporânea (Mestrado), Direito da Criança e do Adolescente e Criminologia (Graduação); Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens da UNISC, integrante do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente da Universidade Federal de Santa Catarina,

Fellow da Ashoka desde 2002, também atua consultor na área de políticas públicas para infância e juventude, com especialidade nas áreas da prevenção e erradicação do trabalho infantil, atendimento socioeducativo, violência contra crianças e adolescentes, sistema de garantias de direitos e políticas públicas.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo

Advogado militante no âmbito do direito empresarial ambiental, é o primeiro professor Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil sendo também Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais. Professor da Escola da Magistratura Federal da 1ª Região. É Director Académico do Congresso de Derecho Ambiental Contemporáneo España/Brasil-Universidade de Salamanca(ESPANHA) e Miembro del Grupo de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca-Grupo de Investigación Reconocido IUDICIUM(ESPANHA). Professor convidado visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar(PORTUGAL) realizando anualmente o Congresso Luso Brasileiro de Direitos Humanos na Sociedade da Informação. Professor e Pesquisador dos Programas de Doutorado/Mestrado em Direito Empresarial da UNINOVE(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 e Pesquisador dos Grupos de Pesquisa do CNPq em Direito da Cidade - UERJ, Sustentabilidade e Direitos - UFPB.

Daniel Damasceno

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Trabalha na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Atuando principalmente nos seguintes temas: Hermenêutica, Ética judicial, Teoria da decisão jurídica.

Denise Almeida de Andrade

Pós doutorado em andamento na Universidade Presbiteriana Mackenzie 2016/2017 (PNPD-CAPES). Doutora (PROSUP-PRODAD) e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2016). Professora do Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS. Professora da Fundação Getúlio Vargas - FGV Law São Paulo. Desenvolve atividades acadêmicas concentradas na seara do Direito Constitucional, com ênfase em Acesso à Justiça e Gestão de Conflitos, Direitos Humanos, Justiça de Gênero e Planejamento Familiar.

Fabiana Marion Spengler

Bolsista de Produtividade em Pesquisa (PQ2) do CNPq. Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1994), mestrado em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1998). É doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2007) com bolsa CAPES e pós-doutora pela Universidade degli Studi di Roma Tre (2011) com bolsa do CNPq. Atualmente é professora adjunta da Universidade de Santa Cruz do Sul lecionando na graduação as disciplinas de Direito Civil - Família, Processo Civil I, Mediação e Arbitragem, e na pós graduação junto ao Programa de Mestrado e de Doutorado em Direito as

disciplinas de "Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos" e "Políticas Públicas para uma nova jurisdição".

Francisco de Assis Costa da Silva

Doutor em Teologia pela Pontificia Università Gregoriana di Roma (2007). Mestre em Teologia Fundamental pela Pontificia Università Gregoriana di Roma (2004). Possui graduação em Filosofia pela Faculdade Eclesiástica de Filosofia João Paulo II (1993), em Teologia pela Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1997), graduação em Letras Clássicas: Português-Latim-Literaturas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1998), Professor Adjunto do Mestrado e da Graduação em Filosofia da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Diretor do Colégio Diocesano Seridoense/Caicó-RN. Tradutor de textos em Latim. Possui projetos de pesquisa em: São Tomás de Aquino e a Sociedade Medieval. A metafísica medieval e o seu alcance na contemporaneidade. E-mail: diretor@cdscaico.com.br. <http://orcid.org/0000-0001-9874-0784>

Gabriela Garcia Batista Lima Moraes

Professora Adjunta da Universidade de Brasília (2015-atual). Doutora (2014) em Direito pela Universidade de Aix-Marseille-França e pelo Centro Universitário de Brasília, com bolsa CAPES em um dos períodos de execução do Doutorado. Foi integrante do IX International Workshop for Young Scholars (WISH), em 2012, na Peking University, Shenzhen, China (com financiamento da organização do WISH). Mestre (2009) em Direito pelo Centro Universitário de Brasília em parceria com o Instituto de Desenvolvimento Sustentável e Relações Internacionais da França (IDDRI), com bolsa CAPES. Especialista em Direito Internacional Ambiental (2008 - UNITAR-UNEP). Bacharel (2007) em Direito, quando foi bolsista CNPq em iniciação científica. Na área de Pesquisa, é colíder do grupo de Estudos Direito dos recursos naturais e sustentabilidade (GERN). É ainda coordenadora do Projeto de Pesquisa - Os Recursos Hídricos face às mudanças climáticas: a função do direito na implementação de medidas de adaptação - com financiamento do CNPq (2017-2020); e do Projeto de Pesquisa "Recursos Hídricos, Saneamento Básico e os efeitos da Mineração no Distrito Federal" com financiamento da FAP-DF (2018-2020).

Glauco Barreira Magalhães Filho

Possui graduação (1993) e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2000). É Livre Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Vale do Acaraú (2006), Doutor em Sociologia pela UFC (2010), Graduado em Teologia pela UMESP (2013), Doutor em Ministério (Faculdade de Teologia Metodista Livre - Reconhecida pela AETAL) e Especialista em Teologia Histórica e Dogmática pela FAERPI (2011). Foi Coordenador de curso de Direito da Faculdade Gama Filho/ Faculdade Integrada Grande Fortaleza e do curso de Direito da FAMETRO, Vice- Coordenador da Faculdade de Direito da UFC e Professor Assistente HA N. 6 da Universidade de Fortaleza, sendo atualmente Professor Associado I da Universidade Federal do Ceará.

José Emílio Medauar Ommati

Graduou-se em Direito em 2000 pela Universidade Federal de Minas Gerais, defendeu mestrado em Direito Constitucional sobre o princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais em 2003

e Doutorado em Direito Constitucional sobre liberdade de expressão e proibição da prática de racismo na Constituição de 1988 pela Universidade Federal de Minas Gerais em 2007. Foi professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Diamantina, em Minas Gerais, até dezembro de 2008. Atualmente, é professor concursado adjunto IV da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Campus Serro.

Marcio de Lima Pacheco

Pós-Doutorado em Letras Discurso (UERN)/ Doutor em Filosofia/Metafísica (PUC-SP)/ Mestre em Filosofia/Metafísica (UFRN)/ Avaliador do INEP/MEC para os Cursos de Filosofia e Teologia/ / Especialista em Metodologia do Ensino Superior pela (FASA)/ Licenciado em Filosofia (UERN)/ Bacharel em Teologia Faculdade Católica Dehoniana/; Professor e tradutor do: Latim, Grego e Hebraico/ Disciplinas que ministra no Doutorado e Mestrado: Filosofia da Linguagem, Tópicos de Filosofia moderna Locke e os Medievais; Disciplinas que ministra graduação : Metodologia do Trabalho Científico, Ontologia I e II, Filosofia da Linguagem, Antropologia Filosófica, Bioantropologia, História da Filosofia Antiga e Medieval, Bioética, Biofilosofia, Teologia, Leitura e interpretação de Texto, Sociologia Jurídica e disciplinas relacionadas a Pedagogia. Possui projetos de pesquisa que versam sobre: Paul Ricoeur, São Tomás de Aquino, Tradução dos textos de Agostinho de Hipona, Fenomenologia da Religião, Moral Sacramental, Doutrina Social, História da Igreja Medieval, Liturgia Cristã, Ética social e ética cristã, Participe do Grupo de Teoria Política Contemporânea vinculado ao Departamento de Filosofia da UNIR. <http://orcid.org/0000-0003-3902-2680> e ResearcherID:Y-3516-2018. Professor Adjunto do Mestrado e da Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Rondônia E-mail: ppachecus@hotmail.com

Moara Lacerda

Mestra em Sociologia Política pela Universidade Vila Velha/ES (2015), como bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo (FAPES). Possui graduação em Relações Internacionais pela Universidade Vila Velha/ES (2013). Durante a graduação foi bolsista de iniciação científica realizando pesquisa na linha Estado e Sociedade e foi monitora das disciplinas de Ciência Política e Teoria Política Moderna.

Rafael Bueno da Rosa Moreira

Pós-doutorando em Direito, Doutor em Direito (2020) com Bolsa Proscap Capes Modalidade II e Mestre em Direito (2014) pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC.

Renata Marques Ferreira

Pós-Doutora pela Universidade de São Paulo (Escola Politécnica-USP) e Doutora em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental Tributário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora convidada da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo (ESA-OAB/SP). Foi Coordenadora do Grupo de Trabalho de Tutela Jurídica da Saúde Ambiental bem como de Tutela Jurídica da Governança Corporativa Sustentável da Comissão do Meio Ambiente da Ordem dos Advogados do Brasil-

Seção de São Paulo (OAB/SP). Pesquisadora do grupo de pesquisas Novos Direitos da Universidade Federal de São Carlos - UFSCar.

Sandra Regina Martini

Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1983), mestrado em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1997), doutorado em *Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti* pela Università Degli Studi di Lecce (2001), Pós-doutorado em Direito (Roma Tre, 2006) e Pós-doutorado em Políticas Públicas (Universidade de Salerno, 2010). Foi Professora titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, da Scuola Dottorale Internazionale Tullio Ascarelli e professora visitante da Università Degli Studi Di Salerno. Foi diretora da Escola de Saúde Pública do Rio Grande do Sul (janeiro de 2007 a fevereiro de 2011), foi membro (de janeiro de 2008 a dezembro de 2013) do Conselho Superior da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Atualmente é Pesquisadora Produtividade 2.

Solange Teles da Silva

Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1991), Diploma de Estudos Aprofundados (D.E.A.) em Direito Ambiental pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne) (1994/1995), especialização na Rhodes Academy of Oceans Law and Police - Rhodes Academy (1998), Doutorado em direito pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne) (2001) e Pós-doutorado pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne) (2005). Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (2003-2012). Atualmente é Professora do Programa da Graduação (Desenvolvimento e Sustentabilidade) e do Pós-Graduação *Strito Sensu* em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM).

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC) . Foi Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Foi Vice-Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2012-2016). Doutora em Direito Internacional do Meio Ambiente - Université de Paris e Universidade de São Paulo (2008). Mestre em Direito Internacional Público - Université de Paris (2004). Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI) . Coordenadora do Projeto de Pesquisa em Direito do Mar. Foi Professora Convidada na Universidade Paris-Saclay , Universidade Paris e Universidade La Rochelle.



SOBRE OS AUTORES – DOUTRINA ESTRANGEIRA

João Ricardo Catarino

Agregado em Finanças Públicas pela Universidade de Lisboa (UL). Doutorado em Ciências Sociais na Especialidade de Administração Pública pela Universidade Técnica de Lisboa (UTL); Mestre em Ciência Política pela Universidade Técnica de Lisboa (UTL); Pós graduado em Estudos Europeus pelo Instituto Europeu e Licenciado em Direito, ambos pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (UL); Professor Catedrático do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP) da Universidade de Lisboa (ULisboa); Investigador integrado no Centro de Administração e Políticas Públicas (CAPP), ISCSP-ULisboa. Coordenador Geral da UCAP - Unidade Científica e Pedagógica de Administração Pública do ISCSP. Presidente do IAPP – Instituto de Administração e Políticas Públicas, ISCSP. Membro de diversas Comissões de Reforma Tributária: Tributação do consumo (IVA) (1986), do Rendimento (1989), do Património (2004) e do Imposto de Renda das Pessoas Físicas (2014). Árbitro no CAAD - Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária. <https://orcid.org/0000-0001-9372-083X> E-mail: jcatarino@iscsp.ulisboa.pt Endereço postal Institucional: ISCSP – Universidade de Lisboa, Campus Universitário do Alto da Ajuda, Rua Almerindo Lessa CEP: 1300-668 Lisboa, Portugal.

Leonardo Pasquali

Professor Associado de Direito da União Europeia no Departamento de Direito da Universidade de Pisa (Itália). Doutor em Direito internacional público nas Universidade de Pisa e Universidade de Aix-Marseille III (França). Autor de várias publicações sobre temas de Direito Internacional público e Direito da UE, entre as quais três monografias e numerosas obras, em vários idiomas, publicadas em periódicos especializados e obras coletivas. Participou de vários congressos, atuando também como relator e organizador, e de várias pesquisas coletiva, também como diretor. É atualmente o coordenador do Módulo Jean Monnet "*Solidarity in EU Law*" financiado pela União Europeia.

Michael Stolleis

Professor Catedrático aposentado de História do Direito na Johan-Wolfgang-Goethe Universität Frankfurt. Foi diretor do Instituto Max-Planck para a História do Direito Europeu (1991-2009).

Miguel Pereira Lopes

Professor Associado com Agregação em Políticas de Desenvolvimento de Recursos Humanos, no Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa (ISCSP-ULisboa), onde é também membro efetivo do Conselho Científico e Presidente do CAPP – Centro de Administração e Políticas Públicas da Universidade de Lisboa. Foi Representante Nacional no Board da EURAM – European Academy

of Management. Tem trabalhos publicados em revistas internacionais como Journal of Management, Organization, Journal of Leadership Studies, Organizational Dynamics, Leadership and Organizational Development Journal, Journal of Management History, Social Indicators Research, Journal of Socio-Economics, Management Research, ou Public Management Review. É autor ou co-autor de mais de uma dezena de livros sobre gestão e psicologia. E-mail: mplopes@iscsp.ulisboa.pt; Endereço postal Institucional: ISCSP – Universidade de Lisboa; Pólo Universitário do Alto da Ajuda; Rua Almerindo Lessa; CEP: 1300-668 LISBOA - PORTUGAL

Ricardo de Moraes e Soares

Licenciado em Ciência Política (ISCSP-UTL). Licenciado em Contabilidade e Administração (ISCAL-IPL). Mestre em Ciência Política (ISCSP-ULisboa). Professor Auxiliar Convidado. Leciona as cadeiras de Contabilidade Pública, Contabilidade de Gestão e Administração, Tecnologias e Globalização na licenciatura de Administração Pública e ainda a cadeira de Prestação de Contas da Pós-graduação em Administração e Gestão Financeira Pública.

Sónia Pedroso Gonçalves

Professora assistente convidada do ISCSP- Universidade de Lisboa. Pesquisadora do Centro de Administração e Políticas Públicas (CAPP-ISCSP) e Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Comportamento Organizacional e Recursos Humanos.



SUMÁRIO

O TERCEIRO FRATERNAL NA COMPOSIÇÃO TRIÁDICA DOS CONFLITOS SOCIAIS <i>Fabiana Marion Spengler, Sandra Regina Martini</i>	17
THE NOT SO HUMANITARIAN DICHOTOMY BETWEEN REFUGEES AND ECONOMIC MIGRANTS <i>Moara Lacerda Alceu Maurício Júnior</i>	33
A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE <i>José Emílio Medauar Ommati</i>	49
TOMÁS DE AQUINO E OS DIREITOS HUMANOS <i>Marcio de Lima Pacheco, Francisco de Assis Costa da Silva</i>	65
A NATUREZA JURÍDICA DISCRICIONÁRIA DA OUTORGA DIANTE DOS CONFLITOS PELOS USOS MÚLTIPLOS DA ÁGUA <i>André Augusto Giuriatto Ferraço, Gabriela Garcia Batista Lima Moraes</i>	79
A REVERSE CHILD PROTAGONISM: AN ANALYSIS ON LEGAL PROTECTION AGAINST CHILD LABOR IN BOLIVIA <i>Rafael Bueno da Rosa Moreira André Viana Custódio</i>	101
EMPRESAS DE PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE TABACO E SUA TUTELA JURÍDICA EM FACE DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO. <i>Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Renata Marques Ferreira</i>	127
A INVISIBILIDADE DAS MULHERES PESCADORAS NO BRASIL: UMA DISCUSSÃO A PARTIR DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 5 E 14 <i>Solange Teles da Silva, Denise Almeida de Andrade, Tarin Cristino Frota Mont'Alverne</i>	143
AINDA SOBRE ATIVISMO JUDICIAL: DESFAZENDO MITOS E EQUÍVOCOS PARA UM CONCEITO DEFINITIVO <i>Glauco Barreira Magalhães Filho, Daniel Damasceno</i>	161
DOCTRINA ESTRANGEIRA	
IL CONTRIBUTO DELL'ACCORDO UE – MERCOSUR ALLA GOVERNANCE INTERNAZIONALE DELL'AMBIENTE <i>Leonardo Pasquali</i>	179
RATIONALITY OF PUBLIC MANAGEMENT - A LOOK AT EXCEPTIONAL MEASURES IN A CRISIS ENVIRONMENT IN PORTUGAL FACING COVID-19 <i>João Ricardo Catarino, Miguel Pereira Lopes, Sónia Pedroso Gonçalves, Ricardo de Moraes e Soares</i>	201
A LINGUAGEM DAS NOSSAS CONSTITUIÇÕES <i>Michael Stolleis</i>	213



DOUTRINA NACIONAL



O TERCEIRO FRATERO NA COMPOSIÇÃO TRIÁDICA DOS CONFLITOS SOCIAIS

*Fabiana Marion Spengler,¹
Sandra Regina Martini²*

RESUMO

O presente artigo tem como tema o papel do Terceiro qualificado pela fraternidade. O principal problema de pesquisa a ser respondido é: de que modo o papel do Terceiro Fraterno vem sendo desempenhado na busca de uma relação triádica para fins de administrar as hipóteses de conflito social? Do problema de pesquisa nasce o objetivo: analisar o papel do Terceiro Fraterno na organização de relações triádicas. Utilizou-se, como método de abordagem o dedutivo, como método de procedimento o monográfico e como técnica de pesquisa aplicou-se a bibliográfica. A principal conclusão confirma a hipótese de que o papel exercido pelo Terceiro Fraterno na organização de relações triádicas é ativo e tem como resultado a busca pela pacificação social. As reflexões deste artigo partem da Metateoria do Direito Fraterno.

PALAVRAS-CHAVE: Conflito. Papel do Terceiro. Fraternidade.

THE CONFLICT RESOLUTION/ADMINISTRATION AND RECOGNITION OF THIRD PARTY: A NECESSARY DEBATE

ABSTRACT

The subject-matter of this article is *the role of the third party qualified by its fraternity*. The main question to be answered is: How third party has been playing its role in seeking a triadic relation in order to administrate social conflict hypothesis? From this issue rises the objective of analysing the role of fraternal third party in triadic relations organization. To find an accurate solution the author utilized a deductive approach, a monographic method of procedure and a bibliographic technique for researching. The main result found corresponds with the initial hypothesis where fraternal third party in organizing triadic relations is active and aims for its

¹ Bolsista de Produtividade em Pesquisa (PQ2) do CNPq. Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1994), mestrado em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1998). É doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2007) com bolsa CAPES e pós-doutora pela Universidade degli Studi di Roma Tre (2011) com bolsa do CNPq. Atualmente é professora adjunta da Universidade de Santa Cruz do Sul lecionando na graduação as disciplinas de Direito Civil - Família, Processo Civil I, Mediação e Arbitragem, e na pós graduação junto ao Programa de Mestrado e de Doutorado em Direito as disciplinas de "Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos" e "Políticas Públicas para uma nova jurisdição".

² Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1983), mestrado em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1997), doutorado em *Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti* pela Università Degli Studi di Lecce (2001), Pós-doutorado em Direito (Roma Tre, 2006) e Pós-doutorado em Políticas Públicas (Universidade de Salerno, 2010). Foi Professora titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, da Scuola Dottorale Internazionale Tullio Ascarelli e professora visitante da Università Degli Studi Di Salerno. Foi diretora da Escola de Saúde Pública do Rio Grande do Sul (janeiro de 2007 a fevereiro de 2011), foi membro (de janeiro de 2008 a dezembro de 2013) do Conselho Superior da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Atualmente é Pesquisadora Produtividade 2.

objective in social pacification. The reflections of this article start from the Metateoria of the Fraternal Right.

KEYWORDS: Conflict. Role of third party. Fraternity.

Introdução

Carl Schmitt³ (2009), em seu livro “O conceito do político” afirma que o mundo político é um pluriverso e não um universo, no qual a política se define como a esfera de ações humanas inscritas na dualidade amigo-inimigo. Porém, entre os indivíduos e os grupos também existem relações triádicas⁴ que vão além da dualidade amigo-inimigo exposta por Schmitt (2009). Nessas relações de caráter triádico encontra-se a figura do Terceiro⁵ que se qualifica se tiver uma postura pautada por uma conduta fraterna. A postura fraterna é possível através do desvelamento de paradoxos. A função moderna da fraternidade é buscar o que ficou para trás ou que não se quer ver, por isso, a possibilidade concreta da fraternidade ser uma nova/velha abordagem, a qual resgata o conceito original de fraternidade adequando-o as novas configurações de uma sociedade complexa, na qual o papel do Terceiro⁶ ainda precisa ser efetivado.

Sendo assim, o presente artigo tem como tema o papel do Terceiro Fraternal na construção de um “pluriverso” político que fuja da “dualidade” universalista e binária na qual se encontram envolvidos os atuais conflitos sociais. O principal problema de pesquisa a ser respondido é: de que modo o papel do Terceiro Fraternal vem sendo desempenhado na busca de uma relação triádica para fins de administrar as hipóteses de conflito⁷ social? A hipótese confirma que o papel exercido pelo Terceiro Fraternal na organização de relações triádicas é ativo e tem como resultado a busca pela pacificação social. Nesta busca é possível se deparar com o seu contrário. Então, conforme Eligio

³ Em que pese todas as críticas feitas a Carl Schmitt, seus escritos sobre a categoria do político continuam sendo textos clássicos. Sobre esta crítica sugere-se a leitura de Habermas (1994) e Tertulian (1996).

⁴ Por “relação triádica” pretende-se aquelas que são compostas de três pessoas ou grupos, como um triângulo e seus três vértices, que se relacionam entre si e simultaneamente. Na pesquisa apresentada essas relações triádicas são ilustradas como aquelas nas quais se vislumbram dois vértices que são os conflitantes e um Terceiro chamado a auxiliar no tratamento de tal conflito.

⁵ Considerando a etimologia e o significado da palavra “terceiro” na língua portuguesa tem-se que é: “Num. Ordinal de três; aquele que em ordem se segue ao segundo: terceiro filho. Qualificativo da pessoa gramatical de quem se fala. Terceiro Mundo, conjunto de países pouco desenvolvidos economicamente, que não pertencem nem ao grupo dos Estados industrializados de economia liberal, nem ao grupo dos de tipo socialista.

Terceira via, terceira cópia de um documento original. Religião católica Ordem Terceira, associação de fiéis que, embora vivendo no mundo, se filiam a uma ordem religiosa. S.m. Estranho, ou simplesmente uma terceira pessoa: mostrar-se discreto na presença de terceiros. Medianeiro, intercessor: recorreu à influência de terceiro junto ao ministro. Lógica Princípio da exclusão do terceiro, princípio que enuncia: “de duas proposições contraditórias, se uma é verdadeira, a outra é fatalmente falsa” (não existe outra possibilidade).

S.m.pl. Outras pessoas. Direito. Pessoas ou entidades que, não sendo parte direta numa causa ou processo, podem ter interesses ligados aos que ali estão em jogo” (www.dicio.com.br). De todas as diversas e possíveis definições de Terceiro apresentadas apenas a última: “pessoas ou entidades que, não sendo parte direta numa causa ou processo, podem ter interesses ligados aos que ali estão em jogo” importa ao desenvolvimento da presente pesquisa. Ao ler a palavra Terceiro, pois, é a esse conceito que o leitor deve se reportar.

Sobre a conceituação do Terceiro e seu papel político e sociológico sugere-se a leitura de Spengler (2016b)

⁶ Existem várias teorias que trabalham com a ideia do Terceiro, no caso da Teoria Geral dos Sistemas Sociais, Niklas Luhmann trata do Terceiro excluído. Porém, este não será um autor discutido na presente abordagem do texto.

⁷ É importante salientar que “a noção de conflito não é unânime. Nascido do antigo latim, a palavra conflito tem como raiz etimológica a ideia de choque, ou a ação de chocar, de contrapor ideias, palavras, ideologias, valores ou armas. Por isso, para que haja conflito é preciso, em primeiro lugar, que as forças confrontantes sejam dinâmicas, contendo em si próprias o sentido da ação, reagindo umas sobre as outras” (SPENGLER, 2016a, p. 108).

Resta (2005), é nesta ambivalência que a fraternidade encontra suas possibilidades, mas é sempre o jogo do remédio/veneno. Este é o jogo que fraternidade pode romper, porém sem negar a existência da ambivalência.

As reflexões deste artigo têm como suporte os textos de Carl Schmitt, Eligio Resta, Norberto Bobbio e Pier Paolo Portinaro, cujo fio condutor é sempre o papel do Terceiro. O debate vem qualificado pela fraternidade, enquanto princípio universal, instituído ainda na Revolução Francesa e esquecido nos dias atuais. Esse princípio retorna como uma nova forma de desvelar paradoxos de uma sociedade altamente complexa e contingente, onde tudo pode ser diferente daquilo que se apresenta. Assim, observar é sempre distinguir e ao mesmo tempo indicar⁸.

A pesquisa teve como objetivo geral discutir o papel do Terceiro Fraternal na organização de relações triádicas para fins de administrar as hipóteses complexas e ambivalentes de conflito social em uma realidade onde as certezas são sempre confrontadas com as incertezas, onde a redução das complexidades sociais se dá sempre através do incremento da própria complexidade.

Para cumprir o objetivo proposto utilizou-se, como método de abordagem o dedutivo, partindo da relação entre argumentos gerais, denominados premissas, para argumentos particulares, até se chegar a uma conclusão. Como método de procedimento foi utilizado o método monográfico e como técnica de pesquisa aplicou-se a bibliográfica baseada em documentação indireta que serviu de base teórica para o desenvolvimento dos objetivos e das principais conclusões.

O texto tem início com a análise da distinção entre amigo-inimigo como critério de identificação do político. Essa análise aborda ainda outros conceitos importantes tais como criminoso e estrangeiro, demonstrando a dinâmica dessas interações e a hipótese – sempre presente - de conflito.

Adiante, percebe-se que em uma concepção dualística da política – considerando um mundo bipolar -, existiria apenas a guerra ou a paz. Porém, a realidade aponta para a necessidade e a importância da intervenção de um Terceiro que surge como um catalisador da relação de hostilidade e como figura a quem se atribui a triangularização da relação fazendo com que assumam um caráter triádico.

A necessidade de intervenção do Terceiro se dá especialmente porque a contraposição amigo-inimigo se define com base no grau de intensidade de uma associação (amigo) e de uma dissociação (inimigo). Tal situação exige a presença de um sujeito (ou instituição) a respeito do(a) qual os envolvidos se posicionam como amigo-inimigo. Nessa mesma linha de raciocínio, avista-se que, se o Terceiro desenvolver um papel ativo, buscando a pacificação, ele poderá ser denominado Fraternal e nesse caso as chances de tratamento/administração/resolução do conflito se tornam maiores.

⁸ O grande desafio das ciências sociais modernas é entender como é possível estabelecer esta distinção e indicação de modo científico, sobre isso, oportunas são as observações de Luhmann e De Giorgi: "Con il concetto di osservare si richiama l'attenzione sul fatto che << distinguire e indicare >> è un'unica operazione; e infatti non si può indicare nulla che, facendo questo, non sia anche distinto (...) Formulata nella terminologia della lógica tradizionale, in rapporto alle parti che distingui, la distinzione è il terzo escluso. E così anche l'osservatore mentre effettua l'osservazione, è il terzo escluso...questo porta ad affermare: l'osservatore è il terzo escluso del suo osservare (DE GIORGI; LUHMANN, 1996, p. 23-24).

1 O PLURIVERSO POLÍTICO, O AMIGO, O INIMIGO, O CRIMINOSO E O TERCEIRO

Para tratar as relações entre o amigo, o inimigo⁹ e o criminoso faz-se necessário começar discutindo a relação entre irmãos¹⁰, entre pessoas que vivem numa determinada comunidade conectados com a comunidade global, abordando o *essere-in-comune* daqueles que compartilham o nascimento e a vida pós nascimento, analisando essa relação na qual estão representados os lugares da paz e da guerra, da concórdia e do conflito, ou seja, uma ambivalência por excelência. A relação entre irmãos/fraterna representa, assim, tanto o espaço da solidariedade como aquele da inimizade e da rivalidade, aquele de Antígona e aquele de Caim: a expressão bíblica “irmãos inimigos” pode ser entendida tanto no sentido que se é inimigo não obstante seja irmão, quanto de que se é inimigo justamente por serem irmãos.

Assim, falar de fraternidade significa enunciar formas normativas de reger a vida, e é por isso que a fraternidade retorna na contemporaneidade, pois ela é a dimensão da vida que produz o sentido do participar em conjunto da vida em comum; uma vida que não apenas torna todos iguais e livres, mas uma vida *codivida*. E está ligada à solidariedade, principalmente, a partir do pressuposto da não violência e da lei da amizade.

A fraternidade deseja, portanto, a instalação do igualitarismo dos agentes sociais, superando a lógica pré-moderna de fetichização das hierarquias. Ela serve, assim, como fundamento para um novo paradigma cultural. Pode-se ainda definir a fraternidade como “uma forma de intensa solidariedade que se realiza entre iguais” (PIZZOLATO, 2008, p. 113), de modo que “parece uma forma de solidariedade que interpela diretamente o comportamento individual e o responsabiliza pela sorte do(s) irmão(s)” (PIZZOLATO, 2008, p. 113). A fraternidade se apresenta como ponte de ligação entre os saberes, entre as novas formas de mediar, é a nova forma de **sermos humanos** e não apenas termos humanidade. É difícil alcançar o seu reconhecimento como princípio norteador, pois a sua ética pressupõe a existência de um sujeito incompleto e precário, que compreenda a sua incapacidade de ser autossuficiente. A fraternidade não considera a técnica como algo que se “abre” ou se “fecha”, mas como algo que alcança a *philia* das contradições e da ambivalência. A técnica é uma nova *philia* e um novo desafio para a codivisão.

Conectado dessa maneira, gradativamente o amigo aparece nos discursos da amizade na figura do irmão. A partir de Aristóteles a amizade democrática constitui-se numa relação de fraternização: amizade é, em princípio, democrática por ser fraternal. Apesar dos grandes discursos da amizade terem vinculado o irmão-amigo à

⁹ Eligio Resta define “inimigo” como aquele “che indica uno stato di inimicizia, diversa dal non essere amico, che si colloca, o è collocato fuori non si sa da cosa, ma sempre all'esterno di un interno: da un gruppo, da una comunità, da uno Stato, da una nazione. Egli è sempre fuori da qualcosa che blinda i suoi confini più o meno immaginari giustificandoli con qualche cogente necessità imposta da una geografia, da una politica o da una cultura, se non da un semplice stato d'animo. Il nemico quando viene identificato, serve persino a rafforzare i confini di un inside, di un territorio qualsiasi e di qualsiasi natura che conserverà sempre la caratteristica di un Nomos der Erde segnato dall'appropriazione di una terra (RESTA, 2005, p. 97).

¹⁰ Essa ambivalência na figura do irmão que pode ser também inimigo vem sequestrada dos textos de Eligio Resta no qual ele expõe: “l'espressione biblica: “fratelli nemici” può essere intesa tanto nel senso che si è nemici nonostante si sai fratelli, quando che si è nemici proprio perché fratelli” (RESTA, 2007, p. 588).

democracia, à justiça, à virtude e à razão política, essa identificação do irmão com o amigo ou o inimigo não é evidente (ORTEGA, 2000).

É nesse ponto que Schmitt (1992) afirma que a inimizade faz e delimita o político. Não é da amizade que ele nasce e sim da existência do inimigo. Por isso, se quiséssemos fazer derivar uma política da amizade mais do que da guerra teríamos ainda que nos entender a respeito do que quer dizer “amigo”. Ora, a significação do “amigo” não se determina senão na distinção oposicional “amigo-inimigo” (DERRIDÀ, 2003, p. 252).

Assim, é preciso que haja luta real para que se manifeste a lógica última da configuração política que opõe o amigo/inimigo. É na perspectiva desta possibilidade extrema que a vida dos homens se enriquece com a sua tensão especificamente política. Um mundo onde a possibilidade de luta tivesse sido inteiramente afastada e banida, um planeta definitivamente pacificado, seria um mundo sem discriminação do amigo/inimigo e conseqüentemente um mundo sem política. Não se poderia apreender o fenômeno político abstraindo essa possibilidade real de agrupamento em amigos e inimigos, quaisquer que sejam as conseqüências para a avaliação do político de um ponto de vista religioso, moral, estético ou econômico.

Assim, de todas essas categorias nascidas a partir da formação do Estado de Direito, um deles merece especial atenção, pois, se o direito fraterno é convencional e não violento é importante pensá-lo perpassado pela lei da amizade que encontra “nos processos de codificação moderna a fórmula do imperativo da fraternidade diante de um jogo político, construído em cima da contraposição, conhecida, do *amigo-inimigo*¹¹” (DERRIDÀ, 2003, p. 250, grifo do autor). Porém, a amizade não desenvolve um percurso linear entre virtude coletiva e qualidade, que “definha na relação e que oscila do plano da vida pública àquela da mais íntima esfera privada”. Quanto mais a amizade perde “seu caráter de argamassa espontânea da sociedade” (RESTA, 2004, p. 20-21), mais tem necessidade de ser prescrita por uma lei que contenha imperativos ético-religiosos, mas principalmente jurídicos. Assim, os amigos deixam de ser necessariamente aqueles ligados por laços fraternos e de solidariedade, uma vez que se esquivam do vínculo e da reciprocidade cotidiana, compartilhando a vida sem compartilhá-la (RESTA, 2004). É nesse sentido que a solidariedade, fraternidade, hospitalidade retornam hoje para o cenário do viver em comunidade.

No atual contexto global, resta o questionamento: é possível, ainda, existir espaço para a fraternidade? Para tentar responder a esse questionamento, é necessário retomar o conceito de fraternidade de Resta (2004). A partir deste conceito, antigo e esquecido, o autor propõe uma nova abordagem para os fenômenos sócio-jurídicos. É uma teoria livre de preconceitos e conceitos de outras áreas que não a científica. Assim, Eligio Resta (2004) busca no conceito originário ideias do compartilhar, do pactuar, da lei da amizade, do universalismo, da inclusão sem limites; estes indicativos mostram que é necessário ver o outro como um OUTRO-EU, em que o EU-OUTRO e o OUTRO-EU operam constantemente na proposta de transformação social, pois o Direito Fraterno é a

¹¹ “Os conceitos de amigo e de inimigo devem ser entendidos no seu sentido concreto, existencial, e nunca como metáforas ou símbolos; não se deve atenuá-los misturando-lhes representações econômicas, morais ou outras, nem, sobretudo, interpretá-los psicologicamente num sentido privado-individualista, como se eles exprimissem sentimentos e tendências privadas. Esses conceitos não são nem oposições normativas e nem oposições espirituais” (DERRIDÀ, 2003, p. 250).

relação entre vida e direito, a vida em comunidade é o sujeito e objeto da experiência jurídica.

Deste modo, também a gênese da amizade se divide em contingente e transcendente, uma vez que depende do acaso e do evento onde se desenvolve. Por isso, a comunidade de apoio já perdeu o sentido universalista e se confinou às relações numericamente mensuráveis de uma amizade definida, conseqüentemente, “somos amigos porque existem inimigos, somos amigos porque nos escolhemos para nos contrapormos a outras formas de relações impostas ou involuntárias” (RESTA, 2004, p. 31). Essas relações determinam um caráter de inclusão/exclusão à amizade, incluindo o amigo e excluindo o inimigo e tornando-se uma improbabilidade normal.

As relações havidas entre amigos e inimigos em um mesmo território vêm - de acordo com Freud (1997) em seu texto *Considerações sobre la guerra y la muerte -*, estabelecidas dentro de cada nação, por suas regras morais, as quais os indivíduos deveriam se ajustar. Essas regras traziam grandes delimitações e uma acentuada renúncia aos instintos naturais do homem. Tais normas são consideradas base do Estado civilizado, sendo por ele defendidas. Por isso, quem cumpria as normas era o amigo e quem não as respeitava o criminoso, ou melhor dizendo, quem se submetia a elas era amigo e quem as repudiava era considerado o criminoso.

Discutindo a relação de pertença e a inimizade, Freud (1997) salienta que existem três tabus essenciais: os inimigos estrangeiros à tribo, os chefes estrangeiros ao grupo e o morto estrangeiro à vida. Possuindo um caráter fora dos padrões considerados normais, o poder que podem exercer estes estrangeiros sobre os indivíduos é delimitado pelo fato de que o inimigo nos mata, o chefe nos subjuga e os mortos nos assombram e chamam.

As relações de amizade/inimizade entre o cidadão e o estrangeiro¹² possuem um vínculo estreito com a instituição da hospitalidade (*xenia*) que pode ser resumida como uma forma de se relacionar com os estrangeiros, incluindo uma série de obrigações e benefícios recíprocos. Tal se dá porque as leis da hospitalidade impõem restrições à própria hospitalidade; assim, é sempre “o direito e as leis que constituem, impõem, determinam, condicionam e delimitam as relações com o estrangeiro” (ORTEGA, 2002, p. 18).

Agrega-se, pois, o conceito de hospitalidade de Daniel Innerarity (2008, p. 17):

La categoría de la hospitalidad puede servir para articular una teoría moral en virtud de su universalidad cultural y la riqueza de sus significados. Como categoría, permite interpretar la situación general del hombre en el mundo. La categoría de la hospitalidad recoge el empeño de hacerse interpretativamente con la rica extrañeza de la vida, de los otros, de la cultura en que vivimos, a veces demasiado opaca hasta rozar lo incomprensible u hostil, pero está en el origen de ese aprendizaje de lo nuevo, el contacto con lo distinto y la armonización de lo dispar en que nuestra vida consiste.

Segundo Derridà (1997, p. 69) as leis da hospitalidade, possuem “a mesma *predominância* na estrutura do direito à hospitalidade e da relação com o estrangeiro, seja hóspede ou inimigo”. Trata-se de um “modelo conjugal, paternal e falocêntrico. É o

¹² A Metateoria do Direito Fraternal, desenvolvida por Eligo Resta, tem dado importantes aportes para as reflexões sobre o direito de migrar ou sobre refugiados. Sobre este tema, ver Martini e Simões (2018).

déspota familiar, o pai, o esposo, o patrão, o dono da casa, que faz as leis da hospitalidade” (ORTEGA, 2002, p. 18).

Porém, se atualmente a amizade deixou de ser o cimento da sociedade porque encontra-se encoberta pela inimizade é porque ao mesmo tempo podemos resgatar a ideia deste cimento social chamado “amizade”, no entanto, não se pode perder de vista que:

A comunidade política é, de fato, descrita como o lugar no qual o inimigo, por convenção, não é mais interno, mas externo. O inimigo interno, por uma complexa metamorfose da semântica reservou-se o papel de “criminoso” ou de opositor político, ou ainda, de minoria: as passagens são, obviamente, todas ricas e refinadas, e sequer são repentinas. Pressupõem que já esteja em andamento um “contrato natural” (assim o define Michel Serres) pelo qual se “pertence” a uma nação, e por isso são aceitas todas as suas leis. (RESTA, 2004, p. 34).

O que indica a relação de pertença entre um indivíduo e uma determinada fraternidade, é o seu código de nascimento, que vincula a uma obediência em troca da cidadania, de modo que quando vinculado, se pode ser, em caso de transgressão, no máximo criminoso, mas nunca inimigo.¹³ Isso ocorre porque justamente por conhecer a lei em toda a sua validade o inimigo rouba e depois foge. Ele sabe que praticou um ato contrário às regras sociais de seu grupo e por isso se esconde.¹⁴

Nesse ponto ganha importância a diferenciação entre inimigo e criminoso. O primeiro é aquele “que se coloca ou é colocado fora, não se sabe do que, mas sempre no externo de um interno: de um grupo, de uma comunidade, de um Estado ou de uma nação” (RESTA, 2005, p. 97). Assim, o inimigo está sempre:

Fora de qualquer coisa que blinda os seus confins mais ou menos imaginários justificando-os com qualquer necessidade cogente imposta por uma geografia, política ou cultura, ou então por um simples estado de ânimo. (RESTA, 2005, p. 97).

Já o criminoso encontra-se dentro do grupo e muitas vezes com ele desenvolve uma relação de “pertença”, conhece e reconhece as regras, mas não as respeita. Descumpra e por isso mesmo pertencendo a esse grupo se exclui, pois não respeita as regras ali criadas. É considerado o criminoso.

Nesse ínterim, fica clara a concepção de amigo/inimigo/criminoso/estrangeiro apontada acima uma vez que dentro de um mesmo estado, - numa concepção geopolítica - podem existir além do amigo e do criminoso, também o inimigo, que primeiramente habita outro estado - reside fora das fronteiras - mas que estaria aqui representado pelo estrangeiro e pelo excluído. Estes últimos, que, muitas vezes sem praticar atos contrários às regras (portanto não são criminosos) se mantêm à margem do sistema social, não são reconhecidos e nem considerados pelo mesmo. Trata-se de um

¹³ “Il nemico interno viene metabolizzato e neutralizzato attraverso la sua trasformazione in criminale, il nemico esterno rimane potenzialmente tale. La fraternità si chiude nelle patrie più o meno piccole degli stati-nazione e il diritto internazionale continua a essere il luogo della fraternità variabile e passeggera nei confronti di stati che, quando non siano nemici, sono neutri, alleati o destinatari di interferenze paternalistiche” (RESTA, 2007, p. 590).

¹⁴ “Il ladro riconosce la legge in tutta la sua validità proprio perchè ruba e se nasconde” (RESTA, 2005, p. 99).

inimigo/estrangeiro “interno”¹⁵. Importa salientar que enquanto o inimigo interno é, na maioria das vezes exceção, o inimigo externo é condição normal fundadora do político.

Tal se dá porque o jogo de antônimos amigo/inimigo é, segundo a concepção de Schmitt (2009), uma das formas de definição do político. Segundo o autor a definição do conceito do político só pode ser obtida pela identificação e verificação de categorias especificamente políticas, como é o caso dos antônimos anteriormente referidos.

Desse modo, a diferenciação entre amigo e inimigo tem o propósito de caracterizar, conforme Schmitt (2009, p. 28) o:

Grau extremo de intensidade de uma união ou de uma separação, de uma associação ou desassociação, podendo existir na teoria e na prática sem que simultaneamente tenham que ser empregadas todas aquelas diferenciações morais, estéticas, econômicas e outras.

Justamente por isso a teoria de Schmitt afirma que o inimigo político não é necessariamente mau ou feio; ele também não se apresenta, necessariamente, como um concorrente econômico. O inimigo é precisamente o outro, o desconhecido, o diferente, de tal modo que seja possível conflitar com ele. Acontecendo o conflito, este não poderá ser decidido por uma normalização geral, nem através da sentença de um Terceiro “não envolvido” e destarte “imparcial”.¹⁶ A única hipótese de resolução é aquela nascida dos próprios conflitantes¹⁷.

Assim, é preciso que haja possibilidade de conflito real para que se manifeste a lógica última da configuração política que opõe o amigo/inimigo¹⁸. É na perspectiva desta possibilidade extrema que a vida dos homens se enriquece com a sua tensão especificamente política. Schmitt (2009) salienta que a guerra está tão atrelada ao conceito de político e as categorias de amigo/inimigo a ponto de “o político estar mais bem treinado para o combate que o soldado, pois o político combate sua vida toda enquanto que o soldado só o faz excepcionalmente” (SCHMITT, 2009, p. 36).

Por conseguinte, um mundo onde a possibilidade de luta tivesse sido inteiramente afastada e banida, um planeta definitivamente pacificado, seria um mundo sem discriminação do amigo/inimigo e conseqüentemente um mundo sem política. Não se poderia apreender o fenômeno político abstraindo essa possibilidade real de agrupamento em amigos e inimigos, quaisquer que sejam as conseqüências para a avaliação do político de um ponto de vista religioso, moral, estético ou econômico.

Essa relação entre o amigo/inimigo funda e representa, como apontado anteriormente, o político. Porém, isso não significa que a guerra seja o seu objeto e a sua finalidade. Ela é, antes de tudo, “o pressuposto sempre existente como real possibilidade, o

¹⁵ Eligo Resta chama a atenção para a figura do inimigo/estrangeiro interno referindo que se trata daquele que seguidamente justifica uma soberania forte capaz de decidir sobre o estado de exceção e que justifica com a sua presença, mais ou menos imaginária, a validade de um *pouvoir constituant* (RESTA, 2005).

¹⁶ Aqui, conforme a interpretação de Freund temos a desnecessidade da presença de um Terceiro, nesse caso, chamado de “excluído” (FREUND, 1995a).

¹⁷ Nesse contexto o mediador pode assumir a tarefa de Terceiro facilitando a comunicação e auxiliando os conflitantes a estabelecerem, de modo autônomo, o melhor caminho para tratar seu conflito.

¹⁸ “A guerra decorre da inimizade, pois esta é a negação ôntica de um outro ser. A guerra é apenas a realização extrema da inimizade” (SCHMITT, 2009, p. 35).

qual determina de forma singular a ação e o pensamento humanos, provocando, assim, um comportamento especificamente político” (SCHMITT, 2009, p. 36).

Em todos esses contextos e conectado a toda e qualquer relação humana, é chamado de político o grupamento que se orienta pelo conflito crítico, extremo. Assim, o fenômeno do político só pode ser compreendido por meio da referência à “possibilidade real do grupamento do tipo amigo-inimigo, não importando o que daí resulta para o juízo de valor religioso, moral, estético e econômico” (SCHMITT, 2009, p. 38).

Percebe-se que uma das características mais importantes do conflito é a dualidade amigo-inimigo. Isto significa uma completa dissociação do Terceiro. Sob esse aspecto o conflito pode ser definido como a “relação social marcada pela exclusão do Terceiro”¹⁹.

Partindo de tais considerações é possível demonstrar a importância do Terceiro nas relações políticas e sociais. Se uma comunidade estiver dividida unicamente em dois campos opostos sem nenhum intermediário, a situação se tornaria explosiva e rapidamente se transformaria em conflito. Existindo já o conflito, seus limites fugiriam ao controle e a situação se agravaria. Desse modo, o Terceiro é um fator capital para a “concordia” interior, tanto na forma de associações como de instituições das quais participam os cidadãos de opiniões, valores, crenças, preceitos morais e éticos e de partidos contrários.

Por conseguinte, o relativo consenso indispensável às mudanças sociais tem por fundamento o Terceiro, cujo papel não consiste somente em ser um tampão que amortecia os choques, os antagonismos e as tensões, senão também servir de intermediário para a comunicação entre os que pretendem ignorar-se ou dirigirem-se, agressivamente, uns contra os outros. Em uma sociedade que não reconhece o Terceiro o conflito se torna permanente ou um dos campos submeteria o outro ao seu jugo a ponto de absorvê-lo, o que produziria uma fusão totalitária como na maior parte das ditaduras revolucionárias modernas.

O Terceiro é a configuração elementar da sociedade pois condiciona o equilíbrio, possibilita as combinações sociais mais diversas, e ao mesmo tempo é um fator de remissão dos conflitos internos. É notório que as sociedades totalitárias que não reconhecem o Terceiro se confundem na torpeza de uma unanimidade letárgica, devido a falta de canais de comunicação e de criatividade crítica que inspira. O Terceiro é a condição de estabilidade das sociedades livres, porque somente é possível a aparição de uma maioria e de uma minoria em consequência de uma oposição política (FREUND, 1995a).

Tradicionalmente a Sociologia trabalha com a lógica de que conflitos diádicos²⁰ são exceção e que normalmente a presença do Terceiro²¹ acontece. Desse modo, o reconhecimento dos conflitos triádicos sugere o abandono de velhos mitos dualísticos,

¹⁹ De fato, ao apontar a importância do papel desempenhado pelo Terceiro Freund afirma em outros estudos que: “quase tutte le guerre fra Stati sono de natura bipolare, secondo il classico rapporto dell’amico e del nemico. I due campi avverso riducono all’ostilità fra due Stati ovvero allo scontro fra due gruppi di lleati. Per dirla diversamente le guerre assumono l’apestto di un duello” (FREUND, 1995b, p. 221).

²⁰ Conflitos diádicos são aqueles que possuem duas partes, ou dois lados, dois polos, cada um deles compostos por uma ou mais pessoas. Nesses conflitos percebe-se a ausência do Terceiro que poderia triangular a relação.

²¹ Importante referir que esse Terceiro pode ser representado por pessoas físicas ou jurídicas, tais como ONGs e instituições públicas, dentre outras.

expressos, na opinião de Portinaro (1986, p. 58), “pela dualidade servo/senhor, proletário/burguesia, amigo/inimigo”. Desse modo, permanece visível que, na realidade social “prevalecem relações multipolarizadas e em particular relações triádicas elásticas ou institucionalizadas” (PORTINARO, 1986, p. 58).

Assim, a figura do Terceiro é de grande importância para a instituição de relações de caráter triádico. Mais importante ainda é a presença de um Terceiro Fraternal, que possa humanizar a relação conflitiva que tradicionalmente se apresenta como des-humanizada. Seguindo os pressupostos da Metateoria do Direito Fraternal observa-se que se “des-humanização” acontece é porque, ao mesmo tempo pode-se ter a humanização; é neste contexto que a fraternidade se apresenta como uma aposta e, ainda mais, segundo Resta (2004), não é uma aposta vencedora!

2 O TERCEIRO FRATERNO E AS RELAÇÕES TRIÁDICAS

A fraternidade é defendida como princípio juntamente com a liberdade e a igualdade, todas oriundas da Revolução Francesa. Porém, enquanto categoria política restou esquecida. Perdendo forças, foi gradativamente sendo empurrada para o âmbito das relações privadas e religiosas.²²

Porém, nos últimos anos, a fraternidade vem retomando seu espaço e demonstrando sua importância a ponto de surgir como exigência da própria política. Isso se dá, sobretudo, a partir da constatação de que a realização dos outros dois princípios que tomados como referência (a liberdade e a igualdade), ficou incompleta ou mesmo fracassou.

Desse modo, além da inclusão social (e isso pressupõe autonomia de escolha, dentre outras prerrogativas), a fraternidade, enquanto categoria e demanda política, possui o objetivo de possibilitar a humanização das relações, que mesmo sendo entendida como fruto da busca pessoal, está atrelada a uma busca que também diz respeito ao espaço público.

Essa interpretação da fraternidade que - do ponto de vista de Morin e Kern (2005) - salienta a necessidade de não renunciar a construção de uma sociedade realmente humana, ganha corpo a ideia de que vivemos uma espécie de *déficit* na reflexão política, um *déficit* que se manifesta também na prática, e que só pode ser preenchido pela ampla recuperação do princípio de fraternidade, na prática política e jurídica.

Portanto, a fraternidade poderá desempenhar um papel político se for capaz de interpretar e transformar o mundo real, mostrando um valor heurístico e uma eficácia prática. Eliminada do cenário social a fraternidade pode ser resgatada como meio de possibilitar o reconhecimento do outro e de sua alteridade.

Tal necessidade se dá porque:

ao enfatizar a liberdade e a igualdade em detrimento da fraternidade, a modernidade acentuou os aspectos individualistas e egoístas dos Direitos Humanos, esquecendo o caráter social, fraternal e solidário desses mesmos

²² Eligio Resta salienta que a fraternidade possui um vasto arco de significados: “esempio di talle complessità è quella offerta dalla differenziazione semântica cui si assiste in Grecia quando accanto al phrater (che designa appartenenza mistica alla phratria) compare il termine adelphos (adelphé al femminile) che indica tanto discendenza dalla madre quanto legame di sangue” (RESTA, 2007, p. 588).

Direitos, que não são simplesmente do indivíduo e dos grupos ou classes, mas também do “outro”, do mais pobre, do mais desfavorecido. Se a liberdade remete ao indivíduo na sua singularidade, e a igualdade abre uma dimensão social que, no entanto permanece no âmbito da identidade de certo grupo ou classe social contra outros, a fraternidade remete à idéia (SIC) de um “outro” que não sou eu nem meu grupo social, mas o “diferente” diante do qual tenho deveres e responsabilidades, e não somente direitos a opor. (TOSI, 2009, p. 59-60).

Este é o grande desafio social que se apresenta atualmente: superar a lógica meramente identitária, e caminhar em direção a um reconhecimento efetivo e eficaz da alteridade, da diversidade e da reciprocidade. Para que tal ocorra é preciso revisitar a dialética identidade/alteridade. Cada ser humano nasce num determinado lugar geográfico e social, e isso implica a assimilação de determinada língua, cultura e “maneira de ser no mundo”, que faz com que ele se torne o que é. O homem, com efeito, não nasce homem, mas se faz homem. É impossível renunciar a essa identidade originária, que faz parte da nossa condição humana, enquanto seres não totalmente predeterminados pela natureza. Ela se constrói necessariamente num confronto intersubjetivo entre um **eu** e um **outro**, e entre **nós** e os outros. Porém, toda determinação é, ao mesmo tempo, lógica e ética, não pode chegar a ponto de desconhecer, na diversidade, o que há de comum, ou seja, a identidade (TOSI, 2009).

A construção da identidade²³ se dá na relação dialética entre subjetividade e alteridade. Essa relação “pode ser meramente negativa: outro é visto como um não eu, o diferente de mim. Se a alteridade permanecer nesse nível, o outro se tornará inimigo, o adversário, aquele que me é hostil e do qual devo desconfiar” (TOSI, 2009, p. 61). Essa dialética entre subjetividade e alteridade não pode ser suprimida, uma vez que é parte da construção da nossa identidade; porém, “tal dialética não significa que o outro deva ser visto necessariamente como inimigo, desconhecendo a condição humana comum em que todos estamos” (TOSI, 2009, p. 61).

O esquecimento de nossa condição de humanidade, de seres comuns com as mesmas necessidades e a atribuição ao outro do rótulo de inimigo demonstra “o individualismo desencarnado da existência que prescinde, sempre, a presença do outro para nos constituir como identidade” (WARAT, 2004, p. 114).

Esse individualismo se coloca como o centro do jogo humano moderno e no dizer de Elias Canetti (1995) se retrata no corpo isolado, sólido, individualizado. Tal se dá exatamente porque a dimensão de solidez é, estranhamente, aparentada com a solidão tanto quanto com a solidariedade. Todas essas palavras possuem uma raiz comum que remete ao estar só,ilhado, mas que também remete ao caráter compacto e a indivisibilidade:

Disso nasce tanto o sentido da solidão quanto o de dever, senão o sentimento, da solidariedade: sequer perturba muito o fato de que, no mundo antigo, este vínculo dúplice fosse filtrado em uma área limítrofe entre a economia, a

23 “L’identità non si può spiegare ricorrendo unicamente ai caratteri “statistici” quali nome cognome residenza professione, perché esiste un decimo carattere che, pur ricomprendendoli tutti, li scompone fino a negarli nella loro veridicità e rispondenza alla realtà. L’identità, secondo Musil è un vuoto spazio invisibile che pone una lunga serie di problemi; il suo spazio, la sua invisibilità concreta, la sua oscillazione tra il dentro e il fuori, la sua indecisione tra contenente e contenuto” (RESTA, 1997, p. 57).

obrigação jurídica e o sentido da dimensão religiosa, por aquele estranho verbo latino, *solari* que indicava o consolar, mas também o reembolso, remunerado algo de que fomos privados [...] A solidariedade avizinha mundos a passo que a solidão vive de separações e de distâncias. (RESTA, 2005, p. 9).

O individualismo exacerbado, a falta de reconhecimento do outro geram conflitos sociais que, na maioria das vezes, necessitam da figura de um Terceiro para serem administrados/resolvidos.

Assim, o Terceiro torna-se presença necessária para que se possa restabelecer o acordo, desde que se ocupe do negócio ou da relação social/jurídica (ou dos direitos violados ou prestes a serem) (PORTINARO, 1986). O papel desempenhado por essa figura, independentemente de qual é exatamente sua posição (imparcial ou aliado), terá influência no desenvolvimento e desfecho do conflito²⁴.

Mas, para determinar de modo mais preciso o conceito de Terceiro Fraternal - uma vez que essa delimitação interessa a presente pesquisa - faz-se necessário lançar mão da teoria de Portinaro (1986) que analisa o papel do Terceiro baseado em três hipóteses:

- a) natureza – se trata, antes de tudo, de estabelecer a identidade e a diversidade do Terceiro nas relações sociais, definindo a gama das suas possibilidades como ator social.
- b) função – em segundo lugar é preciso analisar o papel que o Terceiro pode desenvolver dentro do pluriverso político, reconstruindo o fantasma dos movimentos que vão das instigações ao conflito até aos bons ofícios da “mediação de paz”.
- c) posição – se deve enfim prestar atenção ao *status* jurídico do Terceiro distinguindo as condições de paridade e de superioridade nos confrontos entre as partes.

Especialmente quanto a natureza, o Terceiro pode ser dividido em **passivo** e **ativo**. É ampla a possibilidade de definição da natureza social do Terceiro que deve ser compreendida entre a figura do espectador (passivo) e ator (ativo). Portinaro (1986, p. 69) define o papel desempenhado por esses Terceiros como “*Terzi che stanno a guardare*²⁵” e “*Terzi che recitano nel dramma*²⁶”. Porém, o autor citado reconhece que no teatro da história existem diversos graus de envolvimento de espectadores e de atores, inclusive com a troca, a inversão dos papéis desempenhados.

Já Simmel (1983) faz a distinção entre o Terceiro ativo e o Terceiro passivo. Como representantes da primeira hipótese o sociólogo aponta o mediador e o semeador de discórdia (*divide et impera*) a diferença entre ambos é que o mediador é imparcial e o semeador de discórdia não. Já o *tertius gaudens*²⁷ é utilizado como exemplo de Terceiro passivo.

²⁴ Ainda que o papel desempenhado pelo Terceiro seja muito importante e necessário para que o equilíbrio social exista e se mantenha, encontram-se obstáculos para a definição dessa figura o que comprova o “velho paradoxo do conceito de ‘terceiro’ que, se existe e não é simplesmente aliado ou inimigo, existe sempre ou como *tertius gaudens*, ou como *tertius miserabilis*” (RESTA, 2005, p. 32).

²⁵ Terceiros que olham.

²⁶ Terceiros que representam o drama.

²⁷ O papel desempenhado pelo *tertius gaudens* envolve uma identidade particular, chamada de Terceiro emergente. Essa figura pode ser verificada no sistema internacional quando dominado pela bipolaridade e pelo antagonismo entre dois blocos. Ainda, *tertius gaudens* é uma figura recorrente dos

Dentre todas essas características/figuras delineadas anteriormente, o Terceiro Fraternal pode ser classificado como um Terceiro ativo, com função mediadora. Por conseguinte, especificamente quanto a função do Terceiro mediador, é preciso detalhar melhor pois possui influência positiva ou negativa sobre o conflito e sua resolução. Então, a figura do mediador, também chamada por Portinaro (1986) de "*Terzo-per-la-pace*²⁸", é de imparcialidade, daquele que exercita a função positiva de conciliação, mediação e composição de conflitos quando esses últimos assumem uma dimensão política. Portinaro (1986) chama de "*Terzo-per-la-guerra*²⁹" aquele ator que se serve de uma aparência imparcial para exercitar a função negativa de semeador da discórdia, produzindo e alimentando o conflito para fins de obter vantagens para si.

Porém, é interessante observar que enquanto o Terceiro Fraternal tem função mediadora, trabalhando pela paz, podendo ser institucionalizado e se tornar um órgão do ordenamento jurídico internacional (a Organização das Nações Unidas – ONU, por exemplo), a figura do Terceiro pela guerra é essencialmente transitória, destinada a perder, a sua identidade sob o domínio do princípio da exclusividade. Tal afirmativa se dá devido ao fato de que o semeador de discórdia acaba, muitas vezes, envolvido no conflito como aliado de uma das partes ou como inimigo de ambas.

Esse fato dá importância à ambivalência funcional do conflito e, na mesma esteira, do Terceiro também. Observa-se que o conflito pode unir o grupo, por exemplo, ou dividi-lo, dependendo, para isso, das suas características ou do modo como é administrado. Desde Simmel (1983) revelou-se que o conflito não é necessariamente um acontecimento ruim. Com o sociólogo em questão é possível aprender que o conflito pode ser uma "associação positiva" trazendo evolução e crescimento social quando bem administrado. Nestes termos, a função do conflito, assim como a função do Terceiro pode ser identificada como positiva ou negativa.

CONCLUSÃO

No decorrer da pesquisa percebe-se que o Terceiro é figura social elementar que proporciona o equilíbrio e gera combinações diversas possibilitadoras da remissão dos conflitos. Por isso, sociedades totalitárias não reconhecem o papel do Terceiro uma vez que esse reconhecimento acontece somente a partir de um movimento democrático que recebe o conflito e que se dispõe a permitir canais de comunicação. Desse modo, o papel desempenhado pelo Terceiro é condição de estabilidade das sociedades democráticas.

A figura do Terceiro é aquela que trabalha na busca do acordo, que se preocupa com a relação (jurídica ou de afeto/humana) e que objetiva a proteção dos direitos já violados ou prestes a serem. O papel desempenhado por essa figura, independentemente de qual é exatamente sua posição (imparcial ou aliado), terá influência no

sistemas nos quais a competição entre unidades soberanas pela divisão de recursos (fundamentalmente bens econômicos e ou valores estratégicos) se apresenta como uma competição bloqueada. Assim, ele pode ser definido como aquele ator que "*intrattenendo scambi ineguali con entrambi i blocchi, massimizza il suo potere di negoziazione preservando la sua indipendenza*" (PORTINARO, 1986, p. 221).

²⁸ Terceiro-pela-paz.

²⁹ Terceiro-pela-guerra.

desenvolvimento e desfecho do conflito. Observa-se, então, a necessidade absoluta do Terceiro que triangularizará a relação e permitirá a administração positiva do conflito.

O reconhecimento da importância do papel desempenhado pelo Terceiro permitiu a observação dos conceitos de relação diádica e de relação triádica. As primeiras são aquelas que dizem respeito às relações que envolvem duas pessoas ou grupos sem a intermediação de uma terceira parte; por outro lado, as últimas comportam e reconhecem o papel desempenhado pelo Terceiro. A chegada do Terceiro em uma relação diádica, além de triangularizá-la, pode significar a hipótese de reconciliação ou de composição, além da superação de oposições absolutas.

A terceira parte em uma relação conflituosa pode qualificar seu papel exercendo-o de modo ativo, mais democrático e pacífico. Essa qualificação deve respeitar o princípio da fraternidade, instituído pela Revolução Francesa e atualmente pouco reivindicado, no comparativo entre os demais (liberdade e igualdade). A fraternidade, além de reconhecer um direito cosmopolita, respeita a identidade do outro, pratica a alteridade e busca a construção de uma sociedade mais humana.

Justamente por isso, é preciso reconhecer a importância de um Terceiro Fraternal que se preocupe com questões ecológicas, questões de guerra e de paz, que tenha como meta um desenvolvimento humano universal. Essa figura, ao defender a lógica do humano, supera as questões fronteiriças dos Estados e a lógica individualista, a lógica do interesse pessoal, de grupo, de classe ou de etnia. Desse modo, o Terceiro Fraternal prima pelo estar com o outro e não contra ele.

Nesse estar com o outro surgem algumas práticas sociais dentre elas a de mediação, como instrumento de exercício da cidadania cosmopolita, uma vez que servem para educar, facilitar e ajudar a produzir diferenças e decidir, com o auxílio de um Terceiro Fraternal, o melhor tratamento para o conflito. Por conseguinte, falar de um Terceiro Fraternal é falar, de maneira correlata, na capacidade de humanização e de comunicação com os outros. Assim, ao responder o problema de pesquisa inicial observa-se que a hipótese se confirma, pois, o papel exercido pelo Terceiro Fraternal na organização de relações triádicas é ativo e tem como resultado a busca pela pacificação social.

Referências

- CANETTI, Elias. **Massa e Poder**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- DE GIORGI, Raffaele; LUHMANN, Niklas. **Teoria della Società**. Milano: Franco Angeli, 1996.
- DERRIDÀ, Jacques. **Del'hospitalité**. Paris: Calmann-Levy, 1997.
- _____. **Política da Amizade**. Porto, Campo das Letras, 2003.
- DICIO. **Dicionário**. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/terceiro/>>. Acesso em: 17 jun. 2020.
- FREUD, Sigmund. **O mal estar da civilização**. Rio de Janeiro: Imago, 1997.
- FREUND, Julien. **Il terzo, il nemico, il conflitto**. Materiali per una teoria del politico. A cura di Alessandro Campi. Milano: Giuffrè, 1995b.
- _____. **Sociología del conflicto**. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. D. L, 1995a.

HABERMAS, Jürgen. Le besoin d'une continuité allemande: Carl Schmitt dans l'histoire des idées politiques de la RFA. **Revue Les Temps Modernes**, Paris, n. 575, juin. 1994.

INNERARITY, Daniel. **Ética de la hospitalidad**. Barcelona: Ediciones Península, 2008.

MARTINI, S. R.; SIMÕES, B. B. O. Estudo do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: aspectos da fraternidade em casos de migração da Corte Interamericana. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Unijuí, v. 6, n. 11, p. 379-405, jan./jun., 2018. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/7539>>. Acesso em: 26 de abr. de 2020

MORIN, E.; KERN, A. B. **Terra-Pátria**. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

ORTEGA, Francisco. **Genealogias da Amizade**. São Paulo: Iluminuras, 2002.

_____. **Para uma Política da Amizade**: Arendt, Derrida, Foucault. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

PIZZOLATO, F. A fraternidade no ordenamento Jurídico. In: BAGGIO, A. M., **O Princípio Esquecido**, São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 111-126.

PORTINARO, Pier Paolo. **Il terzo. Una figura del Politico**. Milano: Fraco Angeli, 1986.

RESTA, Elígio. **Direito Fraternal**. Tradução e coordenação de Sandra Regina Martini. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

_____. Fraternalità. In: FLORES. M.; GROPPI. T.; MAZZESCHI. R. P. **Diritti umani**. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione. Dizi-onario I A-G. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese – UTET, 2007, p. 586–590.

_____. **Il diritto Fraternal**. Roma-Bari: Laterza, 2005.

_____. **Le stelle e le masserizie**. Paradigmi dell'osservatore. Roma-Bari: Laterza, 1997.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. **O conceito do político**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SIMMEL, Georg. **Sociologia**. Organização: Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: Ática, 1983.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 2016a.

_____. **Uma Relação a Três**: O Papel Político e Sociológico do Terceiro no Tratamento dos Conflitos. v. 59, 2016b, p. 553-583. Disponível em <<http://www.scielo.br/dados>>. Acesso em: 29 de mar. de 2020

TERTULIAN, Nicolas. Carl Schmitt entre catholicisme et national-socialisme. **Revue Les Temps Modernes**, Paris, n.589, août-sept, 1996.

TOSI, G. A fraternidade é uma categoria política? In: BAGGIO, A. M., **O Princípio Esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p.43-64.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.



THE NOT SO HUMANITARIAN DICHOTOMY BETWEEN REFUGEES AND ECONOMIC MIGRANTS

Moara Lacerda¹
Alceu Maurício Júnior²

ABSTRACT

This paper seeks to analyze through Nancy Fraser's justice recognition theory and a qualitative methodology approach the categorization within migration governance. Our objective is to understand how and why migration categories were created and are sustained until today in our international system. Also analyzed were the consequences of this categorization and how it represents an institutionalized dichotomy that sustains and perpetrates a meta-level discrimination and injustices against migrants. To do so, our paper is divided in three main parts: 1) An overview of concepts and categories in migration; 2) The paradox of categorization in migration; 3) A meta-level analysis of justice and migration. We sustain that this way of policy making should be revised in order to better guarantee human rights for migrants.

KEYWORDS: Migration. Human Rights. Justice. Recognition. Public Policies.

RESUMO

Com base na perspectiva da teoria de reconhecimento de Nancy Fraser e por meio de uma abordagem qualitativa, este trabalho visa analisar a categorização existente na governança para migrações. Busca compreender como e por que se criou várias categorias de migrantes e por que elas se mantêm até hoje no sistema internacional. Além disso, foram analisadas as consequências dessa tendência de categorização e como ela representa uma dicotomia institucionalizada capaz de sustentar e perpetuar um meta-nível de discriminação e injustiça contra migrantes. Para tanto, dividimos nosso trabalho em três partes: 1) uma visão geral dos conceitos e categorias de migrantes; 2) o paradoxo da categorização de migrantes; 3) uma análise meta-nível de justiça e migração. Sustentamos que a criação de políticas públicas pautadas em dicotomias deve ser revista para garantir direitos humanos para migrantes de forma mais efetiva.

¹ Mestra em Sociologia Política pela Universidade Vila Velha/ES (2015), como bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo (FAPES). Possui graduação em Relações Internacionais pela Universidade Vila Velha/ES (2013). Durante a graduação foi bolsista de iniciação científica realizando pesquisa na linha Estado e Sociedade e foi monitora das disciplinas de Ciência Política e Teoria Política Moderna.

² Doutor em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio (2011). Mestre em Direito Público pela UERJ (2005). Foi Visiting Researcher na Georgetown University Law School (2017-18) e concluiu Programa de Pós-Doutoramento em Democracia e Direitos Humanos pelo IGC (Centro de Direitos Humanos), sediando na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2017-18). Participou do H. H. Humphrey Fellowship Program, promovido pelo U.S. State Department e pela American University - Washington College of Law - no qual se especializou em Human Rights and Judicial Administration (2005-06). Foi Visiting Foreign Judicial Fellow no Federal Judicial Center, em Washington, DC (2006). Juiz Federal desde 2001, tendo atuado nas Seções Judiciárias do PR, RJ e ES. Atualmente é titular da 2ª Vara Federal de Execuções Fiscais-ES e Juiz Coordenador de Cursos da Seção Judiciária do ES. Já atuou como docente em cursos promovidos pela Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região - EMARF.

INTRODUCTION

Heading towards the second decade of the 21st century, the pillars of the Westphalia order are easily seen to be in advanced stages of demising, now more than ever.³ This may seem like a repetitive argument in Social Science discourse since the end of the Cold War, but it's not until we are able to finally imbibe this realization into our political actions that concrete resolutions to our global and transnational clashes will be possible scenarios. Only after we elaborate new frameworks of analysis of this complex community of states and people and address them with convergent praxis of engaged political action, should this repetitive discourse be set aside.

It appears the first half of this equation – new frameworks of analysis – has been well addressed by social scholars⁴. The second, however – a praxis of engaged political action – has taken a back-seat ride through memory lane of the past and has not yet set the wheel towards present day. Presidential campaigns acclaiming border walls and xenophobia driven speeches, atomic missile tests as means of power demonstration and threat, environmental laws and regimes being overseen by economic interests, the support of wars overseas combined with stricter migration policies, the rigid politics of sustaining the north/south dichotomy in international cooperation are all current and recurrent examples of a schizophrenic reality marked by Westphalian politics and interests scattered in a post-Westphalian system.

The fact is that the world has grown smaller (BAUMAN, 2001; GIDDENS, 1991; VIEIRA, 2012) and the Modern State's traditional sovereignty and capability to resolve transnational issues and multi-domestic demands is increasing inefficient in a world ever so more inserted in interdependent relations. The doors of globalization in all its realms (economic, social, political, cultural, environmental, etc.) have expanded and there is no nation state frontier strong enough to isolate itself from them – no matter how many walls are built.

So, what is the rationale of strengthening Modern State/Westphalian politics in a contemporary and post-Westphalian world? Post-Westphalian issues (such as global warming, porous borders and increased migration flows, social media, multi-governance and participation etc.) have come with uncertainty and complexity capable of questioning paradigms that have sustained the modern state system for centuries: nationalism, unlimited capitalist exploitation of social and environmental relations and liberal democracy.⁵

Our global migration crisis and the way States have addressed it is one of the most visual examples of the urgency to review surpassed frameworks and politics lingering in a new world (des)order. History has taught – although it seems we have not yet learned – that migration does not hold an indirect proportional equation with stricter border and immigration laws, nor does it disappear with xenophobia driven nationalism. Contrary to this way of thinking and action held by many developed countries in contemporary politics today, closed doors, invisibility of rights and extremism against

³ See, for instance, BANAI et al., 2014.

⁴ See MARTIN, 2014; BETTS, 2012; KOSER, 2007; MOSES, 2006; MOREIRA, 2008; JUBILUT, 2007.

⁵ See, among others, FALK, 2002; VALASKAKIS, 2010.

other cultures does not decrease migration flows in a meaningful way, but does increase tensions at Nation-State borders, lack of social integration, social conflicts and violence, vulnerabilities for people that migrate and human rights violations.

This order of discrimination and human rights gap (that we will address as a first order of discrimination) is widely discussed by many scholars. What we would like to argue here today, however, is that there is a second order of discrimination and violation of human rights that is in urgent need of understanding and reviewing.

We understand this second order of discrimination as a meta-level discrimination and violation of human rights. What characterizes this meta-level discrimination is that it is born within a Westphalian framework of analyses that creates an international migration regime structured upon fragile dichotomies. Therefore, the hybrid aspect of this second order of discrimination is that it begins upon a discourse of recognition of rights, while at the same time being a recognition of rights that depends on exclusion. This dichotomy structure establishes, through top-down determined categories, which group of people within the migration phenomena are more vulnerable and in need of protection, establishing an arbitrary division between forced and voluntary migrants.

By this categorization, an international migration regime was established, and certain human rights and migration rights were recognized to some migrant groups but not to all⁶. We must question our analysis framework that cloisters migration in a dichotomy/categorized driven way of thinking – an institutionalized dichotomy that sustains and perpetrates a meta-level discrimination/exclusion rooted in a modern Westphalian tendency of dividing, creating frontiers and differences. To do so, we divided our paper in three main parts: 1) An overview of concepts and categories in migration; 2) The paradox of categorization in migration; 3) A meta-level analysis of justice and migration.

1. AN OVERVIEW OF CONCEPTS AND CATEGORIES IN MIGRATION

The main justification on categorizing human mobility between borders is the fact that different scenarios provoke different causes of migration. Academically and within governmental and non-governmental political action, we have seen a basic categorization and consequent dichotomy established between voluntary migration and forced migration.

According to IOM (2004), voluntary migration is the act of individual free will, or spontaneity, to cross international borders. On the other hand, forced migration is considered involuntary, a forced decision to cross borders made by an individual to save their own life. In the study of these two major groups there are also subcategories. Within forced migration studies, migrants are framed in categories such as refugees, internally displaced persons, asylum seekers, “environmental refugees/environmental migrants” and victims of human trafficking and smuggling, for example.

⁶ Needless to say, that although this recognition is expressed through international regimes and laws, much is still needed to translate this theoretical recognition into concrete recognition. However, as stated above, this is a first order of violation of human rights problem and we propose to analyze the second order of violation of human rights at this moment.

When studying voluntary migration flows, framing is mainly established by labeling individuals as economic migrants. Labeling migration movements, however, is not as simple as it seems. On the contrary, through the past years, it has shown to be not only complex but unclear and limiting.

Within mass migration flows, for example, because of the Arab Spring in 2011 or the East Africa drought in 2011, or even the current mass migration crisis at the Mexican border with the United States, it is hard to define and separate which are voluntary migrants and which are forced migrants. Since categorization does exist, certain rights are determined to some migrants and not others, such as the principle of non-refoulement, which prohibits expulsion and return of asylum seekers to any territory where they are threatened, whether they are already formally considered to be refugees or not⁷. The same principle does not apply to other migrants, who are subject to arbitrary deportation.

The concept of the term refugee is very restricted. Of course, it is expected that while defining and categorizing, limitations and boundaries are created to maintain concepts and definitions. Nonetheless, Castles (2003) explains that the idea structured internationally by the 1951 Refugee Convention and 1967 Protocol of who can be considered a refugee is so specific that most forced migrants today do not fit in the realms of international law for refugees. According to the 1951 Refugee Convention, a refugee is “someone who is unable or unwilling to return to their country of origin owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion”.

The United Nations High Commissioner for Refugees – UNHCR – released reports confirming that, by the end of 2019, we have witnessed the highest levels of displacement until today. Records show a total of 79.5 million people worldwide that have been forced to leave their homes (UNHCR, 2020). These people are considered to be forcibly displaced persons by the international community. Within these forcibly displaced people, 45.7 million are considered to be internally displaced people (UNHCR, 2020), because their involuntary displacement has occurred within their country of origin. 26 million are refugees under the 1951 Refugee Convention, of which half of them are under the age of 18 (UNHCR, 2020). Of this total 20.4 million are under the protection of UNHCR mandate, while 5.6 million are registered refugees in the Middle East under the care of the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East – UNRWA⁸ (UNHCR, 2020).

UNHCR (2020) also confirm that there are millions of stateless people worldwide. These people have been denied a nationality by the governments of the Nation State where they are born and therefore, are denied citizenship and access to basic rights. Many are forced to leave their location, only to find their rights also to be denied by other countries who do not recognize rights to stateless people and do not facilitate the process of nationalization.

According to Hammarberg (2008) a stateless person is an individual who is not considered to be a national by any State under their domestic law. Some of these people

⁷ See HATHAWAY, 2005, p.300 ff.

⁸ UNRWA was set up in 1949 to care for displaced Palestinians.

are refugees and other are migrants, but none of them are recognized as citizens. Therefore, it is possible to be a stateless person and a refugee, a stateless person and a migrant, or just a stateless person.

Besides these categories, the international community also created the concept of asylum seekers. These are people that cross borders and solicitate the refugee status in a foreign country. Each country has their own administrative process of analyzing who should be granted the refugee status and who does not reach the requirements to be considered a refugee. The duration of this process varies from country to country and can take over six months, even years for a response. Due to this considerable time lapse, asylum seekers in some countries – Brazil being an example – are granted the necessary documents to work formal jobs, study and even receive government social aid.

Some categories created are not as official as others. The term environmental refugee⁹ or climate migrants gained considerable spotlight in the international community as a response to climate change and recurrent environmental disasters. Although widely used by international media and social media, the term is not officially recognized by the United Nations as a technical term or status or is it coherent with the 1951 Refugee Convention.¹⁰ Notwithstanding, UNHCR has expanded its people of concern to help protect and assist migrant flows due to environmental causes. Studies worldwide have drawn attention to country disappearance in the near future due to floods, desertification and rising sea levels. Bangladesh and Maldives are examples. Also, environmental disasters that have already occurred, like the Haiti earthquake of 2010, reinforce the need to better address the issue not only by guaranteeing human rights to these migrants, but also establish governance and resilience programs international and nationally.

Besides forced migration, the international regime for migration also includes voluntary migration. Voluntary migration is a broad term that covers a varied group of people that emigrate for labor (labor migration), academic purposes and professional motivation (forming a brain drain movement) and economic migrants. Within voluntary migration, one of the main discussions is whether to consider an economic migrant a forced migrant or voluntary migrant. Economic motivations can range from income or salary motivations to social inequality, poverty and famine. Needless to say, that this wide range of causes can fluctuate this specific category as forced or voluntary migration depending on the migrants' individual background. This being so, categorizing a major group of economic migrants as voluntary migrants is unsatisfactory and misleading.

The International Organization for Migration (IOM) defines economic migrants as follows:

A person leaving his/her habitual place of residence to settle outside his/her country of origin in order to improve his/her quality of life. This term may be used to distinguish from refugees fleeing persecution, and is also used to refer to persons attempting to enter a country without legal permission and/or by using asylum procedures without bona fide cause. It also applies to

⁹ See MYERS, 1997.

¹⁰ According to MCNAMARA (2007), "an absence of policy on environmental refugees has been reproduced by discursive politics at the United Nations".

persons settling outside their country of origin for the duration of an agricultural season, appropriately called seasonal workers. See also frontier worker, migrant worker, poverty migrant, seasonal worker (IOM, 2004).

From the definition above, it is possible to notice the term economic migrant as opposed to refugee and associated with poverty and illegal migrants. On the other hand, migration due to famine and development projects are set under IOM's definition of forced migration:

General term used to describe a migratory movement in which an element of coercion exists, including threats to life and livelihood, whether arising from natural or man-made causes (e.g. movements of refugees and internally displaced persons as well as people displaced by natural or environmental disasters, chemical or nuclear disasters, famine, or development projects). See also internally displaced persons, refugee (IOM, 2004).

Notice that migration due to poverty and migration due to famine are put in different groups, even though they tend to coexist in the same context. Categorizing migration encounters many gray areas and has been, through the years, a top-bottom implementation. In attempt to surpass the dichotomy between voluntary and forced migration, Richmond (2002), appeals to terms such as proactive and reactive migration. He suggests that proactive migration is mainly consisted of economically motivated movements of people. Despite this, Richmond makes a critical remark to distinction attempts:

In fact, there is no clear-cut distinction between 'proactive' and 'reactive' migrants but, rather, a continuum between those who have some freedom of choice whether, when and where to move, and those who are impelled by circumstances beyond their control (RICHMOND, 1993, apud RICHMOND, 2002).

In this sense, economic migration isn't necessarily a form of voluntary migration, but would normally be characterized as a form of proactive migration. Refugee, on the other hand, is a form of reactive migration. Therefore, migration does not constitute a simple phenomenon with easily determined categories. Thus, Koser (2007) suggests, and we agree, that categorization is an instrumental process that simplifies reality, whilst also obscuring it. The fact is that forced/voluntary, reactive/proactive migrations are invariably two sides of the same coin and, in being so, compels us address such paradox.

2. THE PARADOX OF CATEGORIZATION IN MIGRATION

Over the years, what we have witnessed since an international regime for migration has emerged is an overlook of an international regime for migrants through a *lato sensu* lens and a highlight of an international regime for refugees. Now, before we further address this issue, it is important to make clear our critique here. There is no intent of undervaluing the international regime for refugees, even less so of underestimating the importance of defending refugee rights and sensitizing others of their highly dangerous and vulnerable reality.

The main point of this meta-level discrimination analysis is to reveal and bring awareness to its existence. That is, to point out that the migrant community has been

divided into so many different categories, that receive different guarantees and approaches of rights, even though the defined differences between these categories are much more of a technical/political creation than a social reality.

Therefore, the so considered “forced” migrants on one side and “voluntary” migrants on the other (such as refugees and economic migrants, respectively), should have recognized, by law, the same rights, since most of their social realities/vulnerabilities, mainly when already in the receiving country, little differ from one another – that is when they differ at all. Furthermore, if differences of integration do exist, these differences do not stand out to a degree that sustains a dichotomy of categories nor comparison of meritorious of rights – based on the interpretation/understanding of whom is considered to be more vulnerable than the other, or who is fleeing unwillingly. This interpretation/understanding is that of policy makers. Policy makers, however, in this case, are outsiders that do not directly participate or know the situation that led to the migration flow in the first place.

Since it was institutionalized in a post-World War II context – a time of considerable migration flows and preoccupation with European refugees (CASTLES, 2003) and a great deal of attention given to humanitarian issues as a result of the war’s devastations – an international regime for refugees gained strong international appeal. This being in such a way, that it can be said that the refugee issue won a certain prestige that lacks voluntary migration. Due to its characteristic of urgency and its clear evidence of human rights violation, the international community focused attention to European refugees, the UN system created an arm for refugee protection through UNHCR and the refuge phenomenon received a strong humanitarian discourse which stands until today.¹¹

This can easily be seen by comparing the amount of countries that ratified the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, the 1967 Protocol, and the 1990 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (UNTC, 2020a; UNTC, 2020b; UNTC, 2020c).

The categorization of migrants in different groups creates gaps in the guarantee, protection and promotion of migrants’ rights including those of refugees. While not every migrant is a refugee, every refugee is a migrant. Both migrant and refugee face difficulties finding jobs in such a matter that employment is one of the biggest barriers encounter while in a host country (PACÍFICO; MENDONÇA, 2010). This being so, both refugees and migrants are vulnerable and potential targets for labor exploitation. Therefore, the non-ratification of the UN Convention for the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families is an unsustainable contradiction for any country that seeks to guarantee refugee rights by, among other things, ratifying the 1951 Convention and 1967 Protocol regarding the Status of Refugee’s.

Tables 1 and 2 below illustrate how States treat refugees and migrant differently, since not necessarily if a State ratifies the 1951 convention and/or 1967 Protocol, will it also ratify the 1990 Convention for the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families. This seems to be a global trend since, on one hand, we have 145 countries that ratified the 1951 Convention; 146 that ratified the 1967 Protocol;

¹¹ For an account of the evolution of the refugee rights regime, see HATHAWAY, 2005, pp.75-153.

and only 47 countries that ratified the 1990 Convention, none of these being high income countries (UNTC, 2020a; UNTC, 2020b; UNTC, 2020c).

TABLE 1 – LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COUNTRIES THAT HAVE RATIFIED, ACCEDED OR SUCCEEDED TO THE 1951 CONVENTION, THE 1967 PROTOCOL AND THE 1990 CONVENTION FOR THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF ALL MIGRANT WORKERS AND MEMBERS OF THEIR FAMILIES.

Latin American and Caribbean countries	1951 Convention Relating to the Status of Refugees	1967 Protocol Relating to the Status of Refugees	1990 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families
South America			
Argentina	1961	1967	2007
Bolivia	1982	1982	2000
Brazil	1960	1972	-
Chile	1972	1972	2005
Colombia	1961	1980	1995
Ecuador	1955	1969	2002
Paraguay	1970	1970	2008
Peru	1964	1983	2005
Suriname	1978	1978	-
Uruguay	1970	1970	2001
Venezuela	-	1986	2016
Central America and Mexico			
Belize	1990	1990	2001
Costa Rica	1978	1978	-
El Salvador	1983	1983	2003
Guatemala	1983	1983	2003
Honduras	1992	1992	2005
Mexico	2000	2000	1999
Nicaragua	1980	1980	2005
Panama	1978	1978	-
Caribbean Countries			
Antigua and Barbuda	1995	1995	-
Bahamas	1993	1993	-
Dominica	1994	1994	-
Dominican Republic	1978	1978	-
Haiti	1984	1984	-
Jamaica	1964	1980	2008
Sanit Kitts and Nevis	2002	-	-
Saint Vincent and the Grenadines	1993	2003	2010
Trinidad and Tobago	2000	2000	-
Total	27	27	17

Source: our elaboration with information from UNTC, 2020a; UNTC, 2020b; UNTC, 2020c

TABLE 2 – HIGH INCOME COUNTRIES THAT HAVE RATIFIED, ACCEDED OR SUCCEEDED TO THE 1951 CONVENTION, THE 1967 PROTOCOL AND THE 1990 CONVENTION FOR THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF ALL MIGRANT WORKERS AND MEMBERS OF THEIR FAMILIES.

High Income Countries	1951 Convention Relating to the Status of Refugees	1967 Protocol Relating to the Status of Refugees	1990 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families
Australia	1954	1973	-
Canada	1969	1969	-
France	1954	1971	-
Germany	1953	1969	-
Italy	1954	1972	-
Japan	1981	1982	-
Netherlands	1956	1968	-
Spain	1978	1978	-
Sweden	1954	1967	-
Switzerland	1955	1968	-
United Kingdom	1954	1968	-
United States of America	-	1968	-
Total	11	12	0

Source: our elaboration with information from UNTC, 2020a; UNTC, 2020b; UNTC, 2020c.

Therefore, a more critical analysis will reveal that the international regime for refugees has more than a humanitarian side to it; it also has an ideological and political frame that sustained and continues to sustain itself. European refugees post-World War II were mainly those that fled the communist regime to capitalist countries. Therefore, accepting these refugees was (amongst other things) an ideological act used to delegitimize the Soviet bloc (CONLEY, 1993; HATHAWAY, 1993; MATAS, 1993 apud MOREIRA, 2008).

Although this ideological aspect that helped sustain a certain prestige and international concern towards refugees has dissipated, the international regime for refugees is still politically driven. The 1951 Refugee Convention concentrates in the existence of persecution practiced by the State. This central factor embraced by the legal, international, definition of a refugee was an attempt to protect people persecuted by the Nazi regime (KOSER, 2007; LOESCHER; MILNER, 2011), but that did not receive their rightful protection from their State nor from the international community during World War II (MARTIN, 2014)

This fact does not withstand the humanitarian discourse that is a key factor for human rights for refugees. On the contrary, humanitarian concerns were fundamental for the establishment of an international regime that protects human rights for forcibly displaced persons, especially refugees.

But the political side to the regime must be analyzed to achieve the understanding of differences between an international regime for migrants and an international regime for refugees and to question why and if these differences are sustainable today.

At the state level, refuge and migration are political phenomena which, through the categorization of different forms of human mobility, suffer State arbitrariness.

In this sense, the humanitarian aspect and discourse involved in the establishment of an international regime for refugees was vital for the protection of their human rights and safeness, but, on the other hand, a political and ideological angular stone also enabled the international attention given to the refugee issue. This humanitarian issue was a political preoccupation and challenge that needed to be addressed to maintain the structure of the international system of States. Keely argues that “the refugee regime is designed to protect the international system of states that is threatened when states fail to fulfill their proper roles” (1996, p.1057 apud MARTIN, 2014, p.82).

This being so, the international regime for refugees is built upon an international appeal for solidarity and protection of humanity, as well as a vital interest for the nation State to maintain the international system of states by diminishing anything that can defy its function.

Besides the political and ideological aspects that form the way states address the migratory issue, Tables 1 and 2 also illustrate the geo-economic bias involved in state ratification of international conventions that seek to protect migrant and refugee rights. Table 2 shows the disproportional reality of high income countries that haven't ratified the 1990 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, despite having ratified the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees.

On the other hand, Table 1 shows that most Latin American and Caribbean countries – low and medium income countries – have adhered to both conventions and the protocol. The geo-economic aspect is clarified not only by analyzing the context through a north-south lens which identifies intense migration flows from south low-income countries to north high-income countries but also through a historical perception.

Going back to the origins of the 1951 Refugee Convention, it is clear to see that this international instrument was created to resolve a humanitarian issue of a European post-war scenario (JUBILUT, 2007; KOSER, 2007; MARTIN, 2014). The 1967 Protocol was later established to broaden this aspect of the 1951 Convention, which would now address refugees beyond Europe. Despite this initiative, many migrants were left out of this structural international protection being formed – mainly voluntary migrants, as we continue to see today, but also forced migrants from different regions of the world that did not fight under the restricted determined causes of refuge due to persecution for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion.

Consequently, regional conventions were created to protect refugees that were forced to flee because of violence and human rights violations, such as the 1969 OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa and the 1984 Cartagena Declaration on Refugees. These two instruments kept the definition of the term refugee created by the 1951 Convention, while expanding its reach to

address local and regional needs. The OAU Convention recognized the following understanding:

The term "refugee" shall also apply to every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality.

The 1984 Cartagena Declaration adopted the following definition:

in addition to containing the elements of the 1951 Convention and the 1967 Protocol, includes among refugees persons who have fled their country because their lives, safety or freedom have been threatened by generalized violence, foreign aggression, internal conflicts, massive violation of human rights or other circumstances which have seriously disturbed public order.

On the other hand, the 1990 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families was established after a decade of intense south-north migration flows, fleeing not a post-war scenario, but intra-domestic violence and economic crisis where migrants would cross borders also in search for a better life, but their motivation didn't originate from persecution or fear of persecution, but from economic causes such as poverty and hunger.

Despite the situation of danger and urgency that characterizes refuge and therefore requires an international regime of protection, we must question and analyze the effects of an arbitrary and unequal treatment between different migrant categories. After all, a refugee and an economic migrant can encounter the same difficulties and barriers and face the same vulnerabilities when crossing borders and when inserted in the receiving country. Also, it is unclear to see the dividing line between forced migration due to persecution, internal conflicts, violence and violation of human rights on one hand, and "voluntary" migration due to poverty and hunger, since the later is also a context of survival. Also, Sen (2000) sustains that poverty and hunger are strongly correlated with and overlap conflicts and/or authoritarian regimes. Thus, poverty and hunger are directly connected and consequences of phenomena that force people to migrate, consequentially making them "forced" or "reactive" migrant nonetheless

Of course, there is voluntary migration for economic reasons were the migrant isn't leaving behind a situation of vulnerability and violence, but this isn't always the case. The fact is that, if the term refugee is limited, the term economic migrant is maybe too broad, concentrating different people from different context and motivation behind their migration flow.

Thus, a State that is internationally committed to guarantying refugee rights but does not establish the same politics and policies for protecting the rights of other categories of migrants is disseminating contradictory politics and policies. Furthermore, these states are maintaining dichotomies that discriminate ones in order to protect others.

Global migration governance has many deficiencies such as its incapacity to create a well-structured regime in comparison with other regimes such as for international finance (MARTIN, 2014). Also, global migration governance, as we have seen, is mainly

a system of international law for refugees, leaving out many other groups of people in need of international protection since their own country does not provide for their basic needs.

According to Martin (2014), the governance for refugees is the most coherent amongst other types of migration and is also the most ratified by the majority of States in the international system (alongside, most recently, treaties regarding human trafficking and smuggling). Loescher and Milner (2011) argue in the same direction as Martin by affirming that the international regime for refugees differs from other migrant regimes.

Thus, international governance regarding refugees is more structured and followed by States, while international governance for migrants is lacking adherence. This illustrates how categorization is a political phenomenon motivated by interests other than humanitarian values. After all, if States maintain a discourse of protecting refugee human rights – a discourse that is not always followed by effective policies, but exists nonetheless – why not do the same for economic migrants?

3. A META-LEVEL ANALYSIS OF JUSTICE AND MIGRATION

As we have seen so far, there is an order of discrimination, that can be considered a meta-level discrimination and violation of human rights, when different categories of migration is created and sustained. What characterizes this meta-level discrimination is that it is born within a Westphalian framework of analyses that creates an international migration regime structured upon fragile dichotomies.

This meta-level discrimination begins upon a discourse of recognition of rights, while at the same time being a recognition of rights that depends on exclusion – a dichotomy structure that establishes, through top-down determined categories, which group of people fall in specific categories of migrations – forced or voluntary. The categorization occurs through a top-down structure and in many ways creates injustices.

Nancy Fraser addresses meta-level injustices (FRASER, 2009) while questioning the traditional Westphalian framework. According to Fraser (2009), the Nation-State encounters transnational social demands in a globalized world. Therefore, social phenomena, social problems and challenges can no longer be solved within a state alone but should be seen through a transnational approach. Fraser (2009), then, proposes to look at justice through two orders. The first order would be the traditional order of justice. In this order, theories of justice by recognition or redistribution create normative approaches to understanding what justice is and what can be done to guarantee it. The second order would be what she considers a meta-level analysis of justice. Through this meta-level analysis, the questions that are asked are “who” is included/excluded from public policies created to promote justice and guarantee rights and “how” should they participate in these policies. This meta-level analysis seeks to consider how public policies are created and implemented. If they come solely from a top-down approach, then justice can be compromised.

Fraser (2009) then proposes a new framework of analysis so justice theories can shift from a Keynesian-Westphalian frame to a post-Westphalian democratic theory of social justice. She also raises an important question: how can justice be guaranteed if

the structure behind policy making isn't democratic *per se*? The same nature of this question can be brought to what we have explored here with migration. How can we guarantee justice through human rights for migrants if the Westphalian dichotomy that leads to categorization creates injustices?

We must reconsider the dichotomies established in migration. As we have seen throughout this paper, categorizing migrants is not a clear task. In fact, in many cases, distinction seems to be a more theoretical process than a reality itself. Whether we focus on forced versus voluntary migrants or pro-active versus reactive migration, human rights violations, violence and integration barriers are a reality that do not distinguish between an economic migrant or refugee. Therefore, policy making should not be structured upon different categories that are created, but on human dignity, safety, life prospective and human rights that migrants seek.

The backgrounds that lead to migration might consist of different motivations and pillars between a refugee and economic migrant, for example, one may come from a context of civil war and the other from a context of extreme poverty. On the other hand, however, these different backgrounds can have common ground on the consequences they provoke in a person's life that compel them to flee to another country. Both war and extreme poverty create or emerge from an ambience of human rights violation, economic constraint, violence, lack of dignified living conditions, etc.

Despite this reality, what we have seen in dichotomies within migration is an established exclusion of some migrants from integrative public policies because they do not fight a certain migrational category created decades ago. Migrants that flee their homes due to human rights violations, extreme poverty and systemic violence, but because they do not face direct persecution, the non-refoulement principle isn't applied to them and therefore they are forced to go back.

These dichotomies should be revised, and the categorization of migrants should be seen for what it really stands for: a theoretical wall of division unfit for the contemporary globalized world we live in today. Only after this recognition will we be able to begin to address first and second order of injustices – pointed out by Fraser (2009) against migrants and create better framework of analysis that support human rights public policy building.

FINAL CONSIDERATIONS

As said in the beginning of this paper, global migration crisis is one of the most visual examples of the urgency to review surpassed frameworks and politics in a new world (des)order. Our global migration governance is built upon categorization, dichotomies and separating migrants in different labeled boxes to see those who have rights and those who should be forcedly sent back to their homes.

Not only does this analysis framework and policy basis generate injustices, but it comes from a context that no longer reflects our post-modern globalized world. In other words, this institutionalized dichotomy sustains and perpetrates a meta-level discrimination against migrants and is unable to address our global migration crisis. What this categorization process has been doing is obscuring reality, whilst maintaining geopolitical interests in the forefront of migration policy.

REFERENCES

- BANAI, Ayelet et al. Symposium Theories of Territory beyond Westphalia. **International Theory**, Vol. 6, Issue 1, March 2014, p. 98-104.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- CASTLES, Stephen. The international politics of forced migration. **Socialist Register** 2003, v.39, 2003, p. 172-192.
- FALK, Richard. Revisiting Westphalia, Discovering Post-westphalia. **The Journal of Ethics**, vol. 6, p. 311–352, 2002.
- FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, 77, 11–39, 2009.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.
- HAMMARBERG, Thomas. Conselho da Europa: comissário para os direitos humanos. **Ninguém deveria ter que ser apátrida na Europa de hoje**. 9 de junho de 2008. Available at: < <https://www.refworld.org/docid/48abd54e5.html> >. Access on: 4 June 2020.
- HATHAWAY, James C. **The Rights of Refugees under International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- IOM. **Glossary on Migration**. International Organization for Migration. 2004. Available at: < https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_1_en.pdf >. Access on: 4 June 2020.
- JUBILUT, L.L. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.
- KOSER, Khalid. **International migration: a very short introduction**. Nova Iorque, NY: Oxford University Press, 2007.
- LOESCHER, Gil; MILNER, James. UNHCR and the global governance of refugees. In: BETTS, Alexander (ed.). **Global migration governance**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p.189-209.
- MARTIN, Susan F. **International Migration: evolving trends from the early twentieth century to the present**. Nova Iorque, NY: Cambridge University Press, 2014.
- MCNAMARA, Karen Elizabeth. Conceptualizing discourses on environmental refugees at the United Nations. **Population and Environment**, v. 29, n. 1, p. 12–24, 1 set. 2007.
- MOREIRA, Júlia. **A questão dos refugiados nos contextos latino-americano e brasileiro**. In: V Simpósio dos pós-graduandos em ciência política da Universidade de São Paulo, São Paulo. São Paulo: USP, 2008.
- MOSES, Jonathon W. **International migration: globalizations last frontier**. New York, NY: Zed books ltda, 2006.
- MYERS, Norman. Environmental Refugees. **Population and Environment**, v. 19, n. 2, p. 167–182, 1 nov. 1997.
- PACÍFICO, Andrea; MENDONÇA, Renata. A proteção sociojurídica dos refugiados no brasil. **Textos e Contextos** (Porto Alegre), v.9, n.1, p.170-181, jan./jun. 2010.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

RICHMOND, Anthony. Globalization: implications for immigrants and refugees. **Ethnic and Racial Studies**, v.25, n.5 2002, p.707-727.

UNHCR. **Figures at a glance**. 2020. Available at: <<https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>>. Access on: 03 july 2020.

UNTC. **Convention relating to the status of refugees**. 2020a. Available at: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20V/V-2.en.pdf>>. Access on: 3 july 2020.

_____. **International convention on the protection of the rights of all migrant workers and members of their families**. 2020b. Available at: <<https://treaties.un.org/doc/Treaties/2007/11/29/IV-13.en.pdf>>. Access on: 3 july 2020.

UNTC. **Protocol relating to the status of refugees**. 2020c. Available at: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20V/V-5.en.pdf>>. Access on: 3 july 2020.

VALASKAKIS, Kimon. The case for global governance. **Technological Forecasting and Social Change**, v. 77, n. 9, p. 1595–1598, 1 nov. 2010.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2012.



A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

José Emílio Medauar Ommati¹

RESUMO

O presente texto pretende mostrar de que modo a teoria do Direito como integridade, proposta por Ronald Dworkin, compreende a ideia positivista de completude do ordenamento jurídico. Assim, em um primeiro momento, mostrarei como o positivismo jurídico em geral compreende a ideia de completude do ordenamento jurídico, para, a seguir, reconstruir esse problema com base na teoria do direito como integridade.

PALAVRAS-CHAVE: Completude. Ordenamento Jurídico. Positivismo Jurídico. Teoria do Direito como Integridade.

THE COMPLETENESS OF THE LEGAL ORDER BASED ON THE LAW AS INTEGRITY

ABSTRACT

The present text intends to show how Law as Integrity, created by Ronald Dworkin, understands the positivist idea of completeness of legal system. So, in a first moment, I will show how legal positivism in general understands the idea of completeness of the legal system, to then reconstruct this problem based on the law as integrity.

KEYWORDS: Completeness. Legal System. Legal Positivism. Law as Integrity.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente texto pretende mostrar de que modo a teoria do Direito como integridade, proposta por Ronald Dworkin, compreende a ideia positivista de completude do ordenamento jurídico.

Assim, em um primeiro momento, mostrarei como o positivismo jurídico em geral compreende a ideia de completude do ordenamento jurídico, para, a seguir, reconstruir esse problema com base na teoria do direito como integridade.

Com isso, pretendo demonstrar que se o positivismo jurídico e a Teoria do Direito como Integridade chegam ao mesmo resultado quanto à ideia de completude do ordenamento jurídico, tais teorias assim o fazem com base em pressupostos teóricos muito diferentes, de modo que a perspectiva dworkiniana se torna mais rica e complexa ao apresentar o Direito à sua melhor luz.

¹ Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG; Professor do Curso de Graduação em Direito da PUC Minas – Campus Serro; Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Itaúna – MG.

2. A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO NA PERSPECTIVA POSITIVISTA

O positivismo jurídico tem sido atacado no Brasil já de há muito tempo. Contudo, muitos desses ataques decorrem da má leitura e má compreensão dos autores brasileiros em torno do positivismo jurídico.²

Na verdade, a compreensão positivista do Direito é uma das mais bem sucedidas em toda a história do Direito Moderno, já que nasce com a Escola da Exegese e, ao contrário do que divulgado no Brasil, tem se transformado e se atualizado ao longo do tempo, de modo que o mais correto seria denominar não de positivismo jurídico, mas sim positivismos. Portanto, ao contrário do que vulgarmente divulgado em nosso país, o positivismo jurídico não morreu.³

Assim, me parece que a grande crítica que se pode fazer ao positivismo jurídico se encontra na defesa que essa teoria jurídica faz da discricionariedade judicial e do caráter limitado do Direito. Para mim, adepto que sou da Teoria do Direito como Integridade, a discricionariedade judicial é o grande problema para uma democracia constitucional digna desse nome.⁴

O positivismo jurídico pode ser compreendido, apesar de suas profundas divergências internas, como uma teoria semântica do Direito, ou seja, uma teoria que compreende o Direito como uma questão de fato.⁵ É ainda uma teoria convencionalista do Direito, já que compreende o fenômeno jurídico como um conjunto convencional de regras estabelecidas por uma autoridade do passado, de modo que, se não houver uma regra do passado que estabeleça o que deve ser decidido no caso atual, o Magistrado teria discricionariedade, ou seja, liberdade para criar direito novo.⁶ É dessa perspectiva que surge o caráter limitado do Direito, na perspectiva positivista.

No entanto, o positivismo precisa compatibilizar esse caráter limitado do Direito e a discricionariedade judicial com a ideia, também defendida por autores positivistas, de completude do ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, embora o ordenamento jurídico seja limitado, é possível torná-lo completo, por meio de mecanismos de integração do ordenamento jurídico. É dizer: através da interpretação e do próprio uso da discricionariedade na aplicação do Direito, o ordenamento jurídico poderia responder

² Sobre os ataques ao positivismo e as incompreensões quanto a essa importante teoria jurídica, vide: DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. 8a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019; DIMOULIS, Dimitri. Positivismo Jurídico: Teoria da Validade e da Interpretação do Direito. 2a edição revista e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018; TORRANO, Bruno. Democracia e Respeito à Lei: Entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismo e Pragmatismo. 2a edição revista, modificada e ampliada, Belo Horizonte: Fórum, 2019; TORRANO, Bruno e OMMATI, José Emílio Medauar. (Coordenadores). O Positivismo Jurídico no Século XXI. Coleção Teoria Crítica do Direito. Volume 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; OMMATI, José Emílio Medauar. Teoria da Constituição. 8a edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

³ Sobre a evolução do positivismo jurídico, vide: STRECK, Lenio. Dicionário de Hermenêutica: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 1a edição, Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

⁴ Mostro os problemas da discricionariedade nas seguintes obras: OMMATI, José Emílio Medauar. Teoria da Constituição. Op.cit.; OMMATI, José Emílio Medauar. Uma Teoria dos Direitos Fundamentais. 6a edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988. 4a edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. Sobre o caráter limitado do Direito na perspectiva positivista, vide: TORRANO, Bruno. Do Fato à Legalidade: Introdução à Teoria Analítica do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

⁵ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁶ HART, Herbert L.A. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

a todas as demandas colocadas ao Magistrado. São os conhecidos mecanismos de integração do ordenamento jurídico: a autointegração e a heterointegração.⁷

Para Norberto Bobbio, a possibilidade de o ordenamento jurídico se tornar completo e sem lacunas se dá pela utilização dos mecanismos da autointegração e da heterointegração. A autointegração é a utilização do próprio ordenamento jurídico para a colmatação das lacunas. Assim, se utiliza os instrumentos da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito. Já a heterointegração é o mecanismo de preenchimento das lacunas em que o intérprete faz uso de normas de um ordenamento jurídico estrangeiro para preencher as lacunas de seu sistema jurídico. De acordo com Bobbio, esse instrumento encontra-se permitido na Suíça.⁸

Perceba-se que para o positivismo jurídico a possibilidade de tornar o ordenamento jurídico se dá através de um sistema fixo e rígido de regras, sempre abrindo espaço para a discricionariedade na aplicação do Direito. Outra será a perspectiva da teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin.

3. A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE E A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A teoria do Direito como Integridade foi proposta por Ronald Dworkin ao longo de mais de trinta anos de debate com o positivismo jurídico de Herbert Hart. É bem verdade que Dworkin não se manifestou claramente sobre a ideia de completude do ordenamento jurídico, mas é possível mostrar como a teoria do Direito como Integridade compreende essa ideia de completude.

Ronald Dworkin se apresenta em termos filosóficos como um ouriço, ou seja, como um teórico que busca mostrar a possibilidade de compatibilizar os diversos valores em um todo coerente e consistente. Ainda nessa perspectiva filosófica, os valores seriam passíveis de serem conhecidos e mais seria possível falar da verdade ou falsidade de um valor.⁹

É a partir dessa perspectiva filosófica do autor norte-americano que se torna possível compreender melhor o debate que ele desenvolve com o positivismo jurídico de Hart.

Dworkin se colocará como um autor antipositivista ou não positivista, e não como um pós-positivismo, ao contrário do que se divulga no Brasil. Isso porque, de acordo com o autor norte-americano, o positivismo jurídico está completamente errado, de modo que não é possível aproveitar nenhum postulado positivista para se compreender adequadamente o direito.¹⁰

Ao contrário do que afirmam os positivistas, o Direito não se coloca como uma mera questão de fato. Na perspectiva da integridade, o Direito é um conceito eminentemente interpretativo.¹¹

⁷ DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. Op.cit.; BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. São Paulo: Edipro, 2019.

⁸ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Op.cit.

⁹ DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹¹ DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. Op.cit.; No mesmo sentido: PEDRON, Flávio Quinaud e OMMATI, José Emílio Medauar. Teoria do Direito Contemporânea: Uma Análise das Teorias Jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom. Rio de Janeiro:

Mas, o que significa dizer que o Direito é um conceito eminentemente interpretativo?

De acordo com Dworkin, existem muitos tipos de conceito. Por exemplo, quando falamos de um tigre e para que possamos compreender o que é um tigre, passamos a descrever um objeto, no caso um animal, a partir de suas características físicas e biológicas. Esse conceito, que podemos denominar de conceito natural ou físico, pode englobar muitos objetos, do mundo físico e natural.¹²

Já quando entramos na discussão sobre o conceito de Direito, não é possível compreender esse objeto somente por meio de supostas características externas, como um conjunto convencional de regras, que, pela mera observação, seria possível descrever esse objeto e compreendê-lo adequadamente.¹³

Aqui, estamos com um objeto muito distinto que se encontra no domínio do valor, formado pelos domínios da Ética, da Moral, da Moralidade Política e do Direito.¹⁴ Para a compreensão do Direito, um dos compartimentos do valor, não basta apenas uma mera descrição dos seus elementos: é de fundamental importância estabelecer um propósito.¹⁵

Por isso que, muitas vezes, advogados, juízes, promotores e sociedade em geral concordam quanto à existência da norma jurídica, mas continuam a discordar sobre o que aquele texto normativo significa. Isso revela que o Direito não é apenas uma mera questão de fato, mas que se coloca como um conceito interpretativo, de modo que nossas divergências geralmente se colocam no nível teórico. Portanto, a compreensão do fenômeno jurídico passa necessariamente pela construção de uma teoria jurídica que, não apenas explique e descreva o Direito, mas que o justifique da melhor maneira possível, de modo a apresentá-lo à sua melhor luz.¹⁶

Daí porque Dworkin mostrará que todos os postulados positivistas estão equivocados, quais sejam: 1) O Direito é uma mera questão de fato; 2) O Direito é um conjunto convencional de regras estabelecidas por uma autoridade do passado; 3) O Direito é diferente e se encontra separado da Moral; 4) Em casos complexos, o juiz possuiria discricionariedade, podendo criar direito novo.

Em relação ao ponto 1, já discorreremos ao longo do presente texto. Pretendo agora mostrar os problemas relacionados aos pontos 2, 3 e 4, de modo a demonstrar como é possível perceber que, para a Teoria do Direito como Integridade, não é possível se falar em lacunas no ordenamento jurídico. Tratarei desses pontos de modo interligado, já que, como bom filósofo-ouriço, Dworkin interliga sua teoria em um todo coerente e consistente.

Lumen Juris, 2019; OMMATI, José Emílio Medauar. O Que é o Direito? In: OMMATI, José Emílio Medauar et.al.(Coordenadores). Teorias da Argumentação Jurídica e Estado Democrático de Direito. Coleção Teoria Crítica do Direito. Volume 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 27 a 49.

¹² DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. Op.cit.; DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. Op.cit.

¹³ DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. Op.cit.; DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. Op.cit.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. Op.cit.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Op.cit.; DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Op.cit.; DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Op.cit.

Dworkin mostrará que a suposta descrição do fenômeno jurídico feita pelos positivistas jurídicos, e fundamentalmente por Hart, não leva a sério o próprio desenvolvimento do Direito. Ora, muitos juízes, quando decidem seus casos, usam de padrões outros que não as regras e, mesmo assim, argumentam e agem de modo a demonstrar que não estão usando do poder discricionário, mas decidindo de acordo com o próprio Direito.¹⁷

São esses padrões jurídicos alternativos que Dworkin denominará de princípios. Assim, ao contrário do que pensam os positivistas, o Direito não é formado apenas por regras, mas também por princípios, que vinculam toda a comunidade e exigem que essa comunidade os aplique de modo consistente e coerente com o próprio desenvolvimento institucional do Direito dessa comunidade.¹⁸

Os princípios são argumentos que indicam como uma decisão deve ser tomada. Nesse sentido, se as regras implicam argumentos mais definitivos que indicam a direção a ser seguida, os princípios apenas são argumentos que devem ser sopesados, ponderados, refletidos, em face de argumentos contrapostos. Daí a ideia de que princípios devem ser ponderados, uma ponderação muito diferente daquela exigida por Robert Alexy.¹⁹

Os princípios, enquanto argumentos, podem veicular argumentos de princípio e argumentos de política. Os argumentos de princípio são aqueles relacionados à igualdade, liberdade, ao devido processo ou a outra dimensão da moralidade. Já os argumentos de política são aqueles que visam a melhorar o bem-estar da coletividade. Para o autor norte-americano, os juízes apenas podem decidir por meio de argumentos de princípio e não por argumentos de política, em nome da separação dos poderes e da própria ideia de democracia constitucional.²⁰

Ora, se o Direito é muito mais rico do que um conjunto convencional de regras estabelecidas por uma autoridade do passado, sendo formado também por princípios, então não há que se falar em discricionariedade na aplicação do Direito, pois, quando juízes aparentemente decidem sem base em regras, não necessariamente isso significa que eles estejam decidindo discricionariamente, mas podem estar usando esses outros padrões denominados de princípios.²¹

Perceba, caro leitor, que Dworkin não está afirmando que sempre que os juízes decidem sem base em regras, eles necessariamente estariam utilizando de princípios. É possível que juízes decidam discricionariamente e, portanto, violem a separação dos poderes e a própria democracia constitucional. A teoria de Dworkin, como toda boa teoria, é contrafática, apresentando um aspecto descritivo, mas também e fundamentalmente uma perspectiva prescritiva, ou seja, do que se deve fazer para que o Direito possa ser visto à sua melhor luz e possa realizar as ambições para si mesmo.²²

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Op.cit.; DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Op.cit.

¹⁹ PEDRON, Flávio Quinaud e OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria do Direito Contemporânea: Uma Análise das Teorias Jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom*. Op.cit.

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Op.cit.; DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Op.cit.

²² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Op.cit.

Daí porque Dworkin não cansa de mostrar a necessidade de o Direito ser levado a sério e da responsabilidade política dos juízes, que devem, no sentido de ter um dever, uma obrigação, estarem vinculados a essa prática social interpretativa que nós chamamos de Direito.²³

Se o Direito não é apenas regras, mas também princípios, que, inclusive apresentam uma forte conotação moral, como compreender adequadamente o fenômeno jurídico?

Dworkin proporá então que o Direito seja compreendido e interpretado como um romance em cadeia, já que, para o autor norte-americano, a interpretação jurídica é muito semelhante à interpretação de uma obra literária.²⁴ A essa proposta, o autor norte-americano denominará de Teoria do Direito como Integridade.

O que seria esse ideal de integridade do Direito? Basicamente, a idéia de que o Direito é um projeto político para uma determinada comunidade que se vê como uma associação de pessoas livres e iguais.²⁵

Assim, aqueles que criam a lei devem mantê-la coerente com seus princípios como se a lei tivesse sido feita por uma única pessoa: a comunidade corporificada.²⁶ Esse é o ideal da integridade política ou integridade na legislação.²⁷ Além disso, o ideal do Direito como integridade exige dos juízes e dos aplicadores que haja uma coerência entre as decisões passadas e as decisões presentes, a partir dos princípios da igualdade e liberdade, como se os juízes prosseguissem uma obra coletiva. É uma interpretação em cadeia, tal como um romance escrito em várias mãos. Esse é o ideal da integridade no Direito ou integridade na jurisdição ou, ainda, integridade na aplicação do Direito.²⁸ Como diz Dworkin:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.[...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-

²³ Não é por outro motivo que a primeira obra de Ronald Dworkin foi batizada por ele de Levando os Direitos a Sério, a demonstrar que os problemas jurídicos também estão vinculados a uma mudança de atitude por parte da comunidade em geral, e dos juízes, em particular. Daí porque a teoria dworkiniana está fortemente vinculada aos pressupostos hermenêuticos de um filósofo tal como Hans-Georg Gadamer. Sobre isso, vide: PEDRON, Flávio Quinaud e OMMATI, José Emílio Medauar. Teoria do Direito Contemporânea: Uma Análise das Teorias Jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom. Op.cit.

²⁴ DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. Op.cit.; DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Op.cit.; DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Op.cit.

²⁵ É nesse sentido que Dworkin comparará a democracia como uma parceria entre pessoas livres e iguais, em que, apesar das diferenças, todos devem se respeitar mutuamente para a concreção de um objetivo comum. Assim: DWORKIN, Ronald. Liberalismo, Constitución y Democracia. Buenos Aires: Isla de la Luna, 2003; DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁶ BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente. Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 121.

²⁷ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Op.cit.; OMMATI, José Emílio Medauar. A Igualdade no Paradigma do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004; OMMATI, José Emílio Medauar. A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin: O Direito como Integridade. IN: CATTONI, Marcelo (Coordenação). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004, p. 151 a 168;

²⁸ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Op.cit.; OMMATI, José Emílio Medauar. A Igualdade no Paradigma do Estado Democrático de Direito. Op.cit.;

se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.²⁹

Em outras palavras:

A integridade a que se refere Dworkin significa sobretudo uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteados. Ao contrário da hermenêutica tradicional, baseada fortemente no método subsuntivo, numa aplicação mecânica das regras legais identificadas pelo juiz ao caso concreto, o modelo construtivo de Dworkin propõe a inserção dos princípios, ao lado das regras, como fonte do Direito.³⁰

Ao contrário do que poderia parecer, a ideia de integridade no Direito não significa simplesmente uma mera repetição do Direito anterior pelos juízes atuais, pois para Dworkin, o direito como integridade começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, isso sim, justificar o que eles fizeram em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual poder ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplore o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo “realismo”.³¹

Nesse sentido, a ideia de integridade incorpora a história, aquilo que Gadamer denominou de tradição, mas não se confunde com o historicismo, ou com o tradicionalismo na visão de Gadamer, pois, de acordo com Dworkin:

Em certo sentido, o projeto que recomendo é histórico: será correto tratar a liberdade, a igualdade, a democracia como conceitos interpretativos somente se esses conceitos efetivamente funcionarem como tais, e a questão de saber se funcionam ou não tem uma dimensão histórica. Desse modo, a interpretação incorpora a história, mas a história não determina a interpretação.³²

Assim:

O fato de que, ao longo de toda a história moderna, muita gente supôs que a tributação infringe a liberdade ou que a democracia é o domínio absoluto da maioria não significa que uma interpretação que negue essas suposições seja falsa. Pode ser que essas suposições estivessem erradas, e penso que estavam. Talvez os filósofos que acreditam que o estudo desses conceitos deve ser

²⁹ DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Op.cit., p. 238.

³⁰ BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 85.

³¹ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Op.cit., p. 274.

³² DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 535.

histórico tenham simplesmente pressuposto que os conceitos são criteriais. Nesse caso, a abordagem a-histórica é a deles, e não a que recomendo.³³

Voltando à integridade, como afirma Dworkin, no direito ela apresenta várias dimensões:

Em primeiro lugar, insiste em que a decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político[...]. Em segundo lugar, [...], a integridade se afirma verticalmente: ao afirmar que uma determinada liberdade é fundamental, o juiz deve mostrar que sua afirmação é compatível com princípios embutidos em precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se afirma horizontalmente: um juiz que adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, mesmo em esferas do direito aparentemente não análogas.³⁴

Para lembrarmos de Gadamer, essa prática interpretativa do Direito proposta por Dworkin faz aproximar o historiador e o jurista, na medida em que o sentido atual do texto deve ser contextualizado a partir da história, não como mera repetição do passado, mas no sentido de atualização do texto jurídico, enquanto fusão de horizontes de sentido entre o texto originário e o intérprete atual.³⁵

Daí a necessidade de se compreender a vontade do legislador em seu sentido abstrato para, não apenas compreender o que eles faziam naquele momento, mas para justificar aquela prática à sua melhor luz, ou seja, dentro de uma trama coletiva passível de ser reconstruída a cada contexto histórico, de modo que a história institucional da comunidade possa ser enriquecida sem ser modificada. Isso porque a interpretação jurídica é sempre construtiva e nunca criativa, ou seja, é uma interpretação que permite a co-participação do intérprete no próprio entendimento da obra, tornando-a a melhor que ela pode ser, desvelando suas potencialidades escondidas dentro de uma história das interpretações passadas que deve ser respeitada. Não é uma interpretação criativa, porque o intérprete não pode desconhecer essa história institucional; não pode criar algo novo; deve justificar sua interpretação dentro dos limites permitidos pela obra, que engloba, inclusive, a história das interpretações passadas.

Nesse sentido, a busca pelas intenções psicológicas do legislador concreto não faz qualquer sentido na interpretação jurídica, como nos mostra Dworkin. Essa tese de que a interpretação deve buscar as intenções psicológicas fracassa como uma justificativa geral da interpretação.³⁶ Ela pode ser verdadeira para explicar a interpretação conversacional, aquela realizada entre duas pessoas em que uma busca compreender o que a

³³ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Op.cit., p. 536.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *O Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 204.

³⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 15a edição, Petrópolis: Vozes, 2015.

³⁶ Embora a ideia de intenção original da legislação na interpretação jurídica seja um erro filosófico e jurídico, ainda há uma defesa muito séria dessa ideia em termos jurídico-filosóficos e em termos de prática jurídica. Assim, por exemplo, países como Canadá, África do Sul e os próprios Estados Unidos da América chegaram, por meio de suas Cortes Supremas ou, no caso da África do Sul, de sua Corte Constitucional, a adotar tal posição. Nesse sentido, vide: BARAK, Aharon. *Proporcionalidad: Los Derechos Fundamentales y Sus Restricciones*. Lima: Palestra Editores, 2017, p. 391 e seguintes. Formato E-book. Defendendo jurídica e filosoficamente a ideia de busca da intenção original do legislador, com matizações, vide: SCALIA, Antonin. *Una Cuestión de Interpretación: Los Tribunales Federales y el Derecho*. Lima: Palestra Editores, 2015, formato E-book.

outra falou.³⁷ Em outros domínios, como o direito, por exemplo, a busca pelas intenções psicológicas do legislador não faz qualquer sentido. De acordo com Dworkin:

Os juristas de fato mencionam a “intenção da legislação” quando explicam como pensam que determinada lei deve ser interpretada. Mas, quando mencionam a intenção da lei, não podem estar se referindo ao que os legisladores tinham em mente enquanto votavam. Muitos legisladores nem sequer entendem as leis nas quais votam, e os que as entendem são tão movidos por suas motivações políticas – agradar aos eleitores, aos financiadores, aos líderes do partido – quanto pelos princípios ou programas políticos que os juristas podem enxergar nas leis por eles aprovadas.³⁸

Portanto, nos departamentos do valor – moral, política, direito, etc. – com a interpretação se busca realizar outra coisa: o valor que o gênero interpretativo proporciona e deve proporcionar. Como afirma Dworkin, a interpretação é um fenômeno social. Só podemos interpretar como interpretamos porque existem práticas ou tradições de interpretação às quais podemos nos unir. Só podemos falar sobre o significado de uma lei, um poema ou uma época porque outras pessoas fazem isso: elas compreendem o que pretendemos afirmar quando dizemos que a cláusula da igual proteção permite a ação afirmativa ou que Lady Macbeth já tinha, ou não, sido casada.³⁹

Essas práticas sociais são práticas de busca da verdade. Em cada caso, quando propomos uma interpretação de alguma coisa, nós declaramos, e os outros entendem o que estamos declarando, aquela que consideramos ser a verdade sobre determinado assunto. Não tratamos essas práticas interpretativas como exercícios sem finalidade: partimos do princípio de que algo de valor será promovido mediante a formação, a apresentação e a defesa de opiniões sobre o âmbito da cláusula de igual proteção ou o histórico sexual de Lady Macbeth. Na qualidade de intérpretes, aceitamos a responsabilidade de promover esse valor.⁴⁰

Como afirma Dworkin:

Portanto, assim como a moral é moral, a interpretação é interpretativa do início ao fim. Determinada interpretação alcança êxito – alcança a verdade do significado de um objeto – quando melhor realiza, para esse objeto, os objetivos adequadamente atribuídos à prática interpretativa adequadamente identificada como pertinente. Analiticamente, portanto, pode-se entender que a interpretação envolve três estágios. Primeiro, interpretamos as práticas sociais quando individualizamos essas práticas: quando nos supomos envolvidos na interpretação jurídica, e não na interpretação literária, por exemplo. Interpretamos, em segundo lugar, quando atribuímos um conjunto de objetivos ao gênero ou subgênero que identificamos como pertinente; e interpretamos, em terceiro lugar, quando tentamos identificar a melhor realização desse conjunto de objetivos numa ocasião particular.⁴¹

No caso do Direito, a melhor interpretação da prática jurídica implica considerá-lo(o Direito) uma questão de princípio e que existe uma única decisão correta para cada

³⁷ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 196 a 197.

³⁸ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Op.cit., p. 197.

³⁹ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Op.cit., p. 198 a 199.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Op.cit., p. 199.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Op.cit., p. 199 a 200.

caso concreto colocado para ser decidido pelo juiz. Isso porque os praticantes dessa atividade(Direito) raciocinam e decidem não apenas com base em regras escritas, mas também com base em princípios, expressos e implícitos, pouco importa, e buscam sempre estabelecer nas diversas controvérsias nas quais se envolvem qual é a resposta correta, quem tem direito e quem não tem, o que o Direito exige em cada situação. É também a partir dessa ordem de ideias que se pode compreender porque se diz que existe um fundamento político do Direito: a busca pela realização das iguais liberdades de todos. Ao se interpretar o Direito a partir dessa perspectiva, a interpretação melhor realiza os objetivos adequadamente atribuídos à prática interpretativa adequadamente identificada como pertinente.

Daí porque concordarmos com Dworkin na perspectiva de que o Direito deva ser visto como integridade.

Ao contrário do que poderia parecer, a ideia de integridade não significa simplesmente coerência, enquanto decidir casos semelhantes da mesma maneira. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.

Dessa forma, uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca da fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.⁴²

E que princípios seriam esses?

Dworkin ora os nomeia em três(justiza, equidade e devido processo)⁴³, ora em simplesmente em dois(igualdade e liberdade)⁴⁴, mas o certo é que, para o autor o Direito, através desses princípios, deve realizar um projeto político, com base em um determinado modelo de sociedade. Aqui, algumas palavras devem ser ditas sobre a tradução brasileira da obra de Dworkin. Quando o autor americano faz referência à integridade e fala dos princípios de justiça, equidade(que também pode ser entendido como respeito às regras do jogo) e devido processo, o autor, para falar da equidade utiliza o termo em inglês *fairness*. A tradução brasileira desse termo entendeu *fairness* como equidade, uma possibilidade legítima, mas talvez não a melhor. Isso porque os brasileiros podem confundir a expressão utilizada por Dworkin com o uso corrente de equidade na doutrina jurídica nacional. Como se sabe, quando se diz, no Brasil, que o juiz pode decidir por equidade, significa que o juiz pode abandonar o ordenamento jurídico e construir a regra jurídica segundo o debate travado no processo, como se fosse o legislador naquele momento.

Nada mais distante da teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin. Aqui, a partir da perspectiva do autor norte-americano, a equidade significa uma distribuição igualitária de poder político. Nesse sentido, afirma o autor norte-americano que a equidade política é a ideia de que cada pessoa ou grupo da comunidade deve ter um direito de controle mais ou menos igual sobre as decisões tomadas pelo Parlamento ou Congresso, ou pelo legislativo estadual.⁴⁵ Portanto, na teoria do Direito como

⁴² DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Op.cit., p. 263 a 264.

⁴³ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Op.cit., p. 36.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. Op.cit.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Op.cit., p. 216.

Integridade, a equidade (*fairness* em inglês) não está voltada para a jurisdição, mas para o processo político de tomada de decisões.⁴⁶

Essa leitura principiológica do Direito como Integridade é o que Dworkin denomina de leitura moral da Constituição. Todavia, ao contrário do que pensam alguns autores, tais como Ingeborg Maus⁴⁷, a leitura moral da Constituição de Dworkin não significa uma moralização do Direito.⁴⁸ Significa que o Direito é um compartimento da Moral, o que não quer dizer que toda norma jurídica para ser válida deva ter um fundo moral. Na verdade, quando Dworkin afirma que o Direito é um compartimento da Moral, ele quer dizer simplesmente que as normas fundamentais do Direito são normas morais que não perdem esse caráter por terem adentrado o Direito. Assim, é claro que existem normas jurídicas sem qualquer conteúdo moral.⁴⁹ Basta pensarmos nas regras de trânsito. Mas, as normas fundamentais da comunidade, tais como igualdade, liberdade, devido processo legal, presunção de inocência, e tantas outras apresentam conteúdo moral.⁵⁰

Quando se afirma que o Direito faz parte da Moral ou que não se pode mais separar o Direito da Moral não se está querendo defender que as decisões jurídicas devam se basear na moralidade pessoal de uma autoridade ou na moralidade de uma maioria. De acordo com Dworkin, o Direito faz parte da Moral Política da comunidade.⁵¹ E essa Moral Política da comunidade deve afirmar, por meio do Direito, o direito moral de todo e qualquer membro dessa comunidade política de ser tratado com igual respeito e consideração.⁵²

De acordo com Ronald Dworkin:

Nosso objetivo é o de integrar departamentos do valor que muitas vezes são considerados separados. É fácil situar o conceito doutrinário de direito nessa estrutura em forma de árvore: o direito é um ramo, uma subdivisão, da moral política. A questão mais difícil é a de saber como distinguir esse conceito do restante da moral política – como esses dois conceitos interpretativos devem ser distinguidos de modo que um deles se evidencie como parte distinta do outro. Toda resposta plausível terá de se centrar no fenômeno da institucionalização.⁵³

Corretas, nesse sentido, as palavras de Ana Cláudia Bastos de Pinho:

Direito e Moral não podem ser separados, não porque toda norma jurídica tem um conteúdo valorativo, como diz Ferrajoli; mas porque a produção do Direito está, desde sempre, imersa na moralidade política, no conjunto de tradições que (con)formam determinada sociedade, não se podendo disso

⁴⁶ Nesse sentido, vide: DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Op.cit., p. 216.

⁴⁷ MAUS, Ingeborg. Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. IN: Novos Estudos CEBRAP, nº 58, novembro 2000, p. 186.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. Op.cit.; DWORKIN, Ronald. Justicia Con Toga. Op.cit.

⁴⁹ Em sentido contrário, Ronaldo Porto Macedo Júnior afirma, em uma construção interessante, que até mesmo as supostas normas convencionais do Direito teriam um fundo e um pressuposto moral na perspectiva da teoria da integridade. Não concordamos com o autor, pois tal compreensão não encontra respaldo no pensamento de Dworkin. Para mais informações, vide: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵⁰ Nesse sentido, vide: DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. Op.cit.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. Op.cit.

⁵² DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. Op.cit.

⁵³ DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. Op.cit., p. 620.

escapar. Dizendo de outro modo: a moralidade é condição de possibilidade do próprio Direito. E aqui não se está falando dessa moral simplista (pessoal/subjetiva), mas de uma moral social, de uma tradição compartilhada.⁵⁴

Mais uma vez, com a palavra Ronald Dworkin:

Os direitos políticos só podem ser distinguidos dos direitos morais pessoais numa comunidade que tenha desenvolvido alguma versão daquilo que Hart chamou de regras secundárias: regras que fundamentam a autoridade e a jurisdição legislativa, executiva e judiciária. Só será sensato distinguir os direitos jurídicos de outros direitos políticos se essa comunidade tiver pelo menos uma versão embrionária da separação de poderes descrita por Montesquieu.⁵⁵

Em outra obra, o autor norte-americano esclarece:

Segundo a leitura moral, esses dispositivos devem ser compreendidos da maneira mais naturalmente sugerida por sua linguagem: referem-se a princípios morais abstratos e, por referência, incorporam-nos como limites aos poderes do Estado.⁵⁶

Por isso:

Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado. Têm de considerar que fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos um moralidade constitucional coerente; e devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras. (Em outro texto, eu disse que os juízes são como escritores que criam juntos um romance-em-cadeia no qual cada um escreve um capítulo que tem sentido no contexto global da história.)⁵⁷

Dessa forma, o cerne do Direito se encontra na busca dos melhores princípios morais que justifiquem a prática jurídica como um todo, como uma prática de toda uma comunidade que se vê formada por pessoas livres e iguais.⁵⁸

Com base na ideia de integridade, percebe-se que o Direito não se encontra parado no tempo, como pretende o positivismo jurídico e, assim, o problema da completez do ordenamento jurídico assume uma nova complexidade.

Assim, o ordenamento jurídico, a partir da teoria do Direito como Integridade se torna completo, na medida em que cada nova geração se apropria do que foi feito no passado, compreendendo, interpretando e aplicando o Direito a partir dessa história

⁵⁴ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Para Além do Garantismo: Uma Proposta Hermenêutica de Controle da Decisão Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 53 a 54.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. Op.cit., p. 620 a 621.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. Op.cit., p. 10.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. Op.cit., p. 15.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. Op.cit.

institucional da comunidade, de modo que os erros sejam corrigidos e o Direito passe a cumprir sua função política de construir uma comunidade de pessoas livres e iguais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARAK, Aharon. **Proporcionalidad: Los Derechos Fundamentales y Sus Restricciones**. Lima: Palestra Editores, 2017. Formato E-book.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Edipro, 2019.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Teoria da Validade e da Interpretação do Direito**. 2ª edição revista e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 8ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Liberalismo, Constitución y Democracia**. Buenos Aires: Isla de la Luna, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 204.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 15ª edição, Petrópolis: Vozes, 2015.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAUS, Ingeborg. Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”**. IN: Novos Estudos CEBRAP, nº 58, novembro 2000.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A Igualdade no Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin: O Direito como Integridade**. IN: CATTONI, Marcelo(Coordenação). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 151 a 168;

OMMATI, José Emílio Medauar. **O Que é o Direito?** In: OMMATI, José Emílio Medauar *et.al.*(Coordenadores). **Teorias da Argumentação Jurídica e Estado Democrático de Direito. Coleção Teoria Crítica do Direito. Volume 4**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 27 a 49.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais**. 6ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. 8ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PEDRON, Flávio Quinaud e OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do Direito Contemporânea: Uma Análise das Teorias Jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para Além do Garantismo: Uma Proposta Hermenêutica de Controle da Decisão Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCALIA, Antonin. **Una Cuestión de Interpretación: Los Tribunales Federales y el Derecho.** Lima: Palestra Editores, 2015, formato E-book.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito.** 1ª edição, Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

TORRANO, Bruno. **Do Fato à Legalidade: Introdução à Teoria Analítica do Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei: Entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismo e Pragmatismo.** 2ª edição revista, modificada e ampliada, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TORRANO, Bruno e OMMATI, José Emílio Medauar. (Coordenadores). **O Positivismo Jurídico no Século XXI.** Coleção Teoria Crítica do Direito. Volume 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.



TOMÁS DE AQUINO E OS DIREITOS HUMANOS

Marcio de Lima Pacheco¹,
Francisco de Assis Costa da Silva²

RESUMO

O objetivo do presente estudo é apresentar o conceito de direitos humanos e, assim, construir uma breve reflexão sobre esta temática na obra de Tomás de Aquino. O estudo é orientado principalmente pela análise de partes específicas da *Suma Teológica*. Trata da discussão, desenvolvida por Tomás de Aquino, sobre o direito natural e a pessoa humana. Para o escolástico, só é possível se pensar, no campo da cosmoética, em *pessoa humana* se, anteriormente a esta, houver a *pessoa divina*. O ser homem tem uma dupla responsabilidade: é responsável pelo mundo e pela natureza e deve garantir o respeito, a integridade e a dignidade da vida humana. Por fim, afirma-se que os temas do direito natural e da dignidade da pessoa humana, desenvolvidos por Tomás de Aquino, são uma das bases modernas dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: *Tomás de Aquino. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Humanos.*

AQUINAS AND HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

The objective of the present study is to present the concept of human rights and, thus, to construct a brief reflection on this theme in the work of Tomás de Aquino. The study is guided mainly by the analysis of specific parts of the *Summa Theológica*. It deals with the discussion, developed by Tomás de Aquino, about natural law and the human person. For the scholastic, it is only possible to think, in the field of cosmoethics, of a human person if, before this one, there

¹ Pós-Doutorado em Letras Discurso (UERN)/ Doutor em Filosofia/Metafísica (PUC-SP)/ Mestre em Filosofia/Metafísica (UFRN)/ Avaliador do INEP/MEC para os Cursos de Filosofia e Teologia// Especialista em Metodologia do Ensino Superior pela (FASA)/ Licenciado em Filosofia (UERN)/ Bacharel em Teologia Faculdade Católica Dehoniana;/ Professor e tradutor do: Latim, Grego e Hebraico/ Disciplinas que ministra no Doutorado e Mestrado: Filosofia da Linguagem, Tópicos de Filosofia moderna Locke e os Medievais; Disciplinas que ministra graduação : Metodologia do Trabalho Científico, Ontologia I e II, Filosofia da Linguagem, Antropologia Filosófica, Bioantropologia, História da Filosofia Antiga e Medieval, Bioética, Biofilosofia, Teologia, Leitura e interpretação de Texto, Sociologia Jurídica e disciplinas relacionadas a Pedagogia. Possui projetos de pesquisa que versam sobre: Paul Ricoeur, São Tomás de Aquino, Tradução dos textos de Agostinho de Hipona, Fenomenologia da Religião, Moral Sacramental, Doutrina Social, História da Igreja Medieval, Liturgia Cristã, Ética social e ética cristã, Participe do Grupo de Teoria Política Contemporânea vinculado ao Departamento de Filosofia da UNIR. <http://orcid.org/0000-0003-3902-2680> e ResearcherID:Y-3516-2018. Professor Adjunto do Mestrado e da Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Rondônia E-mail: ppachecus@hotmail.com

² Doutor em Teologia pela Pontifícia Università Gregoriana di Roma (2007). Mestre em Teologia Fundamental pela Pontifícia Università Gregoriana di Roma (2004). Possui graduação em Filosofia pela Faculdade Eclesiástica de Filosofia João Paulo II (1993), em Teologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1997), graduação em Letras Clássicas: Português-Latim-Literaturas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1998), Professor Adjunto do Mestrado e da Graduação em Filosofia da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Diretor do Colégio Diocesano Seridoense/Caicó-RN. Tradutor de textos em Latim. Possui projetos de pesquisa em: São Tomás de Aquino e a Sociedade Medieval. A metafísica medieval e o seu alcance na contemporaneidade. E-mail: diretor@cdscaico.com.br. <http://orcid.org/0000-0001-9874-0784>

is the divine person. The human being has a double responsibility: he is responsible for the world and for nature and must guarantee the respect, integrity and dignity of human life. Finally, it is stated that the themes of natural law and human dignity, developed by Tomás de Aquino, are one of the modern foundations of human rights.

KEYWORDS: Tomás de Aquino. Dignity of human person. Human rights.

INTRODUÇÃO

Tomás de Aquino foi um pensador aristotélico na idade média (século XIII). Trata-se de um dos pensadores mais influentes e relevantes do Ocidente, o qual, dentre outras coisas, ajudou a refletir sobre as bases metafísicas da filosofia, da teologia, do direito, da estética e de outros temas.

É preciso ter consciência que, no século XIII, ou seja, na “época de São Tomás de Aquino o termo *direitos humanos* não existia” (LOPES, 2010, p. 58). Sendo assim, questiona-se: é possível se construir qualquer possibilidade de relação entre as ideias de Tomás de Aquino e a noção de direitos humanos?

A resposta para esse questionamento deve ser *negativa*, pois os direitos humanos não são, como alguns imaginam contemporaneamente, um produto exclusivo do iluminismo, do positivismo jurídico e dos acontecimentos trágicos (guerras mundiais, genocídios, campos de concentração, uso de armas químicas e nucleares etc.) que a humanidade experimentou na primeira metade do século XX. A origem do *direito humano*³, ou seja, direito da humanidade, de todos os indivíduos humanos, está relacionada aos grandes poetas do mundo antigo e à tragédia grega, aos evangelhos e às cartas do Apóstolo Paulo, ao pensamento medieval e a renascença. Logo, a origem dos direitos humanos não está exclusivamente ligada aos acontecimentos do século XVIII como a independência dos EUA e a revolução francesa.

Além disso, deve-se ter em mente que, ao menos durante o século XX, houve uma identificação entre os direitos humanos e o *direito natural*⁴. Sobre essa questão, afirma-se:

No transcorrer do século XX, especialmente após a eclosão da Segunda Grande Guerra, procurou-se resgatar a doutrina do Direito Natural, idealizando-a inclusive sob novas denominações (jusnaturalismo, questão social, direitos humanos, direitos sociais etc.), numa evidente confissão de sua propriedade em tudo o que se refere à natureza humana. (NUNES, 2011, p. 12).

³ Sobre as origens mais remotas dos direitos humanos, afirma-se: “[...] a ideia do direito natural é uma herança do pensamento cristão e do pensamento clássico. Ela não decorre da filosofia do século XVIII que mais ou menos a deformou; procede antes de Grotius, e, antes dele, de Suarez e Francisco de Vitória; e, mais longe, de Santo Tomás de Aquino, de Santo Agostinho e dos Padres da Igreja, e S. Paulo; e, mais longe ainda, de Cícero, dos Estoicos, dos grandes moralistas da antiguidade, e de seus grandes poetas, de Sófocles, em particular Antígona é a heroína eterna do direito natural, a que os antigos chamavam a lei não escrita, nome aliás que melhor lhe convém” (MARITAIN, 1967, p. 81, itálico no original).

⁴ O presente estudo não propõe uma análise profunda sobre o direito natural e suas implicações para a filosofia. No entanto, para as pretensões do estudo apresenta-se a seguinte definição de direito natural: “Direito Natural é, pois, o nome com que se designa, por tradição muito antiga, o critério absoluto do justo. Com tal nome se pretende dizer que o referido critério assenta na própria constituição das coisas e nunca no mero capricho do legislador momentâneo [...]. E quanto aos modos pelos quais se demonstrou a autoridade do direito natural, procedeu-se ora com argumentos teológicos (fundado no direito natural sobre a vontade e sabedoria divinas), ora com dados puramente racionais”. (DEL VECCHIO, 1979, p. 47-48).

Vale salientar que o direito natural é um tema recorrente no pensamento medieval escolástico e, de forma especial, de Tomás de Aquino. Para uma compreensão das relações diretas entre direito natural e direitos humanos é necessário um conhecimento, mesmo que parcial, da discussão travada por Tomás de Aquino sobre esse tema. Sobre essa questão, ressalta-se:

Porém, aqui ou acolá é sensível o desconhecimento dos postulados fundamentais da doutrina do Direito Natural, especialmente porque a um número notável de estudiosos contemporâneos sucede a insuficiência de domínio da filosofia cristã e a adequada compreensão humanística do jusnaturalismo resultante em grande monta dos ensinamentos de Tomás de Aquino. (NUNES, 2011, p. 12-13).

De forma geral, em Tomás de Aquino o direito natural está para os direitos humanos assim como a lei natural funciona como fundamento da lei positiva. Sobre tal questão, é afirmado:

E em S. Tomás se a *lex naturalis* impunha os últimos princípios normativos e os fundamentos imutáveis, já o direito natural (*ius naturalis*) seria a realização histórico-concreta ou segundo as condições histórico-sociais dessa *lex* e desses princípios em termos igualmente de justo concreto: a coisa justa (*res ipsa justa*), a concreta solução justa (*id quod justum est*) ou a solução implicada na relação justa, já entre as pessoas e as coisas, já nas próprias pessoas entre si. (CASTANHEIRA NEVES, 2003, p. 47).

Devido ao fato de haver uma grande proximidade, até mesmo uma identidade, entre a ideia medieval de direito natural e a contemporânea ideia de um direito humano e, por conseguinte, de os direitos humanos terem suas origens mais remotas, dentre outros fatores, na Idade Média, na escolástica e no pensamento do Aquinate, o objetivo do presente estudo é apresentar o conceito de direitos humanos e construir uma breve reflexão sobre os mesmos na obra de Tomás de Aquino.

São apontados dois importantes fatores para demonstrar a relevância do objetivo do estudo.

O primeiro fator é a atual crise de identidade e um certo desconhecimento sobre as raízes históricas mais profundas dos direitos humanos. Contemporaneamente suspeita-se que os chamados *direitos humanos* “tenham uma linguagem desprovida de significado” (VILLEY, 2007, p. 6) e que o “atual apelo universal aos direitos humanos depara-se com o paradoxo de que nunca antes os direitos humanos estiveram tão carentes de fundamentos” (CARRIQUIRY LECOUR, 2008, p. 7A). Esse tipo de suspeita e de desconhecimento imprimem ao pensamento filosófico o dever ético de realizar um *reverse* e, com isso, encontrar, ao menos, as origens medievais e tomasianas dos direitos humanos.

O segundo fator é a atualidade da escolástica e do pensamento tomasiano. Sobre essa questão enfatiza-se que em “questões de metafísica, de ética e de política aqueles velhos escolásticos estão presentes, [...], ao tratar do direito natural, do direito dos povos e das relações entre as nações” (DE BONI, 2010, p. 10). Essa *presença* se dá desde a segunda escolástica, nos séculos XVI e XVII, até a terceira escolástica ou neoescolástica, do final do século XIX até os dias atuais.

Um tema de interesse e atualidade é a influência do pensamento escolástico medieval e tomasiano em questões contemporâneas dos direitos humanos e notadamente no texto da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, promulgada em 1948 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU). A *Declaração Universal dos Direitos Humanos* “condensou as discussões em torno da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos realizados ao longo da história” (COMPARATO, 2003, p. 22) e ajudou a criar uma “consciência de que direitos humanos é pré-requisito de vida social democrática” (GREGORI, 2009, p. 179).

Sobre a influência da escolástica e do pensamento tomasiano em temas contemporâneos de direitos humanos, incluindo a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, afirma-se:

Do ponto de vista da metafísica, ou seja, dos princípios e abordagens gerais da natureza em geral e da natureza humana em particular, fica claro que há uma relação entre alguns postulados da escolástica e os direitos humanos. Uma questão discutida na escolástica era a das diferenças entre as várias espécies que pertencem a um mesmo gênero e a diferença que pode haver entre os indivíduos de uma mesma espécie. No que se refere às diferenças entre diferentes espécies de um mesmo gênero, os escolásticos diziam haver uma *differentia specifica* (característica própria de uma espécie que estaria ausente de todas as outras espécies do mesmo gênero). Assim, os escolásticos diziam que a racionalidade era uma diferença específica dos seres humanos e que, portanto, não estaria presente em qualquer dos outros animais. O ponto importante era que os escolásticos diziam que entre os seres humanos, ou seja, entre um ser humano e outro, não haveria diferença específica, mas que cada ser humano é igual em dignidade. Ora, este último ponto está justamente na base da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, pois tal declaração inicia-se afirmando a “dignidade inerente a todos os membros da família humana”. (MADEIRA, 2010, p. 32).

Este estudo é orientado principalmente pela análise de partes específicas da *Suma Teológica*. A “*Suma Teológica* é o livro mais importante da escolástica” (SANTOS; PAULISTA, 2009, p. 61) medieval. Trata-se da “obra-prima de progressão metódica” (PÉPIN, 1974, p. 157), a qual é a síntese do pensamento do Aquinate, uma compilação de debates e querelas do século XIII e uma síntese do pensamento filosófico e teológico cristão. Em linhas gerais, na “*Suma Teológica*, resalte-se aqui a forma didática fornecida pelo Aquinate, que a compôs especificamente para seus alunos. A obra está dividida em partes, seções, questões e artigos. A cada uma destas correspondem temas e subtemas” (GERALDO, 2010, p. 74). Trata-se de uma obra que “sendo estritamente racional em sua construção, [...] nos ajuda a decifrar o seu plano, os critérios estabelecidos e seguidos pelo Mestre [Tomás de Aquino]” (JOSAPHAT, 2012, p. 10).

Também orientam o presente estudo a *Suma contra os gentios* de Tomás de Aquino e os comentários exegéticos realizados, por exemplo, por Fabro (1960), Gilson (2006), Ameal (1952), Lima Vaz (1999), Torrel (2008), Lopes (2010) e Nunes (2011). De forma geral, o estudo trata da discussão, desenvolvida por Tomás de Aquino no século XIII, sobre o direito natural e a pessoa humana. Para o filósofo escolástico, só é possível se pensar, no campo da cosmoética, em *pessoa humana* se, anteriormente à mesma, houver a *pessoa divina*. Devido à sua origem divina, como imagem e semelhante de Deus, o

homem tem uma dupla responsabilidade: de um lado, é responsável pelo mundo e pela natureza. Nesse sentido, o ser humano não pode ser agente de destruição do mundo nem da natureza. Por outro lado, a vida humana é digna e, por isso, tem que ser respeitada e valorizada. Por conseguinte, o ser humano não pode ser submetido a qualquer manifestação de desrespeito ético ao direito natural, como, por exemplo, ser condenado de forma injusta, tornar-se alvo de tortura, de calúnia e de qualquer outra prática que coloque em risco a dignidade da pessoa humana. Por fim, a título de conclusão, afirma-se que os temas do direito natural e da dignidade da pessoa humana, desenvolvidos por Tomás de Aquino em plena Idade Média, são uma das bases dos direitos humanos. Se na sociedade contemporânea é possível se falar e se lutar por direitos humanos, um dos fundamentos mais profundos desse direito encontra-se na escolástica medieval e nas ideias de Tomás de Aquino em particular.

TOMÁS DE AQUINO E OS DIREITOS HUMANOS

Ao final do século XII, mas principalmente durante todo o século XIII, o Ocidente viu surgir, em algumas partes da Europa central, um *primeiro momento do renascimento* (cf. AQUINO, 2008). Esse renascimento se deu, dentre outros fatores, pelo desenvolvimento de um ambiente de pesquisa, arte, cultura, direito e religião. Esse ambiente é a *universidade*. Junto com o surgimento da universidade, houve também o desenvolvimento do método de estudo escolástico e das ideias de Tomás de Aquino. Foi a tríplice relação entre a universidade, a escolástica e as ideias do Aquinate que possibilitou a existência de uma reflexão em torno do direito humano. Sobre essa questão, ressalta-se:

Nessa dimensão, eclode o surgimento e apogeu das universidades, onde a escolástica tomista triunfa soberana, inaugurando e fincando os fundamentos da universalização do conhecimento. Junto a isso, categorias jurídico-filosóficas como a lei e o Direito auferem nova dinâmica, designadamente por conduto do novel sistema jurídico-religioso tomista, dotando a virtude da Justiça de instrumentais que a elevam a categoria central promotora da legitimidade e estabilidade das relações humanas (NUNES, 2011, p. 5).

É necessário observar que na época em que Tomás de Aquino produziu sua obra, ou seja, no século XIII, o termo *direitos humanos* não existia, em seu sentido atual. Em grande medida, esse termo é produto do ambiente secular e até mesmo antirreligioso da revolução francesa e também da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948. Além disso, deve-se ter em mente que a urgência, na sociedade contemporânea, de um reconhecimento universal dos direitos de cada indivíduo é uma prioridade axiológica que faz parte do consciente coletivo da humanidade. No entanto, ao analisar-se a obra de Kant, apontado como mentor desse termo, e a negação que este autor faz do princípio ontológico, torna-se claro que a tendência racionalista do direito moderno tem como fonte o problema dos universais, um problema que remonta ao longínquo século XIII. Seu ponto sensível é a existência ou não de uma *natureza humana*, por onde se denota uma clara ruptura com a antropologia do Aquinate (cf. LOPES, 2010, p. 58).

Para Tomás de Aquino, em plena Idade Média, deve-se entender o *direito humano* como correlato à lei natural. Para ele, na *Suma Teológica* (I-II. q. 91. a. 2), a lei natural é a noção de que o ser humano tem de praticar o bem e evitar o mal. Na ordem prática,

estes dois princípios evidentes em si mesmos e universais, constituem a base dos juízos morais (*Suma Teológica*, I-II. q. 94. a. 4.).

A noção da existência de uma *lei natural* inata no homem é herdada de uma tradição muito antiga. Muito antes do Aquinate, os Padres da Igreja e, antes deles, na antiguidade, os estoicos, Cícero, e até os poetas gregos como Sófocles, defendiam a sua existência, denominando-a de *lei não escrita*. No entanto, foi Tomás de Aquino quem melhor conseguiu apresentar racionalmente as ideias que dão sustentação a essa lei. O Aquinate pressupõe a existência de três categorias de leis: lei eterna, lei natural e lei humana. No tocante à lei natural, para ele, trata-se da participação do ser humano racional, criado por Deus, da forma como é narrado no livro do *Gênesis*, na lei eterna. Ou seja, a lei eterna é a própria razão divina e o fundamento moral da lei humana (cf. *Suma Teológica*, q. 93. a.6), estando como que *impregnada* na razão humana. Logo, Deus, ao criar o homem e todo o universo, colocou uma ordem na criação, através da qual cada ser age de acordo com o fim da sua natureza. Qualquer indivíduo da espécie humana, ao nascer, está sujeito à lei e deve agir conforme ela (cf. *Suma Teológica*, I-II. q. 91. a. 2.).

No pensamento medieval, a ideia de lei natural está subjacente à razão divina e à lei eterna, pois esta se confunde com a vontade ou a razão de Deus. O princípio analógico de que a lei natural está para a lei eterna assim como o ser (ser criado, ser doado, criatura etc.) está para o Ser (criador, doador etc.), vale para toda a ordem de criaturas. Sendo assim: “Deus concriou a lei natural aos seres que ele chamava à existência e como o fato de existirem se dá por uma participação analógica com o ser divino, assim também analogicamente participam da Sua lei eterna, pois a regra da sua atividade está inscrita na própria essência e estrutura do seu ser” (GILSON, 2006, p. 407-409).

Dentro do debate proposto pelo Aquinate sobre o direito natural, entra em cena um problema que é enfrentado desde a antiguidade, que ganhou força com Santo Agostinho e que os escolásticos debateram com afinco. Trata-se da temática do livre arbítrio. De forma sintética, apresenta-se o problema da seguinte forma: como é possível haver liberdade para o ser humano se, como criação e criatura de Deus, esse mesmo homem está ligado obrigatoriamente à lei eterna, à lei divina?

Do ponto de vista de Tomás de Aquino, o ser humano, ao ser criado por Deus, é dotado do livre arbítrio, ou seja, da capacidade de escolha e, por isso, de liberdade. Esta capacidade tem sua base na faculdade racional de julgamento, em poder comparar as coisas pelo exercício da razão e decidir pelo objeto ou finalidade que lhe for mais desejável ou apropriado. O homem tem a razão e move-se para a execução do ato. Ele tem a liberdade, mas como causa segunda. Sobre essa questão, Lima Vaz (1999, p. 119), esclarece:

[O] homem como imagem de Deus é caracterizado pela sua inteligência e livre-arbítrio. Para Tomás, esta categoria da imagem implica dizer que na perspectiva do agir ético, a teologia da *imagem* apoia-se na metafísica platônico-aristotélica do Bem como *fim*”. A ação será sempre dirigida para o bem, que é o fim. Este alcance da perfeição, que imprime a ordem, resultará na auto realização do homem, que para Tomás é o alcance da *beatitude* ou felicidade (fator principal da ética tomásica).

Para o Aquinate, a liberdade, apesar de ser fundamental para o indivíduo, é causa segunda. A causa primeira é Deus, criador do homem e de todas as coisas. No entanto,

para o autor, a liberdade é o elemento necessário para haver vida moral. A vontade deixa de ser livre quando direcionada ao bem-supremo, que é a essência do bem, Deus. No entanto, ela adquire total liberdade em referência aos bens participados, secundários (cf. AMEAL, 1952, p. 35). Para o Aquinate o ser humano possui o livre arbítrio. Do contrário, conselhos, exortações, preceitos, proibições, recompensas e castigos seriam coisas absolutamente inúteis. No entanto, ele não está determinado ao jugo divino, mas age voluntariamente segundo sua natureza humana (cf. *Suma Teológica*, I, q. 83, a. 1). Vale salientar que, na cosmoética do Aquinate, até mesmo os anjos possuem o livre arbítrio, pois, de acordo com a narrativa bíblica, uma parte dos anjos resolveu se rebelar contra Deus e, por isso, foi expulsa do reino celestial.

É necessário observar que o presente estudo não se trata de uma análise ou reflexão sobre a metafísica do Ser em Tomás de Aquino. No entanto, deve-se observar que a “distinção real entre essência e ato de ser (*esse*) em todas as criaturas [...] é a pedra angular (*la chiave di volta*) de todo o pensamento tomista” (FABRO, 1960, p. 40). Por isso, é necessário ter consciência que a metafísica do Ser, desenvolvida pelo Aquinate, abarca a discussão sobre o direito natural⁵, a dignidade da pessoa humana, a função do Estado⁶ – enquanto instância civil-política que tem a missão de garantir a sobrevivência material do ser humano e, com isso, possibilitar que este busque, por meio da Igreja, os bens eternos e espirituais – e todas as demais discussões. De certa forma, o Aquinate realiza, na Idade Média, um projeto de reflexão filosófica que coloca em prática o *aforismo*⁷ atribuído a Cícero, na Roma antiga, que afirma que o debate em torno da justiça, da virtude e do direito desagua na razão natural e na metafísica do Ser.

Dentro da cosmoética do Aquinate, a faculdade de julgar, por meio da razão, tem um valor ético essencial. As escolhas humanas não estão determinadas do ponto de vista biológico. A espécie humana não está presa a um determinismo radical da natureza. Ao contrário, o homem tem o livre arbítrio porque é animal, mas um animal racional. O livre arbítrio, por sua natureza, se caracteriza por sua capacidade de escolha. O ser humano, portanto, julga a partir do conhecimento agregado sobre a coisa julgada e a partir da afetividade.

⁵ Sobre a influência da metafísica do Ser, desenvolvida por Tomás de Aquino, o direito natural e os debates modernos sobre os direitos humanos, deve-se observar que a “filosofia tomista do ser do Direito integra, com as devidas proporções, contingências do dever-ser que solidificaram a experiência jurídica iluminista moderna e contemporânea. Assim, certos juízos de dever-ser inseridos na norma jurídica estudada na atmosfera iluminista já haviam sido concebidos de forma mais adequada na filosofia jurídica tomista, não obstante em posição acidental em relação ao ser do Direito” (KAUFMANN, HASSEMER, 2002, p. 34-35).

⁶ Sobre a função do Estado na cosmoética do Aquinate, afirma-se que o “fim do Estado é, pois, um fim muito deste mundo e consiste, antes de mais nada, em garantir ao homem o bem-estar material, imposto pelo seu instinto de conservação (*gratia vivendi*), em ordem a, garantido este, ele poder depois tratar dos seus fins eternos de ordem suprassensível (*quod ordinatur vita hominum ad virtutes*). Estes fins eternos, relacionados com a salvação da alma, sendo os mais altos, não são, porém, da alçada do Estado, mas sim da Igreja. O Estado deve limitar-se a não os desconhecer e a não tornar impossível a realização deles. E como no universo, criado por Deus, tudo está hierarquizado pela subordinação do mais baixo ao mais elevado, daí que também os fins temporais devam estar subordinados aos espirituais e, conseqüentemente, o Estado, que representa os primeiros, à Igreja, que representa os segundos, em tudo o que a estes últimos se refere, não só em si mesmos, diretamente, como no seu mútuo condicionamento quando este seja evidente.” (CABRAL DE MONCADA, 1995, p. 84).

⁷ Um aforismo atribuído a Cícero traz a relação entre o tema da justiça e do direito entrelaçado com a razão natural e a metafísica do Ser, da seguinte forma: “a república pressupõe Direito, e o Direito pressupõe leis, e as leis pressupõem leis naturais, e as leis naturais pressupõem Deus. Assim, a investigação ciceroniana em torno do problema da justiça, da virtude e do Direito se entrelaça com razões cósmicas, com razões naturais”. (apud BITTAR, ALMEIDA, 2004, p. 145-146).

Um questionamento clássico, realizado desde os antigos gregos, mas que volta com radicalidade à escolástica do século XIII, é: como entender a liberdade humana em relação à pré-ciência divina? Ou, em outras palavras, como pode o ser humano ser livre se Deus, desde sempre, tudo sabe e tudo determina? Na perspectiva do Aquinate, esse questionamento não se sustenta, pois para Deus não existe o antes e nem o depois. Em Deus tudo é presente: “só descobrimos os efeitos depois das causas. ‘Deus vê os seus efeitos em si mesmo como na própria causa’” (AMEAL, 1952, p. 35). O intelecto divino conhece tudo e por toda eternidade (cf. *Suma Contra Gentios*, I, cap. 67). Portanto, “tudo o que está no tempo está desde toda eternidade presente em Deus” (cf. *Suma Teológica*, I, q. 14, a. 13). Deve-se levar em consideração também que, na cosmoética do Aquinate, Deus, em sua infinita sabedoria, permite que o ser humano cometa erros, faça escolhas erradas com a finalidade de guiar o próprio ser humano como um nível de vida mais ético e fraterno. Nesse contexto, deve-se perceber o livre arbítrio, na perspectiva do Aquinate, como sendo um fato fundamental para garantir o direito natural e a dignidade da pessoa humana.

Na *Suma Teológica* (I^a: q. 29 a. 3), Tomás de Aquino define *pessoa* da seguinte forma:

Pessoa significa aquilo que existe de maior perfeição em toda a natureza, isto é, o que subsiste numa natureza racional. Logo, tudo o que exprime perfeição deve ser atribuído a Deus porque sua essência contém, em si mesma, toda a perfeição. Neste sentido, convém atribuir a Deus este nome de *Pessoa*. Contudo, não da mesma forma como se faz atribuição às criaturas. Será de modo mais excelente: como na atribuição a Deus a propósito dos outros nomes dados, por nós, às criaturas.

É necessário notar que, além da *Suma Teológica*, a preocupação com a pessoa humana e, por conseguinte, com a sua respectiva dignidade, aparece em quase toda a obra do Aquinate. A discussão que ele realiza na *Suma Teológica* termina desaguando numa preocupação ética com o lugar da pessoa humana dentro da sociedade civil, o respeito aos direitos individuais, a vida pública, os limites do poder político e do poder religioso, as funções da Igreja na sociedade e, por sua vez, o papel do indivíduo dentro da Igreja. Sobre essas questões, ressalta-se:

É possível sintetizar a proposta de Tomás de Aquino sobre a dignidade da pessoa humana da seguinte forma: [...] quando [Tomás de Aquino] insiste sobre a dignidade da pessoa humana, imagem de Deus, e demonstra ser o bem comum da sociedade civil um bem comum de pessoas, superior aos bens particulares, que terá de ser por todos distribuído e respeitar os direitos fundamentais de cada um e a ordenação da pessoa à vida eterna; quando caracteriza os chefes políticos, em qualquer regime que seja, como detentores de uma autoridade vinda de Deus e, ao mesmo tempo, como procuradores do povo; quando indica o consentimento popular como fundamento da legitimidade da forma do Estado, seja ela do tipo monárquico ou de outro tipo, e descreve o governo propriamente político, diverso do governo despótico, como o que assegura aos homens as suas justas liberdades (AMEAL, 1952, p. 95-96).

Para o Aquinate, o homem só pode ser considerado *pessoa humana* se for posto como imagem de Deus, ou seja, a *pessoa de Deus* é anterior à origem e causa da pessoa humana. Além disso, deve-se perceber que, pela graça, o ser humano pode participar

da essência ou natureza divina do Criador. Por isso, deve-se compreender que tudo que o ser humano possui é presente ou dádiva divina. O termo *dádiva* não fica limitado apenas às coisas materiais, mas também está vinculado à dimensão ética. Por isso, é exatamente pelo fato de Deus, criador do homem, ser o Ser nobre, digno, que o ser humano, imagem e semelhança de Deus, também é um ser nobre e digno. Por isso, a vida, na sua dimensão maior (a vida animal, a vida contida na natureza etc.), sobretudo na sua dimensão humana – a vida contida no ser humano – precisa ser respeitada, resguardada e protegida.

Para Torrel (cf. 2008, p. 370), quando Tomás de Aquino trata, na *Suma Teológica*, da pessoa humana, enfatiza que esta é dotada de livre-arbítrio, é senhora do seu agir e, conseqüentemente, é conclamada a atingir e seguir o seu *exemplar único*, que é a pessoa de Jesus Cristo, em termos de comunhão e partilha da bem-aventurança. Jesus Cristo se apresentou à humanidade como uma *pessoa*, um indivíduo portador de sentimentos, de ações, um homem que nasceu em uma família e, apesar da sua condição divina, em tudo se comportou como um ser humano. Portanto, tendo-se como exemplo Jesus Cristo, a terminologia *pessoa* é a que pode, sem dúvida, indicar o ser ideal no tocante ao universo da alma. O santo escolástico não vai muito longe para encontrar uma definição de pessoa e enquadrá-la nos seus escritos teológicos. Sua primeiríssima perspectiva brota do pensamento de Boécio, entendendo que pessoa é, antes de tudo, uma substância, porém individual e de natureza racional.

Na ontoética desenvolvida por Tomás de Aquino existe uma íntima relação entre o significado do nome *pessoa*, atribuído ao ser humano, e o dogma trinitário. Isso acontece porque a pessoa humana recebe o mais alto grau de nobreza e de dignidade no universo das coisas criadas pela divindade, porque o ser humano possui uma natureza intelectual. A modalidade de existência na qual se situa a pessoa humana concede-lhe o caráter de mais digno de todas as criaturas, já que implica e evoca um modo de existência por si mesma. Ou seja, a pessoa humana é um microcosmo da trindade cristã (cf. BARBOSA, 2009, p. 69-70).

Em Tomás de Aquino, “a doutrina da revelação só pode ser plenamente compreendida se for percebida como uma doutrina sobre a pessoa humana como o ápice da criação do universo, enfatizando, por conseguinte, sua nobreza em termos de participação na vida divina” (PACHECO, 2009, 16). Nessa perspectiva, de um lado, não existe um abandono ou alienação da dimensão material, biológica e frágil da vida humana. O ser humano é uma criatura dentro da natureza e, por isso, está sujeito a toda forma de dor, limitação e angústia. Por outro lado, o homem, pelo fato de ser filho de Deus, coerdeiro do reino celeste, de ser imagem da trindade divina, é conduzido à vida comunitária, à vida pública e cultural, à dimensão da valorização da ética e da vida. Observa-se que, nesta doutrina, o homem tem clara sua origem sem esquecer ou dispensar um forte realismo da pessoa humana no seu mundo, ou seja, o homem em relação com a comunidade. Todavia, para o Aquinate, a pessoa humana não está apenas ordenada só para com a sociedade política. Levando-se em conta o referencial do seu ser e todas as coisas, o homem e tudo que ele é, na verdade, pode e deve ser ordenado para Deus (cf. *Suma Teológica*, I^a II^a, q. 21 a. 4).

Dentro do que se classificou, ao longo dos estudos tomistas, como o *realismo de Tomás de Aquino*, a pessoa humana está ligada tanto ao mundo material (biológico,

social etc.) quanto ao mundo cosmoético. Essa dupla ligação deve-se à origem divina do ser humano. Essa mesma origem conduz o ser humano, enquanto pessoa, a ter uma dignidade, um respeito em sua dimensão de ser, de criatura possuidora da vida. Ao mesmo tempo, o ser humano não pode ficar alheio ao mundo ou ser o destruidor da vida, do mundo e da natureza. O ser humano, exatamente por ser pessoa humana, o espelho da pessoa divina, é conclamado a ser o protetor da vida e do mundo. É essa relação que torna o debate desenvolvido pelo Aquinate um dos fundamentos do que, na modernidade, é chamado de *direitos humanos*.

CONCLUSÃO

O presente estudo não esgota a discussão em torno da íntima relação entre a obra de Tomás de Aquino, um pensador cristão da escolástica medieval, e os direitos humanos.

Deve-se observar que, de um lado, Tomás de Aquino, um fiel cristão convicto de sua fé e um homem da Igreja, desenvolve sua reflexão, no século XIII, no intuito de organizar um programa de estudos clássicos e éticos para a cristandade medieval e para a recém criada universidade. Por outro lado, o debate proposto pelo Aquinate sobre o direito natural e sobre a dignidade da pessoa humana é atemporal, transcendendo a Idade Média, atravessando a história e chegando à modernidade.

Quando Tomás de Aquino escreve sobre a tríplice relação entre a divindade, o direito natural e a dignidade da pessoa humana, está preocupado com os problemas socioculturais e religiosos do seu tempo, ou seja, do século XIII, uma época marcada por guerras e por disputas entre os príncipes e o papado. Um momento histórico que, apesar do avanço cultural representado, por exemplo, pelo surgimento da universidade, é marcado por um ambiente de medo, de morte e terror.

Essa preocupação, que pode ser classificada como *histórica*, ao que parece, atravessa a história humana até chegar ao século XXI, pois, como consta no Preâmbulo da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948, a sociedade contemporânea parece que não é muito diferente do século XIII, ou seja, é uma sociedade que oscila entre o avanço técnico-científico e a barbárie.

É nesse contexto que a discussão de Tomás de Aquino sobre a dignidade da pessoa humana está, num primeiro plano, voltada aos debates éticos e espirituais desencadeados pelo cristianismo – a religião que “elevou a justiça à categoria de universalidade e acrescentou questões como o indivíduo e a caridade” (CABRAL DE MONCADA, 1995, p. 50). No entanto, num segundo plano, o pensamento escolástico tomaziano funciona como um necessário alicerce para a discussão sobre os fundamentos ontológicos e éticos dos direitos humanos. Vale salientar que, na sociedade contemporânea, é exatamente a falta ou a ausência dessa discussão que ameaça destruir o edifício dos direitos humanos, os quais levaram séculos para serem construídos e reconhecidos por parte significativa da humanidade.

Por fim, afirma-se que os temas do direito natural e da dignidade da pessoa humana, desenvolvidos por Tomás de Aquino em plena Idade Média, são uma das bases para os direitos humanos. Se na sociedade contemporânea, por exemplo, com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, é possível falar e lutar por direitos humanos, um

dos fundamentos mais profundos desse direito é a escolástica medieval e as ideias de Tomás de Aquino.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMEAL, João. *A revolução tomista*. Braga, Portugal: Cruz, 1952.

AQUINO, Marcelo F. Tomás de Aquino: entre a antiguidade tardia e a modernidade renascentista. In: *Síntese, Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, v. 35, n. 111, 2008, p. 33-56.

AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*. Edição em CD-Rom. Lisboa: Permanência, 1998.

_____. *Suma contra os gentios*. II Vol. Porto Alegre: Edpucrs, 1996.

BARBOSA, Francisco de Barros. Nobreza do homem em Tomás de Aquino. In: *Lumen Veritatis*, n. 7, abr./jun., 2009, p. 59-74.

BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de filosofia do direito*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CABRAL DE MONCADA, Luiz. *Filosofia do direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARRIQUIRY LECOUR, Guzmán. A lei natural e os direitos humanos: desde Jacques Maritain até ao relativismo contemporâneo. In: *L'Osservatore Romano*, Roma, 06 de setembro de 2008.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE BONI, Luís Alberto. Os “velhos escolásticos” continuam presentes. Entrevista concedida à Márcia Junges e Alfredo Culleton. In: *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, on-line, São Leopoldo, Ano X, n. 342, dezembro, p. 06-10, 2010.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

FABRO, Cornelio. *Breve introduzioone al tomismo*. Roma: Desclée e Cie., 1960.

GERALDO, Thiago de Oliveira. Análise filosófica-teológica do conceito de ato humano em São Tomás de Aquino. In: *Lumen Veritatis*, n. 13, out./dez., 2010, p. 68-88.

GILSON, Étienne. *O espírito da filosofia medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GREGORI, José. Reflexões no sexagenário aniversário da *Declaração Universal de Direitos Humanos*. In: GIOVANNETTI, Andrea (Org.). *60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009, p. 173-182.

JOSAPHAT, Carlos. *Paradigma teológico de Tomás de Aquino: sabedoria e arte de questionar, verificar, debater e dialogar - chaves de leitura da Suma de Teologia*. São Paulo: Paulus, 2012.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica*. São Paulo: Loyola, 1999.

LOPES, Jorge Filipe Teixeira. Natureza humana e lei natural face ao direito moderno. Um ensaio sobre os direitos humanos à luz de São Tomás de Aquino. In: *Lumen Veritatis*, n. 12, jul./set., p. 58-72, 2010.

MADEIRA, João. A escolástica e os direitos humanos. In: *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, on-line, São Leopoldo, Ano X, n. 342, dezembro, p. 30-32, 2010.

MARITAIN, Jacques. *Os Direitos do Homem e a Lei Natural*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.

NUNES, Claudio Pedroso. *Uma reflexão conceitual-jurídica-cristã de justiça em Tomás de Aquino*. Tese. Doutorado. Programa de Pós-graduação em Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011.

PACHECO, Marcio de Lima. Notas sobre São Tomás de Aquino e a Política. São Paulo: Argelia. 2003. p. 55.

PÉPIN, Jean. Santo Tomás e a filosofia do século XIII. In: CHATELET, François (Org.). *A filosofia medieval: do século I ao século XV*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 152-164.

SANTOS, Gislene A. S.; PAULISTA, Maria Inês. Idade Média X Idade Média. In: *Mirandum*, n. 20, CEMOrOC-Feusp / IJI-Universidade do Porto, 2009, p. 55-68.

TORREL, Jean-Pierre. *Santo Tomás de Aquino: mestre espiritual*. São Paulo: Loyola, 2008.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.



A NATUREZA JURÍDICA DISCRICIONÁRIA DA OUTORGA DIANTE DOS CONFLITOS PELOS USOS MÚLTIPLOS DA ÁGUA

*André Augusto Giuriatto Ferrazo¹,
Gabriela Garcia Batista Lima Moraes²*

RESUMO

A outorga de direito de uso hídrico é um instrumento de racionalização dos usos múltiplos da água cuja natureza jurídica vem sendo contestada em conflitos hídricos. Diante da ausência de estipulação legal nesse sentido, o presente estudo busca apresentar as principais teses quanto à determinação da natureza jurídica da outorga por uma perspectiva de direito regulatório de modo conexo ao direito ambiental. Com amparo da revisão bibliográfica, normativa e da análise de casos de conflitos hídricos no âmbito do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, propõe-se que a natureza jurídica da outorga deve observar a disponibilidade hídrica como elemento mitigador da discricionariedade administrativa. Analisa-se, ainda, os impactos ambientais negativos decorrentes da redução dos valores de vazão hídrica e da concessão de declarações de reserva de disponibilidade, tendo-se em conta a perspectiva precaucional e os interesses dos diretamente envolvidos.

¹ Professor voluntário de Direito dos Desastres Ambientais na Universidade de Brasília - UnB. Doutorando e mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB na Linha de Pesquisa Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade. Pesquisador institucional do Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP. Membro do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade, da Universidade de Brasília - GERN - UnB, atuando no desenvolvimento dos projetos de pesquisa em recursos marinhos, recursos hídricos e mudanças climáticas, com financiamento da FAP-DF e do CNPq. Assessor jurídico no Tribunal Regional Federal da 1ª Região - TRF1 das matérias de direito previdenciário e servidor público civil e militar. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV e advogado.

² Professora Adjunta da Universidade de Brasília (2015-atual). Doutora (2014) em Direito pela Universidade de Aix-Marseille-França e pelo Centro Universitário de Brasília, com bolsa CAPES em um dos períodos de execução do Doutorado. Foi integrante do IX International Workshop for Young Scholars (WISH), em 2012, na Peking University, Shenzhen, China (com financiamento da organização do WISH). Mestre (2009) em Direito pelo Centro Universitário de Brasília em parceria com o Instituto de Desenvolvimento Sustentável e Relações Internacionais da França (IDDDRI), com bolsa CAPES. Especialista em Direito Internacional Ambiental (2008 - UNITAR-UNEP). Bacharel (2007) em Direito, quando foi bolsista CNPq em iniciação científica. Na área de Pesquisa, é colíder do grupo de Estudos Direito dos recursos naturais e sustentabilidade (GERN). É ainda coordenadora do Projeto de Pesquisa - Os Recursos Hídricos face às mudanças climáticas: a função do direito na implementação de medidas de adaptação - com financiamento do CNPq (2017-2020); e do Projeto de Pesquisa "Recursos Hídricos, Saneamento Básico e os efeitos da Mineração no Distrito Federal" com financiamento da FAP-DF (2018-2020).

PALAVRAS-CHAVE: Conflitos hídrico; Outorga de direito de uso hídrico, Natureza jurídica; Redução de vazão outorgada; Declaração de reserva de disponibilidade hídrica.

THE DISCRETIONARY LEGAL NATURE OF THE WATER GRANTING IN THE FACE OF CONFLICTS FOR THE MULTIPLE USES OF WATER

ABSTRACT

The water grants in the Brazilian water resources policy is an instrument for rationalizing the multiple uses of water that has been raising doubts about its legal nature, especially in the context of water conflicts. In the absence of a legal stipulation in this regard, the present study seeks to present the main theses about the determination of the legal nature of the water grants from a perspective of regulatory law connected to environmental law. With the support of the bibliographic and normative revision and the analysis of cases of water conflicts within the scope of the National Water Resources Council, it is proposed that the legal nature of the water grant must observe water availability as a mitigating element of administrative discretion. It also analyzes the negative environmental impacts resulting from the reduction of water flow values and the granting of declarations of availability reserve, bearing in mind the precautionary perspective and the interests of those directly involved.

KEYWORDS: Water conflicts; Granting of water use rights, Legal nature; Flow reduction granted; Water availability reservation statement.

INTRODUÇÃO

A Outorga de direito de uso hídrico é o instrumento jurídico que possibilita gerenciar os múltiplos usos da água no Brasil. Por se tratar de um mecanismo central em torno de um recurso que apresenta usos intersetoriais, ela é amplamente utilizada e apresenta grande importância dentre os elencados pela Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), ao passo que desempenha um papel regulatório disciplinador fundamental para assegurar a disponibilidade de água em quantidade e qualidade³.

Entretanto, grande parte dos conflitos nacionais estabelecidos giram em torno de sua concessão. A Outorga apresenta importantes discussões, por exemplo, quanto à sua natureza jurídica, à sua alteração no processo de regularização hídrica, aos valores de vazão outorgada e, ainda, em razão das disputas pelos termos de sua concessão para realização dos usos múltiplos.

Antes de adentrar na análise dessas questões, necessário se faz compreender alguns aspectos teóricos e jurídicos do instrumento. A Outorga de direito de uso de recursos hídricos é o instrumento por meio do qual se realiza o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso a ela. A competência para a emissão de Outorga é do poder público, federal ou estadual⁴, de acordo com o domínio das águas de abrangência da bacia hidrográfica a que se pretende a sua

³ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Centro de Estudos e Debates Estratégicos. *Instrumentos de gestão das águas* [recurso eletrônico] / Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, Centro de Estudos e Debates Estratégicos; relator Félix Mendonça Júnior; Maurício Boratto Viana, Alberto Pinheiro – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. p. 45 e 53.

⁴ De acordo com a CFRB 88, a água é de domínio da União e Estados e o art. 1º, I da PNRH (Lei nº 9.433/1997) estabelece que a água é um bem de domínio público. A Constituição Federal de 1988 define como bens da União, entre outros, “os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais” (art. 20, III), e são bens dos Estados “I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”.

emissão. Trata-se de ato administrativo a ser efetivado pela autoridade detentora do domínio do recurso hídrico referente ao pedido da outorga, podendo ainda ser objeto de delegação, no que diz respeito à outorga de competência do Poder Executivo Federal em relação aos Estados e ao Distrito Federal⁵.

Por meio da Outorga é possível realizar a integração entre o gerenciamento de recursos hídricos com a gestão ambiental. Isso porque a definição da Outorga e da respectiva quantidade de água a ser disponibilizada para os diversos usos, além dos critérios relativos à hidrologia, leva em consideração as opções e as metas de desenvolvimento social e econômico que tangenciam os múltiplos usos⁶. Diante dessa abertura é que se verifica a oportunidade de incrementar a capacidade de suporte ambiental, uma vez que se trata de um instrumento jurídico aplicável ao campo da gestão, mas que contribui potencialmente para o desenvolvimento sustentável, ao passo que insere preocupações socioambientais.

A medida de consideração do componente ambiental na concessão de Outorga deve ocorrer tendo em vista a expressão que a PNRH apresenta, como objetivo e diretriz geral de ação, a integração entre a gestão de recursos hídricos e a gestão ambiental⁷. Nesse aspecto, que se manifesta na articulação entre os instrumentos de Outorga e o de licenciamento⁸, tem-se a oportunidade de promover a integração dos recursos hídricos por uma perspectiva intersetorial. Isso se deve ao fato de que, ainda que a Outorga seja um elemento de gestão do setor hídrico, os demais setores usuários da água necessitam de sua concessão para realizar suas atividades. Nesse espaço de integração, tem-se a possibilidade de evitar a ocorrência de conflitos de interesses com impactos ambientais.

Considerando a intersetorialidade que o recurso apresenta⁹, a PNRH destacou expressamente os usos múltiplos da água e a utilização da Outorga para estes fins¹⁰. Em razão do caráter multicêntrico dos usos da água em diferentes contextos, esses usos podem se apresentar de modo concorrente, conduzindo a impactos e conflitos ambientais indesejáveis. Tais fatores ressaltam a necessidade da utilização da Outorga diante dos interesses ambientais, sociais e econômicos que o recurso detém, levando-se em conta o objetivo de desenvolvimento sustentável também elencado pela PNRH¹¹, a

⁵ Previsão do art. 14 e o seu §1º, PNRH (Lei nº 9.433/1997).

⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Cadernos de Capacitação em Recursos Hídricos: Outorga de Direito de Uso de Recursos Hídricos. v. 1. vol. 6. P. 15 Disponível em: <<http://bit.ly/2TjavDf>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Cadernos de Capacitação em Recursos Hídricos: Outorga de Direito de Uso de Recursos Hídricos. v. 1. vol. 6. P. 15 Disponível em: <<http://bit.ly/2TjavDf>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁸ Sobre a temática da articulação dos procedimentos para obtenção da Outorga com os procedimentos do licenciamento ambiental, o Conselho Nacional de Recursos Hídricos aprovou duas resoluções específicas a nº 65/2006 e a 129/2011.

⁹ FERRAÇO, André Augusto Giuriatto; MORAES, Gabriela Garcia Batista Lima. O Direito e a Aplicação do Nexa Água-Alimento-Energia: Antigos Pressupostos e Novas Abordagens para a Integração na Gestão dos Recursos Hídricos.in. NOMOS. Vol.38 n. 02. Jul/dez. 2018.

¹⁰ PNRH, Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; Art. 13. Toda Outorga estará condicionada às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos e deverá respeitar a classe em que o corpo de água estiver enquadrado e a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso. Parágrafo único. A Outorga de uso dos recursos hídricos deverá preservar o uso múltiplo destes. BRASIL. Lei nº 9433 de 08 de janeiro de 1997. Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://bit.ly/2UnsfKa>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

¹¹ PNRH, Art. 2º São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos: I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; II - a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com

fim de se assegurar água em quantidade e qualidade para as gerações presentes e futuras.

Assegurar os usos múltiplos do recurso em cenários de escassez hídrica é um desafio de gestão que enfrenta questionamentos de diversas naturezas. No que se refere à Outorga, este artigo volta-se para a análise de três questões elegidas a partir de casos nacionais de conflitos hídricos de interesse, a partir da revisão bibliográfica, normativa e jurisprudencial.

Num primeiro momento, questiona-se o caráter de precariedade que a outorga apresenta e suas repercussões no processo de regularização hídrica, a fim de se identificar a natureza jurídica do instrumento (1). Em seguida, analisa-se a alteração dos valores de vazão hídrica da Outorga e o potencial conflituoso dessa medida devido à garantia dos usos múltiplos e à possibilidade de impactos ambientais negativos, bem como destaca-se a atuação precaucionária na concessão de declarações de reserva de disponibilidade e na concessão de outorgas (2).

1 A NATUREZA JURÍDICA DA OUTORGA DE DIREITO DE USO DA ÁGUA E SEU CARÁTER PRECÁRIO COMO ELEMENTO CONFLITUOSO NO PROCESSO DE REGULAÇÃO HÍDRICA

Embora o direito de uso seja um traço definido da Outorga, a PNRH não possui previsão quanto à sua natureza jurídica, aspecto que leva a questionar a precariedade do ato¹². Por um lado, a Outorga pode ser apontada como um ato administrativo de caráter precário, por outro, pode haver características de direito adquirido. No entanto, uma análise a partir de uma perspectiva ambiental de modo conexo à administrativa, pode apontar que a Outorga é um ato de discricionariedade mitigada, com características de uma discricionariedade técnica¹³ que tem como base a disponibilidade e qualidade hídrica.

Preliminarmente, vale ressaltar que a Outorga não confere o direito de disposição da água, circunscrevendo-se ao simples direito de uso, conforme estabelece o art. 18, da Lei nº 9.433/97¹⁴. O uso da água por terceiro particular como um recurso hídrico carrega consigo a obrigação de que seja destinada à sua própria finalidade, que pode ser limitada pela Administração Pública, mas não desvirtuada de seu fim natural.

vistas ao desenvolvimento sustentável; III - a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais; IV - incentivar e promover a captação, a preservação e o aproveitamento de águas pluviais. BRASIL. *Lei nº 9433 de 08 de janeiro de 1997*. Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://bit.ly/2UnsfKa>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

¹² Uma busca realizada nos sites do Superior Tribunal de Justiça pelos termos “outorga de direito de uso de recursos hídricos + precariedade ou precário” não apresentou resultados que apontassem para a judicIALIZAÇÃO de demandas dessa natureza, restando incerto o possível entendimento jurisprudencial a esse respeito.

¹³ Sobre o tema, entende-se pela discricionariedade técnica nos termos de Carvalho Filho, que ressalta a sua diferença em relação à discricionariedade administrativa, ao observar que, enquanto essa última se refere à margem geral de escolha conferida sobre uma tomada de decisão da Administração Pública, a discricionariedade técnica diz respeito à aplicação dos métodos próprios de outras ciências que lhe conferem informações técnicas-científicas em concreto que auxiliam na tomada de decisão. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico*. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, pp. 30-31.

¹⁴ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 179.

Devido à amplitude do uso do instrumento e por se tratar do meio pelo qual se torna possível utilizar a água, impactando, portanto, em todos os usos e setores que dependem do fornecimento de água para a realização de suas atividades, uma primeira questão sobre esse tema deve ser levantada: qual é a natureza jurídica da Outorga?

Essa questão, que inicialmente se afigura simples, tem sido o cerne das discussões acerca do Caso do Rio São Marcos e apresenta repercussões em toda a gestão hídrica nacional, ao passo que afeta o tratamento da Outorga em empreendimentos hidrelétricos. É o que se extrai das transcrições das reuniões número 145 e 146¹⁵ realizadas no âmbito da Câmara Técnica de assuntos Legais e Institucionais¹⁶ (CTIL) do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), que ocorreram nos dias 25 e 26 de setembro e 13 de novembro de 2018¹⁷.

Essa discussão teve lugar a partir do processo de regularização da bacia do rio São Marcos. Quando do estabelecimento do marco regulatório do rio São Marcos, foi necessário rever a Outorga concedida para a usina hidrelétrica de Batalha, a fim de aumentar a quantidade de água disponível para uso agrícola localizado a montante da barragem até o limite permitido por lei, o que ocasionou uma redução de 5% na produção esperada de energia elétrica. É o que se verifica nas Resoluções nº 362 e 564, de 2010 da ANA, que alteraram o valor de vazão para os usos consuntivos a montante da UHE Batalha.

Além do uso prioritário para a irrigação, o processo de regularização de direitos de água no rio São Marcos pode envolver um elemento de realocação do recurso, por exemplo, na medida em que as Outorgas passam a ser emitidas com base em pressupostos de uso eficiente da água, ao invés da prática corrente no rio, como a geração de energia¹⁸.

Longe de se pretender esgotar toda a discussão sobre a natureza jurídica do instrumento, podem-se destacar dois principais argumentos para responder a essa questão, a partir do que se extrai das reuniões realizadas no âmbito da CTIL sobre o Caso de São Marcos.

A compreensão da natureza jurídica passa pela análise dos elementos jurídicos que aperfeiçoam esse ato e apresentam diferentes repercussões, a depender da forma

¹⁵ Trata-se dos itens 12 e 5 das pautas das respectivas reuniões que se referem à avaliação do pedido da ABRAGE/ABRAGEL referente ao recurso contra a Deliberação Nº 88 do CBH Paranaíba, de 27 de março de 2018, que aprova diretrizes para regulação de usos de recursos hídricos, na bacia do rio São Marcos, afluente do rio Paranaíba. Processo 02000.014618/2018-10. CONSELHO NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS. Câmara Técnica de assuntos Legais e Institucionais. Documentos das Reuniões. *CTIL 2018: 145ª Reunião - 25 e 26 de setembro de 2018*. Item 2 – Transcrição da 145ª reunião da Câmara técnica legal e institucional – CTIL-CNRH 26 09 2018, p. 30.

¹⁶ A Câmara Técnica Legal e Institucional compete acompanhar, analisar e emitir pareceres sobre a legislação nacional de recursos hídricos. MINISTÉRIO DE MEIO AMBIENTE. Conselho Nacional de Recursos Hídricos. Competências. in. *Câmara Técnica de Assuntos Legais e Institucionais - CTIL*. Disponível em: < <http://cnrh.mdr.gov.br/competencias> >. Acesso em: 28 maio. 2020.

¹⁷ Conforme consta nas informações do site do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, não houve outras reuniões nessa câmara desde aquela data. A CTIL foi extinta com o Decreto 10.000 de 2019, da Presidência da República, dando lugar à Câmara de Técnicas de Assuntos Legais, cujas reuniões retornaram apenas em 2020, sendo suspensas pela pandemia do novo Coronavírus. CONSELHO NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS. Câmara Técnica de assuntos Legais e Institucionais. Documentos das Reuniões. *CTIL 2018: 145ª Reunião - 25 e 26 de setembro de 2018 e 146ª Reunião 13 de novembro de 2018*. Disponível em: < <http://cnrh.mdr.gov.br/ctil-documentos-reunioes/ctil-2018> >. Acesso em: 28 maio. 2020.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Governança dos Recursos Hídricos no Brasil*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 225.

como essa natureza é determinada. Por um lado, tem-se a tese defendida pelo setor hídrico e alimentício¹⁹ de que a natureza jurídica da Outorga é de ato administrativo de autorização, o que ressaltaria o caráter precário do instrumento (1.1). Do outro lado, sustenta o setor elétrico a tese de que a natureza jurídica da Outorga de uso de recursos hídricos é de direito adquirido, conferindo maior certeza jurídica quanto à disponibilidade hídrica inserida nos termos da Outorga (1.2).

Ao analisar as teses expostas nas reuniões do Conselho Nacional de Recursos Hídricos com base no Direito Ambiental, a partir da aplicação do Princípio da Integração na gestão dos recursos hídricos nacionais, bem como das possíveis implicações diante da escolha das teses defendidas a partir de uma perspectiva consequencialista, defende-se que a outorga de uso de recursos hídricos apresenta natureza jurídica de ato administrativo de discricionariedade mitigada (1.3).

1.1 A NATUREZA JURÍDICA DA OUTORGA COMO ATO ADMINISTRATIVO DE CARÁTER PRECÁRIO

Associada ao exposto pela Agência Nacional de Águas (ANA), irrigadores e produtores agrícolas nas reuniões da CTIL, a primeira tese sustenta que a Outorga pode ser compreendida como ato administrativo de caráter precário. Essa compreensão parte do que se observa na Lei n° 9.984, de 17 de julho de 2000, que dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas para a implementação da PNRH e instituição de normas para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico²⁰.

Em regra, a autorização por ato administrativo possui caráter unilateral, discricionário, uma vez que é concedido de acordo com a análise de conveniência e oportunidade. Ao ser considerado ato precário, não há direito subjetivo do particular à autorização. Trata-se do ato "pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração"²¹.

Inicialmente, vale destacar que o artigo 4° da referida lei determina que a atuação da ANA obedecerá aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da PNRH. Dentre eles, destaca-se a integração e a Outorga, os quais serão desenvolvidos em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. No inciso IV, o artigo 4° elenca, dentre as obrigações da ANA, a atribuição de outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União²².

¹⁹ O setor alimentício no âmbito das reuniões da CTIL pode ser observado pela participação dos irrigadores e produtores agrícolas que se filiam à tese de que a Outorga, no Caso do rio São Marcos, tem caráter precário. Isso porque esse entendimento implica na redução da vazão para a UHE Batalha, o que aumenta a quantidade de água disponível para a produção agrícola e agropecuária.

²⁰ BRASIL. Lei n° 9.984, de 17 de julho de 2000. *Lei de Criação da Agência Nacional de Águas – ANA*. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 190; PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas. 2015.

²² Art. 4° A atuação da ANA obedecerá aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos e será desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, cabendo-lhe: IV – Outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, observado o disposto nos arts. 5º, 6º, 7º e 8º; BRASIL. Lei n° 9.984, de 17 de julho

Em seguida, o artigo 5º da Lei nº 9.984/ 2000 dispõe sobre os limites de prazos nas Outorgas, estabelecendo como marco temporal para o início da contagem a data de publicação dos respectivos atos administrativos de autorização²³. Há de ser ressaltar, contudo, a presença de previsão de prazo para a vigência do ato administrativo permite um aparente questionamento acerca do alcance da sua precariedade e a possibilidade de existir traços de um ato vinculado, já que o prazo de validade de uma Outorga confere alguma previsibilidade e garantia ao seu detentor, sobre até quando o ato estará em vigor. Contudo, sendo o ato é passível de revisão ante razões de fato, de direito, de conveniência e oportunidade, a discricionariedade permanece como natureza dominante do ato administrativo, independente de qualquer discussão sobre a sua precariedade ou não.

Além disso, a Instrução Normativa nº 4, de 21/06/2000, do Ministério do Meio Ambiente definiu a Outorga de direitos de uso de recursos hídricos como um “ato administrativo, de autorização, mediante o qual o Poder Público Outorgante faculta ao outorgado o direito de uso do recurso hídrico, por prazo determinado, nos termos e condições expressas do respectivo ato”²⁴.

Pelo exposto na lei, torna-se bastante claro que a Outorga seria, então, um ato administrativo de autorização que se insere na competência discricionária da Administração, caracterizando-se pela precariedade e revogabilidade a qualquer tempo. No caso da Outorga, ainda que o particular interessado na autorização possa preencher os requisitos para a concessão, isso não gera direito subjetivo, não havendo que se falar em qualquer direito preexistente, além da atividade objeto do requerimento do particular ser, em princípio, vedada, comportando exceções a partir das considerações de oportunidade e conveniência pelo Poder Público competente²⁵.

Diante da ausência de direito subjetivo e da possibilidade de alteração ou revogação da Outorga²⁶ a qualquer momento mediante motivação, não há direito a indenização ao outorgado. Isso se deve ao fato de que a vigência da Outorga é fundamentada no interesse público, ainda que seja concedida para particular e, além disso, a incerteza

de 2000. *Lei de Criação da Agência Nacional de Águas – ANA*. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

²³ Art. 5º Nas Outorgas de direito de uso de recursos hídricos de domínio da União, serão respeitados os seguintes limites de prazos, contados da data de publicação dos respectivos atos administrativos de autorização: I – até dois anos, para início da implantação do empreendimento objeto da Outorga; II – até seis anos, para conclusão da implantação do empreendimento projetado; III – até trinta e cinco anos, para vigência da Outorga de direito de uso. BRASIL. Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. *Lei de Criação da Agência Nacional de Águas – ANA*. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

²⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito de Acesso à Água*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 51.

²⁵ COUTINHO, Ana Luísa Celino; FARIAS, Talden. Natureza Jurídica da Licença Ambiental. pp. 86-107. in. *Prim@ Facie – Direito, História e Política*. vol. 4. n. 6, 2005. p. 100-101.

²⁶ Art. 15. A Outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias: I - não cumprimento pelo Outorgado dos termos da Outorga; II - ausência de uso por três anos consecutivos; III - necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas; IV - necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental; V - necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas; VI - necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água. BRASIL. Lei nº 9433 de 08 de janeiro de 1997. Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://bit.ly/2UnsfKa>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

diante da disponibilidade hídrica não possibilita assegurar qualquer tipo de direito adquirido aos outorgados²⁷.

1.2 A NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO ADQUIRIDO DA OUTORGA

A segunda tese que se extrai das discussões no CNRH sobre o Caso do Rio São Marcos é sustentada pelos usuários do setor elétrico. A PNRH possibilita a concessão da Outorga por prazos longos, em até 35 anos²⁸, considerando, portanto, um longo período para que seja possível a construção dos empreendimentos necessários ao desempenho das atividades pretendidas, uma vez que a Outorga é um requisito essencial para o uso do recurso e também pressuposto para o licenciamento ambiental.

Essa inteligência do legislador buscou conferir um horizonte de planejamento para que se tornasse viável a execução das atividades pretendidas para o usuário e que são percebidas pela Administração como capazes de alcançar a finalidade pública do uso do recurso, como a geração de energia. Como uma forma de trazer segurança a esse planejamento, a Lei nº 9.984 de 2000, nos artigos 6º e 7º, confere à ANA a faculdade de emitir Outorgas preventivas de uso de recursos hídricos, com a finalidade de declarar a disponibilidade de água para os usos requeridos.

A Outorga preventiva se destina a reservar a vazão passível de Outorga, possibilitando aos investidores o planejamento de empreendimentos que necessitem desses recursos²⁹. Além disso, a concessão ou a autorização de uso de potencial de energia hidráulica de corpo de água de domínio da União serão precedidas de Declaração de Reserva de Disponibilidade Hídrica (DRDH), transformada automaticamente em Outorga de direito de uso de recursos hídricos à instituição ou empresa que receber a concessão ou autorização de uso de potencial de energia hidráulica³⁰. A lei ressalta, ainda, que tanto a Outorga preventiva quanto a DRDH estão condicionadas às prioridades de

²⁷ CAROLO, Fabiana. *Outorga de Direito de uso de Recursos Hídricos: instrumento para o desenvolvimento sustentável? Estudo das bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiáí*. Dissertação de mestrado. Centro de Desenvolvimento sustentável. Universidade de Brasília: Brasília, 2007.

²⁸ Art. 5º Nas Outorgas de direito de uso de recursos hídricos de domínio da União, serão respeitados os seguintes limites de prazos, contados da data de publicação dos respectivos atos administrativos de autorização: III – até trinta e cinco anos, para vigência da Outorga de direito de uso. BRASIL. Lei nº 9.984, de 17 de Julho de 2000. *Lei de Criação da Agência Nacional de Aguas – ANA*. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

²⁹ Art. 6º A ANA poderá emitir Outorgas preventivas de uso de recursos hídricos, com a finalidade de declarar a disponibilidade de água para os usos requeridos, observado o disposto no art. 13 da Lei nº 9.433, de 1997. § 1º A Outorga preventiva não confere direito de uso de recursos hídricos e se destina a reservar a vazão passível de Outorga, possibilitando, aos investidores, o planejamento de empreendimentos que necessitem desses recursos. § 2º O prazo de validade da Outorga preventiva será fixado levando-se em conta a complexidade do planejamento do empreendimento, limitando-se ao máximo de três anos, findo o qual será considerado o disposto nos incisos I e II do art. 5º. BRASIL. Lei nº 9.984, de 17 de Julho de 2000. *Lei de Criação da Agência Nacional de Aguas – ANA*. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

³⁰ Art. 7º A concessão ou a autorização de uso de potencial de energia hidráulica e a construção de eclusa ou de outro dispositivo de transposição hidroviária de níveis em corpo de água de domínio da União serão precedidas de declaração de reserva de disponibilidade hídrica. § 1º A declaração de reserva de disponibilidade hídrica será requerida: I - pela AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, para aproveitamentos de potenciais hidráulicos; § 3º A declaração de reserva de disponibilidade hídrica será transformada automaticamente pelo respectivo poder Outorgante em Outorga de direito de uso de recursos hídricos à instituição ou empresa que receber a concessão ou autorização de uso de potencial de energia hidráulica ou que for responsável pela construção e operação de eclusa ou de outro dispositivo de transposição hidroviária de níveis. § 4º A declaração de reserva de disponibilidade hídrica obedecerá ao disposto no art. 13 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. BRASIL. Lei nº 9.984, de 17 de Julho de 2000. *Lei de Criação da Agência Nacional de Aguas – ANA*. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos e deverão respeitar a classe em que o corpo de água estiver enquadrado e a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso, além de preservar o uso múltiplo desses recursos.

A licitação para a concessão ou autorização do uso de potencial de energia elétrica deve ser precedida da obtenção de Declaração de Reserva de Disponibilidade Hídrica concedida pela ANA a pedido da ANEEL. A DRDH é de fundamental importância para o contrato de concessão, uma vez que é por meio dela que se estabelece o cálculo das garantias físicas³¹, elemento que torna possível estipular o potencial da geração de energia elétrica do empreendimento a ser instalado.

Por essa razão, acredita-se que esse componente da Outorga resta incorporado ao contrato de concessão de modo que não poderia o Poder Público alterá-las, por estar vinculado ao que foi estabelecido em do contrato de concessão, o qual apresenta certeza jurídica. Entende-se, portanto, que essa situação ensejaria em um uso consolidado. Diante disso, haveria um direito adquirido em face da autorização concedida, incorporada ao contrato, líquido e certo, obstando, desse modo, posterior revisão sem indenização.

1.3 A NATUREZA JURÍDICA DA OUTORGA COMO ATO ADMINISTRATIVO DE DISCRICIONARIEDADE MITIGADA

A respeito das teses apontadas, algumas considerações podem contribuir para o entendimento sobre a natureza jurídica da Outorga. Inicialmente, deve-se lembrar de que a outorga não é definitiva, apresentando prazo máximo e podendo haver renovação ou suspensão do direito de uso³². A Outorga é o instrumento que visa garantir o acesso a um recurso escasso que se manifesta como um insumo básico para um processo produtivo³³, característica que ressalta a intrínseca relação entre a sua concessão e a disponibilidade hídrica.

De acordo com o art. 13 da PNRH, o deferimento da Outorga está condicionado às prioridades de uso legais, às prioridades estabelecidas pelos Planos de Recursos

³¹ A garantia física é o Montante, em MW médios, correspondente à quantidade máxima de energia relativa à Usina que poderá ser utilizada para comprovação de atendimento de carga ou comercialização por meio de contratos, estabelecido na forma constante da Portaria MME nº 258, de 28 de julho de 2008. Essa informação é essencial para garantir o financiamento dos projetos hidrelétricos, uma vez que possibilita estimar o rendimento capital da geração de energia elétrica de uma UHE a ser fornecido para futuros consumidores. BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. *Garantia Física - Resolução Normativa ANEEL n. 514, de 30 de outubro de 2012*. in. Busca. Disponível em: <<http://bit.ly/2NIsb56>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

³² PNRH, Art. 15. A Outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias: I - não cumprimento pelo Outorgado dos termos da Outorga; II - ausência de uso por três anos consecutivos; III - necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas; IV - necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental; V - necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas; VI - necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água. Art. 16. Toda Outorga de direitos de uso de recursos hídricos far-se-á por prazo não excedente a trinta e cinco anos, renovável. BRASIL. *Lei nº 9433 de 08 de janeiro de 1997*. Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://bit.ly/2UñsfKa>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

³³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito de Acesso à Água*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 53.

Hídricos³⁴, ao enquadramento dos corpos de água³⁵, à manutenção das condições adequadas para o transporte aquaviário e à preservação do uso múltiplo. Quanto a esses aspectos, a Outorga apresenta traços de natureza vinculada, pela qual se identifica alguns dos seus limites legais, sendo concedida conforme a existência de tais requisitos na análise de cada caso³⁶.

A partir de tais considerações, uma análise de direito ambiental conjugada com a administrativa sustenta a tese de que a Outorga é um ato de discricionariedade mitigada, com características de discricionariedade técnica. O elemento de caráter técnico-ambiental que fundamenta essa concepção é, precisamente, a disponibilidade hídrica, podendo, ainda, haver relação com os outros requisitos legais associados à outorga, como a prioridade do uso da água.

Vale lembrar, a discricionariedade de um ato administrativo³⁷ adentra uma prerrogativa específica dos agentes administrativos de escolherem, entre as várias condutas possíveis, a que interpretarem ser a que melhor atende os interesses da coletividade, com critérios de oportunidade e conveniência³⁸. De modo geral, os limites da discricionariedade estão na lei e nos princípios legais, o que não é de todo evidente como em um ato exclusivamente vinculado, para o qual os requisitos e as características estão certos e precisamente impostos pela lei, sem margem de escolha. É nesse âmbito mitigatório ou limitador da discricionariedade que as reflexões sobre a discricionariedade técnica ganham espaço.

Nos termos de Carvalho Filho, a discricionariedade técnica orienta para o uso de informações técnicas para auxiliar a tomada de decisão que, neste caso, resultará no ato administrativo. O autor reflete sobre as diferenças entre a discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica, ressaltando a primeira estar relacionada à ponderação sobre os meios e a forma de aplicação do interesse público, diante da margem de escolha conferida legalmente sobre uma tomada de decisão da Administração Pública; e a segunda – a discricionariedade técnica, diz respeito à aplicação dos métodos próprios de outras ciências que lhe conferem informações em concreto que auxiliam na tomada de decisão, quando há mais de uma solução a ser adotada³⁹.

³⁴ Os Planos de Recursos Hídricos, de modo geral, correspondem a um importante instrumento de gestão das águas. Concentram informações sobre os usos e diferentes repercussões hídricas, energéticas, sociais, ambientais, entre outras. Devem ser elaborados por Bacia Hidrográfica e por Estado (art. 8º da Lei nº 9.433/1997), sendo a sua elaboração de competência das Agências de águas, no âmbito das suas áreas de atuação (art.44, X, Lei n.9.433/97).

³⁵ O enquadramento dos corpos hídricos em classes tem como finalidade compatibilizar a qualidade do corpo hídrico com o uso mais restritivo ao qual é destinado e de gerenciar os custos envolvendo o combate à poluição, por meio de ações preventivas (inciso II, art. 5º da Lei 9.433 de 1997). Sobre o enquadramento, ver ainda: Resolução 357/05 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) 357/05; Resolução do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) n.º 91 de 2008, entre outras.

³⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito de Acesso à Água*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 59.

³⁷ Nos termos clássicos de Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade é a “margem de liberdade que remanesce ao administrador como resultado da indeterminação quanto ao modo concreto de satisfazer, em cada caso, o resultado querido pela lei”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1984, p.214.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p.54.

³⁹ Para uma melhor exemplificação da discricionariedade técnica, o autor retrata a atuação das agências reguladoras e as regulamentações que decorrem de exames técnicos sobre determinado meio especializado. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico*. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, pp. 30-31.

Essas informações técnicas que auxiliam na tomada de decisão sobre a Outorga pelo direito de uso da água, podem ser aqui exemplificadas pelas informações sobre a base da disponibilidade, qualidade hídrica, definição de prioridades no uso múltiplo, entre outras.

Havendo disponibilidade hídrica para a concessão ou renovação do ato, em termos quantitativo e qualitativo, deve-se observar as prioridades de uso estabelecidas nos planos de recursos hídricos, a prioridade legal e a ancestralidade do pedido. Diante desses fatores, a discricionariedade para a concessão apresenta certo grau de vinculação, atente aos limites legais, e que não podem ser desconsiderados diante do pedido de Outorga. Esses elementos afastam a possibilidade de a Administração estabelecer a alocação de uso da água de modo arbitrário.

Mas há, contudo, uma mutabilidade que não possibilita o caracterizar como direito adquirido. Não se pode olvidar, conforme ressalta a PNRH, a existência das prioridades estabelecidas pela lei e pelos Planos de Bacia Hidrográfica, as quais vinculam o direito de uso da água.

Nesse sentido, frente à indisponibilidade hídrica, ou diante da alteração de algum componente relativo ao enquadramento dos corpos hídricos, a precariedade do ato se torna ainda mais evidente. Os outorgados não têm direito adquirido a que o Poder Público garanta o fornecimento e a existência da quantidade de água indicada na DRDH que será convertida em Outorga, podendo modificá-la, desde que suficientemente motivada, a partir da análise do interesse público⁴⁰.

Em suma, havendo disponibilidade, a Outorga se torna um ato potencialmente vinculante, mas ainda permanece predominantemente discricionário. Nesses termos, sempre que faltar disponibilidade hídrica, a Outorga pode ser alterada, ao passo que essa disponibilidade se insere numa consideração de riscos e mudanças climáticas capazes de ensejar alterações nos termos da sua concessão. Uma vez que essa disponibilidade hídrica tenha se esvaído, deverá se observar as prioridades de uso estabelecidas pelos Planos de Bacia Hidrográfica e a prioridade legal para o abastecimento humano e a dessedentação de animais.

Ao se considerar o cenário de incerteza diante das alterações climáticas que afetam os ciclos das chuvas e, conseqüentemente, a existência de água, parece claro que não há direito adquirido à disponibilidade hídrica por meio da Outorga, uma vez que a esses fatores impossibilitam ao Poder Público assegurar a existência do recurso natural. Há, de fato, uma vinculação do ato administrativo para a concessão, que se ampara na disponibilidade hídrica e nos usos prioritários estabelecidos em função dessa disponibilidade. Contudo, não se deve confundir a vinculação do ato administrativo com a natureza de direito adquirido, na medida em que a água, como recurso natural de uso comum do povo⁴¹, não pode ser caracterizada como uma propriedade.

A implicação prática de se entender a natureza jurídica da Outorga como ato administrativo precário reside na possibilidade de, a partir dessa característica, conferir maior abertura para a discricionariedade da Administração Pública na gestão do recurso, de modo que seja possível prezar pelos usos múltiplos do bem e garantir a vazão

⁴⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito de Acesso à Água*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 53.

⁴¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito de Acesso à Água*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 14-15.

ecológica⁴². Isso porque é possível suspender, reduzir ou modificar os termos da Outorga de acordo com o interesse público da administração a partir das considerações realizadas pelos órgãos gestores, como vem ocorrendo na UHE Batalha com as sucessivas reduções de vazão.

2 OS MECANISMO DE GARANTIA DOS USOS MÚLTIPLOS EM SITUAÇÃO DE ESCASSEZ E SEUS IMPACTOS AMBIENTAIS

A alteração dos termos de uso da Outorga pode ser um artifício que visa ganhos ambientais para a gestão hídrica, uma vez que se trata de uma medida normativa de racionalização. Contudo, a utilização desse recurso, especialmente em situações de escassez hídrica, implica em conflitos de interesse, uma vez que a redução da vazão Outorgada em um local específico da bacia hidrográfica implica em alteração do volume disponível tanto à montante quanto à jusante. Essas alterações podem acarretar impactos ambientais indesejáveis, uma vez que influencia na vazão ecológica dos rios, e trazer consequências que obstam a garantia dos usos múltiplos, contrariando, assim, uma das finalidades da Outorga.

Para a proteção ambiental da água, a alteração da vazão outorgada possibilita que, a depender da disponibilidade hídrica que se verifique na situação concreta, ocorra a proteção ambiental do recurso, a continuidade de prestação dos serviços público, além de assegurar o uso múltiplo, na medida em que passam a preservar um volume útil de vazão da água (2.1). Outra importante ferramenta de proteção dos recursos hídricos é a suspensão da concessão de outorgas e das declarações de reserva de disponibilidade hídrica, que apresentam forte caráter de precaução ambiental, assim como materializam a participação democrática na gestão compartilhada da água (2.2)

2.1 A ALTERAÇÃO DA VAZÃO OUTORGADA COMO MECANISMO DE GARANTIA DOS USOS MÚLTIPLOS DA ÁGUA

Um caso que envolve a redução das vazões no uso da água com objetivo de preservar os usos múltiplos e a geração de energia toma lugar no Rio São Francisco⁴³. A Ação Civil Pública nº 0800279-14.2016.4.05.8504⁴⁴, que tramita na 9ª Vara Federal da Secretaria Judiciária de Sergipe, área de jurisdição do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, apresenta uma demanda da Sociedade Sócio-Ambiental do Baixo São Francisco - Canoa de Tolda em face da Companhia Hidroelétrica do São Francisco – CHESF, da

⁴² Mesmo com a captação de água deve-se garantir uma quantidade mínima de água nos corpos hídricos, vital para a manutenção dos ecossistemas fluviais. Esse mínimo é denominado vazão ecológica ambiental, como também de águas residuais, águas remanescentes, vazão reduzida, dentre outras denominações. A vazão ecológica é a quantidade de água que deve permanecer no leito dos rios para atendimento das demandas do ecossistema aquático, para preservação da flora e da fauna relacionada ao corpo hídrico. VESTENA, Leandro Redin; OLIVEIRA, Ederson Dias de; CUNHA, Márcia Cristina da; THOMAZ, Edivaldo Lopes Thomaz. Vazão ecológica e disponibilidade hídrica na bacia das Pedras, Guarapuava-PR. in. *Ambi-Água*, Taubaté, v. 7, n. 3, p. 212-227, 2012.

⁴³ O rio São Francisco nasce na Serra da Canastra (MG) e chega à sua foz, no Oceano Atlântico, entre Alagoas e Sergipe, percorrendo cerca de 2.800 km, passando por Minas Gerais, Bahia, Pernambuco, Alagoas e Sergipe. A área possui 503 municípios e engloba parte do Semiárido, que corresponde a aproximadamente 58% dessa região hidrográfica, que está dividida em quatro unidades: Alto, Médio, Submédio e Baixo São Francisco. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA. Defluência mínima diária de Sobradinho e Xingó continua em 550 m³/s até março de 2019. in. *NOTÍCIAS*. Disponível em: <<http://bit.ly/2Tv42UP>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁴⁴ Outras duas demandas similares a essa tramitam no mesmo juízo. São as Ações Cíveis Públicas nº 0801538-90.2015.4.05.8500 e nº 0801113-29.2016.4.05.8500.

União, do IBAMA e da ANA, devido à degradação da qualidade da água em razão das sucessivas reduções de vazão solicitadas pela geradora de energia⁴⁵.

A principal alegação é de que a qualidade da água do Rio São Francisco para o abastecimento humano e para a navegabilidade estaria sendo afetada pelo surgimento da flora de macrófitas aquáticas e de diversas espécies de algas, com aumento de áreas ameaçadas por processos de eutrofização e da produção de substâncias tóxicas. A razão desse crescimento desequilibrado de algas estaria relacionada à redução de vazão praticada pela CHESF, autorizada pela ANA e pelo IBAMA com início em abril de 2013, uma vez que as usinas de Xingó⁴⁶ e Sobradinho⁴⁷ passaram a operar com vazões em até 550 m³/s⁴⁸, bastante inferiores aos 1300 m³/s estabelecidos inicialmente no licenciamento ambiental.

No tocante às sucessivas reduções, deve-se considerar que a Lei nº 9.984 de 2000 determina a competência da ANA para definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos, conforme estabelecido nos Planos de Recursos Hídricos das respectivas bacias hidrográficas⁴⁹. Essa disposição auxilia a ANA na garantia dos múltiplos usos da água, evitando que ocorra o favorecimento de algumas atividades, ainda que de importância nacional, como a geração de energia em detrimento das demais.

No caso do Rio São Francisco, em especial, outra disposição normativa gera importante discussão, uma vez que se trata de uma região constantemente afetada por eventos de indisponibilidade hídrica. A Lei de criação da ANA prevê, ainda, a responsabilidade da agência para planejar e promover ações articuladas que se destinam a prevenir e minimizar os efeitos de secas e inundações, no âmbito do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos⁵⁰.

⁴⁵ Todas as peças referentes ao andamento da ação civil pública em comento, até a data de outubro de 2018, foram encaminhadas pela procuradoria da ANA para o e-mail do autor através de solicitação realizada em uma reunião junto à agência, uma vez que se trata de ação pública.

⁴⁶ Localizada entre Alagoas e Sergipe, a hidrelétrica de Xingó também é operada pela CHESF. Com capacidade de armazenamento de 3,8 trilhões de litros em seu reservatório, tem uma potência instalada de 3.162.000 kW e está a 179 km da foz do São Francisco, entre os municípios de Piaçabuçu (AL) e Brejo Grande (SE). AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA. Defluência mínima diária de Sobradinho e Xingó continua em 550 m³/s até março de 2019. in. NOTÍCIAS. Disponível em: <<http://bit.ly/2Tv42UP>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁴⁷ A hidrelétrica de Sobradinho fica na Bahia, a 748 km da foz do rio São Francisco. Além da geração de energia, o reservatório cumpre o papel de regularização dos recursos hídricos da região, que abrange municípios como Juazeiro (BA) e Petrolina (PE). Operada pela CHESF, a hidrelétrica tem potência instalada de 1.050.300 kW e seu reservatório tem capacidade de armazenamento de 34.117 hectômetros cúbicos (34,117 trilhões de litros) – maior da bacia do São Francisco. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA. Defluência mínima diária de Sobradinho e Xingó continua em 550 m³/s até março de 2019. in. NOTÍCIAS. Disponível em: <<http://bit.ly/2Tv42UP>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁴⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA. Defluência mínima diária de Sobradinho e Xingó continua em 550 m³/s até março de 2019. in. NOTÍCIAS. Disponível em: <<http://bit.ly/2Tv42UP>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁴⁹ Lei nº 9.984 de 2000, Art. 4º A atuação da ANA obedecerá aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos e será desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, cabendo-lhe: XII – definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, visando a garantir o uso múltiplo dos recursos hídricos, conforme estabelecido nos planos de recursos hídricos das respectivas bacias hidrográficas; BRASIL. Lei nº 9.984, de 17 de Julho de 2000. *Lei de Criação da Agência Nacional de Águas – ANA*. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁵⁰ Lei nº 9.984 de 2000, Art. 4º X – planejar e promover ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos de secas e inundações, no âmbito do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, em articulação com o órgão central do Sistema Nacional de Defesa Civil, em apoio aos Estados e

Diante de tais elementos, a ANA justifica a emissão de Resoluções⁵¹ que autorizam temporariamente a redução das descargas mínimas dos reservatórios de Sobradinho e Xingó como uma medida de gestão em face das condições hídricas críticas que se apresentaram para o caso. Com a redução da disponibilidade hídrica que a região enfrenta desde 2013, as resoluções que autorizam a redução da vazão se apresentam como medidas que visam preservar o estoque de água disponível nos reservatórios, frente à sua importância para o atendimento aos usos múltiplos que já estão Outorgadas e para o abastecimento de várias cidades da região.

A primeira redução se deu com a Resolução nº 442/2013 da ANA, que permitiu a redução da vazão mínima outorgada para 1.100 m³/s em vez dos 1.300 m³/s adotados em situação de normalidade hidrológica. Em abril 2015, a ANA editou a Resolução nº 206/2015, que manteve a prática dos 1.100 m³/s, mas permitiu a redução para 1.000 m³/s nos dias úteis e sábados de 0h a 7h e durante todo o dia aos domingos e feriados. Já de junho a dezembro daquele ano, a Resolução nº 713/2015 permitiu a redução do patamar mínimo para 900 m³/s. Em janeiro de 2016, ocorreu a redução para 800 m³/s, com a publicação da [Resolução nº 66/2016](#), vazão adotada até 31 de outubro do ano. O patamar de 700 m³/s foi estabelecido pela Resolução nº 1.283/2016, com previsão até março de 2017, a partir do qual a ANA passou a adotar o critério de defluência mínima média diária.

Com a [Resolução nº 347/2017](#), a descarga mínima de Sobradinho passou a poder ser realizada instantaneamente a partir de 665 m³/s, desde que a média diária total fosse de 700 m³/s. De abril a julho de 2017, a [Resolução nº 742/2017](#) autorizou a prática acima de 570 m³/s com a média diária de 600 m³/s. De julho em diante, a [Resolução nº 1.291/2017](#) autorizou a prática de uma liberação de água acima de 523 m³/s, garantindo a média de 550 m³/s.

A ANA alega, ainda, que a redução da vazão mínima dos reservatórios de Sobradinho e Xingó se confirma como uma medida para garantir os usos múltiplos. Isso por que simulações mostram que, se as reduções não tivessem sido postas em prática, o reservatório de Sobradinho teria esgotado seu volume útil ainda em outubro de 2014, ocasionando a perda da capacidade de regularização para o atendimento aos usos múltiplos da água⁵².

A partir dessas estimativas, as reduções de vazão evitaram o agravamento da escassez de água na bacia do rio São Francisco e, por consequência, mantiveram o atendimento aos usos múltiplos e preservaram o abastecimento humano como prioridade. Ainda que possa se verificar o surgimento de algas, cenário pior de escassez hídrica poderia ocorrer caso essas medidas não tivessem sido tomadas, o que agravaria o impacto socioambiental em situações de indisponibilidade hídrica.

A CHESF chama atenção para o fato de que a redução de vazão não favorece apenas o setor de geração de energia, mas também o abastecimento humano, a irrigação e

Municípios. BRASIL. Lei nº 9.984, de 17 de Julho de 2000. *Lei de Criação da Agência Nacional de Águas – ANA*. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁵¹ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA. Defluência mínima diária de Sobradinho e Xingó continua em 550 m³/s até março de 2019. in. *NOTÍCIAS*. Disponível em: <<http://bit.ly/2Tv42UP>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁵² BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. Ação Civil Pública (ACP) nº 0800279-14.2016.4.05.8504 - 9ª Vara Federal da Secretaria Judiciária de Sergipe. Juíza Federal Adriana Franco Melo Machado. p. 498.

a indústria da região, viabiliza a navegação e busca assegurar as atividades de pesca, turismo e lazer⁵³. Além disso, destaca a importância da energia elétrica para o atendimento dos usos da população e para o crescimento econômico do país, constituindo-se serviço público indispensável que se ampara no princípio da continuidade de sua prestação⁵⁴.

No caso do rio São Francisco, a redução da vazão nos reservatórios de Sobradinho e Xingó pode apresentar, como se nota pelas alegações das partes, aspectos positivos e negativos para preservação do recurso em situação de crise hídrica. A real compreensão dos efeitos que podem ser originados pela redução ou não redução da vazão restam incertos, aguardando avaliação pericial no bojo do processo analisado para esse caso.

Conforme a audiência de saneamento cooperativo realizada em 01 de agosto de 2018, a justiça federal entendeu pela necessidade da realização de inspeção judicial para verificação *in loco* dos problemas apresentados, mormente nos pontos de captação de água na extensão do Rio São Francisco objeto de investigação. Após a inspeção, será realizada prova pericial com base nos quesitos a serem apresentados oportunamente pelas partes envolvidas⁵⁵.

A partir do resultado dos estudos e da análise das provas especificadas é que será possível entender as reais causas da degradação da qualidade da água e, então, determinar o nexos causal, indispensável à responsabilidade civil objetiva por dano ambiental para a configuração do dever de reparação. No entanto, a insuficiência de integração das medidas adotadas para essa situação de crise hídrica se apresenta de modo bastante claro.

O enfrentamento da situação hídrica pela qual passa o rio São Francisco, de fato, requer a implementação de medidas que sejam capazes de atenuar os efeitos da escassez de água sob os usos múltiplos. Por essa razão, a atuação dos demandados para a redução da vazão apresenta justificativa suficiente na garantia de algum grau de segurança hídrica para que seja possível gerenciar os usos prioritários e os usos múltiplos da região⁵⁶. Contudo, a prática de medidas de gestão deve ser acompanhada de medidas que busquem a redução dos riscos ambientais.

Nesse cenário, a setorização hídrica é marcada pela atuação dos atores que gerenciam o recurso hídrico de modo desconexo com o órgão ambiental em uma questão hidrelétrica. A ANA tem responsabilidade sobre as condições de operação de

⁵³ BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. Ação Civil Pública (ACP) nº 0800279-14.2016.4.05.8504 - 9ª Vara Federal da Secretaria Judiciária de Sergipe. Juíza Federal Adriana Franco Melo Machado. p. 845.

⁵⁴ O princípio da continuidade do serviço público ressalta a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido. Pode ser entendido como um subprincípio derivado da obrigatoriedade do desempenho de atividade administrativa que, por sua vez deriva do princípio fundamental da indisponibilidade do interesse público para a Administração. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 706.

⁵⁵ BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. Ação Civil Pública (ACP) nº 0800279-14.2016.4.05.8504 - 9ª Vara Federal da Secretaria Judiciária de Sergipe. Juíza Federal Adriana Franco Melo Machado. p. 2291.

⁵⁶ Situação semelhante foi observada no Caso da bacia do Rio Piranhas-Açu, em que o uso intensivo das águas do sistema Curema-Açu vinha causando conflitos entre os usuários, principalmente para irrigação e carcinicultura, e entre o poder público dos Estados da Paraíba e Rio Grande do Norte. AMORIM, Alcides Leite de; RIBEIRO, Márcia Maria Rios; BRAGA, Cybelle Frazão Costa. Conflitos em bacias hidrográficas compartilhadas: o caso da bacia do rio Piranhas-Açu/PB-RN. pp. 36-45. in. *Revista Brasileira de Recursos Hídricos*. vol. 21, n. 1, Porto Alegre, jan-mar 2016.

reservatórios e deve atuar para garantir o uso múltiplo de recursos hídricos⁵⁷, o que ocorre por meio de resoluções que autorizam a redução da vazão concedida na Outorga. Já o IBAMA não deve ser omissivo em relação a condutas potencialmente danosas ao meio ambiente⁵⁸, como se verifica nas sucessivas Autorizações Especiais que permitiram reduções da vazão do Rio São Francisco.

O que se percebe na análise do caso, a partir dos elementos colacionados à Ação Civil Pública em questão, é que a formação de algas e a degradação da qualidade da água apresenta alguma relação com as reduções de vazão, como apontam até mesmo as notas técnicas apresentadas pelo IBAMA ao longo do processo⁵⁹. Mas essa relação de causalidade ainda é permeada de grande incerteza, podendo ter origem em outros fatores que atingem a região do Rio São Francisco. Essa incerteza poderia ter sido evitada pela atuação do IBAMA com a exigência de estudos ambientais, típicos do procedimento de licenciamento ambiental, para avaliar se a redução da vazão é uma medida ambientalmente aceitável diante dos riscos.

Ainda que as simulações trazidas pela ANA apontem para um cenário de crise hídrica, a autorização das reduções apresenta violações latentes ao Princípio da Precaução⁶⁰, ao passo que as simulações realizadas se fundamentam no aspecto hidrológico e não necessariamente apresentam resultados quanto ao impacto ambiental das possíveis medidas a serem adotadas. O que se observa nesse caso é que as reduções de vazão no rio São Francisco foram aprovadas pelo IBAMA sem que se realizassem análises prévias para avaliar os impactos ambientais decorrentes da diminuição da vazão para essa atividade, como o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, a Avaliação Ambiental Integrada e a Avaliação Ambiental Estratégica voltados aos impactos sinérgicos e cumulativos da Bacia do Rio São Francisco em cenário de escassez hídrica. Outra crítica presente é que, do ponto de vista da fundamentação da tomada de decisão no âmbito administrativo, esses instrumentos de estudos técnicos teriam sido fundamentais e

⁵⁷ Art. 4º, incisos X e XII da Lei nº 9.984/2000. BRASIL. Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. *Lei de Criação da Agência Nacional de Águas – ANA*. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁵⁸ Res. CONAMA nº 237 de 1997, Art. 19. O órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer: I - Violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais. II - Omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença. III - superveniência de graves riscos ambientais e de saúde. BRASIL. MINISTÉRIO DE MEIO AMBIENTE – MMA. Res. CONAMA nº 237 de 1997. Disponível em: <<http://bit.ly/2SMqK6q>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁵⁹ BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. Ação Civil Pública (ACP) nº 0800279-14.2016.4.05.8504 - 9ª Vara Federal da Secretaria Judiciária de Sergipe. Juíza Federal Adriana Franco Melo Machado.

⁶⁰ O princípio da precaução, encontrado no Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, possui o objetivo de atuar na falta de certeza nos estudos científicos realizados, prevenindo os danos ainda não constatados, mas que se apresentam como ameaças ao caso concreto, devendo ocorrer a reunião das ideias de incerteza científica e a ameaça de degradação do meio ambiente que se quer prevenir. Sobre o assunto: OLIVEIRA, Carina Costa de.; MORAES, Gabriela G. B. Lima; FERREIRA, Fabrício Ramos. *A interpretação do princípio da precaução pelos Tribunais: análise nacional, comparada e internacional*. Campinas, SP: Editora Pontes, 2019; FISHER, Luly Rodrigues da Cunha; ROSSO, Carolina Maria de Jesus. Prevenção e Precaução: comparação entre a legislação internacional ambiental, entendimentos doutrinários e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista da AGU*. Brasília-DF, v. 16, n. 04, p. 113-138, out./dez. 2017, p. 118-119 e OLIVEIRA, C. C.; FERREIRA, F. R.; MORAES, G. G. B. L.; BARBOSA, I. S. Os Limites Do Princípio Da Precaução Nas Decisões Judiciais Brasileiras Em Matéria Ambiental. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 327-356, mar./ago. 2018. Disponível em: <http://bit.ly/2C3ItRy>. Acesso em: 28 maio. 2020. SILVA, Solange Teles. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 85-100 e VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

auxiliares sob a perspectiva de direcionamento de uma discricionariedade técnica, com respaldo em elementos técnicos científicos.

Esse fato aponta para uma desconsideração do artigo 1º, inciso V, da Lei nº 9.433/97 e artigo 5º, inciso III, da Resolução nº 01, de 23/01/1986 do CONAMA, diante da ausência de Avaliação de Impacto Ambiental voltada para a Bacia Hidrográfica do rio São Francisco como unidade sistêmica de gestão. No mesmo sentido, as constantes reduções da vazão realizadas pela CHESF desde 2013 se consubstanciam em uma atividade com impactos ambientais em potencial para a biota e para a configuração do manancial, sendo necessário, portanto, o Estudo do Impacto Ambiental com o Relatório de Impacto Ambiental, aprovados pelo IBAMA, nos termos do art. 1º, III e IV e art. 2º, da Resolução nº 01, de 23/01/1986, do CONAMA e do art. 225, §1º, IV da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Por outro lado, verifica-se, ainda, a ocorrência da fragmentação hídrica no caso do rio São Francisco, na medida em que há uma preocupação com o volume de água assegurado para o uso múltiplo à montante da barragem de Xingó. O gerenciamento da situação enfrentada deve ter a consideração da bacia hidrográfica do rio São Francisco como uma unidade de gestão sistêmica, complexa e com interações sinérgicas que impedem a tomada de decisão pelos órgãos gestores hídrico e ambiental para uma determinada região específica.

A modificação da vazão inicial de 1.300 m³/s para 550 m³/s afeta não apenas o uso múltiplo da região próxima ao Xingó como acarretam em repercussões ambientais, sociais e econômicas de toda a bacia hidrográfica. Essa percepção, por si só, contraria o cerne do Princípio da Integração Ambiental, na medida em que desconsidera a inter-relação dos três pilares mencionados no planejamento e execução de uma política pública voltada aos recursos hídricos.

2.2 A SUSPENSÃO DA CONCESSÃO DE OUTORGAS E DAS DECLARAÇÕES DE RESERVA DE DISPONIBILIDADE HÍDRICA COMO MEDIDA DE PRECAUÇÃO AMBIENTAL

Em uma lógica similar ao observado no Rio São Francisco, mas partindo de uma medida preventiva à ocorrência de fragmentação e setorização da água em uma mesma região, foi que a ANA suspendeu a concessão de Outorgas e declarações de reserva de disponibilidade hídrica para empreendimentos hidrelétricos em rios nacionais na Região Hidrográfica do Paraguai⁶¹, onde se encontra o Pantanal mato-grossense. A medida implementada pela Resolução nº 64/2018 da ANA⁶² tem como objetivo evitar que a construção das barragens para a geração de energia elétrica prejudique os usos múltiplos da bacia, em especial a pesca e o turismo, além de pretender a preservação da Região que abriga um importante bioma brasileiro.

⁶¹ A Região Hidrográfica Paraguai ocupa 4,3% do território brasileiro (363.446 km²), abrangendo parte de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, o que inclui a maior parte do Pantanal, maior área úmida contínua do planeta. Os principais cursos d'água são: rio Paraguai, Taquari, São Lourenço, Cuiabá, Itiquira, Miranda, Aquidauana, Negro, Apa e Jauru. Na Região Hidrográfica do Paraguai moram 2,39 milhões de pessoas, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sendo 87% em áreas urbanas. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). NOTÍCIAS. ANA interrompe temporariamente concessão de Outorgas para novas hidrelétricas na Região Hidrográfica do Paraguai. Disponível em: <<http://bit.ly/2SKOYy1>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁶² AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). Resolução nº 64, de 04 de setembro de 2018 - Documento nº 00000.054763/2018-16. Disponível em: <<http://bit.ly/2ECS563>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

A atuação da ANA na região hidrográfica do Paraguai privilegia não apenas a integração e precaução ambiental, como também a participação democrática na gestão dos recursos hídricos. A Resolução confere normatividades a algumas disposições do Plano de Recursos Hídricos da região do Paraguai⁶³, elaborado pelos governos do Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e pela sociedade civil, que apresenta como uma de suas diretrizes para a Outorga a necessidade de aguardar os resultados dos estudos sobre os efeitos socioeconômicos e ambientais da implantação de empreendimentos hidrelétricos, que estão previstos para serem concluídos até 2020.

Ao conferir normatividade às diretrizes de gestão estipuladas no plano da região hidrográfica, a ANA promove a inclusão social das populações no processo de implementação da PNRH. Essa atuação conduz à construção de uma visão das águas da região hidrográfica, considerando-se a formação da bacia e fazendo frente à fragmentação do recurso para além do valor econômico previsto para a água pela legislação brasileira (art. 1º, II da Lei 9.433/97). Nesse sentido, a integração da população no processo de escolhas das diretrizes para a Outorga, que são inseridas no Plano de Recursos Hídricos, possibilita a satisfação de suas necessidades em razão do potencial ecológico dos recursos ambientais presentes na região e respeita as suas identidades coletivas⁶⁴.

Não obstante, as questões hídricas enfrentam complexidade que se reconfigura constantemente. É um grande desafio jurídico de regulação compatibilizar demandas setoriais, constituídas por atos ou contratos administrativos, como a geração de energia elétrica, com outras regulações setoriais incidentes sobre o mesmo recurso, como a irrigação e abastecimento humano, ou, ainda com programas decorrentes de normas ou atos posteriores⁶⁵, a exemplo da mudança das prioridades de uso da água que podem ser estabelecidas pelos Planos de Bacia Hidrográfica sob situações anteriores à normativa vigente da PNRH.

Certo é que o regime jurídico em situação de escassez é claro quanto à prioridade legal de abastecimento humano e dessedentação de animais⁶⁶ e, além disso, que a Outorga de direito de uso não deve prejudicar o uso múltiplo da água⁶⁷. Diante dessas estipulações, a administração da água enquanto recurso natural multissetorial, reclama a participação democrática dos atores, setores e particulares interessados e afetados pelo uso do recurso, bem como a observância dos princípios da Prevenção e da Precaução ambiental na Outorga de direito desses usos.

De modo geral, a proposta de inserir no planejamento da gestão do recurso as contribuições manifestadas pelos múltiplos interesses, bem como a proteção ambiental para garantir a quantidade e a qualidade é a proposta do Princípio da Integração aplicada à gestão dos recursos hídricos. Essa compreensão, que pode ser operacionalizada pela incorporação das estipulações dos Planos de Bacia Hidrográfica ao procedimento

⁶³ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). *Plano de Recursos Hídricos da Região Hidrográfica do Rio Paraguai – PRH Paraguai*. Disponível em: <<http://bit.ly/2TggxEH>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁶⁴ SILVA, Solange Teles da. Gestão compartilhada das águas na Amazônia. In: Hernando Bernal Zamudio. (Org.). *Amazonia y Agua: Desarrollo Humano Sostenible en el Siglo XXI*. Paris: UNESCO Etxea. 2009, p. 437-447.

⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Prioridade Legal do Abastecimento Público e Geração Hidrelétrica. In: *Veredas do Direito*. v. 14, n. 28. p. 361-380. jan/abril. 2017, p. 363.

⁶⁶ Art. 1º, III, da PNRH. BRASIL. *Lei nº 9433 de 08 de janeiro de 1997*. Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://bit.ly/2UnsfKa>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

⁶⁷ Art. 13, parágrafo único da PNRH. BRASIL. *Lei nº 9433 de 08 de janeiro de 1997*. Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://bit.ly/2UnsfKa>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

de Outorga de direito de uso da água, por exemplo, faz frente à fragmentação e setorização, como foi observado na Região Hidrográfica do Paraguai.

CONCLUSÃO

A ausência de previsão normativa quanto à natureza jurídica da Outorga do direito de uso da água pode suscitar dúvidas aparentes quanto à precariedade do ato. Se, por um lado, ela pode ser apontada como um ato de caráter precário, por outro lado ela poderia apresentar feições de direito adquirido. Contudo, ao se interpretar a legislação de Direito dos recursos hídricos em conjunto com o Direito ambiental e com os preceitos de Direito administrativos acerca da discricionariedade dos atos da administração pública, é possível extrair da sua natureza jurídica, um ato administrativo de discricionariedade mitigada, com características de discricionariedade técnica; haja vista, tanto a sua vinculação aos preceitos legais expressos, como, na fundamentação, a possibilidade de vinculação às informações técnicas sobre a disponibilidade da água.

Como retratado pelo setor hídrico e de irrigação no Caso do Rio São Marcos, a interpretação quanto à precariedade da outorga é sustentada pela necessidade de aquiescência prévia da Administração, de caráter unilateral, a partir de uma análise de conveniência e oportunidade. Nessa perspectiva, a outorga não gera direito subjetivo ao particular autorizado. Além disso, a Instrução Normativa nº 4, de 21/06/2000, do Ministério do Meio Ambiente definiu a Outorga de direitos de uso de recursos hídricos como um “ato administrativo, de autorização, mediante o qual o Poder Público Outorgante faculta ao outorgado o direito de uso do recurso hídrico, por prazo determinado, nos termos e condições expressas do respectivo ato”, apresentando a outorga como um ato administrativo de autorização, caracterizado pela precariedade de revogabilidade, não havendo que se falar em direito à indenização pela revogação da outorga.

Por outro lado, o setor de geração de energia sustenta que a concessão da outorga é marcada por longos prazos de direito de uso, horizonte que possibilita o planejamento do necessário para o particular empreender a finalidade de uso, assim como se submeter ao licenciamento ambiental. A outorga preventiva, nessa linha de raciocínio sentido, confere segurança jurídica ao empreendedor, a partir da declaração de reserva de disponibilidade hídrica, posteriormente convertida em outorga.

Não obstante, a outorga não é uma autorização definitiva, apresentando prazo máximo e podendo ser renovada ou suspensa. Tendo-se em conta os usos múltiplos da água, a outorga é o instrumento de controle para o uso da água, apresentando, portanto, íntima relação com a disponibilidade hídrica. Nos termos da PNRH, a concessão da outorga é vinculada às prioridades de uso legais, às prioridades estabelecidas pelos Planos de Bacia Hidrográfica, ao enquadramento dos corpos de água, à manutenção das condições adequadas para o transporte aquaviário e à preservação do uso múltiplo.

Diante desses fatores, reforça-se aqui a interpretação de que a natureza jurídica da outorga é a de ato administrativo de discricionariedade mitigada, com elementos de uma discricionariedade técnica. O elemento de caráter ambiental que fundamenta a natureza do ato administrativo é a disponibilidade hídrica. Em cenários de disponibilidade, a Outorga se torna um ato potencialmente vinculante, observando-se as prioridades de uso e a ancestralidade do pedido. No entanto, diante de um cenário de

escassez hídrica, a concessão da outorga deve observar as prioridades de uso estabelecidas pelos Planos de Bacia Hidrográfica e a prioridade legal para o abastecimento humano e a dessedentação de animais. Nesse sentido, os outorgados não têm direito adquirido a que o Poder Público garanta o fornecimento e a existência da quantidade de água indicada na DRDH que será convertida em Outorga, podendo modificá-la, desde que suficientemente motivada, a partir da análise do interesse público.

Como observado no Caso do Rio São Francisco, a alteração dos termos de uso da Outorga é um instituto garantidor dos usos múltiplos da água. No entanto, essas alterações podem acarretar conflitos de interesse pelo uso da água, bem como impactos ambientais negativos, elementos que caminham no sentido contrário à garantia dos usos múltiplos.

A alteração da vazão da água possibilita que, a depender da disponibilidade hídrica que se verifique na situação concreta, ocorra a proteção ambiental do recurso, a continuidade de prestação dos serviços público, além de assegurar o uso múltiplo, na medida em que passam a preservar um volume útil de vazão da água. Não obstante, essas medidas devem visar a redução dos riscos ambientais, como a exigência de estudos ambientais, típicos do procedimento de licenciamento ambiental, para avaliar se a redução da vazão é uma medida ambientalmente aceitável diante dos riscos.

Outro mecanismo de gestão hídrica que contribui para a prevenção de danos hídricos, a exemplo do que ocorreu na Região Hidrográfica do Paraguai, é a suspensão da concessão de outorgas e declaração de reserva de disponibilidade hídrica. Essa medida confere normatividade às disposições dos planos de recursos hídricos, privilegiando a participação e a descentralização da gestão hídrica, bem como a observância às prioridades legais e o uso múltiplo da água.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS – ANA. Defluência mínima diária de Sobradinho e Xingó continua em 550 m³/s até março de 2019. in. *NOTÍCIAS*. Disponível em: <<http://bit.ly/2Tv42UP>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). *NOTÍCIAS*. ANA interrompe temporariamente concessão de Outorgas para novas hidrelétricas na Região Hidrográfica do Paraguai. Disponível em: <<http://bit.ly/2SKOYy1>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). *Plano de Recursos Hídricos da Região Hidrográfica do Rio Paraguai – PRH Paraguai*. Disponível em: <<http://bit.ly/2TggxEH>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). *Resolução nº 64, de 04 de Setembro de 2018 - Documento nº 00000.054763/2018-16*. Disponível em: <<http://bit.ly/2ECS563>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Cadernos de Capacitação em Recursos Hídricos: Outorga de Direito de Uso de Recursos Hídricos*. v. 1. vol. 6. P. 15 Disponível em: <<http://bit.ly/2TjavDf>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

AMORIM, Alcides Leite de; RIBEIRO, Márcia Maria Rios; BRAGA, Cybelle Frazão Costa. Conflitos em bacias hidrográficas compartilhadas: o caso da bacia do rio Piranhas-Açu/PB-RN. pp. 36-45. in. *Revista Brasileira de Recursos Hídricos*. vol. 21, n. 1, Porto Alegre, jan-mar 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. *Garantia Física - Resolução Normativa ANEEL n. 514, de 30 de outubro de 2012*. in. Busca. Disponível em: <<http://bit.ly/2NIsb56>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Centro de Estudos e Debates Estratégicos. *Instrumentos de gestão das águas* [recurso eletrônico] / Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, Centro de Estudos e Debates Estratégicos; relator Félix Mendonça Júnior; Maurício Boratto Viana, Alberto Pinheiro – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. *Ação Civil Pública (ACP) nº 0800279-14.2016.4.05.8504 - 9ª Vara Federal da Secretaria Judiciária de Sergipe*. Juíza Federal Adriana Franco Melo Machado.

BRASIL. *Lei nº 9433 de 08 de janeiro de 1997*. Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://bit.ly/2UnsfKa>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000*. Lei de Criação da Agência Nacional de Águas – ANA. Disponível em: <<http://bit.ly/2H0KdPp>>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DE MEIO AMBIENTE – MMA. *Res. CONAMA nº 237 de 1997*. Disponível em: <<http://bit.ly/2SMqK6q>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DE MEIO AMBIENTE. Conselho Nacional de Recursos Hídricos. Competências. in. *Câmara Técnica de Assuntos Legais e Institucionais - CTIL*. Disponível em: <<http://cnrh.mdr.gov.br/competencias>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

CAROLO, Fabiana. *Outorga de Direito de uso de Recursos Hídricos: instrumento para o desenvolvimento sustentável? Estudo das bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí*. Dissertação de mestrado. Centro de Desenvolvimento sustentável. Universidade de Brasília: Brasília, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariedade Administrativa*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p.54.

CONSELHO NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS. Câmara Técnica de assuntos Legais e Institucionais. Documentos das Reuniões. *CTIL 2018: 145ª Reunião - 25 e 26 de setembro de 2018*. Disponível em: <<http://cnrh.mdr.gov.br/ctil-documentos-reunioes/ctil-2018>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS. Câmara Técnica de assuntos Legais e Institucionais. Documentos das Reuniões. *CTIL 2018: 146ª Reunião 13 de novembro de 2018*. Disponível em: <<http://cnrh.mdr.gov.br/ctil-documentos-reunioes/ctil-2018>>. Acesso em: 28 maio. 2020.

- COUTINHO, Ana Luísa Celino; FARIAS, Talden. Natureza Jurídica da Licença Ambiental. pp. 86-107. in. *Prim@ Facie – Direito, História e Política*. vol. 4. n. 6, 2005.
- FERRAÇO, André Augusto Giuriatto; MORAES, Gabriela Garcia Batista Lima. O Direito e a Aplicação do Nexu Água-Alimento-Energia: Antigos Pressupostos e Novas Abordagens para a Integração na Gestão dos Recursos Hídricos. in. *NOMOS*. Vol.38 n. 02. Jul/dez. 2018.
- FISHER, Luly Rodrigues da Cunha; ROSSO, Carolina Maria de Jesus. Prevenção e Precaução: comparação entre a legislação internacional ambiental, entendimentos doutrinários e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In. *Revista da AGU*. Brasília-DF, v. 16, n. 04, p. 113-138, out./dez. 2017.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces*. São Paulo: Atlas, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito de Acesso à Água*. São Paulo: Malheiros, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 190; PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas. 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1984, p.214.
- OLIVEIRA, Carina Costa de.; MORAES, Gabriela G. B. Lima; FERREIRA, Fabrício Ramos. *A interpretação do princípio da precaução pelos Tribunais: análise nacional, comparada e internacional*. Campinas, SP: Editora Pontes, 2019.
- OLIVEIRA, C. C.; FERREIRA, F. R.; MORAES, G. G. B. L.; BARBOSA, I. S. Os Limites Do Princípio Da Precaução Nas Decisões Judiciais Brasileiras Em Matéria Ambiental. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 327-356, mar./ago. 2018. Disponível em: <http://bit.ly/2C3ItRy>. Acesso em: 21 jan. 2019.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Governança dos Recursos Hídricos no Brasil*. Paris: OECD Publishing, 2015.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas. 2015.
- SILVA, Solange Teles da. Gestão compartilhada das águas na amazônia. In: Hernando Bernal Zamudio. (Org.). *Amazonia y Agua: Desarrollo Humano Sostenible en el Siglo XXI*. Paris: UNESCO Etxea. 2009.
- SILVA, Solange Teles. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Prioridade Legal do Abastecimento Público e Geração Hidrelétrica. In. *Veredas do Direito*. v. 14, n. 28. p. 361-380. jan/abril. 2017.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- VESTENA, Leandro Redin; OLIVEIRA, Éderson Dias de; CUNHA, Márcia Cristina da; THOMAZ, Edivaldo Lopes Thomaz. Vazão ecológica e disponibilidade hídrica na bacia das Pedras, Guarapuava-PR. in. *Ambi-Agua*, Taubaté, v. 7, n. 3, p. 212-227, 2012.



A REVERSE CHILD PROTAGONISM: AN ANALYSIS ON LEGAL PROTECTION AGAINST CHILD LABOR IN BOLIVIA

Rafael Bueno da Rosa Moreira¹

André Viana Custódio²

ABSTRACT

The main objective is to analyze the legal protection against child labor in Bolivia since the approval of the reduction of the legal working age by the "Código del Niño, Niña y Adolescente" that was supported by the social movement called Unión de Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores de Bolivia (UNATSBO). The guiding problem is the analysis on how the legal protection of human and fundamental rights related to the confrontation of child labor and the protagonism of children and adolescents in Bolivia has been guaranteed since the minimum working age was lowered. Concerning the problem solving, the specific objectives were verifying the universal foundations in Convention on the Rights of the Child of the United Nations, which links the legal system of Bolivia; demonstrating international legal protection against child labor within the framework of the International Labor Organization; and analyzing the reduction of the minimum working age and the participation of the Unión de Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores de Bolivia (UNATSBO) in this process. The approach method is the deductive and the method of procedure is the monographic, using bibliographic research techniques. As a result, it is noted that the reduction of the minimum working violates the ratified international conventions and constitutional clauses, damaging the integral development of children and adolescents, justifying the declaration of unconstitutionality of the Article 129 of the "Código del Niño, Niña y Adolescente" by the Plurinational Constitutional Court of Bolivia. Furthermore, it is a social backlash and flexibilization of human and fundamental rights.

¹ Pós-doutorando em Direito, Doutor em Direito (2020) com Bolsa Proscap Capes Modalidade II e Mestre em Direito (2014) pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC.

² Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006), pós-doutorado pela Universidade de Sevilha/Espanha (2012). Atualmente é professor permanente e coordenador adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul, onde leciona as disciplinas: Direitos Geracionais, Diversidade e Sistemas de Políticas Públicas (Doutorado), Teoria Política Contemporânea (Mestrado), Direito da Criança e do Adolescente e Criminologia (Graduação); Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens da UNISC, integrante do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente da Universidade Federal de Santa Catarina, Fellow da Ashoka desde 2002, também atua consultor na área de políticas públicas para infância e juventude, com especialidade nas áreas da prevenção e erradicação do trabalho infantil, atendimento socioeducativo, violência contra crianças e adolescentes, sistema de garantias de direitos e políticas públicas.

KEYWORDS: adolescent. child. child labor. protagonism.

PROTAGONISMO INFANTIL ÀS AVESSAS: ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO JURÍDICA CONTRA O TRABALHO INFANTIL NA BOLÍVIA

RESUMO

O objetivo geral é analisar a proteção jurídica contra o trabalho infantil na Bolívia a partir da aprovação da diminuição da idade mínima para o trabalho pelo “Código del Niño, Niña y Adolescente”, que foi apoiada pelo movimento social União de Meninos, Meninas e Adolescentes Trabalhadores da Bolívia (UNATSBO). O problema que orienta a análise é como vem sendo garantida a proteção jurídica de direitos humanos e fundamentais relacionados ao enfrentamento do trabalho infantil e o protagonismo de crianças e adolescentes na Bolívia a partir da diminuição da idade mínima laboral? Para a sua resolução, cumpriu-se com os objetivos específicos: verificar as bases universais estruturantes previstas na Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas que vincula o ordenamento jurídico da Bolívia; demonstrar a proteção jurídica internacional contra o trabalho infantil no âmbito da Organização Internacional do Trabalho; e analisar a redução da idade mínima para o trabalho e a atuação da União de Meninos, Meninas e Adolescentes Trabalhadores da Bolívia (UNATSBO). O método de abordagem é o dedutivo e o método de procedimento é o monográfico, utilizando-se de técnicas de pesquisa bibliográfica. Consta-se que a redução da idade mínima para o trabalho viola convenções internacionais ratificadas e cláusulas constitucionais, prejudica o desenvolvimento integral na infância, justificando-se a decretação da inconstitucionalidade do artigo 129 do “Código del Niño, Niña y Adolescente” pelo Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia. Além ser um retrocesso social e uma flexibilização de direitos humanos e fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: adolescente. criança. trabalho infantil. protagonismo.

1. INTRODUCTION

Legal protection against child labor is the first step towards its eradication. Therefore, the ratification of international conventions dealing with the rights of children and adolescents, constitutionalization of rights and constitutional legislative structuring by the State must be included to the developing of public policies with strategically planned actions within the family, state and society.

The theme is delimited by the analysis of the structure of legal protection against child labor in Bolivia and the setback, violation and flexibilization resulted from the reduction of the minimum employment age in specific cases on the "Código del Niño, Niña y Adolescente". This reduction was carried out from the mobilization of representative social movements of children and adolescents, who have acted against their rights and progressiveness of human rights, leading to the social regression in the intern state level.

The theory of the integral protection of human and fundamental rights of children and adolescents is the research theoretical framework.

This research is justified to the need of verifying the violations of constitutional and conventional rights resulting from the Bolivian legislative change, as well as to the damages that are caused to the integral development of children and adolescents. Still, it has relevance in view of demonstrating that the social protagonism of social movements representing children and adolescents, can deconstruct important steps that have already been taken. There is no denying the importance of the law produced from

social spaces, however it must always be aligned with the bases of fundamental and human rights, which limits flexibilities and setbacks.

The guiding problem of the present analysis is how has the legal protection of human and fundamental rights related to the confrontation of child labor and the protagonism of children and adolescents in Bolivia been guaranteed since the minimum working age has decreased?

The research main objective is to analyze the legal protection against child labor in Bolivia from the approval of the reduction of the minimum employment age by the "Código del Niño, Niña y Adolescente," which was supported by the social movement Unión de Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores de Bolivia (UNATSBO). Thus, the specific objectives are verifying the universal foundations foreseen on Convention on the Rights of the Child of the United Nations that binds the legal system of Bolivia; demonstrating the international legal protection against child labor within the framework of the International Labor Organization; and analyzing the reduction of the minimum employment age and the work of Unión de Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores de Bolivia (UNATSBO).

The approach method is the deductive and the procedure method is the monographic, using bibliographic research techniques.

It was established as expected results for the present investigation, that it is of great importance to promote the protagonism of children and adolescents, however, there must be limitations so that social retrogression and the flexibility of rights are avoided. Inevitably, when disrespected the progressiveness of human and fundamental rights of a state, citizens have many rights violated, which will bring many losses.

2. CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD OF THE UNITED NATIONS AS A UNIVERSAL STRUCTURING BASE OF COMMITMENTS TO THE LEGAL ORDERS OF THE STATES PARTIES

Convention on the Rights of the Child was adopted by the General Assembly of the United Nations on 20 November, 1989. The international agreement on human rights is most accepted by its Member States. This is due to the fact that its ratification is almost unanimous and has not been adopted by the United States of America until now (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

In South America, there is a commitment to the established due to the ratification of Convention on the Rights of the Child by all the countries of the region. International cooperation is a strategic action instituted by Article 45 of the Convention in order to stimulate the effective implementation of the internationally established through the mobilization of States (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

The regular concern for the rights of children and adolescents on the world has made the consolidate the Convention on the Rights of the Child possible, as a universal legal protection framework, thus, demonstrating bases that must be respected, which binds States Parties to the establishment of legal protection and public policies for children (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

Bolivia became a signatory to the aforementioned Convention by the Law No. 1152 instituted on May 14th, 1990, confirming the agreement by the United Nations.

Thus, the Bolivian national legal system assumes the responsibility of adopting the rights and guarantees provided in Convention on the Rights of the Child, in a universal manner through the promulgation of consistent legal protection consonant with the international norm and the structuring of public policies in favor of the realization of what it is legally envisaged (BOLÍVIA, 1990).

International human rights organizations have been influencing states in favor of children's and adolescent's rights, which is achieved through the structuring of legal protection and the institution of public policies with a strategic focus in the implementation of actions of legal normalization, as fundamental care assurance measure, protection, justice and promotion of inherent rights to the generational period of childhood (CUSTÓDIO, 2018, p. 185; 192-194).

The ratifications of international conventions have a positive impact on the internal legal order of each State, making the consolidation of protective legislation in the period of childhood possible, aggregating all the internationally agreed topics, which significantly reflects the commitment to adopt and develop public policies in for the realization of the rights of children and adolescents (REIS, 2010, p. 152).

With the ratification of Convention on the Rights of the Child, every Member state undertakes to consolidate the legal protection of the provided rights and guarantees and, subsequently, to establish the legal framework through the development of public policies that are structured in systems and actions:

It is reaffirmed that the International Covenant on the Rights of the Child of 1989 provided for the possibility for States Parties to invest in public policies whenever it is necessary to ensure the faithful observance of the fundamental rights provided for in the treaty. These policies must meet and provide better living conditions, better development conditions, healthy and harmonious, as well as ensure full compliance with rights inherent to the stage of childhood. There must be a strategic rearrangement in the field of public policies that truly include children, adolescents and their families (translation mine) (LIMA, 2001, p. 91).

Convention on the Rights of the Child is an important international legal instrument consolidated by the United Nations, but it presents some limitations of applicability. The approval of the international instrument is a fundamental step towards the internal legal protection of the rights of children and adolescents, however, this is not a determining rule due to the fact that there are signatories that flexibilize or disobey the agreement. Moreover, there are no established mechanisms for a state accountability for its failure to ensure human and fundamental rights for children and adolescents. Therefore, the State that ratifies Convention on the Rights of the Child perhaps will not be significantly engaged with the provided rights and guarantees in its jurisdiction, since there will not necessarily be a legal framework that protects the rights of children and adolescents, as well as public policies for its implementation (BUSTELO, 2011, p. 103-133).

Therefore, it is important to highlight that the ratification of the Convention is fundamental to the beginning of the process of prevention and eradication of child labor in any Member State of the United Nations - UN. With ratification, the country is committed to align its domestic legislation with what is internationally provided. Thus,

it is crucial to establish a protective domestic legislation that does not violate the commitments to which the State is bound internationally. However, there will still be the need to build a set of actions and strategies of intersectoral and systemic public policies, so that it is possible to comply with what is promulgated in the legal system to confront child labor.

Convention defined as a child, in its article 1, any human being who is up to eighteen years old. This concept is broader than that adopted by several Member States of the United Nations, which chose the legal subdivision of child and adolescent terminology, using a narrower definition. It is obvious that the specificities adopted by some countries do not bring violations to Convention on child conceptions in a more general way, which was an option at international level (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

The rights set forth in the present Convention shall be the property of every child and shall be respected by all States Parties which must ensure universal application in their territory and without any discrimination or distinction of any kind whatever "[...] race, color, sex, language, belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status of the child, his or her parents or legal guardians" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

Article 4 has agreed on investment in social, economic and cultural rights inherent in childhood, demonstrating that States should provide "maximum available resources" for this purpose. The established expression is criticized in the face of subjectivity over maximum resources available by a State, which would currently make the necessary investment impossible. Human rights provided for in the Convention are practically unknown in social environment is also a criticized fact. This indicates the establishment of legal protection internally, however, there are insufficient public policies, as well as strategies and actions for the realization of rights with certain subjects, which is the reality of most countries in South America (BUSTELO, 2011, p. 103-133).

Human rights of children conventions in a universal world do not always produce the desired result in Member States, this is due to coordination problems by the national authorities and institutions and also the weak citizen participation in favor of childhood in some localities and the lack of structure and instruments of public policies in their essentiality (RUIZ, 2004, p. 357).

States sovereignty has an impact on the rights inherent in the discussed Convention. Some governments are more sensitive to humanitarian causes and comply with the conventions around childhood, guiding policy actions to ensure established rights in Convention on the Rights of the Child of the United Nations and other legislation at national level. There are those who work beyond their borders, having diplomatic actions in influencing the protection of the rights of children and adolescents, strengthening and articulating the international movements around the theme. While there are those who are indifferent to the topic and do not abide the internationally agreed.

Convention on the Rights of the Child of the United Nations is an international document with the greatest expression regarding the rights of children and adolescents in the world even being subject of strong criticism (VERONESE, 2015b, p. 127).

It is said that the mentioned Convention has been making significant contributions in order to provide Member States with legal protection of the rights of children through the establishment of principles, rights and guarantees that are in line with the internationally agreed (SOUZA, 2008, p. 21). It legally protected child's human rights to life, identity, family and social coexistence, dignity, expression association, thought or belief freedom, honor, safety, health, wellbeing, leisure, rest, education, access to information, social assistance, adoption, as well as protection against all forms of violence, exploitation, neglect, abandonment, discrimination, prejudice, torture, arbitrariness and cruel, inhuman or degrading treatment (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

Integral protection of children is a stated guarantee, a basic rule of the United Nations, considering the necessity of protection of people in a peculiar situation of development in their integrality and multidimensionality. It is established rights to ensure development physical, mental, social, moral and spiritual, as provided for in Article 27. The best interests of children is also ensured (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

The guarantee of integral protection of children and adolescents is a fundamental requirement for the human development in its multidimensionality, what provides respect for dignity, as well as the full recognition of the condition of subject of rights and the peculiar condition of person in development (FREITAS, 2019, p. 273; 280).

The concept of peculiar development is fundamental in the childhood law. It is in view of this that the interpreter - when applying the law - is forced to abandon the point of view of adults in order to interpret fundamental rights according to the particularities of children and adolescents (translation mine) (CAMPOS; CAMURÇA; MELO NETO, 2018, p. 356).

The concept of comprehensive children and adolescents' protection is considered an important principle, constitutionally and infra-constitutionally, under international law and the States Parties. Comprehensive protection is the theoretical framework to Child and Adolescent Law, built on consolidation from Convention on the Rights of the Child of the United Nations and from internal legislation in each Nation.

The theory of comprehensive protection is composed of principles, rules, human and fundamental rights. It lays on foundations the establishment of legal framework through the structuring of public policies that must carry out actions based on a systemic model for the guarantee of rights. The theoretical base of comprehensive protection was built from the perspective of childhood, paying attention to its superior interest and based on values of citizenship, democratic popular participation, interdisciplinarity, emancipation of the subject and dignity of the human person (CUSTÓDIO, 2008, p. 30-31).

The consolidation of a theory for childhood is a fundamental step towards changing the oppressive and perverse context against children and adolescents. The establishment of a theoretical framework allows the development of interpretations, questions in relation to the social environment. There is the possibility of an articulated rupture of violations of inherent rights to childhood that are naturalized as "normal" or "correct" in social imaginary, through mechanisms to emancipation of the subject, to

promotion of the right and to multiplication of information (BUSTELO, 2011, p. 138-144).

Childhood is a vital period for human development, starting at the moment of conception of life until the passage into adulthood. This period is characterized by transformations of the most distinct orders, justifying a legal, political and social treatment proper to this generation. Childhood is meant to be the beginning of life, the moment of discovery, and cannot be characterized by negations. That means that "no" should never be the rule during childhood, because deprivations and denials, especially of human and fundamental rights, have negative impacts on human development and adult life. Thus, the development of the childhood period must be diachronic and heteronomous, seeking innovation, emancipation, novelty, playing and discovering, centered on the child or adolescent in anti-hegemonic movements, facing adult-centric, conservative and harmful practices. Emancipation has been a quest during the infantile process, children are submitted to repetition of models. The discovery is fundamental in this generational period, since "to be born" and "to live" are not mere processes that must be executed by the systemic repetition in a movement of submission to the dominant interests in the society (BUSTELO, 2011, p. 138-158).

Article No 13 of Convention on the Rights of the Child expresses the right to freedom of expression including the knowledge and reproduction of information and ideas by all means and forms. The exercise of the right to freedom of expression is restricted to legal provisions with the core of respect for human and fundamental rights (United Nations, 1989). Consecutively, the article No 15 of Convention provides that States Parties shall recognize freedom of association and freedom to hold peaceful meetings. Such rights are unrestricted, with limited legal provisions, in particular to the "[...] protection of the rights and freedoms of others" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

The education of children and adolescents have to meet human rights, thus, States Parties must guide their citizens in order to respect the fundamental freedoms and human rights enshrined in the United Nations by reproducing conventions principles and provisions, according to articles No 29 and No 42 (United Nations, 1989). Therefore, freedom of expression and the association of children and adolescents must be restricted to human and fundamental rights, which are foreseen in the international legal system of each country, through universally accepted commitments.

The article No 32 of Convention appoints that Member States must "establish a minimum age or minimum age for admission to employment". Although the Convention on the Rights of the Child is the most general legal instrument on ensuring the rights of children internationally, it is committed to the establishment a legal working age, which is a specific subject of other international treaties. Work activities performed below legal working age are considered child labor (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

Exploitation of child labor highlights violation of rights guaranteed on Convention, negatively impacting their integral development as a person and impairing the exercise of childhood as a fundamental generational phase for human development (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

The human rights of children and adolescents are undispoansable, in other words, cannot be flexibilized, diminished or broken, even upon the initiative of the protagonism of children. Since the establishment of the reduction of the legal working age by the agreed international guidance, the retrogression by popular initiative in human rights is not allowed, for they would violate the precept of social participation in the development of rights through the social environment and would be in disagreement with the precept of progressivity to humanitarian accomplishments. Therefore, the protagonism of children must respect the legal protection by the Bolivian State with the ratification of the United Nations.

3. INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION AGAINST CHILD LABOR ON INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION SCOPE

International Labor Organization also ensures the rights of children and adolescents with a special focus on the protection against exploitation of child labor through Conventions C138, promulgated in 1973, and C182 enacted in 1999. Both devices deal with legal working age and worst child labor forms prohibition. These Conventions are regarded as fundamental documents by International Labor Organization.

Bolivia is a signatory to Conventions C138 and C182 of International Labor Organization. Convention No 138 was ratified by Bolivia on June 11, 1997, fourteen years old was considered the minimum legal working age in the country. And Convention C182 was ratified by Bolivia on 06 June 2003 (OIT: OFICINA SUBREGIONAL PARA LOS PAÍSES ANDINOS, 2005, p. 07).

Convention C138 aims to establish a minimum legal working age. It was preceded by others conventions with the same purpose since the year 1919, which was the year of the founding of International Labor Organization. States Parties that have adopted Convention C138 undertake to pursue a national policy for child labor eradication and to bring a progressive increase in working age in order to limit it without prejudice to the integral development of adolescent during the execution of labor activities. Convention C138 is supplemented by Recommendation No 146, which deals with suggestions on the subject to the Member States (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1973a).

It is important to point out that for the implementation of a national policy, it is necessary to plan public policy by governmental actors based on technical and scientific data, with the aim of taking strategic actions to respond to society in relation to respective demand (SCHMIDT, 2008, p. 2.316-2.320).

Public policy aims at the realization of the rights provided for by laws, being split into plans, programs, projects, databases, diagnostic, research, information and assessments (SOUZA, 2006, p. 26).

Article 2 of Convention C138 imposes a rule about legal working age. Working age cannot be lower than the age children accomplish compulsory school activities. In any event, legal working age must not be lower than fifteen years old. However, there is the exceptionality of a reduction to fourteen years, situation adopted by Bolivia at the time of ratification of this Convention since a prior consultation with representative organizations of workers/employers and a justification due to insufficient development

of economic conditions and teaching (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1973a).

The guarantee of the condition of full citizenship depends on access to the right to education and the permanence in school, which should preferably occur during childhood. To that end, one must tackle the reasons that lead to truancy of children and adolescents, including all forms of child labor (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2019, p. 298.).

School dropout negatively impacts the development of children and adolescents, frustrating the best opportunities in the future as a result of originating and perpetuating cycles of poverty or extreme poverty and preventing social inclusion (MOREIRA; CUSTÓDIO, 2015, p. 239).

Article 3 of Convention C138 prohibits children employment below eighteen years old in cases that “by nature or circumstances” there is the possibility of safety, morals or health prejudice. Prohibited works under the age of eighteen should be listed. This list has to be subject to periodic review, as outlined in section 3 of Recommendation 146. Article 6 disciplines that in cases of adolescents in technical or vocational education schools, institutions with professionalization objective, labor activities can be exercised from the fourteen years old (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1973a).

Recommendation 146 indicates the importance of investment in national policies for children and for the integral development of children and adolescents, ensuring wellbeing as well as the fight against child labor in order to the convention fulfillment. To this end, in addition to eradicating child labor, strategies should be developed to reduce the poverty of families by implementing public policies in the economic, educational and social spheres, which discourages child labor in view of an adequate family living and income standards (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1973b).

For the promotion of human rights to be successful, there must be strategic alignment with public policies that will be responsible for its effectuation. That is, it is essential to establish the national and international legal protection, but there is a dependence on political actions to their success (FLORES, 2009, p. 73). Hence the relevance of the international provisions that link States to the concretization of public policies.

Also, there is a need to standardize the minimum legal working age in all economic activities. The progressive increase of the minimum legal working age to sixteen years old is already a reality in countries such as Brazil and Argentina. In countries where legal working age is under fifteen years in regular jobs, those that do not hinder integral development; and in countries the legal working age is under eighteen years in activities that compromise health, safety and morals of adolescents, urgent measures must be taken to ensure the protection of the minimum legal working age provided for in Convention 138, in compliance with the rule. Measures must be taken to supervise and control the exercise of employment activities by adolescents, both for regularly allowed work or for professionalization modality allied to education, guaranteeing labor rights and avoiding the configuration of exploitation (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1973b).

Convention C182 of International Labor Organization deals with the prohibition of the worst forms of child labor and immediate action to eliminate it, supplementing Recommendation 190. Convention C182 is directed towards specificities in relation to Convention C138, ensuring Member States to consolidate public policies strategies and actions for eradication of child labor, as a specialized and urgent priority (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999a). This convention established that the term child is used to designate any person who is up to eighteen years of age. And its article 3 determines the worst forms of child labor³.

The urgency and priority to face the worst forms of child labor is to protect children and adolescents from the effects most cruel and perverse to human development in full. In order to comply with Convention 182 of the International Labor Organization, States should direct specific strategies for the immediate and urgent eradication of the worst forms of child labor (MOREIRA, 2020, p. 213).

To eradicate the worst forms of child labor, Convention C182 determines States are obliged to create structured public policies to carry out strategic actions to abolish, as urgently as possible, the exploitation of children and adolescents in the activities provided for in article 3. Therefore, articulated, networked, sectoralized and intersectoral measures must be foreseen, acting in several points and enabling prevention, promotion of rights, protection, justice, health care, education, social assistance, leisure, culture and sport. These measures aim at the guarantee, maintenance and preservation of threatened rights. They also aim at the restitution of violated rights. The implementation of public policy is a priority measure to be adopted, each Member State must indicate a Commission or other enforcement control mechanism to monitor the effective implementation of the compacted, as established in Articles 5, 6 and 7 (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999a).

It is through investment in public policies that protective systems are built in order to guarantee the rights of children and adolescents. The systems must be structured in dimensions, where, firstly, the provision of education, health, social assistance, culture, sports, leisure and public security must be made available. All agencies that provide services aimed at fulfilling these rights are co-responsible for preventing and identifying cases of child labor. In the second dimension, there is protection, which will act when there is a threat or violation of the rights of children and adolescents, based on the communication of the fact by society or by members of the system. The third dimension is justice, which aims to guarantee rights that were not made available by other public policies, as well as to hold accountability for violations of the rights of children and adolescents (MOREIRA; CUSTÓDIO, 2018, p. 308-309).

All public policies that exert combat the commercial sexual exploitation of children and adolescents have also responsibilities in the implementation of awareness-raising of the society and technical teams through the dissemination of technical and

³ [...] a) all forms of slavery or practices analogous to slavery, such as the sale and trafficking of children, bondage and servitude, and forced or compulsory labor, including the forced or compulsory recruitment of children for use in conflicts armed;

b) the use, recruitment or offering of children for prostitution, the production of pornography or pornographic performances;

c) the use, recruitment or provision of children for the purpose of carrying out illicit activities, in particular the production and trafficking of drugs, as defined in the relevant international treaties; and,

d) working, by its nature or its conditions, is liable to harm the health, safety or morals of children.

scientific information on the subject, promulgating information on the concept, causes, consequences, indicators, context, communication of facts, ways of acting, and other specificities pertaining to each location (MOREIRA; CUSTÓDIO, 2019, p. 138-140).

According to Article 7, some measures need to stimulate the necessity of immediate elimination of child labor in its worst forms with a fixed deadline and an urgent action in an effective manner, taking into account the characteristics of the modality. These measures aim to enable the full development of children and adolescents through strategic public policy acts to eradicate the worst forms of child labor and guarantee human and fundamental rights (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999a).

The exploitation of child labor in activities analogous to slavery, in commercial sexual exploitation activities, in illegal occupation or in activities likely, by their very nature or work conditions, to harm to health, safety or morale of children and adolescents; activities that undermine their peculiar process of developing person, violating a multiplicity of rights guaranteed in a range of legislations. The enticement of children and adolescents for illegal practices is due to the deprivation, perversity and violations resulting from the situation of poverty and social exclusion. In addition, in such cases there is a clear and constant situation of submission of children and adolescents to adults due to the power deriving from the economic and generational condition.

The path to the elimination of the worst forms of child labor needs to contemplate the fundamental step of building specific and decentralized technical planning, which is directed to each of its subdivisions. In this sense, it is important to create a management and program team, having its own and autonomous coordination, which will act independently, but articulated with the general program team. That is, in view of the peculiarities, complexities and urgency, facing the worst forms of child labor needs specialized attention for its success. Thus, it will be possible to delimit responsibilities and set goals, guidelines, axes, roadmaps, flows, protocols, strategies, actions and calendar of annual activities (MOREIRA, 2020, p. 233-235).

Article 4 of Convention C182 requires from States parties a definition, by national legislation and consultation with representative organizations of workers and employers, a list of the types of child labor defined as the worst forms in their abstention, which need to be reviewed with periodicity. Article 8 postulated that Members of the International Labor Organization should provide support, cooperation and mutual assistance to enable the implementation of the Convention, including an economic and social development perspective. Actions planned on article 8 provide the eradication of poverty and universal access to education (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999a).

Recommendation 190 indicates the objectives of public policies for the eradication of the worst forms of child labor. Also, it demonstrates what is taken into account to conceptualize what is dangerous work, exposing modality characteristic. However, Article 4 discusses about an exception. It provides that in respect of hazardous work referred to in Article 3 (d) of Convention C182, there may be an authorization for work or employment from sixteen years old onwards by national law or competent authority after workers 'and employees' organizations consultation. However, "... the health, safety and morals of such children are fully guaranteed and that they have received

appropriate and specific instructions or professional training in the area of the corresponding activity " must be provided (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999b).

Recommendation 190 postulates possibilities that are not permitted by Convention C182 but are exceptions to Convention C138. Convention C182 has banned hazardous work under eighteen years old in view of potential risks to children and adolescents. In other words, Recommendation 190 should not admit such possibilities because it does not bring consistent supplementation to Convention 182 and because it contradicts the mentioned Conventions in this respect.

Finally, Recommendation 190 emphasizes the importance of producing information indicators and statistical data on the exploitation of child labor, demonstrating detailed characteristics to structure public policies in a strategic manner and with predictability of actions to be developed. The primacy of mutual collaboration is a priority when it comes to protect children systems, and responsibilities must be imposed on every public entity. Diagnoses are fundamental to realities knowledge, making possible greater political effectiveness and the right to privacy preservation (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999b).

The monitoring of public policies through diagnostics is of relevance for the analysis of the performance of activities, verifying the fulfillment of previously established objectives and for the improvement of strategic actions. With this, it is possible to establish indicators, which generates important information for the management of public policy. Indicators are essential tools in decision-making, and their collection must be carried out by trained professionals, in a responsible and reliable manner (SILVA; SOUZA-LIMA, 2010, p. 37).

International conventions tend to reflect positively in each Member State, especially after its ratification. It reflects public policies legal order and development, a first step towards the eradication of child labor and ensuring rights to children and adolescents. United Nations (UN) and International Labor Organization (ILO) are international institutions international institutions that have been achieving fundamental tasks to consolidate the protection of the human rights of children and adolescents and the eradication of child labor in the world.

The international community has made progress in the recognition, promotion and protection of international treaties dealing with human rights, ensuring that any of its violations will not be a matter solely within the internal sphere. In this way, each State is committed to protecting human rights, however, when there are violations, the matter will be the object of the entire international community (GORCZEWSKI, 2009, p. 150-151).

The commitment with the eradication of child labor in Bolivia needs to rely on the protagonist participation of the whole society, family and State, facing cultural causes that show misleading concepts that look at working practices as being beneficial. Child labor brings a range of consequences to the development of children and adolescents in an integral way, needing the social participation for the guarantee of human rights. The progressivity of achievements about the humanitarian conceptions related to the generational period of childhood must not retrogress regarding the committed

basis of the ratification of the Convention 138 and 182, as well as the Recommendations that are the minimal protective foundation around the world. In other words, the constitutional control in Bolivian legislative committees did not fulfilled its role in restricting any possibility of reduction of the legal working age. Furthermore, the protagonism of children must be stimulated in the guarantee of human rights of the children and adolescents progressively and, never, aiming for setbacks of what has already been achieved.

4. A REVERSE CHILD'S PROTAGONISM: ANALYSIS OF THE REDUCTION OF MINIMUM LEGAL WORKIN AGE IN BOLIVIA AND THE ACTIVITY OF "UNIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES TRABAJADORES DE BOLIVIA" (UNATSBO)

Children and adolescents rights are constitutionalised in Bolivia, a fundamental fact for legal protection for children. The Political Constitution of the Plurinational of Bolivia protects in its article 59 the universal right to the integral development of children and adolescents. Article 60 presents the guarantee of the best interest of children and adolescents as a responsibility shared between the State, society and the family. It includes the priority regarding the availability of rights, the primacy of receiving relief and the protection in all situations, priority service in public and private services, and access to justice with specialized assistance (BOLÍVIA, 2009). Legal consolidation of the rights of Child and Adolescent as an autonomous branch of law studies, composed of consistent theoretical and legal bases, is a difficult factor since it promulgates and reproduces scientifically surpassed ideas, leading to setbacks (VERONESE, 2015a, p. 01-05).

The General Labor Law prohibits employment under fourteen years old, except in cases of apprenticeship. It prohibits employment under eighteen in cases there may be impairments to physical development or superior to their strengths. Unhealthy work, dangerous, heavy, immoral or nightly are also cases this law prohibits to children and adolescent. Nurse activities, domestic or other services that are determined are exceptions, according to article 58, 59 and 60 (BOLÍVIA, 1942). Child labor may be considered as "[...] any employment activity practiced below minimum legal working age allowed for a particular type of activity, and may be an economic activity and/or survival strategy, paid or unpaid, by children or adolescents" (translation mine) (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015, p. 69).

Law No 548, promulgated on July 17, 2014, known as the "Code of the Child," aims to develop, recognize and regulate the exercise of the rights of children and adolescents through the Integral Plurinational System of Children and Adolescents, bringing co-responsibility to family, society and the State. According to its article 5, childhood is a period between the conception period up to twelve years old. A teenager is between the twelve and eighteen years old (BOLÍVIA, 2014).

From articles No 126 to No 136 new rules regarding protection against child labor and adolescent workers are presented. Article No 126 expresses the right to protection of all kinds of employment. This protection must be carried out by the State, family and society. This article ensures there is no harm to education, dignity and integral development. It also forbids the exercise of hazardous, unhealthy or economic exploitation

by children and adolescents. The State is obligated to build projects to overcome extreme poverty (BOLÍVIA, 2014).

Articles No 127 and No 128 are nominated as family activities and family community activities. The foreseen activities are those that aim at training, socialization and learning. Tasks that do not cause any violation or threat of rights. Activities carried out in the family, social and community environment can only be exercised when it is not below the minimum legal working age, according to the legislation. Such a prohibition should apply even if it is a cultural practice arising from any community because cultural relativism cannot be in opposite direction in relation to human rights. The articles should not relativize laws to protect children from labour exploitation (BOLÍVIA, 2014).

From article 130 to 134 guarantees related to the employment, its procedures and activities requirements are provided. On the other hand, articles 135 and 136 present lists with forbidden activities for children and adolescent (BOLÍVIA, 2014).

Fundamental rights, despite being ensured at the constitutional level as the property of the universality of children and adolescents, need to be standardized and consolidated through political actions (ROSSATO; LÉPORE, 2015, p. 136-141). Bolivia consolidated this process, however, it stepped back when it relaxed the legislation to accept the performance of child labor.

Article No 129 is the legal instrument that generates the greatest potential of violation of rights and causes great controversy. It was from its promulgation in the "Código del Niño, Niña y Adolescente" in 2014 that Bolivia declined in relation children and adolescents rights protection, reducing the minimum legal working age. Fourteen years old was the minimum working age when the ratification of Convention 138 of the International Labor Organization. The article allows, exceptionally, employment under the age fourteen. A clear noncompliance with the internationally agreed.

Article No 129⁴ established that the minimum working age in Bolivia is fourteen years old. However, in an exceptional way, Ombudsman for Children and Adolescents' office may authorize the work "por cuenta propia" from ten to fourteen. These "por cuenta propa" activities can also be from twelve to fourteen, since it follows the formalities and legal limits (BOLÍVIA, 2014).

Article No 129 exceptions are at odds with the international agreement. It violates a significant range of constitutional and infra-constitutional rights of children and adolescents. Section II of article 129 authorizes such modalities. It is controversial, since it admits employment in the mentioned ages, since it does not jeopardize integral

⁴ARTICLE No 129. (MINIMUM LEGAL WORKING AGE)

I. Fourteen (14) is the minimum legal working age.

II. Exceptionally, children and adolescent advocacy Adolescencia, may authorize work on their own behalf by girls, boys or adolescents from ten (10) to fourteen (14) years old, and labor activity from twelve (12) to fourteen (14) years, provided that this does not undermine their right to education, is not dangerous, unhealthy, assault on their dignity and integral development, or is expressly prohibited by law.

III. Requests must be answered within seventy-two (72) hours computable from receipt, prior socio-economic assessment, and will have effects of registration in Sistema de Información de Niñas, Niños y Adolescentes-SINNA.

IV. The registration of the authorization for a specific item may be modified at a verbal request of the interested party, with no necessity to initiate a new authorization procedure. Children and Adolescents Advocacy, if necessary, may request a new medical and psychological assessment (translation mine).

development and dignity, and, invariably. However, employment activities under fourteen are decisive to have negative implications for children and adolescent rights, impairing human development.

"Por cuenta propia" employment activities are conceptualized in Article No 133. These activities are categorized work situations without relation of subordination or dependence on companies, and is not yet part of social, community and family activities. Execution conditions of this employment modality by children and adolescents, between ten and fourteen years old, is that the activities cannot be exercised after ten o'clock at night. Its performance also cannot present risks to life, health, integrity, image or jeopardize their education (BOLÍVIA, 2014).

"Por cuenta ajena" employment activities are defined in article No 132. It is developed through subordination to an employer and economic remuneration equated to other workers with a limit of eight hours daily and forty weekly of working time for adolescents from the age of fourteen. To adolescent under fourteen working time limit is six hours daily and thirty weekly (BOLÍVIA, 2014).

"Asalariado del hogar" employment is foreseen in article No 134. It is a home salaried labor that can be exercised from fourteen years old. These activities are, according to item I, kitchen, cleaning, laundry, childcare and care and assistance services, which are complex, perverse activities. They have no state control, carrying many risks during childhood (BOLÍVIA, 2014).

Therefore, in Bolivia, the minimum legal working age is fourteen years old. Children may, exceptionally, carry out activities from ten years old in case of self-employment, and from twelve, on an account of another activity or a learning situation, according to the required legal requirements. From eighteen, dangerous, nocturnal, unhealthy, painful or immoral activities are allowed. "Código del Niño, Niña y Adolescente" articles No 135 and No 136 express some of prohibited activities to children and adolescents in Bolivia. The worst forms of child labor, including those expressed in article No 3 of Convention C182 of the International Labor Organization, are also prohibited to children or adolescents, and some of the activities listed are also not allowed in adult cases. Thus, all labor activities or survival strategies that are exercised below labor age limits established by law, are considered as an activity of child labor exploitation.

Self-employment possibilities from ten years old, and on behalf of others employment from fourteen, were approved by the "Código del Niño, Niña y Adolescente". It was analyzed its constitutionality. Educators and the active participation of representative social movement of children and adolescents, especially those movements of children and adolescents who were already being exploited by child labor and became delegates were an important support. Unión de Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores de Bolivia (UNATSBO) was the responsible for the representation during the legislative process. UNATSBO is constituted by members who are or experienced employment period during childhood.

The measure for confronting poverty is the main approval justification of this law. However, this is a false justification since employment at such ages significantly impairs integral development, which consequently hinders learning, professionalization, socialization, maturation as well as has consequences on mental and physical health

condition and cultural, sports and leisure practices. Children and adolescent in premature employment situations miss fundamental steps for human development; a time that must be dedicated to leisure. This environment brings adult responsibilities, a hostile situation to that moment of life (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015).

There is a perpetuation of intergenerational cycles of poverty, occasioned by the exclusion of opportunities due to the exploitation of preterm labor, preventing integral development that aims the multidimensionality of universal fundamental rights and guarantees related to childhood, factors that prepare to adult life and enable social inclusion and the disruption of cycles of poverty. There is a clear inequality between exploited children and adolescents by child labor activities. They are deprived, in relation to others that had their development fully ensured in its fullness, and future opportunities are denied due to the lack of professionalization and other consequences resulting from the violation of rights, and the. In cases of self-employment, the perversity is even greater, given the lack of protection on streets, the main place where the exploitation takes place (MOREIRA, 2020).

It is clear that reduction of the legal working age is a setback, given the harmful consequences child labor brings to the development of children and adolescents. In education system, it negatively impacts teaching and learning, causing school dropout. From a health perspective, it damages physical and psychological development. In the economic system, it generates social exclusion and perpetuation of the intergenerational cycle of poverty. In the current competitive context of life in the globalized market capitalist model, the more premature the exploitation of child labor, the worse the opportunities in the future life. It also violates the fundamental rights of children and adolescents, such as the health, leisure, professionalism, dignity, freedom, life, education, sports, culture, non-working under the minimum age rights (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015, p. 87-95).

Bolivia has legalized child labor in some circumstances, in disagreement with international conventions while other countries are systematically advancing in actions to eradicate child labor. Bolivia has regressed in the protection of the human rights of children and adolescents, which must be progressive. These rights must not regress socially or be relaxed by dominant interests.

However, the constitutionality control carried out by the Plurinational Constitutional Court (CPT) declared the unconstitutionality of the Article No 129 of the " Código del Niño, Niña y Adolescente " in sentence 025/2017 that was issued on July 21, 2017. The motivation for declaring unconstitutionality is that Article No 129 is incompatible and contradicts the Political Constitution of the Plurinational State of Bolivia, the Convention on the Rights of the Child of the United Nations Organization and Convention C138 of the International Labor Organization (EL DEBER, 2018). Nowadays, there are already parliamentary initiatives to modify article No 129 of the Code in explanation. It aims to define legal working age in fourteen years old, which would strengthen protection against child labor and demonstrate again the commitment to the Convention C138.

The sentence that declared the unconstitutionality by the Plurinational Constitutional Court of Bolivia has shown the necessity of the protection to the integral development, to the fundamental rights of children and adolescents, to the principle of the

superior interest of childhood and to the legal instruments to the confrontation of the exploitation of child labor and the economic exploitation, in a clear control process of conventionality by the verification of the noncompliance to the human rights agreed in the framework of United Nations and of the International Labor Organization, as well as the violation of the fundamental rights belonging to the constitutional framework. Therefore, the constitutional court demands the guarantee of human and fundamental rights of children and adolescents, that, invariably, are violated with the minimum working age lowered to child labor, forbidding any legal and social setback. This happens, even after the role of the Bolivian Legislative Power and the social protagonist participation of social movements due to the legal changes made. The choice shows that there must be a progressivity regarding the minimum working age, forbidding setbacks on the minimum established guarantees and the decreasing of the inherent commitments to the ratification of the conventions. As a result, the State cannot legislate against the interests of children and adolescents, shall guaranteeing the basis in the human rights agreed internationally and in the constitutionalized fundamental rights. The case generated the violation of distinct constitutional and international legal devices that are listed exhaustively in the sentence, what prompted the declaration of its unconstitutionality.

States have primary responsibility on human rights guarantees of their citizens. They carry out legal protection of international agreements upon in their fundamental laws. However, it is also necessary to carry out public policies, at the initiative of the State and social commitment, based on the citizen's action in favor of humanitarian issues. The conventions and declarations internationalized human rights. They become fundamental rights after constitutively positified by the States (RUBIO, 2009, p. 28-30).

In rule of law consolidated by the Federal Constitution, governmental, individual and market actions must respect the fundamental rights and dignity of human being. It must be considered that subjects of rights are the center of public or private relations (LORENZETTI, 1998, p. 221-245).

In cases where the fundamental rights and dignity of human person are established as a constitutional basis, its entire juridical system is irradiated. Democratic State of Right based on the constitutionalisation of fundamental rights has the human person as the center of social relations, leading to the limitation of all actions of subjects, of the market or the State that may violate the provisions of the Constitution (SARMENTO, 2010, p. 33-93).

The subjects must be the center of social relations, acting with interactions in the retroactive processes of cultural production and language, ensuring benefits for humanity. After World War II, humanitarian development worked as a model for the universality of subjects without any distinction. This view is aligned with the idea of belonging to the planet Earth and of global development in solidarity and civilization (MORIN, 2001, p. 65-97).

Political, legislative and legal decisions on the rights of children and adolescents should take into account the principles of the dignity of the human person and the interests inherent in childhood (RUIZ, 2004, p. 358).

The exploitation of child labor has as significant phenomena for its occurrence, the adultcentrism and the childhood objectification. While adultcentrism guides social relations, imposing adult interests as priorities, disregarding the relevance of other generations, childhood objectification is subjecting children and adolescents to a condition that do not recognized their rights and guarantees, since they are in a submission condition.

Childhood objectification is the result of constant practices of mercantilization of the person that are imposed on children and adolescents in the sense of establishing treatment similar to an object that belongs to adults aside the condition of subject of rights and guarantees that has been achieved and it is legally protected in a list of legislations. It also affects the generational period of childhood, placing it in a second level against the adult in social environments. It subjects children to forced labor since it reproduces an idea of property and the dominant interest (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015, p. 80-85).

The process of domination around children and adolescents relies on ideological reproduction by media and social environment discourses, as well as by the naturalization of the condition of submission of childhood performed by citizens. There are constant situations of domination and manipulation proper to a controlling society that influence people to act and think according to the dominant interests of those who hold the hegemonic power, as well as deny the emancipation of children and adolescents. Ideological reproduction is constant. It influences and manipulates the way of thinking and acting, through media, social networks and education discourse as well as other ideological apparatuses (BUSTELO, 2011, p. 23-25).

Ideological devices promote the culture of individualism and diminish the importance of public policies focused on the realization of fundamental rights and the promotion of social inclusion. It leads to invariable violations and deprivations of rights of children and adolescents, especially the poorest classes. As a consequence, the state of affairs of socially excluded classes tends not to be modified by the insufficiency of public policies and maintenance of the poverty condition, legitimized by the members of society who have been convinced by the dominant ideological discourses in favor of the market and economic elites (BUSTELO, 2011, p. 29-34; 50-55).

The imposition of conduct that undermines the universalization of human rights also occurs from economic globalization. It guarantees the interests of the economy at the global level to the detriment of humanitarian causes. There are impositions of conduct that harm children and commodify relations in favor of economic liberalism, decreasing the importance of the state and its public policies (SANTOS, 2001).

The capitalist was structures as a system that social exclusion, oppression, individualism, competitiveness, discrimination, prejudice, stigmatization, violence, poverty, among other negativities are not considered important matters. The system relies on the ideological devices that perpetuate the dominant interest and it hinders the change of state of affairs. In this sense, most citizens are taught not to question the speeches that are imposed as a rule, a discourse that holds the condition of submission of the masses. A logic of discouragement to the people who disagree with the standardized models with a control function (ALTHUSSER, 1969, p. 17-21).

Child labor culture relies on the dominant interests that are reproduced ideologically. These interests impose a condition of subjection of children and adolescents in relation to adults. There is the naturalization and legitimation of the exploitation of child labor in view of a favorable social culture. Economic and cultural causes and institutional weaknesses are determinant for the occurrence of child labor, and the State has to build actions strategies that face causes through public policies.

The exercise of citizenship rights as well as the condition of subject of rights to children and adolescents is fundamental for the promotion of children's protagonism. Subject is influenced by the globalized capitalist model of the market, a competitive, individualistic and discriminatory model. Thus, the attempt to the reduction of the legal working age tends to be something reproduced as a positive movement. In the exercise of citizenship, all groups demands must be respected and considered. In democratic systems, political participation requires the condition of full citizenship (LAPIERRE, 2003, p. 29-34; 79-81).

Social movements enable citizen to be protagonist in a given demand. It facilitates: "[...] the citizens' civic political will to decide voluntarily why, how and when to organize themselves to defend their collective interests and, eventually, transform the society and the political power itself " (translation mine) (GORCZEWSKI; MARTIN, 2011, p. 128). The social movements are committed some delimited guidelines; they participate directly in the political struggles from the exercise of the citizenship in a certain State (GOHN, 1997, p. 273-295).

Children and adolescents' representativeness is a "tense and unresolved relationship". In general, there is no self-representation since it is an adult responsibility. When it comes to the representation of childhood, it is fundamental to eliminate the adult perspective. The best interest for childhood should be the primary end of their representation (BUSTELO, 2011, p. 158-177).

However, Unión de Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores de Bolivia (UNATSBO) advocates to fundamental human rights of children and adolescentes. It is clear that the quest for the lowering of the minimum legal working age is based especially on adult and capital interests, as well as being a reproduction of cultural practices that were ideologically constructed what it is difficult to break. It is stated that the movement's performance of this action is configured as a social setback.

The prohibition of social retrogression must be considered as a principle with a central role in the realization of fundamental rights. Such a prohibition is not expressed in many legal systems, but it can be grounded as an implicit principle seeking to protect achievements already stated and to protect laws that protect constitutionally established social rights. In this way, the prohibition of social setback aims to prevent suppression in the field of social rights, as well as the progressive nature of human rights. The progressivity shows that advances and achievements around human rights cannot be suppressed (VILLATORE; FERRAS; QUETES, 2019, p. 173-176).

It should be noted that the representativeness and protagonism of children and adolescents are practices of great relevance for the social, political and legal development of a society. It should not be forgotten that any social initiative related to children's issues, both citizen and representative social movements, must be linked to the

best interests of children and adolescents and it cannot be contrary to internationally agreed human rights and constitutional fundamental rights. Any production of law with social bases must respect them through the accomplishment of the control of constitutionality and convention, as well as by the observance of a minimum reference of human and fundamental rights. It aims to avoid social backsliding and guarantee progressivity around human rights, promoting social participation.

5. CONCLUSION

Bolivia has been a signatory to the Conventions on the Rights of the Child of the United Nations, Convention C138 and Convention C182 of the International Labor Organization, and has undertaken an international commitment to eradicate child labor. At first moment, the international conventions reflected positively in its legal system. It was fulfilled through legal protection as a fundamental right and the structuring of infraconstitutional legislation in accordance with the convention, a fundamental step for the development of public policies in relation to the thematic.

However, reduction of the minimum legal working age under exceptional circumstances carried out by article 129 of the "Code of the Child" in 2014, which authorized self-employment from the age of ten; and the work of others, from the age of twelve, causes a significant violation of national and international rights of children and adolescents. It has negative consequences for facing child labor, weakening public policy actions for their eradication and harms the integral development of children and adolescents by exploratory practices, a social retrogression that violates a large range of fundamental rights. It is at odds with the concept of progressiveness of human rights.

It is a matter of concern that the Unión de Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores de Bolivia (UNATSBO) played a leading role in reducing the legal working age because it shows a lack of knowledge about the perverse consequences of this legislative change. The federal parliamentary approval of legislation is also a concern since this decision is unconstitutional and it is in disagreement with commitments assumed at the international level. This demonstrates the power of the favorable culture to child labor. As consequence, it is necessary public policies that promote demystification on the subject, and reproduction of dominant ideologies that are full of pro-market and adult-centric interests with perverse force.

Plurinational Constitutional Court declared the unconstitutionality of article No 129 of the "Code of the Child," in sentence 025/2017. It was issued on July 21, 2017, and it was motivated by incompatibilities and contradictions with the Political Constitution of the Plurinational State of Bolivia, the Convention on the Rights of the Child of the United Nations and Convention C138 of the International Labor Organization.

The exercise of the rights inherent to citizenship and the condition of subject of rights to children and adolescents is fundamental for the promotion of children's protagonism. They are practices of great relevance for the social, political and legal development of a society that must be strengthened. However, this protagonism cannot be contrary to the human and fundamental rights of children and adolescents, because it represents a counter-claim; it is in disagreement with principles and human rights and

fundamental, presenting negative consequences for integral development. This idea makes the initiative harmless since processes of construction of law in social environments must respect a minimum constitutional and humanitarian reference.

6. REFERENCES

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos ideológicos do Estado**. Presença: Lisboa, 1969.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado**. 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 10 jan. 2019.

BOLÍVIA. **Lei Nº 1.152 de 14 de maio de 1990**. Disponível em: <https://www.lexivox.org/norms/BO-L-1152.xhtml>. Acesso em: 24 dez. 2018.

BOLÍVIA. **Ley General del Trabajo**. 1942. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/46218/65057/S92BOL01.htm>. Acesso em: 24 jan. 2019.

BOLÍVIA. **Ley Nº 548 – Código Niño, Niña y Adolescente**. 2014. Disponível em: <http://www.derechoteca.com/gacetabolivia/ley-no-548-del-codigo-nina-nino-y-adolescente-vigente-y-actualizado#1004CAP%C3%8DTULOVI>. Acesso em: 24 jan. 2019.

BOLÍVIA. **Auto Constitucional Plurinacional 0025**. 21 de julho de 2017. Disponível em: [https://buscador.tcpbolivia.bo/_buscador/\(S\(cqbacfc5meuvf0rngiwky4ji\)\)/WfrFechaResolucion1.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/_buscador/(S(cqbacfc5meuvf0rngiwky4ji))/WfrFechaResolucion1.aspx). Acesso em: 26 set. 2019.

BUSTELO, Eduardo S. **El recreo de la infancia**: Argumentos para otro comienzo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressupostos para a compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**: Revista do programa de pós-graduação do mestrado e doutorado, Santa Cruz do Sul, n. 29, p. 22-43, jan./jun. 2008.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. Participação política e cidadania no Brasil: exercício da cidadania plena por meio da efetivação da educação de crianças e adolescentes. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, n. 1, v. 14, p. 279-300, jun./dez. 2019.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa Moreira. A Influência do Direito Internacional no Processo de Erradicação do Trabalho Infantil no Brasil. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, n. 02, v. 23, p. 178-197, mai./ago. 2018.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa Moreira. **Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes: Reflexões Contemporâneas no Contexto do Brasil, da Argentina e do Uruguai.** Curitiba: Multideia, 2015.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; CAMURÇA, Eulália Emília Pinho; MELO NETO, Carlos Roberto Cals de. Palavra na interpretação da infância: uma análise do legado hermenêutico a partir da Constituição Federal. **Revista Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza**, v. 38, n. 2, p. 345-361, jul./dez. 2018.

EL DEBER. **Anulan la autorización del trabajo infantil desde los 10 años.** 2018. Disponível em: <https://www.eldeber.com.bo/bolivia/Anulan-la-autorizacion-del-trabajo-infantil-desde-los-10-anos-20180209-9582.html>. Acesso em: 31 nov. 2019.

FREITAS, Raquel Coelho de. Direito fundamental à educação para adolescentes em situação de rua: entre autonomia e igualdade de prestação. **Revista Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza**, v. 39, n. 1, p. 265-283, jan./jun. 2019.

GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos.** São Paulo: Loyola, 1997.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.

GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar.** Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Núria Belloso. **A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática.** Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

LAPIERRE, Jean-William. **Qué es ser ciudadano.** Madrid: Biblioteca Nueva, 2003.

LIMA, Miguel Moacyr Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente: Fundamentos para uma abordagem principiológica.** 2001. 479 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa Moreira. **As estratégias e ações de políticas públicas para a erradicação da exploração sexual comercial nos municípios brasileiros no contexto jurídico e**

político da teoria da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente. 2020. 291 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc, Santa Cruz do Sul, 2020.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa; CUSTÓDIO, André Viana. O papel das políticas públicas na promoção de ações de sensibilização sobre violência sexual contra crianças e adolescentes. **Revista Jurídica Direito e Paz**, Lorena, n. 41, ano XII, p. 123-144, jun./dez. 2019.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa; CUSTÓDIO, André Viana. A garantia do direito à educação de crianças e adolescentes no contexto das políticas públicas brasileiras. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, n. 01, v. 5, p. 224-245, jan./jun. 2015.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa; CUSTÓDIO, André Viana. Estratégias municipais para o enfrentamento da exploração sexual comercial de crianças e adolescentes. In: XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, 27, 2018, Salvador. **Anais eletrônicos**. Salvador: UFBA, 2018.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A convenção sobre direitos das crianças**. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 138 sobre a idade mínima de admissão ao emprego**. 1973a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4134.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 182 sobre a proibição as piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação**. 1999a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3597.htm. Acesso em: 11 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação 146 sobre a idade mínima de admissão ao emprego**. 1973b. Disponível em: <http://white.oit.org.pe/ipecc/documentos/r146.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação 190 sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação**. 1999b. Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:1849585729961720::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312528:NO. Acesso em: 11 nov. 2019.

OIT: OFICINA SUBREGIONAL PARA LOS PAÍSES ANDINOS. **Derechos fundamentales en el trabajo. Convenios fundamentales y prioritarios, mecanismos de control y observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Bolivia)**. Lima: OIT, 2005.

REIS, Suzéte da Silva. Educação em Direitos Humanos: Perspectivas de promoção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes. In: PES, João Hélio Ferreira (coordenador). **Direitos Humanos: Crianças e Adolescentes**. Curitiba: Juruá, 2010.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. A tutela coletiva dos direitos fundamentais da criança e do adolescente trabalhadores. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo (Coordenadores). **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RUBIO, David Sanchez. **Repensar los Derechos Humanos: De la anestesia a la sinestesia**. Madrid: Mad, 2009.

RUIZ, Floriberta Aguilar. Reseña de la “Explotación sexual comercial infantil” de Erick Gómez Tagle-López y Miguel Ontiveros Alonso. **Revista Venezolana de Ciencias Sociales**, Cabimas-Venezuela, v. 8, n. 2, p. 357-370, jul./set. 2004.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicas. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (organizadores). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SILVA, Christian L.; SOUZA-LIMA, José E. **Políticas públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável**, São Paulo, 2010.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Pillares, 2008.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão de literatura**. Revista Sociologias. Porto Alegre. July/dec-2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry. O Estatuto da Criança e do Adolescente: Um Novo Paradigma. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo (Coordenadores). **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. São Paulo: Saraiva, 2015a.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Adolescente autor de ato infracional sob a perspectiva da intersetorialidade. **Revista do Direito**: Revista do Programa de Pós-graduação do Mestrado e Doutorado, Santa Cruz do Sul, n. 47, p. 125-143, set./dez. 2015b.

VILLATORE, Marco Antônio César; FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; QUETES, Regeane Bransin. O direito ao trabalho como elemento do mínimo existencial e a proteção em face do retrocesso social. **Revista Nomos**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 39, n. 2, p. 147-160, jul./dez. 2019.



EMPRESAS DE PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE TABACO E SUA TUTELA JURÍDICA EM FACE DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.

*Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹,
Renata Marques Ferreira²*

RESUMO

As empresas de produção e comercialização de tabaco, enquanto importante atividade econômica geradora de divisas destinada a suprir em nosso País e no exterior o mercado de consumo de droga recreativa lícita, recebem por parte de nosso sistema normativo ambiental constitucional e infraconstitucional rigoroso controle exatamente em face da reconhecida nocividade que aludida atividade econômica ocasiona à saúde da pessoa humana. Daí, e diante da imprescindível atuação do Poder Público, o uso de instrumentos preventivos (EPIA) e repressivos existentes no âmbito do direito ambiental brasileiro, orientados pelo Princípio da Precaução, asseguram que a referida atividade econômica seja exercida em concordância com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção da saúde ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Empresas de produção e comercialização de tabaco. Bens ambientais. Princípio da Precaução. Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Saúde Ambiental.

TOBACCO PRODUCTION AND MARKETING COMPANIES AND THEIR LEGAL PROTECTION IN THE FACE OF BRAZILIAN ENVIRONMENTAL LAW.

ABSTRACT

Tobacco production and commercialization companies, as an important economic activity generating foreign exchange destined to supply in our country and abroad the market for

¹ Advogado militante no âmbito do direito empresarial ambiental, é o primeiro professor Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil sendo também Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais. Professor da Escola da Magistratura Federal da 1ª Região. É Director Académico do Congresso de Derecho Ambiental Contemporáneo España/Brasil-Universidade de Salamanca(ESPANHA) e Miembro del Grupo de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca-Grupo de Investigación Reconocido IUDICIUM(ESPANHA). Professor convidado visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar(PORTUGAL) realizando anualmente o Congresso Luso Brasileiro de Direitos Humanos na Sociedade da Informação .Professor e Pesquisador dos Programas de Doutorado/Mestrado em Direito Empresarial da UNINOVE(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 e Pesquisador dos Grupos de Pesquisa do CNPq em Direito da Cidade - UERJ, Sustentabilidade e Direitos - UFPB.

² Pós-Doutora pela Universidade de São Paulo (Escola Politécnica-USP) e Doutora em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental Tributário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora convidada da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo (ESA-OAB/SP). Foi Coordenadora do Grupo de Trabalho de Tutela Jurídica da Saúde Ambiental bem como de Tutela Jurídica da Governança Corporativa Sustentável da Comissão do Meio Ambiente da Ordem dos Advogados do Brasil-Seção de São Paulo (OAB/SP). Pesquisadora do grupo de pesquisas Novos Direitos da Universidade Federal de São Carlos - UFSCar.

recreational drug use licit, receive by our constitutional environmental regulatory system and infraconstitutional strict control exactly in the face of the recognized harmfulness that alluded economic activity causes to the health of the human person. Therefore, the use of preventive instruments (EPIA) and repressive instruments in the scope of Brazilian environmental law, guided by the Precautionary Principle, ensure that said economic activity is carried out in accordance with the principles the protection of environmental health.

KEYWORDS: Empresas de produção e comercialização de tabaco. Bens ambientais. Princípio da Precaução. Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Saúde Ambiental.

Introdução

A produção e comercialização de tabaco realizada licitamente por empresas em nosso País vêm merecendo destaque em face de sua relevância econômica sendo certo que em 2018, pelo 25º ano consecutivo, o Brasil é indicado como líder mundial em exportações de tabaco continuando na segunda posição do ranking mundial de produção, atrás somente da China³, a saber:

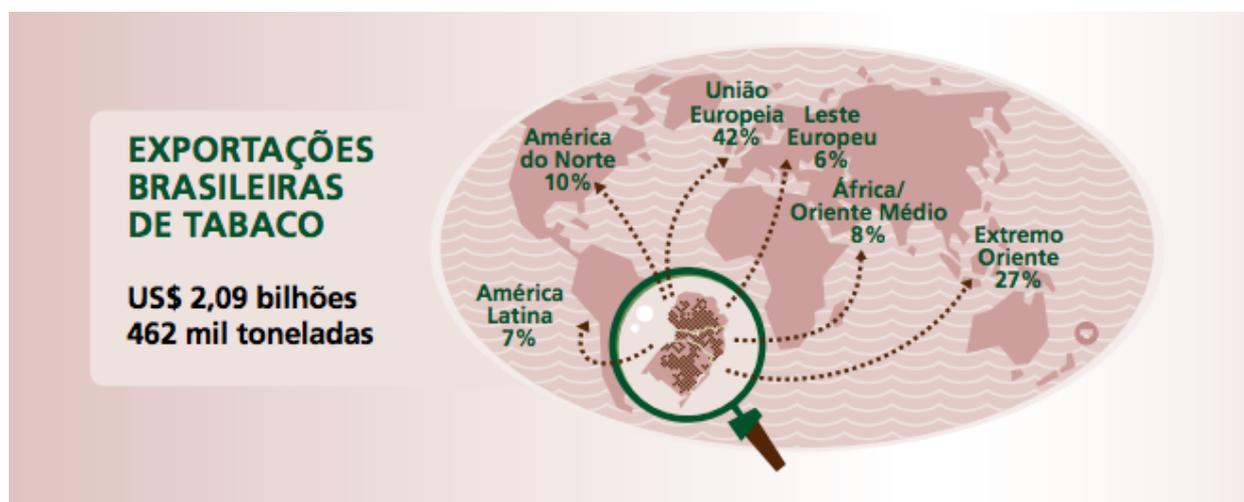


Figura 1 – Fonte: Portal do Tabaco Consultado em :06 de janeiro de 2019 <https://www.produtoresouzacruz.com.br/noticias/25-anos-de-lideranca-mundial-nas-exportacoes-de-tabaco-0>

Todavia a referida atividade econômica vinculada ao uso das folhas de plantas do gênero *Nicotiana* que visa à produção e comercialização do tabaco destinado a ser

³ “Pelo 25º ano consecutivo, o Brasil é o líder mundial em exportações de tabaco. A liderança no cenário internacional vem desde 1993 e reafirmou-se com os dados de 2017 divulgados pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC): foram exportadas 462 mil toneladas, movimentando US\$ 2,09 bilhões. Em 2017, o tabaco em folha foi exportado para 94 países, mas oito países foram responsáveis por mais de 60% do montante embarcado: Bélgica (US\$ 342 milhões), China (US\$ 276 milhões), Estados Unidos (US\$ 198 milhões), Itália (US\$ 120 milhões), Indonésia (US\$ 105 milhões), Alemanha (US\$ 92 milhões), Rússia (US\$ 80 milhões) e Coreia do Sul (US\$ 61 milhões).” Depois de um primeiro semestre com queda de 15% nas exportações em relação ao mesmo período do ano anterior, os embarques se intensificaram na segunda parte do ano, mantendo o tabaco em folha entre os importantes produtos da pauta de exportações e assegurando novamente a liderança do País no concorrido mercado mundial”, afirma o presidente do Sindicato Interestadual da Indústria do Tabaco (SindiTabaco), Iro Schünke. O produto representou 1% no total das exportações brasileiras de 2017 e 9,2% dos embarques do Rio Grande do Sul, que continua sendo o estado brasileiro que mais exporta tabaco (78% do total embarcado), com divisas que ultrapassaram US\$ 1,63 bilhão no ano passado.

SEGUNDO EM PRODUÇÃO – O Brasil continua na segunda posição do ranking mundial de produção, atrás somente da China. Na safra 2016/2017 foram produzidas 686 mil toneladas, que renderam mais de R\$ 6,09 bilhões de receita aos produtores e R\$ 13,9 bilhões em impostos. Os 150 mil produtores brasileiros cultivaram 299 mil hectares com tabaco em 566 municípios. No País, são 600 mil pessoas envolvidas na produção rural e 40 mil empregos diretos nas indústrias”.

consumido basicamente como uma droga recreativa (sob a forma de cigarro⁴, charuto, cachimbo, etc.), embora seja a “maior contribuinte do Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI), superando as indústrias automotiva e de bebidas”⁵, é reconhecida mundialmente em decorrência de sua nocividade para a saúde humana como “uma das principais causas evitáveis de mortes em todo mundo”⁶ inclusive com o reconhecimento “que a propagação da epidemia do tabagismo é um problema global com sérias consequências para saúde pública”⁷. No mundo, como advertem Leonardo Portes, Cristiani Machado, Silvana Turci, Valeska Figueiredo, Tânia Cavalcante e Vera Costa e Silva (PORTES, 2018) “1,1 bilhão de pessoas são fumantes” e cerca de um terço dos adultos e metade dos jovens, como lembra Oberg (OBERG, 2010) “são regularmente expostos à fumaça do tabaco”. Estima-se que o tabagismo esteja relacionado a aproximadamente 50 doenças⁸ e “a seis milhões de óbitos anuais como advertem Guindon, Beyer e Galbraith (GUINDON, 2003).

Por outro lado são preocupantes o elevado custo econômico anual do tabagismo, correspondente a 1,8% do Produto Interno Bruto mundial, e os danos ambientais relacionados ao tabaco, envolvendo a contaminação do solo, incêndios e o desmatamento como lembram Riquinho e Hennington (RIQUINHO, 2012).

Destarte, relacionadas que estão fundamentalmente à atividade econômica que comporta risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, as empresas que produzem tabaco, tem sua produção e comercialização submetidas ao comando normativo indicado no Art. 225, parágrafo 1º, V da Constituição Federal submetendo-se, por via de consequência, ao que estabelecem as superiores normas constitucionais balizadoras do direito ambiental e merecendo, pois, por parte dos estudiosos do direito, satisfatória análise em face de referidas determinações constitucionais bem como reflexos estabelecidos no plano infraconstitucional.

⁴DECRETO Nº 9.516, DE 1º DE OUTUBRO DE 2018 - Promulga o Protocolo para Eliminar o Comércio Ilícito de Produtos de Tabaco, de 12 de novembro de 2012.

PARTE I: INTRODUÇÃO

Artigo 1

Termos utilizados

“2. Por “cigarro” entende-se um cilindro de tabaco picado para fumar, enrolado em papel destinado para essa finalidade. Excluem-se produtos regionais específicos como “bidis”, “anghooon” e outros similares que possam ser embrulhados em papel ou folhas. Para os efeitos do artigo 8, a definição também abrange os cigarros feitos com corte fino, enrolados pelo próprio fumante”.

⁵ “O tabaco já é o maior contribuinte do Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI), superando as indústrias automotiva e de bebidas. Nos últimos quatro anos, o reajuste sobre o tributo foi de 110%. Para determinadas marcas, o aumento chegou a 140%.”

Vide http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DO9YDBCG acesso em 06 de janeiro de 2019.

⁶ “O tabaco é uma das principais causas evitáveis de mortes em todo mundo. Estima-se que, durante o século XX, cem milhões de pessoas faleceram devido ao seu consumo, sendo o hábito de fumar responsável por 12% da mortalidade adulta mundial. A cada ano, aproximadamente, cinco milhões de pessoas morrem por doenças relacionadas ao tabaco e a previsão é que, persistindo o atual modelo de consumo, em 2020, serão dez milhões de mortes ao ano, sendo que 70% dessas perdas ocorrerão nos países em desenvolvimento.”

Vide https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=574:tabagismo&Itemid=463 acesso em 05 de janeiro de 2019.

⁷ DECRETO LEGISLATIVO Nº 1.012, DE 2005 - Aprova o texto da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, assinada pelo Brasil, em 16 de junho de 2003- PREAMBULO.

⁸ National Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion (US) Office on Smoking and Health. The Health Consequences of Smoking-50 Years of Progress: A Report of the Surgeon General [Internet]. Atlanta: Centers for Disease Control and Prevention (US); 2014. (Reports of the Surgeon General). Acessado em 06 de janeiro de 2019 Disponível em: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK179276/>.

È o que vamos desenvolver no presente artigo, 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 e da análise jurídica vinculada ao direito ambiental constitucional assim como das normas infraconstitucionais tudo com o objetivo de adequar de forma satisfatória o enquadramento do tema em face de nosso sistema jurídico em vigor.

1. As folhas de plantas do gênero *Nicotiana*, sua natureza jurídica de bem ambiental constitucional e seu enquadramento normativo no âmbito infraconstitucional.

Designação atribuída a um gênero de angiospérmicas, isto é, a um conjunto de plantas com flor, o gênero *Nicotiana*, conforme esclarecem Raju, Sheshumadhav e Murthy(RAJU,2008), possui cerca de 67 espécies diferentes, sendo a espécie *Nicotiana tabacum* a espécie mais conhecida, por ser amplamente utilizada na produção do tabaco.

Assim, integrando a flora, a *Nicotiana* tem natureza jurídica constitucional de bem ambiental (Art.225 da CF) sendo definida no plano infraconstitucional como recurso ambiental em face do que estabelece o Art.3º, V da lei 6938/81 e Art.2º, IV da Lei 9985/00.

Recebem, pois, preliminarmente, balizamento normativo em face da tutela jurídica da flora conforme fixado por diversas normas jurídicas de tutela de recursos ambientais existentes em nosso País, como por exemplo, além da já citadas anteriormente, o da Lei 12.651/12(Código Florestal),o da Lei n. 11.428/06(que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica e dá outras providências) e o da Lei n. 11.284/06(que dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável) além de ter seu enquadramento criminal submetido à Lei n. 9.605/98(Crimes Ambientais).

Assim o tabaco, como produto agrícola processado a partir das folhas de plantas do gênero *Nicotiana*, ao ter desde logo seu regramento normativo definido em face da tutela jurídica dos recursos ambientais (bens ambientais) vincula seu uso em face de qualquer atividade econômica ao direito ambiental, ou seja, para que as empresas possam desenvolver lícitamente atividade econômica vinculada ao uso do referido recurso ambiental devem obrigatoriamente obedecer a legislação ambiental balizadora do tema.

Além disso, o uso de plantas do gênero *Nicotiana* no âmbito das atividades econômicas de grande escala destinadas à produção e comercialização do tabaco (empresas de tabaco), está também subordinado aos comandos normativos de índole ambiental reguladores das atividades econômicas fixadas em nossa Carta Magna em harmonia com a defesa do meio ambiente (Art.170, VI c/c Art.225 da CF) bem como(e evidentemente...), destinados que são ao consumo como droga recreativa, aqueles associados à saúde da pessoa humana(Art.225 c/c 196/2000 da CF).

Destarte os superiores dispositivos constitucionais que determinam estruturalmente o balizamento normativo destinado a direcionar a atuação das empresas de tabaco, bem como aqueles dispositivos infraconstitucionais estabelecidos em harmonia com as regras superiores antes indicadas, não admitem qualquer “flexibilização”

recebendo por parte de nossa Constituição Federal comando explícito vinculado à produção e comercialização das folhas de plantas do gênero *Nicotiana*.

2. As empresas de tabaco como atividade econômica e o uso das folhas de plantas do gênero *Nicotiana* em face do direito ambiental constitucional: a aplicação dos princípios de direito ambiental constitucional às atividades econômicas destinadas à produção de tabaco.

Ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei, (parágrafo único do art. 170 da CF) nossa Constituição Federal destacou de forma importante a necessidade de se interpretar no plano normativo o significado de referido conceito de atividade em face de seus evidentes reflexos em toda a ordem econômica constitucional particularmente em decorrência do direcionamento estabelecido pelos próprios princípios gerais da atividade econômica (TÍTULO VII - Da Ordem Econômica e Financeira - CAPÍTULO I - DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA).

Não se trata evidentemente de pura e simplesmente compreender a atividade em face tão somente da economia, a saber, dentro do termo economia, lembrando Antonio Dias Leite (LEITE,2011), como o “quadro físico e institucional dentro do qual se realizam as atividades de produção de bens e serviços requeridos pela sociedade, bem como sua evolução no tempo” mas de compreender de que forma “as atividades de produção de bens e serviços requeridos pela sociedade” tem seu balizamento fixado pela Constituição Federal.

Trata-se a rigor, como lembra Celso Fiorillo e Renata Ferreira (FIORILLO e FERREIRA,2018) 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)”.

Com efeito.

Entendida, na lição de Houaiss (HOUAISS,2009) como “qualidade; faculdade ou possibilidade de agir, de se mover, de fazer, empreender coisas; exercício dessa faculdade, ação” em face do que se admite ser ativo (“que exerce ação, que age, que tem a faculdade de agir”) o termo atividade também pode ser perfeitamente explicado no âmbito da economia (atividade econômica) como a faculdade de empreender coisas o que facilita evidentemente seu entendimento no contexto da ordem econômica constitucional com evidentes reflexos no direito ambiental constitucional, ou seja, a livre iniciativa passa a atuar em absoluta sintonia com os princípios fundamentais do direito ambiental constitucional.

Assim, como já teve oportunidade de estabelecer o Supremo Tribunal Federal, “é certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no

entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais”⁹.

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),deixa de ser observada em face de sua interpretação inicial e passa a ser admitida em contexto de evidente equilíbrio.

Daí a existência de princípios ambientais constitucionais como os observados nos incisos do Art.170 sendo certo que dentre os referidos princípios, está exatamente o da defesa do meio ambiente natural/recursos ambientais, do meio ambiente cultural/cidades, do meio ambiente artificial/cidades e do meio ambiente do trabalho/saúde ambiental (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 o livre exercício de qualquer atividade econômica, inclusive evidentemente a atividade econômica destinada ao uso das folhas de plantas do genero Nicotiana visando a produção de tabaco, nossa Constituição Federal condiciona no plano normativo o exercício de referida atividade à defesa do meio ambiente natural/recursos ambientais, do meio ambiente cultural/bens culturais, do meio ambiente artificial (espaço urbano) e do meio ambiente laboral/saúde ambiental orientada necessariamente pelos princípios do direito ambiental constitucional, (dentre outros, pelos princípios da prevenção, precaução, poluidor-pagador, etc.) na

⁹ “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.”

ADI 1950 / SP - SÃO PAULO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator:Min. EROS GRAU Julgamento: 03/11/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 02-06-2006 PP-00004 EMENT VOL-02235-01 PP-00052 LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 56-72 RT v. 95, n. 852, 2006, p. 146-153.

forma de suas respectivas tutelas jurídicas constitucionais e conforme a objetiva e segura orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal na conhecida ADI 3540¹⁰.

Trata-se, portanto de estabelecer interpretação normativa destinada a orientar o uso das folhas de plantas do gênero *Nicotiana* por parte das empresas de tabaco vinculada à denominada gestão de bens ambientais em face da necessária aplicação dos princípios de direito ambiental constitucional.

3. A aplicação dos princípios de direito ambiental constitucional em face da produção de tabaco: a gestão econômica dos bens ambientais e o princípio da precaução.

Aplicável às empresas vinculadas à produção de tabaco, conforme aduzido anteriormente, o princípio da precaução, em face do que estabeleceu o Supremo Tribunal Federal no âmbito do contexto em que foi interpretado (RE 627.189¹¹), “é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o Estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais”.

¹⁰“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, dentre 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”. ADI 3540 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator: Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 01/09/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528.

¹¹“EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito Constitucional e Ambiental. Acórdão do tribunal de origem que, além de impor normativa alienígena, desprezou norma técnica mundialmente aceita. Conteúdo jurídico do princípio da precaução. Ausência, por ora, de fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal. Presunção de constitucionalidade não elidida. Recurso provido. Ações civis públicas julgadas improcedentes. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 479 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, à luz dos arts. 5º, caput e inciso II, e 225, da Constituição Federal, da possibilidade, ou não, de se impor a concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, por observância ao princípio da precaução, a obrigação de reduzir o campo eletromagnético de suas linhas de transmissão, de acordo com padrões internacionais de segurança, em face de eventuais efeitos nocivos à saúde da população. 2. O princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais. 3. Não há vedação para o controle jurisdicional das políticas públicas sobre a aplicação do princípio da precaução, desde que a decisão judicial não se afaste da análise formal dos limites desses parâmetros e que privilegie a opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela Administração Pública. 4. Por ora, não existem fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal fixado. 5. Por força da repercussão geral, é fixada a seguinte tese: no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009. 6. Recurso extraordinário provido para o fim de julgar improcedentes ambas as ações civis públicas, sem a fixação de verbas de sucumbência.”

RE627189/SP-SAOPAULO RECURSOEXTRAORDINÁRIO Relator: Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 08/06/2016 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-066 DIVULG 31-03-2017 PÚBLIC 03-04-2017.

Destarte sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos incide o denominado princípio da precaução. Trata-se, na perspectiva do STF e como adverte Celso Fiorillo (FIORILLO, 2019), de “critério de gestão de risco” a ser exigido do Estado que deverá analisar os referidos riscos, avaliar os custos das medidas de prevenção e executar as ações necessárias” que deverão ser decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais sendo, pois, como lembra Celso Fiorillo (FIORILLO, 2019), “uma avaliação do risco (aspectos positivos e negativos), definido como a combinação da probabilidade de um acontecimento e das suas consequências (ISO/IEC Guide 73) ligado às atividades econômicas que usam bens ambientais e particularmente àquelas que usam os recursos naturais destinados à transformação de produtos ou serviços.

Todavia, no que se refere ao tabaco, não estamos diante de “incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos”; ao contrário estamos diante de uma certeza comprovada cientificamente: trata-se de atividade econômica que atinge concretamente a saúde dos cidadãos, “problema global com sérias consequências para saúde pública” como afirmado no texto da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco aprovado em nosso País em 2005¹² e que exige por parte do Poder Público rigoroso controle, a saber, referido princípio exige que o Estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de “decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais” conforme aprimorada descrição usada pelo STF.

Em resumo: sem a existência de rigoroso controle por parte do Estado, a ser realizado através e na forma de instrumentos preventivos fixados em nossa Lei Maior, a atividade econômica destinada a produção de tabaco não poder ser realizada licitamente¹³.

4. Controle constitucional por parte do Poder Público da produção e comercialização do tabaco em face do direito ambiental constitucional: saúde ambiental e estudo prévio de impacto ambiental.

Conforme aduzido anteriormente, ao estabelecer em 2017 (RE 627.189), o que seria conteúdo normativo da precaução, como mais um dos princípios ambientais constitucionais existentes e diante de caso concreto que interpretou vinculado ao meio ambiente natural e saúde, estabeleceu o julgado do Supremo Tribunal Federal a necessidade de melhor compreender a matéria no plano do uso dos recursos naturais/meio ambiente natural em face das atividades econômicas asseguradas constitucionalmente aos empreendedores em harmonia com ordem jurídica do capitalismo adotada por nossa Lei Maior (Art.1º, IV e 170 e segs. da CF). Daí referido princípio, concretamente

¹² Decreto Legislativo 1012/05 - Aprova o texto da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, assinada pelo Brasil, em 16 de junho de 2003.

¹³ O DECRETO Nº 9.516, DE 1º DE OUTUBRO DE 2018 ao promulgar o Protocolo para Eliminar o Comércio Ilícito de Produtos de Tabaco, de 12 de novembro de 2012 e revelar profunda preocupação “pelo fato de que o comércio ilícito de produtos de tabaco contribui para propagar a epidemia de tabagismo, que é um problema mundial com graves consequências para a saúde pública, e exige respostas eficazes, adequadas e integrais, nacionais e internacionais” ratifica a gravidade da matéria.

interpretado pelo Supremo Tribunal Federal, exigir que o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de “decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais” para que uma determinada atividade econômica possa ser lícitamente desenvolvida.

Destarte ao aperfeiçoar a satisfatória compreensão do princípio constitucional econômico da defesa do meio ambiente (Art.170,VI) particularmente em face do “tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” estabeleceu o Supremo Tribunal Federal, em face das incumbências atribuídas constitucionalmente ao Poder Público no âmbito do direito constitucional ambiental, um verdadeiro novo conteúdo exigível para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, a saber, um conteúdo sempre exigível no plano da elaboração dos estudos prévios de impacto ambiental (art.225, parágrafo 1º, IV).

Assim, a partir de 2017, restou claramente fixada a interpretação jurídica no sentido da Constituição Federal determinar ao Poder Público seu dever de não só exigir para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental (Art.225, parágrafo 1º, IV) como de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (Art.225, parágrafo 1º, V). Por via de consequência, como adverte Celso Fiorillo (FIORILLO, 2019) “a partir do RE 627189, salvo melhor juízo, o Poder Público, em face da incumbência que lhe foi determinada pelo Art.225, parágrafo 1º, IV, deverá analisar os riscos, avaliar os custos das medidas de prevenção e, ao final, executar as ações necessárias, as quais serão decorrentes de “decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais”, como procedimento de gestão de riscos obrigatório nas atividades econômicas vinculadas ao meio ambiente natural/recursos naturais”.

Trata-se por via de consequência de análise qualitativa e quantitativa, que evidentemente não se reveste de caráter absoluto, a ser aplicada sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos tudo com a finalidade de balizar as atividades econômica exercidas em harmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente.

A referida análise por parte do Poder Público, no âmbito das atividades econômicas vinculadas à produção e comercialização do tabaco, evidentemente não será desenvolvida em face dos riscos do referido produto vez que, conforme já aduzido anteriormente, não existem riscos e sim comprovação científica: trata-se de atividade econômica que atinge concretamente a saúde dos cidadãos, “problema global com sérias consequências para saúde pública” como afirmado no texto da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco aprovado em nosso País em 2005¹⁴.

Com efeito.

¹⁴ Decreto Legislativo 1012/05 - Aprova o texto da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, assinada pelo Brasil, em 16 de junho de 2003.

Estabelecida no plano normativo constitucional como um direito social (art. 6º) e fundamentada no princípio fundamental constitucional da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), a saúde, conforme advertem Celso Fiorillo e Renata Ferreira (FIORILLO e FERREIRA, 2018), é “direito de todos e dever do Estado”¹⁵, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196), “cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado” (art. 197).

Destarte o direito à saúde, conforme já estabeleceu o Supremo Tribunal Federal, “além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida” traduzindo “bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público” representando “prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)”¹⁶ dentro de uma interpretação unitária aglutinando os arts. 6º, 196 e segs e 225 da Lei

¹⁵ RE 881090 AgR / RN - RIO GRANDE DO NORTE AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 17/11/2017 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO

DJe-272 DIVULG 28-11-2017 PUBLIC 29-11-2017

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA. ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (Tema 793). 2. Agravo interno a que se nega provimento.

¹⁶ E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS, 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMAR- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

(RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409)

Maior em harmonia com o princípio fundamental constitucional indicado no Art.1º, III de nossa Lei Maior.

Exatamente em face da argumentação antes referida e determinadas a dar prioridade ao seu direito de proteção à saúde pública com o reconhecimento de que “a propagação da epidemia do tabagismo é um problema global com sérias consequências para saúde pública, que demanda a mais ampla cooperação internacional possível e a participação de todos os países em uma resposta internacional eficaz, apropriada e integral” assim como “tendo em conta a preocupação da comunidade internacional com as devastadoras consequências sanitárias, sociais, econômicas e ambientais geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, em todo o mundo”, cento e noventa e dois países (192), “seriamente preocupadas com o aumento do consumo e da produção mundial de cigarros e outros produtos de tabaco, particularmente nos países em desenvolvimento, assim como o ônus que se impõe às famílias, aos pobres e aos sistemas nacionais de saúde” reconhecendo “que a ciência demonstrou de maneira inequívoca que o consumo e a exposição à fumaça do tabaco são causas de mortalidade, morbidade e incapacidade e que as doenças relacionadas ao tabaco não se revelam imediatamente após o início da exposição à fumaça do tabaco e ao consumo de qualquer produto derivado do tabaco” e “que os cigarros e outros produtos contendo tabaco são elaborados de maneira sofisticada de modo a criar e a manter a dependência, que muitos de seus compostos e a fumaça que produzem são farmacologicamente ativos, tóxicos, mutagênicos, e cancerígenos, e que a dependência ao tabaco é classificada separadamente como uma enfermidade pelas principais classificações internacionais de doenças”, firmaram compromisso internacional pela adoção de medidas para “proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras consequências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco”, conforme definido no artigo 3º do texto da Convenção¹⁷¹⁸.

¹⁷ Decreto Legislativo 1012/05 - Aprova o texto da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, assinada pelo Brasil, em 16 de junho de 2003.

¹⁸ O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu em 01 de fevereiro de 2018 o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4874, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) contra a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 14/2012, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que proíbe a adição de aroma e sabor em cigarros. “Como a votação acabou empatada com cinco votos contrários e cinco favoráveis à declaração de inconstitucionalidade da resolução da Anvisa – o ministro Roberto Barroso declarou sua suspeição para o julgamento –, não foi alcançado o quórum mínimo de seis votos para se declarar a invalidade da norma, e a ação foi julgada improcedente, mas sem eficácia vinculante e efeitos *erga omnes* (para todos). Também foi cassada a liminar concedida em setembro de 2013 pela relatora da ADI, ministra Rosa Weber, suspendendo a aplicação parcial da resolução. O Tribunal se dividiu entre o entendimento de que a Anvisa agiu dentro de suas atribuições ao proibir a adição de essências de sabor e aroma ao cigarro, devido ao dano potencial das substâncias à saúde, e o fundamento de que ela extrapolou sua competência. Segundo esta segunda vertente, a agência deveria se limitar a proibir a circulação de produtos em situações de risco iminente à saúde, ou seja, em caráter emergencial. Como o resultado do julgamento não gerou tem efeito vinculante, não há empecilhos a eventuais decisões das demais instâncias do Judiciário acerca da resolução”. Na oportunidade a Ministra Rosa Weber, Relatora da ADI, destacou que, “a despeito do direito fundamental à liberdade de iniciativa, o Estado pode impor condições e limites para exploração de atividades privadas, tendo em vista a necessidade de sua compatibilização com os demais princípios, garantias e direitos fundamentais. No caso do controle do tabaco, a saúde e o direito à informação devem ser protegidos. “Os preceitos constitucionais que elevam a saúde à estatura de direito social de todos e atribui ao Estado o dever de garanti-la mediante políticas sociais que visem à redução do risco de doenças impõe a adoção de uma agenda positiva voltada à concretização deste direito”, explicou. Nesse contexto, a ministra entende ser possível à Anvisa tomar medidas repressivas concretas para suspender ou evitar risco iminente à saúde.”

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=368410&tip=UN> acesso em 06 de janeiro de 2019

Cuida, portanto a aludida convenção de matéria que em nosso País, como já referido anteriormente, tem superior proteção constitucional, a saber, o texto normativo assinado pelo Brasil em 16 de junho de 2003 apenas ratifica em plano infraconstitucional a tutela jurídica da saúde ambiental assegurada em nosso País em face do que determinam os Arts.6º, 196 a 200 e 225 de nossa Carta Magna.

Daí, caracterizada a certeza científica comprobatória das “devastadoras consequências sanitárias, sociais, econômicas e ambientais geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, em todo o mundo”, a obrigatória análise por parte do Poder Público no âmbito das atividades econômicas vinculadas à produção e comercialização do tabaco, esta adstrita tão somente à avaliação dos custos das medidas de prevenção visando, ao final, executar as ações necessárias, as quais serão decorrentes de “decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais” tudo para que as referidas empresas possam desenvolver suas atividades econômicas de forma lícita.

5. Condutas e atividades consideradas lesivas à saúde sujeitando os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais: o crime de poluição em face da saúde ambiental.

Conforme aduzido anteriormente as empresas de produção e comercialização de tabaco, na medida em que desenvolvem atividade econômica notoriamente prejudicial à saúde da pessoa humana, estão submetidas a rigoroso controle estatal preventivo, condição fundamental para que possam atuar de forma lícita.

Atuando sem o necessário controle do Poder Público estariam pura e simplesmente desenvolvendo atividade considerada lesiva ao meio ambiente(saúde ambiental) e por via de consequência estariam sujeitas em tese, na condição de infratoras(pessoa jurídicas), a sanções penais(Art.225,parágrafo 3º da CF).

Assim, conforme adverte Celso Fiorillo (FIORILLO,2017)·, o art. 54 da lei 9605/98(que dispõe sobre as sanções penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente),“ em face da determinação contida em nossa Lei Maior que sujeita os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais em decorrência de condutas e atividades consideradas lesivas à saúde (Art.225, § 3º)”, estabelece que “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora, é crime com pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa (se o crime é culposo a pena é de detenção, de seis meses a um ano, e multa conforme indica o § 1º do Art.54) sendo certo que se o crime tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população; causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;dificultar ou impedir o uso público das praias ou ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos a pena é de reclusão, de um a cinco anos incorrendo nas mesmas penas previstas no parágrafo 2º do Art.54 de referida lei quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

A Lei n. 6.938/81 (que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente), por sua vez, define poluição, no seu art. 3º III, como a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos sendo certo que estabelece também, no plano infraconstitucional e de forma menos abrangente que a própria norma constitucional (o que evidentemente em nada pode tolher o comando maior de nossa Carta Magna) ser poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental (degradação ambiental, conforme estabelece a lei 6938/81 é a alteração adversa das características do meio ambiente).

Claro está que o objetivo da lei 9605, inclusive ao reconhecer a responsabilidade criminal/penal da pessoa jurídica no âmbito de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e visando reforçar a tutela do bem jurídico ambiental (a saúde)¹⁹, não só estabeleceu regra concreta derivada do comando constitucional, como didaticamente vinculou as atividades econômicas à defesa do meio ambiente.

Daí, restar bem caracterizado, em tese, o crime de poluição em face de empresas de produção e comercialização de tabaco que não guardarem harmonia com os comandos constitucionais ambientais reguladores da matéria conforme detalhadamente indicados no presente artigo.

Conclusão

As empresas de produção e comercialização de tabaco, enquanto importante atividade econômica geradora de arrecadação estatal e destinada a suprir em nosso País o mercado de consumo de droga recreativa, recebem por parte de nosso sistema

¹⁹ “EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.”

RE 548181 / PR - PARANÁ RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator): Min. ROSA WEBER
Julgamento: 06/08/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PÚBLIC 30-10-2014.

normativo constitucional e infraconstitucional rigoroso controle exatamente em face da reconhecida nocividade que aludida atividade ocasiona à saúde da pessoa humana. Daí nosso sistema normativo ambiental, como conjunto de regras condicionadoras da ordem econômica constitucional em harmonia com à defesa da dignidade da pessoa humana, estabelecer adequados instrumentos preventivos e mesmo repressivos destinados a tutelar referidas empresas em concordância com o que determina nosso direito positivo em vigor.

Referências

Fiorillo, Celso Antonio Pacheco Curso de Direito Ambiental Brasileiro São Paulo: Saraiva, 2019.

Fiorillo, Celso Antonio Pacheco Ferreira, Renata Marques Tutela Jurídica do Patrimônio Cultural Brasileiro em face do Direito Ambiental Constitucional Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

Fiorillo, Celso Antonio Pacheco ;Ferreira, Renata Marques. Tutela Jurídica da Saúde em face do Direito Ambiental Brasileiro-Saúde Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018.

Fiorillo, Celso Antonio Pacheco Crimes Ambientais. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2017.

Guindon GE, Beyer J, Galbraith S. Framework convention on tobacco control: progress and implications for health and the environment. Environ Health Perspect 2003.

Houaiss, Antonio Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa 1ª Edição Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

National Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion (US) Office on Smoking and Health. The Health Consequences of Smoking-50 Years of Progress: A Report of the Surgeon General [Internet]. Atlanta: Centers for Disease Control and Prevention (US); 2014. (Reports of the Surgeon General). Acessado em 06 de janeiro de 2019 Disponível em: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK179276/>.

OPAS/Brasil

https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=574:tabagismo&Itemid=463 acesso em 05 de janeiro de 2019.

Portal do Tabaco <https://www.produtorsouzacruz.com.br/noticias/25-anos-de-lideranca-mundial-nas-exportacoes-de-tabaco-0> acesso em 06 de janeiro de 2019.

Portes, Leonardo Henriques et al. A Política de Controle do Tabaco no Brasil: um balanço de 30 anos. Ciênc. saúde coletiva [online]. 2018,

Raju, K. Siva; Sheshumadhav, M.; Murthy, T.G.K. Molecular diversity in the genus Nicotiana as revealed by randomly amplified polymorphic DNA. Physiol. Mol. Biol. Plants, 14(4), Springer, 2008.

Riquinho, Deise Lisboa; Hennington, Elida Azevedo Health, environment and working conditions in tobacco cultivation: a review of the literature Ciênc. saúde coletiva vol.17 no.6 Rio de Janeiro June 2012

Roberts, Katherine M. Nicotiana sp. Tobacco, Solanaceae. Laboratory Guide To Archaeological Plant Remains From Eastern North America. Advanced Paleoethnobotany Seminar (Anthropology 4214). Washington University in St. Louis. 2017.

Souza Cruz
http://www.souzacruz.com.br/group/sites/SOU_AG6LVH.nsf/vwPagesWebLive/DO9YDBCG
acesso em 06 de janeiro de 2019.

Supremo Tribunal Federal
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=368410&tip=UN>
acesso em 06 de janeiro de 2019

Thompson, Ken The toxic charms of nicotiana. Gardening. Gardening advises. The Telegraph. United Kingdom, 2013.

Leite, Antonio Dias Leite "A Economia Brasileira - de onde viemos e onde estamos". Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Oberg M, Woodwardb A, Jaakkolac MS, Perugad A, Prüss-Ustün A. Global estimate of the burden of disease from second-hand smoke. Geneva: WHO; 2010.

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



A INVISIBILIDADE DAS MULHERES PESCADORAS NO BRASIL: UMA DISCUSSÃO A PARTIR DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 5 E 14

*Solange Teles da Silva¹,
Denise Almeida de Andrade²,
Tarin Cristino Frota Mont'Alverne³*

“Se eu posso resumir o que é a vida na pesca para vocês da universidade entenderem, eu poderia dizer assim: seis anos, faculdade; dez anos, mestrado; quinze anos, doutorado. Vinte anos: tudo está só começando. De tão complexo que é a pesca” (Safira, 38 anos, Barra do Sul) (BERGER, 2015, p. 21).

RESUMO

A desigualdade de gênero tem várias dimensões, o que explica as diversas repercussões, nos mais variados campos da vida e do conhecimento. As mulheres pescadoras representam uma face das relações interpessoais, sociais e econômicas permeadas pela desigualdade de gênero e neste sentido objetivamos demonstrar que as mulheres pescadoras são *invisíveis*, na medida em que o trabalho que realizam não é inserido no rol dos trabalhos de pesca ou, quando inseridos, são subalternizados, sendo considerados trabalhos secundários, recebendo menores valores pecuniários e sendo considerados de menor valor social. Por fim, intentamos demonstrar que os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), especialmente, os 5 e 14, poderiam ser um ponto de inflexão para refletirmos e propormos caminhos de superação desta invisibilidade e subalternização. Para tanto, utilizamos a revisão de literatura e a análise de documentos. Verificamos que é possível, por meio da presença e participação igualitária das mulheres no

¹ Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Doutora em direito pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne) (2001) e Pós-doutora pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne) (2005). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Desenvolvimento e Sustentabilidade. Bolsista em Produtividade em Pesquisa CNPq. O presente trabalho relaciona-se com o Projeto Meio ambiente costeiro face a crise do sargassum – Proc. Fapesp n. 2019/22201-4, considerando-se que no caso do encalhe de sargassum as mulheres pescadoras também são atingidas, sendo necessário superar essa invisibilidade e propiciar a sua presença e participação igualitária no ambiente da pesca.

² Pós doutorado em andamento na Universidade Presbiteriana Mackenzie 2016/2017 (PNPD-CAPES). Doutora (PROSUP-PRODAD) e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2016). Professora do Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS. Professora da Fundação Getúlio Vargas - FGVLaw São Paulo. Desenvolve atividades acadêmicas concentradas na seara do Direito Constitucional, com ênfase em Acesso à Justiça e Gestão de Conflitos, Direitos Humanos, Justiça de Gênero e Planejamento Familiar.

³ Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC) . Foi Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Foi Vice-Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2012-2016). Doutora em Direito Internacional do Meio Ambiente - Université de Paris e Universidade de São Paulo (2008). Mestre em Direito Internacional Público - Université de Paris (2004). Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI) . Coordenadora do Projeto de Pesquisa em Direito do Mar. Foi Professora Convidada na Universidade Paris-Saclay , Universidade Paris e Universidade La Rochelle.

ambiente da pesca, incrementarmos ganhos econômicos, ao mesmo tempo, em que fomentamos a preservação da vida marinha de maneira mais efetiva e contribuimos para o desenvolvimento dos Países.

PALAVRAS-CHAVE: Mulheres Pescadoras. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Igualdade de Gênero. Vida marinha.

THE INVISIBILITY OF FISHERWOMEN IN BRAZIL: A DISCUSSION FROM SUSTAINABLE DEVELOPMENT OBJECTIVES 5 AND 14

ABSTRACT

Gender inequality has several dimensions, which explains the different repercussions, in the most varied compositions of life and fields. Fisherwomen represent a face of interpersonal, social and economic relations permeated by gender inequality and in this sense we aim to demonstrate that fisherwomen are invisible, as the work they do is not included in the list of fishing jobs or, when inserted, they are subalternized, being considered secondary jobs, receiving less money and being considered of lesser social value. Finally, we intend to demonstrate that the Sustainable Development Goals (SDG), especially 5 and 14, could be an inflection point for us to think and propose ways to overcome women's invisibility and subordination. For this purpose, we use the literature review and the analysis of documents. We verified that it is possible, through the presence and equal participation of women in the fishing environment, to increase economic gains, at the same time, in which we promote the preservation of marine life more effectively and contribute to the development of States.

KEYWORDS: Fisherwomen. Sustainable Development Goals. Gender equality. Marine Life.

Introdução

O século XXI tem sido marcado por novos desafios no campo jurídico, como a digitalização/virtualização dos processos, inteligência artificial, conflitos transnacionais, mudança climática, alterações bioquímicas dos oceanos, entre outros temas; por outro lado, remanescem questões antigas, que historicamente têm permeado as relações humanas e sociais, como a discriminação das mulheres, as dificuldades de sua inserção no mercado de trabalho⁴, e a invisibilidade das pessoas que não estão inseridas nos espaços de poder ou não se adequam aos papéis legitimados pelos Estados nacionais, como povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais.⁵

As mulheres pescadoras fazem parte de grupos culturalmente diferenciados entre os povos e comunidades tradicionais do Brasil, sendo, entretanto, um grupo que se mantém invisibilizado. A literatura ao se referir às *mulheres pescadoras*, de forma recorrente conclui que a pesca foi, e ainda é, um espaço reservado ao homem e ao que é historicamente designado como masculino: força, coragem, determinação... Independentemente da área do conhecimento – Sociologia, Antropologia, Engenharia Ambiental, Direito, Oceanografia – é unânime a percepção de que é preciso compreender o

⁴ Ressalvamos que no Brasil as mulheres negras e pobres sempre trabalharam. Desde sua chegada ao Brasil sob a égide da escravidão até os dias de hoje. Ao usarmos a expressão “inserção da mulher no mercado de trabalho” estamos nos referindo a uma mudança de paradigma social e normativo, a partir do qual as mulheres, em regra de classe média, puderam passar a exercer atividades remuneradas fora de casa. Ratificamos, contudo, que não podemos silenciar milhares de mulheres que sempre exerceram trabalhos - forçados ou remunerados – dentro e fora de casa.

⁵ Aqui fazemos referência a povos indígenas e quilombolas, cujo reconhecimento dos direitos é dado pelo texto constitucional de 1988 e comunidades tradicionais, como também aos demais povos e comunidades tradicionais que não tem um reconhecimento expresso no texto constitucional.

lugar que a mulher pescadora ocupa nas comunidades locais e nas relações sociais e familiares.

Apesar dessa confluência de pensamentos, o material produzido pelo Direito acerca das mulheres pescadoras é ainda exíguo⁶, o que confirma a relevância do esforço realizado nesse trabalho para dar visibilidade a essa problemática, verificando como o ordenamento jurídico brasileiro, bem como textos internacionais consagram ou não direitos a essas mulheres, enquanto uma categoria específica: mulheres pescadoras.

É importante, todavia, ressaltar que a própria pesca artesanal só foi tratada na legislação brasileira na década de 1960, época que coincide com um momento relevante dos movimentos feministas na busca pela diminuição das desigualdades culturais e políticas. O objetivo central desse trabalho é, assim, afirmar que lugar de mulher é sim senhor, é sim senhora na pesca – ou aonde ela quiser – e, nesse sentido indagarmos como as políticas públicas dão ou não visibilidade a essas mulheres que tem uma forte relação com o mar e com os recursos naturais. Para tanto, navegaremos em um mar nem sempre cristalino, iniciando com a tentativa de compreender quem são essas mulheres pescadoras no próprio universo da pesca. Em seguida, realizaremos uma discussão sobre o “lugar da mulher” na pesca, retratando a invisibilidade aí existente. A relação entre o ordenamento jurídico e a pesca artesanal, em particular a mulher pescadora artesanal, cujo reconhecimento foi fruto de lutas e articulações de movimentos será então objeto de análise em um terceiro momento. E por fim, complementando o propósito de dar visibilidade a essa relação entre essas mulheres e o meio ambiente, destacaremos o seu papel na implementação dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS). Daqui talvez possam emergir, juntamente com a trajetória de lutas das mulheres pescadoras, uma perspectiva de visibilidade em suas ações de conservação dos recursos naturais e de justiça de gênero.

1 Mulheres no universo da pesca?

A pesca brasileira é categorizada por Diegues (1983; 2004) de 3 (três) formas: produção de subsistência, a pequena produção mercantil, e a produção capitalista. Na pesca artesanal há uma divisão do trabalho que de forma predominante considera que os homens estão no mar e as mulheres na terra (LEITÃO, 2015, p. 140). Seria esse o universo das mulheres na pesca, o espaço restrito as atividades realizadas com o pescado em terra?

Na realidade, há uma diversificação de atividades que envolvem as mulheres no universo da pesca: elas são “pescadora, fileteira, descascadeira, marisqueira, catadora, remendeira, vendedora, mulher de pescador...” (MARTINEZ & HELLEBRANDT, 2019, p. 9). Apesar dessa diversidade, a regulamentação da pesca no país demonstra que essa categoria de mulheres pescadoras artesanais ficou durante muito tempo sem ser

⁶ Em um esforço de sistematizar os trabalhos acadêmicos (teses e dissertações) no período de 2007 a 2017 sobre mulheres pescadoras, Suelen Ribeiro de Souza e outras identificaram 45 produções sendo possível constatar que, dentre as regiões que mais discutem essa temática está a região nordeste (44%) e, as categorias identificadas nessa produção foram 8 (oito): (1) Relações de trabalho e organização social da pesca (16 trabalhos); (2) Saberes tradicionais/técnicas de pesca/preservação/mitologia (10 trabalhos); (3) Políticas Públicas/Direitos Sociais, Participação e representação (11 trabalhos); (4) Gênero e violência na pesca (1 trabalho); (5) Pesca e adoecimento/representações/ riscos ocupacionais (2 trabalhos); (6) Conflitos e Problemas socioambientais (2 trabalhos); (7) Educação não formal e ambiental crítica (2 trabalhos) e, (8) Perfil socioeconômico (1 trabalho) (SOUZA e. al., 2019, p. 37).

enxergada, com seus trabalhos “relegados a categoria de ajuda” (MARTINEZ & HELLEBRANDT, 2019, p. 10), uma ajuda que ocorria notadamente em terra firme.

De acordo com dados da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) de 2017, no Brasil “as últimas estimativas incluíram um total de 1083778 pescadores em tempo integral, 64% deles em águas marinhas. A produção da pesca artesanal domina nas regiões do norte, enquanto a pesca industrial é mais importante na região do sul. Metade dos pescadores eram mulheres” (Tradução livre, FAO, 2019).⁷

Embora esses números possam indicar a inserção das mulheres no universo da pesca, é fundamental compreendermos como as normas passaram a considerar a existência mesma do pescador e da pescadora artesanal, por vezes incluindo as atividades como confecção de reparos e artes e petrechos de pesca, reparos de embarcações e processamento do produto da pesca artesanal, e, por vezes excluindo essas atividades do universo da pesca.

A «Missão do Cruzador José Bonifácio»⁸, realizada pela Marinha, entre 1919 e 1923 teve como “objetivo regularizar e nacionalizar a pesca no país” (CYRINO, 2018, p. 34) e criou 800 colônias de pescadores relativas a determinadas zonas de pesca (CYRINO, 2018, p. 40), com o claro propósito de tutelar essas comunidades e exercer um “controle” da atividade da pesca artesanal. Os costumes tradicionais dos pescadores, seus saberes tradicionais foram então descritos como arcaicos, necessitando ser modernizados (CYRINO, 2018, p. 41).

Com o Estado Novo, a partir da década de 1930, emergiu a ideia e o ideal da integração nacional, o então Código de Caça e Pesca, aprovado em 1934 pelo Decreto n. 23.672, estabeleceu a primeira classificação da pesca como pesca marítima (em alto mar, costeira e litorânea) e pesca interior (em águas sem ligação com o mar). Esse Código estabeleceu então a exigência de ser brasileiro para o exercício e a exploração da pesca, e determinou a necessidade da matrícula do pescador profissional e obrigatoriedade de fazer parte da Colônia na qual reside. Dentre os documentos exigidos para a concessão da matrícula está o documento e a quitação do serviço militar para maiores de 21 anos, que só podia ser fornecido por homens. Patente aqui, a essa época, a exclusão das mulheres de uma eventual matrícula como pescadoras profissionais. Em 1938, esse Código é revogado pelo Código de Pesca, Decreto – Lei 794 que não mais traz a

⁷ Os dados ainda são conflitantes, no próprio site da FAO há um texto que afirma que dos «(...) quase um milhão de pescadores artesanais, 45% são mulheres.» (SANTAREM, 2019). Já Carmem Imaculada de Brito destaca que na «pesca artesanal as mulheres representam 24, 35% da mão de obra e mais de 25% desta atividade produtiva é por elas desenvolvida (FRITSCH, 2004). Essas trabalhadoras são, em sua maioria, negras ou pardas, pobres, que residem em áreas rurais (muitas das quais de difícil acesso), possuem baixa escolaridade, estão sujeitas a deficiência/insegurança alimentar, à violência de gênero e ao alcoolismo. O tipo de trabalho que praticam – captura (pesca artesanal), aquicultura, confecção de artesanato, confecção de artesanato, confecção e reparo de apetrechos de pesca, catação de caranguejos, siris e mariscagem (beneficiados para alimentação familiar e/ou comercializados de forma ambulante), beneficiamento de produtos (como a filetagem de peixes ou o tratamento de couro) –, em condições de exposição prolongada ao sol, em ambientes úmidos ou sem condições ergonômicas adequadas, oportuniza o desenvolvimento de uma série de doenças (STADTLER, 2015). Em suas comunidades, desempenham papéis importantes no processo produtivo e nos cuidados com suas famílias e não recebem a proteção social do Estado e nem o reconhecimento de seus direitos como trabalhadoras do setor, e muitas se veem excluídas da participação nos espaços associativos da profissão» (BRITO, 2019, p. 64).

⁸ Essa missão foi descrita por Frederico Villar em um livro intitulado «A missão do Cruzador José Bonifácio: os pescadores na defesa nacional (1919-1923)» (CYRINO, 2018).

exigência de quitação do serviço militar. Há uma ênfase na questão das colônias, bem como na fiscalização e uso de aparelhos de captura de espécies (CYRINO, 2018, p. 51).

E, o decreto n. 51.868, de 27 de março de 1963, ao criar um grupo de trabalho para o desenvolvimento da pesca no país faz menção a pesca artesanal⁹, elencando entre os objetivos do desenvolvimento dessa atividade a necessidade de considerar aos pescadores artesanais um “padrão de vida compatível com as possibilidades remunerativas da atividade mediante a reorganização das colônias de pescadores e a instituição do sistema cooperativo” (art. 1º, VI). Esse decreto destaca igualmente o potencial industrial da pesca.

Com o Código de Pesca de 1967, Decreto – lei 221, surge uma classificação da pesca comercial, desportiva e científica. Entretanto não há menção à pesca artesanal e o pescador profissional continua sendo aquele sujeito à matrícula, que tem na pesca sua profissão ou meio principal de vida (art. 26).

Importante destacarmos que o espaço de representação dos trabalhadores da cadeia produtiva de pesca eram as Colônias de Pescadores, cuja criação e gestão era controlada pela Marinha de Guerra, “não aceitavam mulheres em seu quadro de pessoal até o final da década de 1970” (LEITÃO, 2015, p. 143). As mulheres pescadoras passaram a ter acesso ao Registro Geral da Atividade Pesqueira (RGP) a partir de 1979 por meio da Superintendência do Desenvolvimento da Pesca (SUDEPE) e isso apenas para as mulheres pescadoras solteiras (LEITÃO, 2015, p. 143). A partir da admissão de mulheres na Marinha¹⁰, as mulheres pescadoras, que geralmente trabalhavam embarcadas, tiveram acesso ao registro da matrícula. Ressaltamos que

As primeiras mulheres a obter reconhecimento formal, conseguindo tirar a carteira profissional de pescadoras, vieram da região de Itapissuna e da Praia do Canto Verde, em Pernambuco. De lá para cá, esse direito foi se expandindo e alcançando outras mulheres espalhadas pelo Brasil a ponto de, em 1985, uma delas ter sido eleita presidente da colônia de Itapissuna e nove anos depois alcançou a presidência da federação do estado do Pernambuco. Hoje são muitas as colônias de pescadores presididas por mulheres (BRITO, 2019, p. 58–59)

Em realidade, esse acesso foi estendido a todas as outras mulheres pescadoras com o texto constitucional de 1988. A partir daí, pescadores artesanais passaram a ser incluídos no setor rural informal e as colônias foram “equiparadas a sindicatos de trabalhadores rurais, sendo livres a associação profissional ou sindical, o que irá propulsionar a criação de novas entidades representativas de pesca, como as Associações de Pescadores” (CYRINO, 2018, p. 86).

Com o advento da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável na Aquicultura e da Pesca, Lei 11.959/2009, se estabeleceu a pesca artesanal como modalidade de pesca comercial que incluiria “os trabalhos de confecção e de reparos de artes e pechecos de pesca, os reparos realizados em embarcações de pequeno porte e o

⁹ A necessidade de estabelecer uma distinção entre as duas categorias de pesca: pescador artesanal e pescador industrial/empresarial, à luz das próprias transformações tanto socioeconômicas quanto tecnológicas, é ressaltada no III Plano Setorial para Recursos do Mar (1990-1993) sancionado pelo Decreto 98.479/1989.

¹⁰ Cf. Lei n. 6.807, de 7 de julho de 1980 que criou o Corpo Auxiliar Feminino da Reserva da Marinha (CAFRM).

processamento do produto da pesca artesanal” (parágrafo único do art. 4º). Entretanto, a regulamentação da pesca artesanal excluiu a partir de 2017, como analisaremos a seguir, esses trabalhos em terra do universo da pesca, para o Registro Geral da Atividade Pesqueira – RGP. Se lugar da mulher é sim aonde ela quiser, inclusive na pesca, como então essa invisibilidade se constrói e como o direito e a sociedade reforçam a discriminação ou possibilitam condições de igualdade de gênero?

2 Sim, “lugar de mulher” é na pesca

As mulheres pescadoras congregam, *a priori*, duas vulnerabilidades. Primeiro, parte-se da premissa que as sociedades ocidentais foram, em sua maioria, forjadas em estruturas e concepções patriarcais que têm como fundamento a priorização “dos fazeres” do homem, considerado física e intelectualmente superior. Às mulheres foram/estão reservadas as tarefas secundárias, menos relevantes econômica e socialmente, incluídas as atividades de cuidado.

Segundo, por serem pescadoras, estão imiscuídas em um contexto de pouco prestígio socioeconômico (nesse ponto, também os homens pescadores), dentro do qual é subalternizada pela segunda vez, pois se ocupa das funções de preparo e beneficiamento dos pescados, tem pouco ou nenhum poder decisório, em regra não é proprietária de embarcações, e, ainda, é a responsável pelos afazeres domésticos e de cuidado com os filhos e filhas.

Destacamos que essa divisão de papéis entre homens e mulheres vem sendo analisada por diversas áreas do conhecimento, antropologia, sociologia, filosofia entre outras e o Direito precisa se apropriar, também, dessas reflexões com o objetivo de não ser mais uma ferramenta para a perpetuação dessas situações de desigualdade e discriminação. Conforme mencionado acima, a legislação protetiva dos pescadores há poucos anos passou a contemplar a mulher pescadora, com destaque para as dificuldades encontradas para que gozassem de direitos constitucionalmente garantidos, tais como os previdenciários. Nesse ponto, podemos observar o relato de trecho da pesquisa de Gerber (2015), com mulheres pescadoras do sul de Santa Catarina, ao acompanhar uma delas a um posto de atendimento do INSS:

[...] marcou o visor colorido indicando a mesa, seguido do som de um blim blom. Entrei com Safira¹¹ e o técnico do INSS se mostrou solícito, embora sério, e perguntou o que queríamos. Como Safira havia me pedido para fazer as perguntas, eu iniciei a conversa e se seguiu o seguinte:

— Eu sou pesquisadora e estou acompanhando esta senhora, que é pescadora e me pediu para vir acompanhá-la, pois quer tirar algumas dúvidas sobre o processo de aposentadoria.

Demonstrando não ter me ouvido, o técnico se dirigiu diretamente à Safira:

— **A senhora é mulher de pescador?**

Interfiro: — **Não, ela é pescadora.**

Continuando como se não tivesse falado, o técnico continuou:

¹¹ Os nomes das pescadoras foram alterados pela pesquisadora para que seja mantido o anonimato.

— **A senhora trouxe os documentos do seu marido?**

Não me contendo, mais uma vez interferi ao mesmo tempo em que me dei conta do coração mais acelerado e o sangue me corar o rosto com a raiva que senti. Porém, num esforço de controle comentei: — **Ela também tem os documentos de pescadora.**

Mais uma vez, foi como se eu não tivesse dito nada. **O técnico continuou olhando apenas para Safira, e ela rapidamente lhe respondeu:**

— **Ah, eu trouxe sim. Estão aqui.**

— **Ela também tem documentos, insisti.** Porém, o único som que eu parecia ouvir era meu próprio coração acelerado [...]. Era eu também agora, não só invisível, mas inaudível para o referido técnico, que continuou sem considerar o que eu argumentava.

— **Tem a carteirinha dele aí?** Deixa eu ver. Como está aqui, está tudo certo. Ele tem a carteirinha há 12 anos e a senhora é mulher dele. É casada legalmente?

— Sim, sou.

— Então. Tem que contribuir 25 anos e ter 55 anos de idade para se aposentar. Era só isso?

— Era, sim. Respondeu Safira de forma tímida, muito diferente de seu jeito alegre e expansivo. Ele não me olhou. É como se eu não estivesse ali. (grifos nossos) (GERBER, 2015, p. 203–204).

É esse o retrato da invisibilidade. O aparato estatal (e também da iniciativa privada) — autarquias, empresas públicas, servidores etc. — repercute em sua estrutura e na prestação de seus serviços um padrão que reforça o “anonimato” da mulher e a subalternização das atividades que desempenha. São duas faces de uma mesma realidade.

A divisão sexual do trabalho tem por características a designação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva, como também, simultaneamente, a captação pelos homens das funções com forte valor social agregado (políticos, religiosos, militares etc.). Esta forma de divisão social tem dois princípios organizadores: o princípio da separação (há trabalhos de homem e trabalhos de mulher) e o princípio hierárquico (um trabalho de homem “vale” mais que um trabalho de mulher). Se esses dois princípios organizadores se encontram em todas as sociedades conhecidas e são legitimados pela ideologia naturalista, isso não quer dizer, entretanto, que a divisão sexual do trabalho seja um dado imutável. Ao contrário, essas modalidades concretas variam fortemente no tempo e no espaço, como o demonstraram abundantemente etnólogos/as e historiadores/as (KERGOAT, 2001, p. 89 *apud* ÁVILA).

Ainda nesse passo, enfatizamos que divisão sexual do trabalho ocorre, também, no setor pesqueiro

A divisão sexual do trabalho caracteriza-se pela designação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva assim como, ao mesmo tempo, a captação pelos homens das funções com forte valor social agregado (políticas, religiosas, militares, etc). Essa forma de divisão social tem

dois princípios organizadores: - o princípio de separação (há trabalhos de homens e trabalhos de mulheres) -o princípio hierárquico (um trabalho de homem "vale" mais do que um trabalho de mulher) (KERGOAT, 2002, p. 50).

É certo que a polarização dos afazeres humanos em *masculino x feminino* remanesce no século XXI, em que pesem os variados esforços para superação desse equívoco. Não se trata de uma característica apenas das comunidades pesqueiras, mas de toda a sociedade que vivencia um tensionamento dessas discussões, uma vez que para equilibrar as relações de poder, historicamente desiguais, há uma “perda” dos que vêm, ao longo dos anos, se beneficiando dessa discrepância.

As razões dessa permanência da atribuição do trabalho doméstico às mulheres, mesmo no contexto da reconfiguração das relações sociais de sexo a que se assiste hoje, continuam sendo um dos problemas mais importantes na análise das relações sociais de sexo/gênero. E o que é mais espantoso é a maneira como as mulheres, mesmo plenamente conscientes da opressão, da desigualdade da divisão do trabalho doméstico, continuam a se incumbir do essencial desse trabalho doméstico, inclusive entre as militantes feministas, sindicalistas, políticas, plenamente conscientes dessa desigualdade (HIRATA; KERGOAT, 2007, p. 607).

Ao tratar sobre invisibilidade do trabalho da mulher é recorrente essa reflexão sobre o binômio trabalho produtivo x trabalho reprodutivo. Isto porque é esse lugar de não remuneração e de não reconhecimento social, que tem sido ocupado pelas mulheres e mais ainda, esse «lugar» tem sido reiterado como sendo o espaço para o qual as mulheres foram talhadas.

A invisibilidade da mulher pescadora pode ser percebida como uma fração do cenário de silenciamento de todas as mulheres, ao mesmo tempo em que sua superação é ainda mais desafiadora por se entrelaçarem múltiplas situações de vulnerabilidade.

De uma maneira geral, os estudos de comunidades “pesqueiras” tendem a privilegiar os atores sociais masculinos, e o ponto de vista do homem. O discurso do pesquisador como que replica o discurso público dessas comunidades, cuja identidade se constrói sobre a atividade da pesca, concebida como masculina. Relega-se, assim, ao silêncio, as atividades femininas, mesmo quando estas contribuem substancialmente para a subsistência da comunidade¹². (WOORTMANN, 1992, p. 31, apud MOTTA-MAUÉS).

Via de regra, o beneficiamento do pescado — limpeza, descasque, evisceração etc. — é atividade atribuída e, de fato, realizada pela mulher, que não é considerada inserida em uma atividade vinculada à pesca e remunerada, mas como uma função de “mulher de pescador”. Por outro lado, a mulher que trabalha embarcada, é também invisibilizada, sob outra justificativa, por desempenhar atividade “masculina”, o que gera descrença, surpresa e resistência sobre sua atuação.

As mulheres podem, dentro de sua formação familiar e social, optar por serem pescadoras, inclusive da pesca de alto mar, não há nenhum impeditivo fisiológico ou

¹² Necessário enfatizar que o texto se ocupa das mulheres pescadoras, mas a invisibilidade não poupa as mulheres agricultoras, as pequenas produtoras rurais, aquelas mulheres que ainda se ocupam de atividades de coleta. (WOORTMANN, 1992, p. 31, apud MOTTA-MAUÉS).

psíquico para isso; na verdade, há barreiras socioculturais que quando não as impede totalmente, as inviabiliza ou subalterniza.

Desde pequena eu gosto da pesca. Eu aprendi a pescar com o meu pai. Eu tinha uns 12 anos, eu acho. O pai ia sair de manhã, quando via, eu já estava esperando pronta pra ir com ele. Eu tinha aquela curiosidade de ver e saber como era a pesca, como se fazia, como se pescava, como vinham os peixes. Eu dizia: “me leva pai, me leva!”. Ele dizia: “não filha. Está muito frio. Outro dia tu vais com o pai”. Aí, no outro dia eu insistia, insistia. Quando eu levantava, ele já tinha saído. Aí eu percebi que ele me enganava[...] Daí, quando eu percebi isso, eu enganei ele. Um dia ele acordou. Quando viu, eu já estava na cozinha com tudo pronto para ir. Tinha feito o café, arrumado as coisas, já tinha deixado tudo pronto. Aí, não teve jeito: ele me levou junto. (Neia, 32 anos). (BERGER, 2015, p. 99).

Verifica-se que há influências familiares, e que os homens, na condição de pais, foram, em sua maioria, os “professores” das suas filhas, mulheres pescadoras. Não há problema nisso, uma vez que era uma atividade só desempenhada por homens, desta forma, era muito raro mulheres pescadoras de alto mar até os últimos anos do século XX.

Ocorre que esse cenário tem mudado, as mulheres têm desempenhado atividades de pesca extremamente relevantes não apenas para a subsistência familiar, mas também para a sustentabilidade de suas comunidades e para a atividade pesqueira como atividade comercial. Nessa medida, e à luz de todo o arcabouço constitucional brasileiro, que confirma a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, é urgente superar as barreiras institucionais e oficiais, o que auxiliará na minimização da invisibilidade e subalternização das mulheres pescadoras.

3 As vias de reconhecimento de uma categoria heterogênea, as mulheres pescadoras

A importância das mulheres pescadoras precisa ser reconhecida pelas políticas públicas relacionadas à atividade pesqueira, e aqui o papel fundamental dos movimentos de pescadoras como também o reconhecimento de categorias específicas como é o caso das marisqueiras.

No que diz respeito à atividade pesqueira, embora, a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, Lei n. 11.959, de 29 de junho de 2009 estabeleça a necessidade de o «ordenamento pesqueiro»¹³ considerar as peculiaridades, bem como as necessidades dos pescadores artesanais, ela não faz nenhuma menção expressa às mulheres pescadoras. Essa norma federal apresenta uma definição de pesca artesanal enquanto aquela «praticada diretamente por pescador profissional, de forma autônoma ou em regime de economia familiar, com meios e produção próprios ou mediante contrato de parceria, desembarcado, podendo utilizar embarcações de pequeno porte» (art. 8º, I, a) sendo que o pescador profissional é a «pessoa física, brasileira, ou estrangeira residente no País que, licenciada pelo órgão público competente, exerce a pesca com fins comerciais, atendidos os critérios estabelecidos em legislação específica»

¹³ De acordo com a lei 11.959/2009 define o ordenamento pesqueiro como «o conjunto de normas e ações que permitem administrar a atividade pesqueira, com base no conhecimento atualizado dos seus componentes biológico-pesqueiros, ecossistêmico, econômicos e sociais» (art. 2º, XII).

(art. 2º, XXII). Ademais são consideradas como constituindo atividade pesqueira artesanal igualmente «os trabalhos de confecção e de reparos de artes e petrechos de pesca, os reparos realizados em embarcações de pequeno porte e o processamento do produto da pesca artesanal» (parágrafo único do art. 4º). Aqui, estão, portanto, contempladas as atividades da pesca em mar e as atividades relegadas, normalmente, às mulheres como as atividades de beneficiamento do pescado.

As categorias que poderiam se inscrever para obterem o Registro Geral da Atividade Pesqueira — RGP, tal qual regulamentava o Decreto n. 8.425, de 31 de março de 2015 incluíam «trabalhador ou trabalhadora de apoio a pesca artesanal — pessoa física que, de forma autônoma ou em regime de economia familiar, com meios de produção próprios ou mediante contrato de parceria, exerce trabalhos de confecção e de reparos de artes e petrechos de pesca, de reparos em embarcações de pesca de pequeno porte ou atua no processamento do produto da pesca artesanal» (art. 2º, VIII). Esse inciso do artigo 2º do Decreto foi revogado pelo Decreto n. 8.967 de 23 de janeiro de 2017. Assim, retirou-se do campo da obtenção de registro da atividade pesqueira e, portanto, do universo da pesca as atividades de apoio, justamente atividades exercidas em sua maioria por mulheres. Ainda que a lei federal preveja que os critérios para efetivação do RGP devam ser estabelecidos no regulamento da lei (parágrafo único do art. 24), o regulamento, no caso o decreto 8.967/2017, não pode ser contrário a lei e tal revogação é manifestamente ilegal uma vez que a própria lei considera tais atividades como constituindo parte da atividade de pesca artesanal. Ademais, na prática, a falta de emissão de RGP faz com que existam milhares de pescadores e pescadoras que não receberam a carteira (OCEANA, 2020).

Em relação ao trabalho das pescadoras,

Reconhecer (...) [esse trabalho] é ir além de garantir os direitos ao registro da atividade, ao seguro defeso, a participação nas tomadas de decisões, esse reconhecimento, deve estender-se ao seu primordial papel no beneficiamento e comercialização dos produtos da pesca; na geração de renda familiar e divisas para os municípios e estados através dessas atividades de beneficiar e comercializar; na manutenção da atividade pesqueira com a fabricação e concerto das redes e demais equipamentos da pesca; na manutenção dos hábitos alimentares que os povos das águas detém; nas histórias de pescadores e pescadoras, que fazem parte da nossa história enquanto povo; na manutenção e reprodução das famílias pescadoras — cuidar da família não é uma obrigação feminina, deve ser uma atividade partilhada com o núcleo familiar, se o homem sai para o rio e/ou mar, alguém necessita realizar esse trabalho familiar; e como agente de desenvolvimento rural sustentável que através das diárias atividades complementares, possibilita as famílias a segurança e soberania alimentar.(SANTARÉM, 2019).

E, nessa luta pelos direitos das mulheres pescadoras, constituiu-se a Associação Nacional de Pescadoras (ANP) como um «movimento social que pauta suas ações pela (re)afirmação constante da identidade coletiva das pescadoras artesanais, em meio a um contexto marcado por conflitos diversos» (BRITO, 2019, p. 53). Sua fundação data de 2003 quando ocorreu a criação da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca (SEAP-PR) (BRITO, 2019, p. 59) e, desde então passou a desenvolver várias atividades

sobretudo no «enfrentamento da luta contra a política de 'desenvolvimento a qualquer custo' estabelecida pelo governo nos seus vários níveis» (BRITO, 2019. P; 66–67).

A Associação Nacional das Pescadoras juntamente com o Movimento dos Pescadores e Pescadoras artesanais iniciaram uma campanha sobre territórios pesqueiros. Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 131/2020 que dispõe sobre o reconhecimento, proteção e garantia do direito ao território de comunidades tradicionais pesqueiras, tido como patrimônio cultural material e imaterial sujeito a salvaguarda, proteção e promoção, bem como o procedimento para a sua identificação, delimitação, demarcação e titulação. Esse PL inclui entre as diretrizes das políticas de desenvolvimento sustentável das comunidades tradicionais pesqueiras a atenção para com os recortes de etnia, raça, gênero, idade, religiosidade e ancestralidade (art. 25, IV). Em nota técnica a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF) posicionou-se favoravelmente a conversão do presente projeto em lei, afirmando que:

Essas comunidades ainda não receberam a devida atenção e reconhecimento dos poderes públicos, enfrentando dificuldades inerentes aos grupos minoritários da sociedade, sobretudo a invisibilidade social e cultural e a ausência de respeito ao seu modo de vida. Em consequência, o acesso aos direitos e às políticas públicas que lhe são destinadas ficam comprometidos, bem como o exercício de suas atividades econômicas. O projeto cumpre, portanto, o importante papel de regulamentar em âmbito legal as normas protetivas das comunidades tradicionais pesqueiras. Nesse sentido, tem ainda o mérito de abordar o tema sob diversas perspectivas, tratando das questões centrais no que se refere aos direitos e à valorização dessas comunidades (MPF, 2020).

Aqui destaque-se ainda Lei n. 13.902, de 13 de novembro de 2019 que dispõe sobre a política de desenvolvimento e apoio as atividades de mulheres marisqueiras. Essa lei, que tem 5 (cinco) artigos, estabelece que é marisqueira «a mulher que realiza artesanalmente essa atividade em manguezais de maneira contínua, de forma autônoma ou em regime de economia familiar, para sustento próprio ou comercialização de parte da produção» (art; 2º), cabendo ao poder público estimular a criação de cooperativas ou associações de marisqueiras. O artigo 4º dessa lei que estabelecia prioridade de pagamento de indenizações as marisqueiras impossibilitadas de exercerem sua atividade em hipótese de desastres ambientais em áreas de manguezais foi vetado apoiando-se no princípio da isonomia e na impossibilidade de beneficiar apenas uma categoria de trabalhadores impactados pelo mesmo evento.

Ora, veja-se as mulheres pescadoras artesanais, já em situação de vulnerabilidade, tiveram sua situação agravada tanto em face do derramamento de óleo ocorrido em 2019 no Atlântico Sul, como na atualidade com a pandemia de Covid-19. Como afirma Joana Moussinho de Itapissuma, litoral de Pernambuco: «As mulheres daqui muitas não tão doente de coronavírus, tão doente de tristeza, porque não podem trabalhar, porque mesmo se for pra maré e catar algo não tem onde vender» (MOURA, 2020).¹⁴ Como então imaginar um futuro para essas mulheres para além desse momento de pandemia da Covid-19?

¹⁴ Sobre questões referentes aos pescadores e políticas em tempos da Covid-19 cf. SILVA et. al. 2020.

4 As mulheres pescadoras e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável: as conexões entre os ODS 5 e 14

A Agenda 2030, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (A/ RES/70/1) em 2015, contempla 17 Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), com 169 metas associadas. A análise desses objetivos não pode ser feita *a la carte*, há a necessidade de uma visão sistêmica. Mesmo que aqui sejam destacadas as conexões existentes entre os ODS 5, que se refere à igualdade de gênero e ODS 14, sobre a vida no mar, devemos ter em mente que há a necessidade de uma visão mais ampla para que efetivamente possamos considerar a implementação desses objetivos que estão intrinsecamente relacionados.

Ao dar ênfase às relações entre os ODS 5 e 14 temos como objetivo ter uma visão prospectiva imaginando possibilidades de atuação para as mulheres pescadoras na construção de um futuro sustentável, imaginando os ODS como uma bússola a nos guiar na construção de alternativas pós Covid-19 (SILVA & LEUZINGER, 2020). O fato de o Brasil ter adotado os ODS, ainda que eles figurem como *soft law*, nos conduz a afirmar que eles podem apontar pistas para o reconhecimento das mulheres pescadoras na conservação dos recursos vivos marinhos, ou em outras palavras, da biodiversidade marinha.

Assim, com um alcance de suas metas de forma transversal, o ODS 5 evidencia a promoção da igualdade de gênero em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica, ambiental e social. Aqui destacamos 6 (seis) das 9 (nove) metas que podem indicar pistas de reflexões futuras para que as mulheres pescadoras tenham seus direitos assegurados.

Quadro 1 – ODS 5 e Mulheres Pescadoras

Metas do ODS 5	As mulheres pescadoras
5.1 Acabar com todas as formas de discriminação	Políticas públicas que promovam a igualdade de gênero na pesca sem fazer distinção entre as atividades em mar e terra
5.4 Reconhecer e valorizar o trabalho de assistência e doméstico não remunerado por meio de políticas de proteção social	Políticas públicas que reconheçam o trabalho de cuidado das mulheres pescadoras
5.5 Garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública	Políticas públicas para promover a participação das mulheres pescadoras em lideranças, e níveis de tomada de decisão
5.a Direitos iguais aos recursos econômicos e acesso aos recursos naturais	

5.b Uso de tecnologias para promover o empoderamento das mulheres	Políticas públicas de reconhecimento das mulheres pescadoras como uma categoria, com acesso aos recursos econômicos e ambientais promovendo seu empoderamento, inclusive com o uso de tecnologias
5.c Políticas de promoção da igualdade de gênero e empoderamento de mulheres e meninas em todos os níveis	

Isso significa que enquanto não houver políticas públicas que promovam a igualdade de gênero na pesca, reconhecendo o papel das mulheres nos trabalhos de cuidado e doméstico, bem como seja garantida a sua participação nas tomadas de decisão com acesso aos recursos econômicos e naturais, ainda estaremos diante de uma situação de extrema desigualdade entre homens e mulheres na pesca. Assim, o empoderamento dessas mulheres e meninas se coloca como condição *sine quo non*, ao lado de mudanças estruturais para a promoção da igualdade de gênero.

Quanto ao ODS 14, várias metas foram direcionadas à pesca artesanal e, por conseguinte, devem ser analisadas considerando-se sua aplicabilidade para as mulheres pescadoras. Isso possibilitará ter essas metas como ferramenta para assegurar a gestão sustentável da pesca, aquicultura e turismo a partir de um prisma inclusivo de parcela considerável das mulheres pescadoras.

Interessante que a meta 14.b, que determina a necessidade de proporcionar o acesso dos pescadores artesanais de pequena escala aos recursos marinhos e mercados, seja analisada à luz da meta 5.a que indica a necessidade da realização de reformas para assegurar às mulheres direitos iguais, tanto no que se refere aos recursos econômicos quanto ao acesso aos recursos naturais. Isso significa afirmar que qualquer política de acesso aos recursos marinhos e/ou mercados deve considerar a questão de gênero.

Ademais, a meta 14.4 prevê

até 2020, efetivamente regular a coleta, e acabar com a sobrepesca, ilegal, não reportada e não regulamentada e as práticas de pesca destrutivas, e implementar planos de gestão com base científica, para restaurar populações de peixes no menor tempo possível, pelo menos a níveis que possam produzir rendimento máximo sustentável, como determinado por suas características biológicas.

Destacamos que, antes da adoção da Agenda 2030, já existia o reconhecimento do papel das mulheres no desenvolvimento sustentável. O princípio 20 da Declaração do Rio de Janeiro, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, estabelece que “as mulheres têm um papel vital no gerenciamento do meio ambiente e no desenvolvimento. Sua participação plena é, portanto, essencial para se alcançar o desenvolvimento sustentável”.

O documento “O futuro que queremos”, adotado, em 2012, na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, reconhece que “a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres são elementos importantes para o desenvolvimento sustentável e para o nosso futuro comum”, reafirmando que as mulheres tenham os mesmos direitos, acessos e oportunidades de participação e de liderança na economia, na sociedade e na nas decisões políticas que são assegurados ao homem. É

necessários mantermos o tema em discussão, especialmente, no Brasil, haja vista as medidas tomadas pelo governo federal nos últimos 2 anos: "O novo governo federal aumentou os desafios já identificados nos RL de 2017 e 2018, e o recém-criado Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, por sua vez, não apresentou ainda nenhuma proposta alinhada ao alcance das metas do ODS 5 (Igualdade de Gênero)" (RELATÓRIO LUZ..., 2019, on line).

Além do papel das mulheres na implementação dos ODS, observamos que alguns relatórios de Organizações internacionais, como o relatório *The State of World Fisheries and Aquaculture* da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO, 2018), têm destacado a importância e a contribuição das mulheres na atividade de pesca, conforme já ressaltado.

O Poder Público em todo o mundo tem historicamente compreendido a pesca como um domínio. Isso ocorre em parte porque a agenda política tem dado prioridade por décadas para a esfera da produção, onde os homens geralmente predominam, e tem amplamente negligenciado as atividades de processamento e publicidade/comércio, onde as mulheres costumam ter um papel fundamental¹⁵ (FAO, 2013, on line, p. 3) (tradução livre).

Mulheres e homens representam, equitativamente, a metade da população mundial cada um, não havendo mais justificativa para que as mulheres continuem à frente de atividades tidas como secundárias na pesca, como aquelas desenvolvidas em terra, ou responsáveis quase que exclusivas pelo trabalho reprodutivo.

Conclusão

A invisibilização das mulheres não é tema do século XXI, remanesce há décadas e permeia as discussões capitaneadas, em regra, pelos movimentos feministas ao redor do mundo. Organizações internacionais, como a ONU, tem buscado contribuir com o diálogo da igualdade gênero, demonstrando que a sociedade ganha com a diversidade e com a presença equitativa de mulheres nos mais diversos espaços da sociedade.

Neste artigo, buscamos refletir sobre um grupo específico de mulheres, as pescadoras, tendo em vista as singularidades que circundam a vida e a atividade laboral dessas mulheres, uma vez que historicamente participam diretamente da pesca, mas não são consideradas pescadoras, restando para si as atividades de menor prestígio e remuneração, como um reflexo da desigualdade de gênero enraizada e espreada pelas estruturas e relações de poder da sociedade brasileira.

Além de conceituar mulheres pescadoras e apresentar o esteio normativo da pesca no Brasil, quisemos demonstrar que a agenda da ONU no que se refere aos ODS ratifica a relação que existe entre igualdade de gênero e preservação do meio ambiente, especialmente da vida marinha, em um diálogo entre o ODS 5 e 14. A questão de gênero é um tema estrutural que deve ser enfrentado na pesca, e em todas as atividades: lugar de mulher é sim senhor na pesca, é sim senhora na pesca, é onde ela quiser!

¹⁵ Policy-makers worldwide have traditionally assumed that fisheries are a male domain. This is partly because the policy agenda has for decades given priority to the production sphere, where men generally predominate, and has largely neglected the processing and marketing activities, where women often play a key role (FAO, 2013, on line, p. 3).

Referências

A/RES/70/1. *Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 25 septembre 2015 –Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, 21/10/2015).

RITO, Carmem Imaculada de. Uma análise sócio-histórica da Articulação Nacional das Pescadoras (ANP) In MARTINEZ, Silvia Alicia; HELLEBRANDT, Luceni (orgs.) *Mulheres na atividade pesqueira no Brasil*. Campos de Goytacazes, RJ: EDUENF, 2019, p. 51-73. Disponível em: <https://www.funbio.org.br/wp-content/uploads/2019/08/Mulheres_na_Atividade_Pesqueira_no_Brasil.pdf>

Acesso em: 09 out. 2020.

CAVALCANTI, Diego Rocha Medeiros. *Mulheres nas águas: um estudo sobre relações de gênero na pesca*. Dissertação – Sociologia – UFPB 2010 *Violência institucional contra essas mulheres. Mulheres e conflitos ambientais: Nem nossos corpos, nem nossos territórios – da invisibilidade a resistência – agosto 2017*. Disponível em: <http://www.pacs.org.br/files/2017/09/Cartilha_mulhereseconflitosambientais_final.pdf>

>. Acesso em: 9 out. 2020.

CYRINO, Carolina de Oliveira e Silva. “Aos pescadores, a modernidade!” *Trajetórias de política pesqueira na regulação da pesca artesanal*. Dissertação – Programa de pós-graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal do Espírito Santo, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/bitstream/10/9900/1/tese_11731_Disserta%C3%A7%C3%A3o%20para%20publica%C3%A7%C3%A3o.%20Carolina%20Cyrino.%20PGCS.pdf> Acesso em: 09 out. 2020.

BERGER, Rose Mary. *Mulheres e o Mar: Pescadoras embarcadas no litoral de Santa Catarina, sul do Brasil*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2015.

FIGUEIREDO, M. M. A, PROST, Catherine. O trabalho da mulher na cadeia produtiva da pesca artesanal. *Revista Feminismos*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiSvPLwoTrZAhWGkpAKHf-UCuoQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.feminismos.neim.ufba.br%2Findex.php%2Frevista%2Farticle%2Fdownload%2F114%2F95&usg=AOvVaw0CBpE7AaoWT9ZLjxsndXG>> Acesso em: 09 out. 2020.

GOOD PRACTICE POLICIES TO ELIMINATE GENDER INEQUALITIES IN FISH VALUE CHAINS. FAO. 2013. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/i3553e/i3553e.pdf>> Acesso em: 09 out. 2020

KEEP THE PROMISE, ACCELERATE THE CHANGE: Taking Stock of gender equality in Europe and Central Asia 25 years after Beijing. *UNWomen*. 2020. Disponível em: <<https://www2.unwomen.org/>>

/media/field%20office%20eca/attachments/publications/2020/10/keep%20the%20promise%20accelerate%20the%20change%20taking%20stock%20of%20gender%20equality.pdf?la=en&vs=3009>. Acesso em: 09 out. 2020.

KERGOAT, Daniele. A relação social de sexo da reprodução das relações sociais à sua subversão. **Pro-Posições**, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 47-59, mar. 2016. ISSN 1982-6248. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/proposic/article/view/8643968>>. Acesso em: 09 out. 2020.

LEITÃO, Maria do Rosário de Fátima Andrade. Gênero e pesca: o Conselho Pastoral da Pesca e sua contribuição para a trajetória da Articulação das Mulheres Pescadoras. In KNOX, Winifred, TRIGUEIRO, Aline (org.) Saberes, Narrativas e Conflitos na Pesca Artesanal. Vitória: EDUFES, 2015, pp. 139-159. Disponível em: <<https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/1337/6/Livro%20edufes%20saberes%2C%20narrativas%20e%20conflitos%20na%20pesca%20artesanal.pdf>> Acesso em: 09 out. 2020.

MARTINEZ, Silvia Alicia; HELLEBRANDT, Luceni. Mulheres na atividade pesqueira no Brasil: uma introdução. In MARTINEZ, Silvia Alicia; HELLEBRANDT, Luceni (orgs.) Mulheres na atividade pesqueira no Brasil. Campos de Goyatacazes, RJ: EDUENF, 2019, p. 9-19. Disponível em: <https://www.funbio.org.br/wp-content/uploads/2019/08/Mulheres_na_Atividade_Pesqueira_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 09 out. 2020.

MELLO, C. A. Tipos de trabalho da mulher na pesca do Litoral do Paraná. Dissertação de mestrado curso de Pós-graduação em Sistemas Costeiros e Oceânicos. 2010. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=28&ved=0ahUKEwjngOLEpdrZAhUN15AKHdf7B1A4FBawCFMwBw&url=http%3A%2F%2Fwww.idea.ufpr.br%2Fdocuments%2F297%2Fdownload&usq=AOvVaw19Zf0XvIlhredj0CW35evh>> Acesso em: 09 out. 2020.

MELO, Maria de Fátima Massena de; LIMA, Daisyvângela E. S. STADLER, Hulda Helena Coraciara. E pescadora pesca? Reprodução da hierarquia dos gêneros entre pescadoras artesanais. Disponível em: <<http://www.itaporanga.net/genero/gt5/15.pdf>> Acesso em: 09 out. 2020.

MOURA, Iara. Mulheres de povos e comunidades tradicionais quebram o silêncio da mídia - Iniciativas 'Ondas da Resistência' reúne histórias de luta em defesa de territórios brasileiros impactados também pela covid-19. Carta Capital 24 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/mulheres-de-povos-e-comunidades-tradicionais-quebram-o-silencio-da-midia/>> Acesso em: 09 out. 2020.

MPF. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Nota Técnica. PGR-00194447/2020. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Nota6CCR.pdf>> Acesso em 09 out. 2020.

OCEANA. Falta de dados sobre a pesca priva pescadores de seus direitos. 29, junho 2020. Disponível em: <<https://brasil.oceana.org/pt-br/imprensa/comunicados-a-imprensa/falta-dados-sobre-pesca-priva-pescadores-de-seus-direitos>> Acesso em: 09 out. 2020.

RELATÓRIO LUZ DA SOCIEDADE CIVIL MOTRA BRASIL DISTANTE DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. 2019. Disponível em: <https://gtagenda2030.org.br/2019/08/22/relatorio-luz-da-sociedade-civil-mostra-brasil-distante-do-desenvolvimento-sustentavel/>. Acesso em: 09 out. 2020.

SILVA, Catia Antonia da et al. Política pública da previdência social e trabalhadores da pesca artesanal: dilemas estruturais em contextos conjunturais da covid-19. In *Rev. Tamoios*, São Gonçalo (RJ), ano 16, n. 1, Especial COVID-19, p. 88-107, maio 2020.

[SILVA, Solange Teles da](#); LEUZINGER, Marcia Dieguez . Covid-19 à luz do direito ambiental. In: WARDE, W; VALIN, R.. (Org.). *As consequências da Covid-19 no Direito Brasileiro*. 1ed.Sao Paulo: Contracorrente, 2020, v. 1, p. 81-108.

SANTARÉM, Simone. Pescadoras buscam visibilidade e garantia de direitos. 09.10.2019. (Blog Flor de Umbuzeiro) FAO no Brasil. Disponível em < <http://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/pt/c/1237574/>> Acesso em 09.10.2020.

SOUZA, Suelen Ribeiro de; RIBEIRO, Natalia Soares; MARTÍNEZ, Silvia Alicia. Mulheres em comunidades pesqueiras no Brasil: um balanço da produção em teses e dissertações (2007-2017). Mulheres na atividade pesqueira no Brasil. Campos de Goytacazes, RJ: EDUENF, 2019, p. 21-49. Disponível em: <https://www.funbio.org.br/wp-content/uploads/2019/08/Mulheres_na_Atividade_Pesqueira_no_Brasil.pdf>

Acesso em: 09 out. 2020.

THEIS, R. Estado e políticas sociais para a pesca artesanal: um debate sobre trabalho feminino na pesca. 2017. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=17&ved=0ahUKEwjK1JuWpNrZAhUGQ5AKHeVUCdY4ChAWCE0wBg&url=http%3A%2F%2Fperiodico.s.ufes.br%2FEINPS%2Farticle%2Fdownload%2F16453%2F11316&usg=AOvVaw26ObjSDxIP-S-tc7p7fg8Ma>> Acesso em: 09 out. 2020.



AINDA SOBRE ATIVISMO JUDICIAL: DESFAZENDO MITOS E EQUÍVOCOS PARA UM CONCEITO DEFINITIVO

*Glauco Barreira Magalhães Filho¹,
Daniel Damasceno²*

RESUMO

O presente artigo objetiva definir a consagrada expressão “ativismo judicial”. O modo acrítico e atécnico que essa conjunção tem sido empregada nos debates acadêmicos e sociais enfraquece a compreensão do fenômeno que o termo procura abarcar. As definições correntes na doutrina têm se limitado a descrever o fenômeno desde um viés ideológico, sem qualquer preocupação em estabelecer parâmetros científicos e objetivos para identificar o que venha a ser efetivamente uma atitude ativista do Poder Judiciário. Conclui-se, a partir de uma crítica hermenêutico-filosófica do direito, que conceitos baseados em juízos de valor quanto às consequências das decisões judiciais são insuficientes para resolver o problema, razão pela qual se define esta prática como uma postura *contra legem*, é dizer, contrária à lei, em sentido amplo, independentemente dos resultados negativos ou positivos que dela advenham.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Hermenêutica filosófica; Decisão jurídica.

STILL ON JUDICIAL ACTIVISM: DISPATCHING MYTHS AND MISTAKES TOWARDS AN ULTIMATE CONCEPT

ABSTRACT

This article aims to define the expression “judicial activism”. The uncritical and atechanical way that this conjunction has been used in academic and social debates weakens the understanding of the phenomenon that the term seeks to reach. The current definitions have been limited to describing the phenomenon from an ideological point of view, without any concern with establishing scientific and objective parameters to identify what may be an activist attitude of the Judiciary. It is concluded, from a hermeneutic-philosophical criticism of law, that concepts based on value judgments regarding the consequences of judicial decisions are insufficient to solve the problem, which is why this practice is defined as *contra legem*, that is contrary to the law, regardless of the negative or positive results coming from it.

¹ Possui graduação (1993) e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2000). É Livre Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Vale do Acaraú (2006), Doutor em Sociologia pela UFC (2010), Graduado em Teologia pela UESP (2013), Doutor em Ministério (Faculdade de Teologia Metodista Livre - Reconhecida pela AETAL) e Especialista em Teologia Histórica e Dogmática pela FAERPI (2011). Foi Coordenador de curso de Direito da Faculdade Gama Filho/ Faculdade Integrada Grande Fortaleza e do curso de Direito da FAMETRO, Vice-Coordenador da Faculdade de Direito da UFC e Professor Assistente HA N. 6 da Universidade de Fortaleza, sendo atualmente Professor Associado I da Universidade Federal do Ceará.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Trabalha na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Atuando principalmente nos seguintes temas: Hermenêutica, Ética judicial, Teoria da decisão jurídica.

KEYWORDS: Judicial activism; Philosophical hermeneutics; Legal decision.

INTRODUÇÃO

A expressão “ativismo judicial” ganhou ampla notoriedade nacional após recentes decisões, o Supremo Tribunal Federal, em que, aparentemente, os ministros teriam violado o texto expresso da Constituição ao substituí-lo pelo que julgavam “dever-estar” escrito ali. A opinião pública foi movida contra a atitude desses juízes, tendo inclusive quem defendesse o *impeachment* de vários deles³.

De fato, tornou-se lugar comum acusar a mais alta corte do Brasil de um tribunal “ativista”. Ocorre que, embora boa parte dos ministros tenha sido taxada de ativista, pouco se discutiu na mídia e na academia sobre o que venha a ser uma postura jurisdicional ativa. Não há dúvidas de que uma parte das decisões do STF exorbitam – e muito! — a esfera semântica das leis. Contudo, isto é, por si só, suficiente para desvelar o ativismo escancarado desta corte? O que é o ativismo judicial, afinal?

Antes, precisaríamos delinear o que é uma decisão judicial e quais são os seus limites para termos uma resposta definitiva, regredindo às características históricas e elementares da função judicial. A linha argumentativa de que a falta de legitimidade popular dos juízes é um empecilho para que os julgadores subvertam a função do legislador e passem a atuar além dos limites previamente estabelecidos pela legislação vigente não resiste a uma crítica hermenêutica do direito, porque é um argumento que só faz sentido dentro do já superado paradigma legalista-exegético.

Nesse sentido, para solucionar esse impasse, precisamos, primeiro, conhecer as variadas definições que se visa combater, por sua nítida imprecisão (seção 1). Em seguida, resgataremos as origens da Teoria da Separação de Poderes e a sua aplicação na atualidade, como forma de evitar confusões conceituais acerca da terminologia adotada (seção 2.1). Somente então, será possível lançar luzes sobre o papel dos juízes na produção do sentido das leis a partir do paradigma da hermenêutica filosófica, que apresenta uma função importantíssima na colocação do problema no seu devido lugar (seção 2.2).

Finalmente, poderemos encontrar uma definição precisa do que venha a ser uma decisão ativista, e responder se o ativismo pode ser avaliado positivamente ou não (seção 3). Sem isso, qualquer tentativa de relacionar essa atitude com questões de cunho epistemológico estará fadada ao fracasso, pois impreterível um estudo acerca de como ocorre o processo de interpretação das leis para alcançarmos um conceito definitivo.

1 O QUE É ISTO – O ATIVISMO JUDICIAL?

O termo *judicial activism* foi cunhado pela primeira vez por Arthur Schlesinger Jr. em seu ensaio *The Supreme Court: 1947*. Dividindo os juízes da Suprema Corte norte-americana em dois grupos, Schlesinger percebeu que uns estavam mais interessados em desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social (*judicial activists*) — mesmo que isso implicasse em instrumentalização da Justiça —, enquanto

³ Pedido de impeachment contra ministros do STF é protocolado no Senado. Agência Senado, Brasília, 24 abr. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2019/04/pedido-de-impeachment-contra-ministros-do-stf-e-protocolado-no-senado>. Acesso em: 05/12/2019.

outros advogavam uma política de autocontenção judicial (*champions of self-restraint*), deixando para o governo a adoção de medidas que alcancem resultados sociais desejados pelo povo, seja para o bem ou para o mal (KMIEC, 2004, p. 1446).

De fato, nos Estados Unidos, os tribunais tradicionalmente se consideravam guardiões da letra da Constituição e não árbitros do confronto político, afastando-se da função de servir como última instância de recorribilidade dos grupos políticos derrotados no sistema de votação majoritária (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 467-468).

Todavia, a ideia tradicional de que o exercício da jurisdição se dava conforme as leis criadas por terceiros, sem se basear em concepções pessoais de justiça, passou a ser superada pela noção de que os juízes deveriam adotar uma postura mais ativa no processo, avaliando sobre o que seria melhor para cada uma das partes ou para a sociedade em geral no caso concreto, conferindo à juridicidade a faculdade de “corrigir” o legislador quando julgasse conveniente (SOWELL, 2011, p. 266).

Aqui é possível identificar três traços característicos dessa postura chamada de ativista: 1) de ordem teleológica, o juiz como instrumento de efetivação de políticas de bem-estar; 2) de ordem institucional, a substituição do protagonismo dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Judiciário; 3) de ordem substantiva, a interpretação dos fatos sociais a partir de concepções particulares de justiça do magistrado (BESERRA, 2013, p. 14-15).

Segundo Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial “expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.” (BARROSO, 2012a, p. 31) E aponta três atitudes tipicamente ativistas:

- a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012a, p. 26).

Já Elival da Silva Ramos (2015, p. 131) define esse fenômeno como um exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judicial resolver litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias de natureza objetiva (conflitos normativos). Haveria, então, uma desnaturação das atividades típicas da judicatura, em detrimento do campo de atuação dos demais Poderes, sobretudo o Legislativo.

Para Frank Easterbrook (2002, p. 1401), a expressão “ativismo judicial” surge como uma antítese à autocontenção, quando os liberais⁴ ascenderam à Suprema Corte estadunidense e os conservadores clamaram por contenção em denúncia ao ativismo crescente. Isso significa que eles queriam que os juízes liberais seguissem os precedentes

⁴ Advirta-se que, nos Estados Unidos, “liberais” tem uma conotação política diversa da brasileira, pois está relacionada a políticas progressistas ou de esquerda, em oposição ao liberalismo econômico.

passados⁵, mais do que estivessem engajados em fazer leituras independentes da Constituição, as quais levariam a conclusões diferentes da tradição.

Em contrapartida, visando evitar abusos e garantir o balanceamento entre poderes, surge a doutrina da autolimitação judicial (*judicial self-restraint doctrine*), a qual apregoa a ideia de que os tribunais não têm competência para dar a última palavra (*the last say*) sobre questões controvertidas de cunho político⁶, devendo, na dúvida, ser respeitada a opção dada pelo legislador (*in dubio pro legislatore*) — que provavelmente tinha uma intenção originária diversa daquela deduzida pelo intérprete (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 468-469).

Oliver Wendell Holmes⁷ (1952, p. 307), juiz da Suprema Corte, resume sistematicamente a filosofia de conformação à vontade do legislador ao defender que o papel do juiz “é verificar se o jogo está sendo jogado segundo as regras, gostando eu delas ou não.” No mesmo sentido, Antonin Scalia⁸ (informação verbal), também membro da Alta Corte, dizia, em tom jocoso, que se alguém gosta o tempo todo de suas conclusões extraídas da lei, é porque provavelmente está fazendo algo de errado.

O fato de os magistrados não serem escolhidos pelo povo e a função estritamente reprodutora das leis criadas por terceiros (parlamentares) impediriam qualquer tipo de postura criativa por parte dos intérpretes na aplicação do direito. O Judiciário, devido à necessidade de se postar como terceiro imparcial, alheio à lide processual, característica inerente ao Estado Democrático de Direito, seria o único dos três Poderes que não gozaria de caráter representativo.

Para Barroso, essa postura procura reduzir a interferência jurisdicional nas ações dos outros Poderes, restringindo o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas, na medida que os juízes:

- a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas (BARROSO, 2012a, p. 26).

Ocorre, porém, que todas essas explicações são demasiado imprecisas, pois não é tão simples delimitar, na situação particular, qual conduta pode ser considerada como ativista ou autocontida. Não à toa, Easterbrook (2002, p. 1409) chega à curiosa conclusão de que todos os nove juízes da Suprema Corte americana podem ser considerados ativistas, sob certo ponto de vista.

⁵ Por outro lado, quando os juízes conservadores ascenderam novamente à Corte, os liberais rogaram por contenção, em respeito ao ciclo anterior de decisões progressistas, denunciando um incipiente “ativismo conservador”.

⁶ Caso digno de nota ocorreu no Brasil, em 2017, após a declaração de inconstitucionalidade da prática de vaquejada na ADI 4.983/CE, em face de Lei Estadual que garantia essa expressão regional. Descontente com a decisão, o Congresso Nacional, com apoio da população, votou e aprovou a Emenda Constitucional nº 96/2017, que acrescentou o §7º ao art. 225, da CF/88, o qual não considera cruel práticas desportivas com animais, desde que sejam manifestações culturais. Esse efeito foi denominado pela doutrina como backlash, que é definido como uma reação conservadora a decisões judiciais polêmicas em temas sensíveis à sociedade. Sobre o tema, cf. MÁRMELSTEIN, 2019b.

⁷ Paradoxalmente, o autor é adepto do realismo jurídico, segundo o qual “o direito é o que os tribunais dizem”.

⁸ Palestra proferida na Chapman Law School, na cidade de Orange, Califórnia, em agosto de 2005.

É tanto que o próprio Schlesinger se contradiz ao elogiar largamente o voto dissidente do juiz Felix Frankfurter no caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, acusando a maioria vencedora de ativismo, quando o juiz Robert Jackson, classificado por ele como um dos “campeões da autocontenção”, foi, na verdade, o autor da opinião majoritária taxada de ativista. Essa inconsistência se deve ao fato de o historiador estar mais preocupado em descrever uma situação histórica particular do que oferecer uma definição jurídica coerente para esse fenômeno; obscurecendo, todavia, a sua análise tipológica (GREEN, 2009, p. 1202 e 1205).

Além disso, há certa dissonância cognitiva por parte dos juízes, que ora adotam uma conduta autocontida, ora ativista, sugerindo que, dentro de determinada questão de direito, se pode explorar em qualquer direção, a depender das predileções particulares de cada juiz. Um caso ilustrativo dessa inconsistência é o do juiz William O. Douglas, que ora dizia que a Corte não deveria ser uma “superlegislatura”, devendo deixar a política social à cargo dos representantes do povo, ora fundamentava suas decisões em “emanações” provenientes das penumbras da Lei Maior, tudo com o fim de encobrir preferências ideológicas individuais na sua posição (SOWELL, 2011, p. 262 e 267).

Em resumo, todas as conceituações expostas até o momento se mostram insuficientes e insatisfatórias, pela vagueza e ambiguidade das expressões empregadas, especialmente tais como “justiça social”, “bem-estar geral” e “resultado útil”. Para que o debate possa sair desse impasse, é preciso maior rigor semântico e clareza na apresentação dos conceitos, tentando escapar desse jogo de subjetividades que orienta as preferências contingentes do intérprete (MARMELSTEIN, 2019a). Afinal, sem um acordo prévio que delimite o entendimento mútuo das palavras, esses atalhos fáceis e simplistas, sem qualquer atributo científico, tenderão a prevalecer.

2 OS JUÍZES PODEM SER LEGISLADORES?

As concepções vistas no tópico antecedente pouco aproveitam a uma análise científica profícua, vez que um conceito inequívoco de ativismo judicial precisa estar amparado tanto na estrutura ontológico-funcional das decisões judiciais como na teoria do direito, de modo a evitar modelos subjetivos de identificação. Afinal, um conceito que se queira científico precisa se abster de fazer juízos de valor de qualquer natureza sobre o objeto estudado.

Easterbrook (2002, p. 1401-1402) adverte que a palavra “ativismo” é usada de maneira vazia, como uma máscara para uma posição substantiva. Todos querem se apropriar do termo e aplicá-lo da maneira que lhe soar mais favorável. O ativismo se transforma, então, em apenas “juízes se comportando mal” — não obstante cada interlocutor tenha uma diferente concepção do que seja “se comportar mal”. Muitos denunciam o problema gerado pelo ativismo, mas poucos se preocupam em definir o que seja ele para além de “decisões erradas, como eu as costumo ver”. Em suma, os ativistas pensam que aqueles que não compartilham a sua visão progressista de mundo são autocontidos, enquanto estes pensam que aqueles que não compartilham a sua visão conservadora são ativistas.

Dentro desse contexto, Marmelstein (2019a) nota que a etiqueta “ativismo judicial” se transformou em um rótulo que serve para criticar todas aquelas situações que,

na visão do locutor, extrapolam a função jurisdicional. Com isso, a expressão perdeu grande parte do seu poder explicativo, pois seu uso pressupõe uma compreensão mais abrangente do papel judicial, do sentido do direito, dos limites do constitucionalismo, das possibilidades do raciocínio jurídico e da atividade interpretativa. Ou seja, não se chega a lugar algum com essa dicotomia ideológica.

De fato, o termo é escorregadio, levando uma forte carga negativa. Mas, ainda assim, dada a sua popularidade e consagração, não podemos nos furtar de uma tentativa de definição — e que não seja ambígua. Essa complexa problemática passa necessariamente por uma correta compreensão do modo como os juristas interpretam as leis, pressuposto sem o qual qualquer discussão sobre a natureza de uma decisão ativista seria inócua, posto que baseada em argumentos reducionistas e emocionais. Portanto, de agora em diante, cuidaremos de como esse processo interpretativo se dá.

2.1 DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES AO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Desde Platão e Aristóteles, passando por Marsílio de Pádua, sabe-se que, quando o poder está constituído na posse de apenas um indivíduo, há o perigo da tirania, sendo necessário distribuí-lo (DALLARI, 2011, p. 215-216). A concepção moderna de separação dos poderes, fundada em instituições estatais, foi construída gradativamente por filósofos políticos, ganhando contornos mais nítidos com John Locke e vindo a atingir o seu cume máximo em Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, segundo quem existiriam três poderes harmônicos e independentes entre si, de modo que um poder não pudesse usurpar as funções do outro⁹.

Ao analisar a conjuntura política do Reino Unido, o filósofo francês observou a existência de três poderes distintos e com funções delimitadas, independentes e iguais hierarquicamente entre si, notando a perfeita harmonia entre eles. O Poder Executivo encarregado da administração pública, o Poder Legislativo incumbido de criar e corrigir ou anular as leis e o Poder Judicial atarefado de resolver os conflitos entre particulares. Entretanto, diferentemente do descrito pelo autor, o Rei da Inglaterra reinava, mas não governava; pois o Parlamento, na figura do Primeiro-Ministro, era o responsável pela administração pública, acarretando na tradicional confusão entre Executivo e Legislativo no regime de monarquia constitucional britânico¹⁰.

Influenciado por seu tempo, Montesquieu exaltou o poder de legislar, dando aos julgadores da lei um papel subsidiário na composição do Estado. Assinalou que o poder de julgar deve ser exercido por cidadãos do povo, e não profissionais, para formar um tribunal que só dure o tempo necessário para o exercício de sua função, pois, sendo temível a magistratura, esse poder é invisível e nulo (MONTESQUIEU, 2005, p. 169). Assim, os juízes nada mais seriam do que a boca que pronuncia as palavras da lei (*la*

⁹ No século XIX, tal pensamento foi consubstanciado na máxima de Lorde Acton: “o poder corrompe, o poder absoluto corrompe absolutamente.”

¹⁰ Segundo Carl Schmitt, o aparente equívoco trata-se, na verdade, de uma distorção deliberada da realidade, vez que os poderes ingleses estavam longe de serem separados e distintos como utopicamente descreveu o filósofo francês, sendo pouco provável que tal fato tenha passado despercebido pelo perspicaz pensador. (SCHMITT *apud* BONAVIDES, 2007, p. 69.) De todo modo, esse “erro” lhe permitiu idealizar a tripartição dos poderes, corolário seguido desde a Revolução Francesa (1789) até hoje pelas democracias modernas.

bouche qui prononce les paroles de la loi), pois quem determinara o espírito das leis foram os legisladores.

Essa ideia tem origem no Iluminismo francês, quando os filósofos não vendo nos juízes representantes do povo, mas aristocratas vinculados ao Rei e à Igreja, não concebiam a interpretação das normas jurídicas pelos magistrados, vislumbrando o risco de o espírito do legislador, verdadeiro representante da vontade geral, ser deturpado. Por isso, a figura do magistrado, temível por Montesquieu, remete a meros burocratas subjugados ao poder do soberano, posto que a configuração do Poder Judiciário era hierárquica, permitindo o seu controle por uma cúpula de confiança do chefe do Executivo (ROCHA, 1995, p. 38), o qual nomeava discricionariamente os juízes.

Após a Revolução Francesa, a lei passou a adquirir um caráter quase sagrado na França. Única e verdadeira expressão da soberania nacional e da vontade geral, ela era infalível e emancipadora, pois fruto da deliberação popular, com a consequência de que, inclusive em face de lacunas, os magistrados nada faziam do que somente aplicar o direito. Fora dela, reinavam somente o arbítrio e a insegurança. Foi esse espírito de reduzir todo o direito ao texto legal que influenciou a Europa, em grande medida, até metade do século XX, quando foram instituídos os tribunais constitucionais europeus (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1995, p. 121-124). Não é de se estranhar que Napoleão Bonaparte temesse que os intérpretes se tornassem, na verdade, os responsáveis pelo “assassinato” do seu Código Civil de 1804 (VILLEY, 2008, p. 392).

Daí o surgimento da Escola de Exegese, que contribuiu para a consolidação de um legalismo completamente avesso a qualquer extrapolação do poder jurisdicional, de sorte que a interpretação jurídica deveria limitar-se às disposições literais do texto ou, quando muito, a uma interpretação estritamente lógica, nos casos em que a letra da lei fosse obscura ou lacunosa. Nenhuma forma de controle judicial de constitucionalidade das leis era admitida, posto que caberia ao Parlamento realizá-lo preventivamente. E mesmo as decisões hodiernas dos magistrados poderiam ser invalidadas pela *Cour de Cassation*, órgão político-administrativo incumbido de evitar qualquer intromissão judiciária nas competências do Poder Legislativo (MAGALHÃES FILHO, 2011, p. 18).

Diversamente, a Constituição americana garantiu, no artigo VI, cláusula 2ª, a supremacia constitucional e das leis federais em relação às normas infraconstitucionais e locais, exigindo obediência dos juízes de todos os Estados, mas nada dizendo a respeito de quem seria o seu guardião. Poderia, então, o Judiciário declarar inconstitucional leis que lhe fossem incompatíveis? Essa cláusula, conhecida como *supremacy clause*, foi o pilar de sustentação teórica da doutrina do *judicial review* elaborada pelo *Chief Justice* John Marshall no caso paradigmático *Marbury v. Madison*, em 1803, que inaugurou o controle difuso de constitucionalidade das leis.

Astutamente, o juiz Marshall percebeu que, se a judicatura tem atribuição de interpretar as leis, quando uma delas entrar em contradição com a Lei Maior, o julgador teria de escolher entre dar força normativa a esta ou aquela, de modo que seria absurdo, nos termos da própria Carta Magna, preterir uma norma infraconstitucional à uma constitucional. Pois, se a Constituição é a lei suprema, então todas as disposições legais e infralegais que lhe forem contrárias serão passíveis de nulidade, concluindo assim que o Judiciário é o seu intérprete final, logo, capaz de fazer o controle das leis (BARROSO, 2012b, p. 20-21). Aí foram fixadas as bases definitivas do *judicial review*, segundo

o qual a inconstitucionalidade das leis poderia ser declarada por qualquer órgão jurisdicional diante do caso *sub judice*.

Em uma primeira análise, poder-se-ia julgar que o Judiciário estaria numa posição de superioridade em relação aos demais poderes, ao não conter representatividade popular para afastar a incidência de normas votadas e aprovadas pelo Parlamento. Essa prerrogativa, entretanto, não promove qualquer sobreposição do Terceiro Poder em face dos outros, tampouco viola a separação de poderes e os preceitos democráticos, como sustenta Alexander Hamilton em 1788, antes ainda daquela paradigmática decisão:

Significa, tão-somente, que o poder do povo é superior a ambos; e que onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que dita, situar-se em oposição à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curvar-se à última, e não à primeira (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 226).

Longe de adotar integralmente a obra de Montesquieu, os *Founding Fathers* fizeram uma releitura da teoria da tripartição de poderes para adequá-la aos ideais da Federação Norte-Americana, fortemente marcada pelo sistema jurídico consuetudinário, inconciliável com a concepção francesa de juízes burocratas e reprodutores da lei. Nos países de origem anglo-saxônica, a legislação sempre foi vista como fonte excepcional de direito (CAPPELLETTI, 1993, p. 123), pois esta tradição sempre compreendeu a importância da jurisprudência, em concorrência com o Legislativo, para a produção do direito.

Não houve, aliás, na independência americana, a derrocada de um *Ancien Régime* como na França, mas apenas a emancipação político-institucional da metrópole inglesa, de forma que a proclamação da República, com eleições democráticas para o cargo de chefe do Executivo, não ensejou mudanças paradigmáticas na classe judiciária, a qual não se encontrava submetida ao monarca. Também por isso, as cortes do *common law* eram entendidas como responsáveis por interpretar tanto os fatos quanto a lei, sendo os *judges* considerados verdadeiros partícipes do processo de construção do direito nacional, em franca contradição com a experiência da Europa continental pós-revolucionária.

Desse modo, percebe-se a patente inadequação de importar a discussão sobre ativismo judicial dos Estados Unidos para países de tradição jurídica romanística, sem fazer as devidas considerações críticas. Em seguida, vejamos como a mudança de paradigma teórico do direito foi fundamental para a correta situação do problema na realidade brasileira.

2.2 DO LEGALISMO EXEGÉTICO À DISTINÇÃO ENTRE TEXTO E NORMA: A CONTRIBUIÇÃO DA VIRAGEM LINGUÍSTICA PARA A COMPREENSÃO DO PROBLEMA

Na cultura jurídica respaldada pelo Estado de Direito Legal, entendia-se e ensinava-se que a interpretação identificava o trabalho do jurista, na medida em que consistia na aplicação da lei logo após havê-la interpretada e descoberto nela a resposta procurada. Se o direito estava contido na lei, ou melhor, nos códigos, era absolutamente possível e até desejável que o juiz se convertesse em um especialista de um ramo dessa ciência específica (VIGO, 2012, p. 193).

Nessa linha, o objetivo da interpretação judicial era desvendar o sentido da lei segundo o pretendido pelo legislador, e, para tais fins, o jurista deveria valer-se dos métodos interpretativos da Escola Histórica (gramatical, lógico, sistemático e histórico), que asseguravam um cumprimento fiel do julgador a seu mandato. O momento de criação do direito se resumia ao processo legislativo. Logo, o saber jurídico se encerrava nos postulados próprios das ciências físico-matemáticas, que se limitavam a descrever e sistematizar o fenômeno sem nenhum compromisso valorativo¹¹ (VIGO, 2006, p. 274).

À medida que as lacunas foram aparecendo e a incapacidade de resolver todos os dilemas jurídicos com base apenas nos dispositivos legais, o modelo francês do juiz “boca da lei” foi perdendo força. Ainda que de forma tímida, os princípios gerais do direito, a analogia e os bons costumes foram os primeiros subterfúgios utilizados para escapar da inflexibilidade do direito legislado. A complexidade com que são resolvidos os conflitos, mediante o uso de sofisticados métodos hermenêuticos, jamais poderia ser solucionada satisfatoriamente pela simples exegese do texto normativo.

Desse modo, os magistrados não poderiam mais ser encarados como meros autômatos reprodutores das leis, pois mesmo a mais clara das leis careceria de interpretação. Essa inversão no papel do Judiciário se deve, especialmente, às mudanças nas estruturas socioeconômicas experimentadas ao longo do século XX, transformando a qualidade e a quantidade da demanda jurídica, de modo a requerer do juiz participação na tarefa de criação do Direito (ROCHA, 1995, p. 38).

Habitualmente, tende-se a não fazer qualquer distinção entre texto e norma, como se ambos fossem uma coisa só. No senso comum, impera ainda a igualdade entre direito positivo (*lex*) e jurisprudência (*iurisprudencia*), equiparando aquilo abstratamente estabelecido pelo legislador e a interpretação dada incidentalmente pelos magistrados. Tal resquício do positivismo exegético-legalista veio a ser duramente combatido após a Segunda Guerra, ao negar-se uma visão pandectista do direito, com o ideal de completude e univocidade das leis, e reconhecer a incongruência de um sistema lógico-dedutivo, isto é, de conclusões subsuntivas, em face da atividade criadora dos tribunais.

Na metade do século, com o giro ontológico-linguístico proporcionado por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, através da passagem da investigação filosófica sujeito-objeto para sujeito-sujeito, a interpretação passou a ser entendida não mais como uma reprodutora de sentidos psicologicamente expressos pelo autor do texto – como queriam Wilhelm Dilthey e Friedrich Schleiermacher –, mas como um verdadeiro ato criativo, no qual o intérprete forma inexoravelmente parte do sentido da compreensão textual, dando-lhe nova significação (STRECK, 2011, p. 265 e ss.). A partir daí a tarefa de interpretar passa a ser definitivamente entendida como uma atribuição de sentido: logo, uma ação produtiva.

Nesse novo contexto, ao se associar “ativismo” com julgamentos além do direito, ou à substituição da vontade do legislador pela opinião do intérprete, cai-se em um anacronismo de igualar o direito à lei escrita, voltando-se ao velho magistrado reprodutor dos comandos normativos. Se nada existisse para além dos textos jurídicos criados pelos legisladores, os quais falariam por si mesmos e cujos sentidos seriam

¹¹ Esse modelo político europeu contava inclusive com ameaça penal contra o juiz que se afastasse do “sentido” original da lei, tendo em vista esse comportamento ser tipificado como crime de prevaricação – e ainda o é na Espanha e na Argentina, por exemplo.

uníssonos, caberia ao juiz tão somente verificar a competência legal do órgão prolator do ato e a sua adequação silogística aos fatos. Assim, as decisões judiciais não passariam de processos automáticos operados por indivíduos alfabetizados, já que as consequências normativas estariam contidas no texto legal.

Aceitar tais premissas significa assumir que o juiz apenas reproduz o sentido de um texto escrito clarividente, reduzindo todos os problemas hermenêuticos e linguísticos aí inseridos a uma simples leitura da lei¹². O grande problema dessa visão é que procura fazer descrições do direito ignorando ou negando a possibilidade de os juízes valorarem as normas jurídicas no momento da aplicação, ao substituírem o preceito normativo pelo seu próprio ideal de justiça para o caso concreto, com base em uma argumentação sofisticada.

De fato, a contribuição da hermenêutica filosófica teve um impacto profundo na teoria do direito. Se aos textos é dado novo significado pela interpretação, então os intérpretes jurídicos não poderiam extrair a “vontade do legislador” (*mens legislatoris*) deles, mas apenas reverberar a vontade do intérprete, de modo que todo ato interpretativo implicaria na atribuição de sentido aos enunciados linguísticos constantes na lei. Com isso, texto e norma não poderiam mais ser entendidos como uma única e mesma coisa; porém, como duas fases distintas e progressivas de um mesmo processo compreensivo.

Daí podemos concluir que a concretização do direito é operada em dois momentos sucessivos: do texto legal até a norma jurídica, desta à norma de decisão. A norma é o corolário jurídico da interpretação, e o processo interpretativo é a significação do texto normativo (GRAU, 2016, p. 18). Partindo dele, é que a norma jurídica será construída por meio de interpretações, as quais se concretizarão em uma norma de decisão diante dos fatos específicos. Logo, a dinâmica jurídica é aplicação em relação às normas gerais que o justifica, porém criação em relação às normas individuais que o fundamenta.

O legislador não é capaz de prever todas as possibilidades fáticas existentes no mundo real, haja vista que o enunciado normativo não contém imediatamente a norma (MÜLLER, 2010, p. 56-57). A isso se referia, Hans Kelsen¹³ (2006, p. 394) quando descreveu a decisão judicial como ato de vontade, superando a visão exegética do juiz reproduzidor da lei e conhecedor do direito preexistente, poia a interpretação cognoscitiva da norma a aplicar, obtida por uma operação de conhecimento, soma-se a vontade do julgador em selecionar uma dentre as várias possibilidades cabíveis (moldura da norma), cuja solução escolhida designará, afinal, o direito positivo concretizado. Expulsou, contudo, esse estudo da sua teoria pura, relegando-o para a política judiciária.

¹² Kelsen (2007, p. 251-252), embora normativista, já havia percebido a falsidade da concepção segundo a qual o exercício do poder se encerra dentro do processo legislativo, cabendo ao juiz, enquanto instrumento – e não sujeito – de tal poder, apenas aplicar esse ordenamento criado pelo legislador.

¹³ Interessante notar o papel dúbio desempenhado pela teoria pura kelseniana na mudança de paradigmas, ora funcionando como continuadora do caduco Estado de Direito Legal, ora como legitimadora do vândouro Estado de Direito Constitucional. É que, embora defenda um sistema escalonado de normas jurídicas avesso a qualquer matiz principiológica, o mestre de Viena nega a função meramente reprodutora de sentido do intérprete do direito, afirmando o caráter criativo daquele que interpreta as leis e contrapondo-se, assim, à tradição exegética formada desde os auspícios da Revolução Francesa. (VIGO, 2012, p. 211.)

A jurisdição é continuação do exercício do poder político, na medida em que o juiz está autorizado a avaliar, dentro dos limites legais, interesses contrastantes entre si, participando da produção do direito ao criar normas individuais para o caso concreto. Se todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses, e toda disputa de interesses é uma disputa de poder, então toda controvérsia política pode ser decidida como uma controvérsia jurídica. Portanto, o traço distintivo do ativismo não pode ser o seu conteúdo eminentemente político, tampouco o magistrado pode ser considerado coadjuvante no processo de criação do direito.

Corretamente, Mauro Cappelletti (1993, p. 128-129) condena a equiparação de juízes a legisladores no processo judicial, em virtude de que tal assertiva ignora a criatividade inerente à toda função jurisdicional. Tal criação difere substancialmente da noção de ativismo, em cujo processo interpretativo se dá fora da lei, e não dentro dela, como determina a ciência hermenêutica. É dizer, aquela afirmação só faz sentido se estivermos diante de uma decisão substancialmente ativista, que seja manifestamente contrária à lei vigente, quando o julgador atua como verdadeiro legislador positivo.

Assim, se quisermos superar um conceito superficial de ativismo judicial, é preciso abandonar qualquer resquício de positivismo jurídico e admitir, sem receio, uma doutrina mais fidedigna à complexidade e sofisticação da prática jurídica. Pois, consoante Ronald Dworkin (2010, p. 71-72), o juspositivismo não chega a enfrentar casos enigmáticos e difíceis do direito, pois sua teoria do poder discricionário não diz muito a respeito de como os juízes decidem, exercendo um domínio tenaz na nossa imaginação graças a sua simplicidade.

3 JULGANDO O ATIVISMO: EM BUSCA DO CONCEITO PERDIDO

Segundo Kelsen (2006, p. 260-264), a aplicação do direito ocorre de forma simultânea à sua produção, pois todo ato jurídico está concomitantemente aplicando uma norma superior enquanto produz uma norma inferior, regulada por ela. Assim, todo ato criador do direito deve ser aplicador do direito, isto é, deve ser aplicação de uma norma jurídica preexistente ao ato e criação de uma norma individualizada superveniente ao fato, produzindo lei entre as partes¹⁴.

O juiz não tem simplesmente de descobrir e reproduzir um direito de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída, mas criar, a partir de uma norma geral, a norma individual aplicável ao caso — que se encontra na base da pirâmide normativa —, em um processo nitidamente constitutivo e não meramente declaratório. Afinal, uma norma não carece de interpretação apenas na medida em que suas palavras são equívocas, mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um fato específico.

Como em todo ato de concretização do direito está presente, de forma mais ou menos explícita, um juízo de constitucionalidade da lei aplicada ao caso particular¹⁵ (BARROSO, 2012b, p. 18), conseqüentemente a coerência da ordem jurídica e a força normativa da Constituição dependem de um sistema de controle das decisões judiciais, a fim de garantir os meios pelos

¹⁴ Somente na execução do ato coercitivo estatuído por essa norma individual — o último ato do processo de produção jurídica — se opera a aplicação de uma norma sem que seja, ela própria, derivada de uma norma geral. Cf. MÜLLER, 2010, p. 62.

¹⁵ Idêntica conclusão pode-se extrair de Kelsen, na medida em que a aplicação da norma individual inferior é concretização da norma geral superior.

quais qualquer incongruência normativa seja sanada e a unidade ameaçada restabelecida. No entanto, quando o magistrado deliberadamente manipula o conteúdo da norma individualizada para que produza efeitos que não apenas não estavam previstos, como também incompatíveis com a legislação, passa a atuar no campo da arbitrariedade e a oferecer uma prestação jurisdicional contrária à lei, ao considerar superior uma norma subordinada. Esta norma individualizada apresentará então um caráter *contra legem*¹⁶ (BESERRA, 2013, p. 38-39).

Diante dessa constatação, o controle de constitucionalidade nada tem a ver com o ativismo judicial, posto que ele próprio visa dar coerência à ordem jurídica, afastando a aplicação de uma norma inferior que seja incompatível com as normas superiores nas quais encontra fundamento, segundo a estrutura escalonada kelseniana. A decisão ativista, pelo contrário, faz o inverso ao desestabilizar o sistema normativo, invertendo o topo da pirâmide e subvertendo a legitimidade que lhe foi conferida pelas normas fundantes. Essa norma será então causa de si própria, pois não achará fundamento de validade em nenhuma outra; e, assim, não poderá ser considerada jurídica, pois fruto do arbítrio judicial. Por conclusão, se uma sentença invalida uma norma fundante, toda a sequência de normas derivadas dela será comprometida, em um efeito cascata (BESERRA, 2013, p. 37).

Ainda que não haja uma relação causal entre ativismo e controle de constitucionalidade¹⁷, é certo que, com a Era das Constituições, toda argumentação jurídica passou a ser, de certo modo, também argumentação constitucional, de sorte que a incompatibilidade com a Constituição se tornou o recurso retórico mais prático e eficiente para se afastar a validade de uma norma inferior.

Tal condição permite o enquadramento do ativismo não como um erro de fundamentação judicial, porém como uma valoração de eficácia negativa da lei em vigor. Ou seja, a prestação *contra legem* não decorre de uma falha na argumentação jurídica, mas na concepção de que determinado comando normativo merece ser extirpado do ordenamento jurídico. Em outras palavras, a decisão ativista ultrapassa os limites semânticos da norma jurídica, inovando, de plano, no ordenamento jurídico¹⁸.

Com efeito, uma decisão que está fora da moldura da norma — é dizer, além das possibilidades semânticas do texto — não será consequentemente contrária à Constituição, porque pode haver uma violação legal sem violação constitucional, por ser esta espécie normativa mais abstrata e genérica do que aquela. Mas isto não seria uma “interpretação conforme à Constituição”? Também não. Pois, enquanto esta exclui as outras interpretações possíveis para legitimar somente a que tiver maior conformidade com a Lei Magna, aquela cria uma nova interpretação em oposição às existentes, resvalando somente reflexamente na Carta Fundamental.

¹⁶ Kelsen jamais aceitaria essa afirmação, pois considerava inadmissível a concepção de uma decisão judicial “ilegal”; muito embora, paradoxalmente, acredite ser válida e eficaz uma lei até que lhe seja declarada a inconstitucionalidade. (KELSEN, 2006, p. 295-306.)

¹⁷ Em meados do século XX, certa doutrina norte-americana passou a relacionar intimamente o fenômeno intitulado de ativismo judicial com o controle de constitucionalidade das leis, considerando quanto mais ativista um juiz quanto mais declarasse normas inconstitucionais, em uma base puramente quantitativa ou numérica (SOWELL, 2011, p. 272).

¹⁸ Por essa razão, a decisão prolatada no caso *Marbury v. Madison* não pode ser acusada de ativista sob o argumento de ter criado uma regra não prevista pelo legislador, posto que todo precedente jurisprudencial, enquanto não viole explicitamente as normas superiores, é também um ato legítimo de criação do direito.

Embora seja uma tarefa árdua identificar uma decisão qualitativamente contrária à lei, a relevância desse conceito é ser mais preciso e objetivo do que os anteriormente apresentados, pois evita juízos precipitados de valor e as inconveniências ideológicas daí decorrentes. Relacionar o ativismo, por exemplo, com uma atuação jurisdicional “em favor da garantia e promoção de valores substantivos da Constituição” (substancialismo) é tomar de antemão uma posição favorável ao ativismo, valorando negativamente os seus opositores — pois, no fim das contas, quem está explicitamente contra a força normativa da Constituição?

Hoje, os juristas estão conscientes de que frente ao direito vigente — não apenas à lei — encontraremos mais de uma resposta diante de um autêntico caso, por isso deve-se escolher uma solução dentre as várias possíveis, e logo vem a delicada e central tarefa de argumentar em favor da decisão que pretendemos prosperar como legítima. Essa possibilidade de encontrar mais de uma resposta está ligada, em boa medida, ao fato de que a Constituição se transformou em uma fonte reconhecida do Direito, e nela há basicamente princípios, valores e direitos humanos, os quais têm a potencialidade de gerar diferentes respostas jurídicas (VIGO, 2012, p. 193).

De todo modo, o problema do juiz enquanto legislador positivo não é tanto o fato dele inovar no ordenamento jurídico — o que não rara as vezes acontece no dia-a-dia dos tribunais —, mas de a decisão inovadora chocar com uma posição social majoritária ou com o interesse das classes poderosas da sociedade. Por isso, o debate sobre o ativismo exsurge quando a decisão questionada não é unânime na comunidade política, e não simplesmente porque tenha criado um direito diferente do pretendido — já que isto não é capaz de gerar, por si só, algum tipo de inconformismo ou pressão social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de ativismo judicial, como prestação jurisdicional contrária aos limites semânticos da lei, visou, além de evitar valorações inapropriadas, combater a comum confusão entre texto e norma. Se esse fenômeno é positivo ou não, somente as peculiaridades do caso podem responder. Quer dizer, é apressado julgar, de antemão, se o ativismo é um bom ou péssimo sinal jurídico.

Certamente, há vantagens e desvantagens. Se por um lado, o ativismo permite ao direito acompanhar as mudanças sociais com maior agilidade do que o legislativo tem para propor e votar alterações legislativas; por outro, essas transformações podem não agradar parcela considerável da sociedade, ou até mesmo majoritária, o que feriria de morte o próprio princípio democrático.

Essa substituição do protagonismo político enfraquece também os poderes representativos, na medida em que questões políticas relevantes se deslocam da natural arena partidária para o campo judicial, transformando qualitativamente as expectativas da população sobre qual poder estatal deverá dirigir suas pressões se quiser ter suas demandas sociais ou individuais atendidas.

Os âmbitos de exploração investigativa são muitos. Cabe ao cientista jurídico, enquanto observador aberto aos fenômenos sociais, descrever dados reais para possibilitar uma prognose de suas consequências principais. Esta última tarefa — prognóstica

— compete especialmente aos psicólogos e sociólogos, tal qual a pesquisa empreendida por Ingeborg Maus (2000).

Essa judicialização da vida social gera inexoravelmente um Poder Judiciário muito presente e ativo, que inclusive tem incumbido a poderosa missão de dizer em última instância em nome do poder constituinte. Por esse caminho, tenciona-se a divisão de poderes, pondo em risco a segurança jurídica a que aspiram legitimamente todos os destinatários do sistema jurídico (VIGO, 2006, p. 277). No entanto, quem poderá julgar o ativismo, em última instância, é a própria sociedade, ao opinar se a mutação normativa operada por via judicial foi benéfica ou não para o bem social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012a, p. 23-32.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

BESERRA, Antonio Patrick e Silva. **Ativismo judicial**: elementos centrais para conceituação e análise. 2013. 59 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luís Fernandes; GIOTTI DE PAULLA, Daniel e NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 459-474.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira Faedrich. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EASTERBROOK, Frank H. Do liberals and conservatives differ in judicial activism? **University of Colorado Law Review**, Boulder, v. 73, 2002, p. 1401-1416.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos**: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza Editorial, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, 2009, p. 1195-1264.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HOLMES, Oliver Wendell. **Collected legal papers**. New York: Peter Smith, 1952.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, n. 5, 2004, p. 1441-1478.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MARMELSTEIN, George. O que é ativismo, afinal? **O direito fora da caixa**. Salvador: Juspodivm, 2019a, p. 123-128.

_____. Efeito backlash da jurisdição constitucional: reações políticas à atuação judicial. **O direito fora da caixa**. Salvador: Juspodivm, 2019b, p. 133-138.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**, CEBRAP, n. 58, nov., 2000, p. 185-187.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 3. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Pedido de impeachment contra ministros do STF é protocolado no Senado. **Agência Senado**, Brasília, 24 abr. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2019/04/pedido-de-impeachment-contra-ministros-do-stf-e-protocolado-no-senado> . Acesso em: 05/12/2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOWELL, Thomas. **Os intelectuais e a sociedade**. Tradução de Maurício G. Righi. São Paulo: É Realizações, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VIGO, Rodolfo Luis. Ética judicial e interpretación jurídica. **Doxa**: cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 29, 2006, p. 273-294.

_____. De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración. **Díkaion**: revista de actualidad jurídica, Chía, a. 26, v. 21, n. 1, jun., 2012, p. 187-227.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. 2. ed. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2008.



DOCTRINA ESTRANGEIRA



IL CONTRIBUTO DELL'ACCORDO UE – MERCOSUR ALLA GOVERNANCE INTERNAZIONALE DELL'AMBIENTE

*Leonardo Pasquali*¹

RIASSUNTO

L'articolo analizza se ed in che misura il recente accordo commerciale UE-Mercosud possa svolgere un ruolo nella governance internazionale dell'ambiente. La questione potrebbe sembrare peregrina, dato che si tratta di un accordo apparentemente doppiamente limitato, *ratione materiae* (in quanto appunto si tratta di un accordo commerciale) e *ratione loci* concernendo solo due precise regioni del mondo, per quanto importanti. L'esame delle norme giuridiche contenute nell'accordo stesso indica, tuttavia, che effettivamente esso può, in una certa misura, contribuire alla *governance* internazionale dell'ambiente. Ciò è possibile in quanto, in primo luogo, l'accordo non solo contiene disposizioni relative alla liberalizzazione degli scambi commerciali ma, seguendo il modello degli accordi commerciali di nuova generazione dell'Unione Europea, contiene anche disposizioni sullo sviluppo sostenibile e, in particolare, sulla protezione dell'ambiente. Si tratta, inoltre, di norme che, pur perfettibili, risultano indubbiamente più avanzate rispetto a quelle vigenti nel diritto internazionale globale, anche alla luce delle difficoltà che sta attraversando l'OMC. Possono pertanto fungere da modello per l'intera comunità internazionale.

PAROLE CHIAVE: Governance ambientale internazionale. Accordo di libero scambio UE-Mercosur. Accordi commerciali di nuova generazione. Politica commerciale dell'UE.

THE CONTRIBUTION OF THE EU - MERCOSUR AGREEMENT TO INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL GOVERNANCE

ABSTRACT

The article analyses whether and in what extent the recent commercial EU-Mercosud agreement plays a role in the international governance of the Environment. This could be a farfetched issue because of, apparently, it is a doubly limited agreement: *ratione materiae* (it is a commercial agreement) and *ratione loci*, regarding only two Countries in the world, even if they are important. The analysis of the legal provisions of the agreement shows that it can contribute, in some way, to the international governance of the Environment. This is possible because the agreement not only contains provisions on trade liberalisation, following the model of the new-generation trade agreements of the European Union, but it also contains provisions on Sustainable

¹ Doutor em Direito Internacional Público pela Universidade de Aix-Marseille III (França) e Universidade di Pisa (Itália) Professor e pesquisador da Faculdade di Jurisprudenza da Universidade di Pisa (Itália). Líder do Jean Monnet Module "SoEULaw".

Development and, especially, about environmental protection. Moreover, even if they are perfectible provisions, they are with no doubt, more advanced compared to those in force in the global International Law, even despite the difficulties the OMC is facing. They can be indeed a model for the whole international community.

KEYWORDS: International environmental governance. EU-Mercosur Free Trade Agreement. New generation Trade Agreements. EU trade policy.

A CONTRIBUIÇÃO DO ACORDO UE-MERCOSUL PARA A GOVERNANÇA AMBIENTAL INTERNACIONAL

RESUMO

O artigo analisa se e em que medida o recente acordo comercial UE-Mercosud poderia desempenhar um papel na governança ambiental internacional. A questão pode parecer peregrina, já que se trata de um acordo aparentemente duplamente limitado, *ratione materiae* (já que se trata de um acordo comercial) e *ratione loci* cobrindo apenas duas regiões precisas do mundo, por mais importante que seja. Todavia, o exame das regras jurídicas contidas no acordo mostra que ele pode, em certa medida, contribuir para a governança ambiental internacional. Isto é possível porque, em primeiro lugar, o acordo não só contém disposições sobre liberalização do comércio, mas, seguindo o modelo dos acordos comerciais da nova geração da União Europeia, também contém disposições sobre o desenvolvimento sustentável e, em particular, sobre a proteção ambiental. Além disso, trata-se de normas que, embora possam ser melhoradas, parecem indubitavelmente mais avançadas do que as que vigentes no direito internacional global, sobretudo à luz das dificuldades que a OMC está a atravessar. Podem, portanto, servir de modelo para toda a comunidade internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Governança ambiental internacional. Tratado de Livre Comércio UE-Mercosul. Acordos comerciais de nova geração. Política comercial da UE.

INTRODUZIONE

Poco più di un anno fa², l'Unione europea ed il Mercosud, sono finalmente giunti al termine di un negoziato durato quasi due decenni³, sottoscrivendo un "accordo di principio" per un accordo commerciale definito "*ambitious, balanced and comprehensive*" dalla stessa Commissione europea⁴.

Sebbene tale atto non sia ancora vincolante⁵, su di esso sono riposte molte speranze⁶ in quanto concerne complessivamente 773 milioni di cittadini ed il volume di

2 Per l'esattezza in data 28 giugno 2019.

3 Sulle difficoltà del negoziato fra U.E. e Mercosud v. ACCIOLY, Elizabeth. Duas décadas de cooperação UE MERCOSUL, in questa rivista **Nomos**, vol. 36, num. 2, jul./dez. 2016, pp. 371-380.

4 V. EUROPEAN COMMISSION. **EU and Mercosur reach agreement on trade**. Bruxelles, Press release, 28 giugno 2019. Il documento si trova su Internet, all'indirizzo:

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_3396. Ultimo accesso: 26.09.2020.

5 Manca invero più di un passaggio: "Based on this agreement in principle, the parties will proceed to legal revision, to produce a final text of the agreement. The Commission will then translate the text into all EU official languages and submit the agreement for approval by the Council and the European Parliament"; v. EUROPEAN COMMISSION. **Key elements of the EU-Mercosur trade agreement**. Bruxelles, 28 giugno 2019, pag. 4. Il documento si trova su Internet, all'indirizzo: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/OANDA_19_3375. Ultimo accesso: 26.09.2020.

Alle difficoltà della ratifica fanno riferimento BALTENSPERGER, Michael; DADUSH, Uri. The European Union-Mercosur Free Trade Agreement: prospects and risks. **Policy Contribution**, num. 1, 2019, pp. 1-16.

6 Queste le parole dei commissari europei al momento della firma: "In the midst of international trade tensions, we are sending today a strong signal with our Mercosur partners that we stand for rules-

comercio estimado ammonta a ben 88 miliardi di Euro in beni e 34 miliardi di Euro in servizi.

Elemento di particolare rilievo è inoltre che si tratta di una “prima volta” per il Mercosud, dato che mai prima l'organizzazione regionale Latino-americana aveva sottoscritto un accordo commerciale con un partner primario.

In ciò essa si distingue totalmente dall'Unione europea la quale, al contrario, possiede una lunga tradizione di accordi commerciali con i suoi partner⁷. L'Unione oggi è infatti uno dei principali attori nel sistema economico internazionale, anche in virtù del fatto che essa ha istituito il più ampio *network* commerciale del mondo, grazie alla stipula di quarantuno accordi commerciali che coinvolgono settantadue Paesi.

Se tutte queste considerazioni sono vere, esse non sono tuttavia sufficienti a fornire una risposta soddisfacente al quesito di fondo, e cioè come possa un accordo commerciale, come è quello fra Unione europea e Mercosud, per di più localizzato (riguardando “solo” gli Stati membri delle summenzionate organizzazioni regionali e non la comunità internazionale *at large*) incidere sulla *governance* internazionale dell'ambiente?

A questa domanda si cercherà di rispondere nelle prossime pagine.

based trade. Through this trade pact, Mercosur countries have decided to open up their markets to the EU. This is obviously great news for companies, workers and the economy on both sides of the Atlantic, saving over €4 billion worth of duties per year. This makes it the largest trade agreement the EU has ever concluded. Thanks to the hard and patient work of our negotiators, this is matched with positive outcomes for the environment and consumers. And that's what makes this agreement a win-win deal.” (così il Presidente della Commissione europea, Jean-Claude Juncker); “Today's agreement brings Europe and South America closer together in a spirit of cooperation and openness. Once this deal is in place, it will create a market of 780 million people, providing enormous opportunities for EU businesses and workers in countries with whom we have strong historical links and whose markets have been relatively closed up to now. The agreement will save European companies over €4 billion in duties at the border – four times as much as our deal with Japan – whilst giving them a head start against competitors from elsewhere in the world. It also sets high standards and establishes a strong framework to jointly address issues like the environment and labour rights, as well as reinforcing sustainable development commitments we have already made, for example under the Paris Agreement. Over the past few years the EU has consolidated its position as the global leader in open and sustainable trade. Agreements with 15 countries have entered into force since 2014, notably with Canada and Japan. This agreement adds four more countries to our impressive roster of trade allies.” (così la Commissaria per il commercio, Cecilia Malmström); “The EU-Mercosur agreement is a fair and balanced deal with opportunities and benefits on both sides, including for Europe's farmers. Our distinctive, high quality EU agri-food products will now get the protection in Mercosur countries that they deserve, supporting our market position and growing our export opportunities. Today's agreement also presents some challenges to European farmers and the European Commission will be available to help farmers meet these challenges. For this agreement to be a win-win, we will only open up to agricultural products from Mercosur with carefully managed quotas that will ensure that there is no risk that any product will flood the EU market and thereby threaten the livelihood of EU farmers.” (così il Commissario per l'agricoltura e lo sviluppo rurale, Phil Hogan). Cfr. EUROPEAN COMMISSION. **EU and Mercosur reach agreement**, cit.

7 Anche se, come ricorda la dottrina, “La UE ha realizado un giro bastante brusco en su política exterior en el último tiempo, cuando priorizó el acceso a nuevos mercados... Antes la política comercial de la UE, en relación con la firma de acuerdos comerciales, estaba muy limitada a sus ex colonias, en particular su política con algunos países africanos, así como el acercamiento con economías en desarrollo de América Latina. Sin embargo, la estrategia política de la UE dio un vuelco significativo, mostrando ahora prioridad en su interés económico sobre cualquier otro aspecto, obteniendo acuerdos de libre comercio más globales o profundos que los que se practicaban en el pasado”; BARTHESAGHI, Ignacio; DE MARÍA CALVELO, Natalia; MELGAR ALASSIO, Natalia; PEREIRA, María Eugenia. La nueva generación de acuerdos de la Unión Europea y sus implicancias en el sistema internacional. In: TREMOLADA ALVAREZ, Eric (ed.). **Gobernanza, cooperación internacional y valores democráticos comunes**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 452.

1. IL RAPPORTO FRA COMMERCIO E AMBIENTE NELLE NORME DELL'ACCORDO COMMERCIALE FRA UNIONE EUROPEA E MERCOSUD

Per elaborare una risposta a tale quesito appare opportuno cominciare dall'esame del dato normativo⁸.

Il primo elemento che è possibile trarre è che, effettivamente, l'accordo UE/Mercosud, sebbene dedichi ampio spazio all'eliminazione dei dazi⁹ -il che non sorprende affatto, trattandosi pur sempre di un accordo commerciale- non contiene esclusivamente disposizioni concernenti la circolazione delle merci ma, al contrario, adotta l'approccio definito "*deep trade*"¹⁰.

In concreto ciò significa che molti dei profili fondamentali regolamentati dall'accordo UE/Mercosud riguardano questioni, aspetti o settori che tradizionalmente non sono contemplati negli accordi commerciali "standard". Nello specifico sono in esso contenute, tra l'altro, norme in materia di circolazione dei servizi¹¹ e stabilimento delle persone¹², e-commerce¹³, proprietà intellettuale (ivi compresa l'indicazione geografica), specificazioni tecniche e standard, piccole e medie imprese, protezione dei

8 Poiché, come già cennato *supra*, sebbene sia stato raggiunto un accordo di principio il testo definitivo dell'accordo non è entrato in vigore (dovendo essere ancora rivisto, firmato e ratificato), l'analisi che segue si baserà sul testo dell'accordo di principio.

9 "O acordo irá liberalizar amplamente o comércio de mercadorias. A UE irá eliminar direitos aduaneiros em 100 % dos produtos industriais ao longo de um período de transição até dez anos... Os direitos aduaneiros serão gradualmente eliminados em 93 % das rubricas pautais relativas a exportações agroalimentares da UE... A UE irá liberalizar 82 % das importações agrícolas, ficando as importações restantes sujeitas a compromissos de liberalização parcial, incluindo contingentes pautais para produtos mais sensíveis, e um número muito reduzido de produtos que serão totalmente excluídos". Allo stesso tempo "O Mercosul irá liberalizar totalmente 91 % das suas importações provenientes da UE ao longo de um período de transição até dez anos para a maioria dos produtos... O Mercosul irá remover totalmente os direitos aduaneiros em setores prioritários de expansão tais como o setor automóvel, das peças automóveis, das máquinas e dos produtos químicos e farmacêuticos. V. **Novo acordo comercial UE-Mercosul O acordo de princípio**. Bruxelles, 1° luglio 2019, p. 2. Il documento (in inglese, spagnolo e portoghese) si trova su Internet, all'indirizzo: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2048>. Ultimo accesso: 26/09/2020.

10 "Con l'espressione 'deep trade'... si fa... riferimento alla tendenza ad approfondire ('to deepen', per l'appunto) le relazioni economiche tra un limitato numero di Stati mediante specifici accordi internazionali, al fine di aumentare la compatibilità dei rispettivi ordinamenti giuridici attraverso la loro armonizzazione, piuttosto che creare legami con il maggior numero possibile di Stati, ampliando così ('to broaden') il numero dei partner a discapito però della profondità del legame instaurato che, necessariamente, tenderà, in questo caso, ad assestarsi su livelli più bassi di integrazione. Mentre quest'ultimo approccio è generalmente fondato su meccanismi di rimozione delle barriere tariffarie come la clausola della nazione più favorita, il primo pone maggiore attenzione alle barriere non tariffarie e alla creazione, tra i partner, di sistemi giuridici di regolamentazione che siano il più possibile simili tra loro e, proprio per le caratteristiche descritte, viene sovente indicato come uno dei fattori responsabili della crisi del sistema commerciale multilaterale e della sua frammentazione in sottosistemi"; RUOTOLO, Gianpaolo Maria. Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi. **Studi sull'integrazione europea**, num. 2-3, 2016, pp. 345-346. UE e "Deep trade" è il soggetto di un libro di MELO ARAUJO, Billy A. **The EU's Deep Trade Agenda**. Oxford: OUP, 2016.

11 L'idea di fondo è quella di garantire un "*level playing field*" fra i fornitori di servizi dell'U.E. e del Mercosud. A tal fine sono state previste disposizioni *ad hoc* per la regolamentazione di specifici settori dei servizi, quali: i servizi postali (artt. 19-23), le telecomunicazioni (artt. 24-34), i servizi finanziari (artt. 35-41), e quelli marittimi, che peraltro costituivano, sino alla stipula di questo accordo un settore chiuso nel Mercosud.

12 Ad es. vi sono norme che permettono a professionisti residenti in uno Stato membro di una delle due organizzazioni regionali trasferiti temporaneamente per motivi di lavoro di stabilirsi sul territorio di uno Stato membro dell'altra organizzazione regionale; cfr. artt. 6-10 dell'Accordo. Sebbene disposizioni in materia siano presenti anche nel GATS, un confronto fra i due trattati internazionali mostra agevolmente come le norme contenute nell'accordo U.E./Mercosud siano indubbiamente più generose.

13 V. artt. 42-51.

consumatori¹⁴ e trasparenza (sia in generale¹⁵ che nello specifico campo delle transazioni finanziarie¹⁶) ma anche (e sopra tutto, ai fini del presente scritto) disposizioni sulla tutela dell'ambiente (e delle condizioni di lavoro) nonché su argomenti quali la sicurezza degli alimenti e la salute della flora e della fauna.

A commercio e sviluppo sostenibile è, invero, dedicato un intero capitolo dell'accordo¹⁷, composto da ben 18 articoli il quale, nelle parole della stessa Commissione europea “*está à altura das normas mais exigentes constantes de capítulos semelhantes em outros acordos modernos*”¹⁸.

Un primo profilo degno della massima attenzione è la scelta di fondo operata dalle Parti, che consiste nel collocare il commercio e l'attrazione degli investimenti in posizione ancillare rispetto alla tutela ambientale¹⁹. L'aumento del commercio non può infatti andare a detrimento dell'ambiente dovendo, al contrario, contribuire alla promozione dello sviluppo sostenibile, “per il benessere delle generazioni presenti e future”²⁰. Affinché ciò avvenga, lo sviluppo delle relazioni commerciali ed economiche fra le parti (che è la ragion d'essere della stipula dell'accordo UE/Mercosud) deve avvenire in modo da contribuire al raggiungimento degli Obiettivi di Sviluppo sostenibile e nel rispetto degli standard e degli obiettivi ambientali. Il libero scambio è, inoltre, soggetto all'applicazione delle norme di diritto internazionale pertinenti²¹.

Come disposto a chiare lettere dall'art. 2 del summenzionato capitolo, le Parti non possono, ai fini di incoraggiare il commercio o gli investimenti, né indebolire i livelli di protezione previsti dal diritto interno dell'ambiente, né derogare (o offrirsi di farlo) dalle proprie normative in materia ambientale, né evitare di applicare effettivamente la propria legislazione interna in materia di ambiente mediante ripetuti comportamenti attivi od omissivi, dovendo più in generale impegnarsi al fine di migliorare le proprie leggi e politiche onde assicurare un livello di tutela dell'ambiente elevato ed effettivo. E' comunque riconosciuto loro il pieno diritto di decidere quale livello di tutela accordare all'ambiente nel loro diritto interno, pur nell'ambito dei vincoli derivanti dal diritto internazionale.

L'unico, inevitabile, limite che l'accordo impone agli Stati coinvolti è che le loro normative interne in materia di ambiente non possono costituire una restrizione dissimulata al commercio o una discriminazione arbitraria²². Le Parti tuttavia, in

14 Ad esempio, l'art. 34 sul *roaming* telefonico, l'art. 32 sulla riservatezza delle comunicazioni o l'art. 49 che mira a garantire la sicurezza on-line per i consumatori in caso di e-commerce.

15 V. art. 12.

16 V. art. 37.

17 Il testo del capitolo *Trade and Sustainable Development*, nella sola lingua inglese, si trova all'indirizzo Internet: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/july/tradoc_158166.%20Trade%20and%20Sustainable%20Development.pdf. Ultimo accesso: 26.09.2020.

18 Cfr. Novo acordo comercial UE-Mercosul O acordo de princípio, *cit.*, p. 26.

19 Nel concetto di sviluppo sostenibile, come accolto puntualmente nell'accordo UE/Mercosur, oltre alla tutela dell'ambiente è ricompresa anche quella delle condizioni di lavoro. Visto l'argomento del presente contributo, ci si limiterà ad analizzare la materia dal punto di vista del diritto dell'ambiente, con espresso avviso che ciò che si afferma vale anche per quanto concerne il diritto del lavoro. Chi fosse interessato nello specifico a tale ultimo aspetto può leggere il commento critico di BRONCKERS, Marco; GRUNI, Giovanni. Taking the enforcement of labour standards in the EU's free trade agreements seriously. *Common Market Law Review*, vol. 56, num. 6, 2019, pp. 1591-1622.

20 Cfr. art. 1, comma 3 del Capitolo *Trade and Sustainable Development*.

21 Cfr. art. 1, comma 4 lett. a) del Capitolo *Trade and Sustainable Development*.

22 V. art. 2, comma 6 del Capitolo *Trade and Sustainable Development*.

applicazione del principio di precauzione, possono adottare misure di tutela dell'ambiente anche in assenza di dati scientifici certi e sufficienti²³.

Il principio-cardine è che lo sviluppo del commercio non può avvenire ignorando le ragioni dell'ambiente o, peggio, sacrificandolo, come accadeva nel passato. La questione è centrale, nella misura in cui rappresenta il passo decisivo da un sistema fondato sul libero commercio ad uno incentrato sul commercio equo.

Nell'accordo UE/Mercosud pertanto il profilo ambientale (così come peraltro quello sociale) sono considerati strettamente connessi a quello più prettamente economico/commerciale in quanto costituiscono "le dimensioni dello sviluppo sostenibile che si rinforzano mutuamente"²⁴.

Queste affermazioni di principio si concretizzano negli impegni che le parti prendono in diversi rami del diritto ambientale.

In primo luogo, ciò avviene per il cambiamento climatico, con l'impegno specifico a collaborare affinché il commercio serva per combattere il cambiamento climatico e per mitigarne gli effetti negativi²⁵.

Gli altri settori presi espressamente in considerazione, mediante l'approvazione di norme *ad hoc*, sono la biodiversità²⁶, le foreste²⁷ e la pesca e l'acquacoltura²⁸.

L'idea di fondo, comune a queste disposizioni, è che la gestione ed il commercio di risorse naturali quali appunto i prodotti forestali, la pesca e la fauna selvatica siano improntati alla sostenibilità. Ciò comporta l'impegno a lottare contro comportamenti come la deforestazione²⁹ e la pesca illegali, prevenendo il commercio di prodotti ottenuti illegittimamente e promuovendo, al contempo, il commercio di prodotti che per converso contribuiscano alla conservazione della biodiversità.

Tali impegni specifici che le Parti assumono si inquadrano nell'impegno più generale che esse prendono di rispettare, promuovere ed applicare effettivamente i principi e le linee-guida che sussistono nel diritto internazionale in materia ambientale, quali quelli riconosciuti negli accordi ambientali internazionali³⁰ e, più nello specifico,

23 Cfr. art. 10, comma 2 del Capitolo *Trade and Sustainable Development*. In tal caso, tuttavia, le misure saranno soggette a revisione periodica, dovendo altresì la Parte che ha adottato la misura cercare di ottenere le informazioni scientifiche nuove o addizionali necessari per una valutazione più decisiva "and shall review the measure as appropriate"; *ibid.*

24 V. art. 1, comma 3 del Capitolo *Trade and Sustainable Development*.

25 Cfr. art. 6, comma 2, lett. b) del Capitolo *Trade and Sustainable Development*.

26 V. art. 7 del Capitolo *Trade and Sustainable Development*.

27 Cfr. art. 8 del Capitolo *Trade and Sustainable Development*.

28 V. art. 7 del Capitolo *Trade and Sustainable Development*.

29 Come sottolinea la Commissione europea: "As iniciativas do setor privado reforçam estes compromissos, por exemplo ao não adquirir carne de propriedades em áreas recentemente desflorestadas... O texto salvaguarda várias iniciativas relevantes em matéria de agricultura sustentável, incluindo ações do setor privado da UE com um objetivo de desflorestação igual a zero nas cadeias de abastecimento e iniciativas lideradas pelos produtores, como a moratória brasileira sobre a soja, a fim de limitar a expansão das plantações de soja nos terrenos florestais... O acordo elenca uma série de áreas de potencial cooperação com vista a garantir que o comércio apoia as prioridades da sustentabilidade, incluindo a desflorestação igual a zero nas cadeias de abastecimento"; v. **Novo acordo comercial UE-Mercosul O acordo de princípio**, cit., p. 28.

30 "Article 5 - **Multilateral Environmental Agreements** - 1. The Parties recognize that the environment is one of the three dimensions of sustainable development and that its three dimensions -economic, social and environmental- should be addressed in a balanced and integrated manner. Additionally, the Parties recognize the contribution that trade could make to sustainable development. - 2. The Parties recognise the importance of the United Nations Environment Assembly (UNEA) of the United Nations Environment Programme (UNEP) and multilateral environment agreements as a response of the international community to global or regional environmental challenges and stress the need to

nell'ambito degli strumenti convenzionali multilaterali esistenti nei suddetti settori, quali la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) e l'Accordo di Parigi sul clima³¹, la Convenzione di Rio de Janeiro sulla Diversità Biologica (CBD), la Convenzione di Washington sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatiche minacciate di estinzione (CITES) o il Trattato internazionale sulle risorse genetiche vegetali per l'alimentazione e l'agricoltura³², senza dimenticare l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile ed altri atti rilevanti delle Nazioni Unite³³.

Oltre a ciò, e sempre al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile, l'Accordo prevede che le Parti rafforzino la cooperazione per armonizzare le rispettive politiche e misure ambientali relative al commercio³⁴.

La portata di tale obbligo, già piuttosto blando di per sé, è tuttavia ulteriormente ridotta dal fatto che ciò debba avvenire tenendo conto delle diverse realtà, capacità,

enhance the mutual supportiveness between trade and environment policies. - 3. Recalling the above paragraphs, each Party reaffirms its commitments to promote and effectively implement, multilateral environmental agreements (MEAs), protocols and their amendments to which it is a party. - 4. The Parties shall regularly exchange information on their respective progress as regards the ratifications of MEAs, including their protocols and amendments. - 5. The Parties shall consult and cooperate, as appropriate, on trade-related environmental matters of mutual interest in the context of multilateral environmental agreements. - 6. The Parties acknowledge their right to invoke Article [insert article number - General Exceptions] in relation to environmental measures. - 7. Nothing in this agreement shall prevent Parties from adopting or maintaining measures to implement the MEAs to which they are party provided that such measures are consistent with Article 2.6". Questa norma sviluppa quanto già disposto, in maniera più sintetica, dall'art. 1, comma 4 lett. b).

31 "Article 6 - **Trade and Climate Change** - 1. The Parties recognise the importance of pursuing the ultimate objective of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) in order to address the urgent threat of climate change and the role of trade to this end. - 2. Pursuant to paragraph 1, each Party shall: (a) effectively implement the UNFCCC and the Paris Agreement established thereunder; (b) consistent with article 2 of the Paris Agreement, promote the positive contribution of trade to a pathway towards low greenhouse gas emissions and climate-resilient development and to increasing the ability to adapt to the adverse impacts of climate change in a manner that does not threaten food production."

32 "Article 7 - **Trade and Biodiversity** -1. The Parties recognise the importance of the conservation and sustainable use of biological diversity consistent with the Convention on Biological Diversity (CBD), the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES), the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, and the decisions adopted thereunder and the role that trade can play in contributing to the objectives of these agreements. - 2. Pursuant to paragraph 1, each Party shall: (a) promote the use of CITES as an instrument for conservation and sustainable use of biodiversity; including through the inclusion of animal and plant species in the Appendices to the CITES where the conservation status of that species is considered at risk because of international trade. (b) implement effective measures leading to a reduction of illegal trade in wildlife, consistent with international agreements to which it is Party. (c) encourage trade in natural resource-based products obtained through a sustainable use of biological resources or which contribute to the conservation of biodiversity, in accordance with domestic laws. (d) promote the fair and equitable sharing of benefits arising from the use of genetic resources and, where appropriate, measures for access to such resources and prior informed consent. 3. The Parties shall also exchange information on initiatives and good practices on trade in natural resource-based products with the aim of conserving biological diversity and cooperate, as appropriate, bilaterally, regionally and in international fora on issues covered by this article."; *ibid.*

33 "2. The Parties recall the Agenda 21 and the Rio Declaration on Environment and Development of 1992, the Johannesburg Declaration on Sustainable Development and the Johannesburg Plan of Implementation on Sustainable Development of 2002, the Ministerial Declaration of the United Nations Economic and Social Council on Creating an environment at the national and international levels conducive to generating full and productive employment and decent work for all, and its impact on sustainable development of 2006, the Declaration on Social Justice for a Fair Globalisation of 2008 of the International Labour Organisation (ILO), and the Outcome Document of the UN Conference on Sustainable Development of 2012 entitled "The Future We Want" and the document "Transforming our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development", adopted in 2015."; art. 1.2 del Capitolo **Trade and Sustainable Development**. In altre disposizioni sono richiamati espressamente specifici obiettivi dell'Agenda 2030, quali quelli concernenti la gestione sostenibile delle foreste (nell'art.8) e della pesca e dell'acquacoltura (nell'art. 9).

34 Cfr. art. 1, comma 4 lett. c) del Capitolo *Trade and Sustainable Development*.

esigenze e livelli di sviluppo nazionale e nel rispetto delle politiche e delle priorità nazionali³⁵.

Per comprendere la *ratio* di tale norma bisogna tenere ben presente che si tratta di un accordo internazionale, sottoscritto liberamente dalle parti le quali procedono in tal senso solo se valutano che i benefici che ne possono trarre non sono inferiori ai costi cui saranno sottoposte. Il necessario equo bilanciamento fra gli interessi delle due parti deve essere effettuato prendendo in considerazione le condizioni delle stesse che, nel caso di specie, presentano divergenze piuttosto rilevanti, trattandosi di differenze strutturali da un punto di vista economico e produttivo. Come ben evidenziato in studi specifici, infatti, la produzione di materie prime è molto più rilevante nel Mercosud che nell'Unione europea, mentre è vero il contrario per quanto concerne i prodotti industriali. Inoltre, gli Stati membri dell'organizzazione regionale europea hanno maggiori complementarità nelle loro strutture produttive ed un livello superiore di scambi commerciali fra essi rispetto a quanto non accada in quella latino-americana³⁶. Alla luce di ciò si ipotizza che il flusso di prodotti fra Unione europea e Mercosud si svilupperà in questo modo: prodotti con valore aggiunto medio-alto dalla prima alla seconda regione e percorso inverso per le materie prime ed i prodotti agricoli³⁷.

La timidità dell'approccio nell'Accordo di cui *supra* può pertanto essere in parte compresa se si prende in considerazione la differenza che sussiste nelle performance ambientali dei due blocchi.

Tale differenza è stata ben messa in rilievo nel recente studio effettuato dalla *London School of Economics* per conto della Commissione europea³⁸, utilizzando un apposito indice, denominato indice di sostenibilità ambientale (o, secondo l'acronimo in lingua inglese, EPI³⁹), in grado di fornire un quadro piuttosto significativo. Il calcolo di tale indice è fondato sulla ponderazione di ben 32 indicatori di performance (fra i quali i principali sono la qualità dell'aria, l'acqua e la potabilità, le fonti d'acqua, la pesca, la biodiversità e l'habitat, le foreste, il clima ed l'energia), suddivisi in due macro-categorie: la salute ambientale e la vitalità dell'ecosistema.

Orbene, da tali dati, relativi al 2018, anno precedente alla firma dell'Accordo UE/Mercosud (dati riassunti nel suddetto studio in un grafico *ad hoc*) si evince che il valore dell'indice di sostenibilità ambientale di ciascun paese del Mercosud è inferiore alla media europea. Se tuttavia si prende in considerazione il solo indicatore relativo all'agricoltura, emerge che la performance di tutti i paesi del Mercosud è migliore rispetto a quella aggregata dell'UE⁴⁰.

35 Ibid.

36 V., *inter alios*, VILLANI, Davide; OLIVERA, Margarita. Potenciales impactos económicos en Argentina y Brasil del acuerdo de libre comercio entre el Mercosur y la Unión Europea. **Ens. Econ**, vol. 27, num. 50, 2017, p. 109.

37 *Ibidem*, p. 115-116.

38 LSE CONSULTING. **Sustainability Impact Assessment in Support of the Association Agreement Negotiations between the European Union and Mercosur**, Draft Final Report. Londra, Luglio 2020. Lo studio si trova su Internet, all'indirizzo: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/july/tradoc_158889.pdf. Ultimo accesso: 26.09.2020.

39 L'indice di sostenibilità ambientale (EPI) è stato sviluppato dalla Yale University e dalla Columbia University in collaborazione con il Forum Economico Mondiale e il Centro comune di ricerca della Commissione europea. Il rapporto EPI considerato è quello del 2018; WENDLING, Zachary A.; EMERSON, John Wesley; ESTY, Daniel C.; LEVY, Micheal; DE SHERBININ, Alex et al. **2018 Environmental Performance Index**. New Haven, CT: Yale Center for Environmental Law & Policy, 2018.

40 LSE CONSULTING, *op. cit.*, pp. 70-71.

Un giudizio sulla bontà o meno delle disposizioni dell'accordo UE/Mercosud non può tuttavia prescindere da una valutazione del grado di efficacia delle stesse. Come rilevato dal succitato studio, il fatto che i vantaggi in materia di commercio e più in generale sul piano economico che dovrebbero discendere dal trattato non vadano a detrimento dell'ambiente dipende (ovviamente) *in primis* dall'applicazione effettiva di tali norme ad opera dell'Unione europea e del Mercosud. Nel *paper* si menzionano, ad esempio, gli effetti dell'accordo sul settore agricolo nel Mercosud. Tali effetti dovrebbero essere positivi sul piano economico e di conseguenza su quello occupazionale. Per converso, tuttavia, ciò comporta dei rischi a livello ambientale, con un potenziale aumento di uso del suolo, deforestazione, pressione sulle risorse idriche, maggiore uso di fertilizzanti e pesticidi⁴¹.

Al fine di favorire detta applicazione effettiva l'accordo stesso statuisce, *in primis*, che venga istituita una sottocommissione *ad hoc*, appunto per il commercio e lo sviluppo sostenibile⁴². Oltre a questo, la stessa Commissione europea ritiene che a ciò possano contribuire i meccanismi di consultazione della società civile previsti nell'accordo medesimo, i quali sono peraltro destinati ad integrare le stesse norme in materia ambientale esaminate *supra*⁴³. Meccanismi della società civile il cui coordinamento è attribuito alla summenzionata sottocommissione per il commercio e lo sviluppo⁴⁴.

Per valutare se ed in che misura le parti siano portate ad applicare effettivamente le disposizioni analizzate *supra* è inoltre fondamentale esaminare quali siano le conseguenze di un eventuale mancato rispetto delle medesime.

Nel capitolo su "Commercio e sviluppo sostenibile" dell'accordo è in primo luogo previsto che le Parti debbano cercare di risolvere pacificamente ogni controversia relativa all'applicazione (ma anche all'interpretazione) degli articoli contenuti nel capitolo stesso (e quindi anche delle norme concernenti la protezione dell'ambiente), attraverso il dialogo, la consultazione, lo scambio di informazioni e la cooperazione⁴⁵.

Oltre a ciò, tuttavia, è istituito un procedimento *ad hoc* di soluzione delle controversie, cui è prevista la partecipazione anche della sottocommissione per il commercio e lo sviluppo sostenibile⁴⁶.

La prima fase consiste in un tentativo di risoluzione mediante consultazioni formali fra gli Stati interessati⁴⁷, che hanno inizio a seguito di una richiesta formale di una delle parti e si svolgono nel rispetto della procedura dettata dall'art. 16 del capitolo su Commercio e sviluppo sostenibile.

Se tale tentativo non porta ad un esito positivo nel termine previsto dall'art. 17, sempre su richiesta di una delle parti, la controversia può essere sottoposta all'attenzione di un *panel* di esperti indipendenti, la cui nomina è affidata alla sottocommissione per il commercio e lo sviluppo sostenibile, il quale opererà secondo quanto stabilito

41 *Ibidem*, pp. 186-189.

42 V. art. 14 comma 3 lett. a) del Capitolo *Trade and Sustainable Development*.

43 Cfr. Novo accordo comercial UE-Mercosul O acordo de principio, *cit.*, p. 28.

44 V. art. 14 comma 3 lett. c) del Capitolo *Trade and Sustainable Development*.

45 Cfr. art. 15, comma 1 del Capitolo *Trade and Sustainable Development*.

46 V. art. 14 comma 3 lett. b) del Capitolo *Trade and Sustainable Development*.

47 V. art. 16 del Capitolo *Trade and Sustainable Development*.

nello stesso articolo e concluderà la sua attività con un rapporto finale contenente raccomandazioni rivolte alle parti⁴⁸.

Attenzione specifica è dedicata alla trasparenza delle varie fasi dell'intero procedimento di risoluzione delle controversie⁴⁹, con pubblicazione dei documenti più rilevanti "para que possam ser acompanhados pelas partes interessadas e pelos representantes das partes"⁵⁰.

Il fatto che sia previsto un procedimento di soluzione delle controversie che sorgono in materia di interpretazione ed applicazione degli articoli contenuti nel capitolo dell'accordo UE/Mercosud su Commercio e sviluppo sostenibile sembrerebbe *prima facie* dover essere valutato positivamente ai fini dell'essenziale applicazione effettiva delle disposizioni in materia di protezione ambientale. In realtà, tuttavia, l'istituzione di un procedimento *ad hoc* va nella direzione contraria, in quanto esso funge da contraltare all'impossibilità per le parti di avvalersi del procedimento generale di risoluzione delle controversie relative all'interpretazione ed applicazione delle norme dell'accordo UE/Mercosud di cui al capitolo VIII dell'accordo medesimo, secondo quanto espressamente stabilito dall'art. 15, comma 5 del capitolo su Commercio e sviluppo sostenibile. Con la differenza, fondamentale, che mentre il procedimento generale si conclude con un provvedimento di un terzo (lodo arbitrale) vincolante per le parti, in virtù di quanto esplicitamente previsto dall'art. 15 del capitolo VIII, quello speciale produce, al massimo, delle mere raccomandazioni.

Pertanto, l'esistenza di un procedimento specifico di soluzione delle controversie anziché costituire uno stimolo all'applicazione delle norme in materia ambientale lascia in ultima istanza un maggior margine di discrezionalità alle parti, rispetto a quanto sarebbe accaduto se, invece si fosse optato per l'applicabilità, anche alle norme contenute nel capitolo su Commercio e sviluppo sostenibile, del meccanismo generale di risoluzione alle controversie in materia.

2. L'APPROCCIO DELL'ACCORDO FRA UNIONE EUROPEA E MERCOSUD IN MATERIA DI COMMERCIO E AMBIENTE NELL'AMBITO DELL'EVOLUZIONE DIRITTO INTERNAZIONALE IN MATERIA

Per dare una risposta alla questione che ci siamo posti *supra* - ovvero se e quale impatto effettivamente possa avere sulla *governance* internazionale dell'ambiente un accordo come quello fra Unione europea e Mercosud -il quale non solo è un accordo di tipo commerciale, ma inoltre concerne esclusivamente i Paesi di due regioni del mondo, per quanto importanti- oltre ad analizzare nel dettaglio le norme giuridiche pertinenti contenute nell'accordo UE-Mercosud pare opportuno procedere all'esame dell'evoluzione del rapporto fra commercio ed ambiente nel diritto internazionale attuale.

Tradizionalmente commercio ed ambiente erano invero considerati come fattori contrapposti. Se il commercio internazionale è innegabilmente un elemento di primo

48 Cfr. art. 17 del Capitolo Trade and Sustainable Development.

49 V. in particolare art. 16, comma 7 ed art. 17 comma 10.

50 Cfr. Novo acordo comercial UE-Mercosul O acordo de princípio, *cit.*, p. 28.

piano dello sviluppo economico, i rischi che la sua crescita può avere sull'ambiente in generale e sul cambiamento climatico nello specifico sono stati sempre temuti.

Il rapporto tra commercio e ambiente è estremamente complesso e, spesso, la crescita economica e l'innovazione sono associate alla riduzione del capitale naturale del mondo e ai crescenti livelli di inquinamento⁵¹. Inoltre, il commercio può aumentare la vulnerabilità dei Paesi al cambiamento climatico: il commercio internazionale induce i Paesi a specializzarsi nella produzione di prodotti in cui hanno un vantaggio comparato, contando sulle importazioni per soddisfare il loro fabbisogno di altri beni e servizi. Ciò rende i Paesi estremamente dipendenti dalle importazioni e se, a causa del cambiamento climatico vi fosse un'improvvisa interruzione nella fornitura di beni e servizi importati, le difficoltà potrebbero essere molto rilevanti⁵². Tuttavia, l'interazione tra commercio e ambiente, se correttamente gestita, è in grado di produrre anche risultati positivi: il commercio può divenire lo strumento per promuovere l'impegno dei Paesi partner ad uniformarsi alle norme in materia ambientale creando incentivi al perseguimento dei propri impegni e può, altresì, creare condizioni favorevoli per lo sviluppo sostenibile in ogni aspetto⁵³.

In ragione di ciò, in particolare a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso si sono cominciate ad affacciare, nel diritto internazionale, soluzioni volte a coniugare tali valori *prima facie* inconciliabili, mediante l'adozione di soluzioni in grado di rendere le regole del commercio internazionale funzionali non solo alla crescita delle economie, ma anche delle condizioni sociali degli Stati coinvolti e, al medesimo tempo, capaci di stimolare la tutela ambientale.

Un importante sforzo in tal senso è stato compiuto dall'O.N.U., come dimostrano le due "Agende" adottate rispettivamente negli anni '90 del secolo scorso e nel secondo decennio di questo millennio.

Nell'Agenda 21⁵⁴, dopo l'affermazione di carattere generale secondo cui è necessario promuovere lo sviluppo sostenibile attraverso la liberalizzazione degli scambi e

51 V., *ex plurimis*, ALI, Saleem H.; PUPPIM DE OLIVEIRA, José A. Pollution and economic development: an empirical research review. *Environ. Res. Lett.*, vol. 13, num. 12, 2018. Esistono vari studi del fenomeno in dottrina. Volendo citarne uno solo, si può ricordare, *ex plurimis*, il celebre caso delle esportazioni di soia e olio di palma da parte di Paesi a basso reddito come l'Indonesia e la Malesia che, pur costituendo una risorsa per tali Paesi, hanno comportato perdita di biodiversità e promosso la deforestazione. Sul tema v. FRY, J. *et al.* **Study on the environmental impact of palm oil consumption and on existing sustainability standards**. LMC International Ltd., 2018.

52 Cfr. DELLINK, Rob *et al.* International trade consequences of climate change. **OECD Trade and Environment Working Papers**, 2017/01. Paris: OECD Publishing, 2017.

53 V. WTO/UN ENVIRONMENT, *Making trade work for the environment, prosperity and resilience*, 2018.

54 Come noto si tratta dell'ampio e articolato programma di azione approvato nell'ambito della Conferenza ONU tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992, in cui viene evidenziato il ruolo cruciale della cooperazione internazionale nella promozione di un sistema commerciale multilaterale aperto, non discriminatorio ed equo che consenta a tutti i paesi di migliorare le loro strutture economiche e il tenore di vita delle loro popolazioni. Sul tema esiste un numero sterminato di lavori. Concentrandosi prevalentemente sulla dottrina italiana - e con qualche piccola incursione in quella di lingua inglese e francese - si possono menzionare, *ex plurimis*, i seguenti contributi: MARCHISIO, Sergio. Gli atti di Rio nel diritto internazionale. *Rivista di Diritto Internazionale*, num. 3, 1992, pp. 581-621; PINESCHI, Laura. La conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo. *Rivista giuridica dell'ambiente*, vol. 3, 1992, pp. 705-712; PORRAS, Ileana. The Rio Declaration: A New Basis for International Cooperation. *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 1, 1992, pp. 245-253; KISS, Alexandre-Charles; DOUMBE-BILLE, Stéphane. Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Rio de Janeiro-juin 1992). *Annuaire français de droit international*, volume 38, 1992, pp. 823-843; MANN, H. The Rio Declaration. *Proceedings of the American Society of International Law Annual Meeting*, Vol. 86, 1992, pp. 405-414; GARAGUSO, Giulio C.; MARCHISIO, Sergio. **Rio 1992: vertice per la terra**. Milano: F. Angeli, 1993; SOAVE, Paolo. Lo sviluppo sostenibile nella

rendere il commercio e l'ambiente reciprocamente solidali è descritto a chiare lettere come commercio ed ambiente possano -e debbano- essere complementari⁵⁵.

Sulla stessa falsariga si colloca la più recente Agenda 2030 delle Nazioni unite sullo sviluppo sostenibile⁵⁶. Dopo aver premesso che lo sviluppo sostenibile è composto da tre dimensioni, poiché a quella economica si aggiungono quella sociale e quella ambientale⁵⁷, in essa viene evidenziata l'importanza della creazione di partnership globali volte a favorire la collaborazione tra Paesi per lo sviluppo sostenibile⁵⁸.

Per quanto concerne nello specifico il commercio, nell'Agenda 2030 si ritiene che debba essere promosso, in quanto fattore di impulso dello sviluppo sostenibile⁵⁹.

Dalla somma di queste statuizioni risulta pertanto che in essa il commercio è valutato positivamente, se e nella misura in cui oltre a favorire la crescita dell'economia

prospettiva dell'Agenda 21 – Il programma d'azione lanciato nella Conferenza di Rio. **Rivista giuridica dell'ambiente**, num. 5, 1993, pp. 761-767; TREVES, Tullio. Il diritto dell'ambiente a Rio e dopo Rio. **Rivista giuridica dell'ambiente**, 1993, p. 577 ss.; ROBINSON, Nicholas A. (ed.). **Agenda 21: earth's action plan**. Dobbs Ferry, NY: Oceana, 1993; SAND, Peter H. International environmental law after Rio. **Eur. J. Int'l L.** Vol. 4, 1993, pp. 377-389; LINDNER, Chip Agenda 21. In: DODDS, Felix (ed). **The way forward: beyond Agenda 21**. Routledge, 2019, p. 3 ss.

55 Cfr. art. 2.19: "Environment and trade policies should be mutually supportive. An open, multilateral trading system makes possible a more efficient allocation and use of resources and thereby contributes to an increase in production and incomes and to lessening demands on the environment. It thus provides additional resources needed for economic growth and development and improved environmental protection. A sound environment, on the other hand, provides the ecological and other resources needed to sustain growth and underpin a continuing expansion of trade. An open, multilateral trading system, supported by the adoption of sound environmental policies, would have a positive impact on the environment and contribute to sustainable development."

56 Risoluzione adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015, A/RES/70/1, intitolata **Trasformare il nostro mondo. L'Agenda per lo sviluppo sostenibile**. Nel settembre 2015 i capi di Stato e di governo di 193 Stati membri dell'ONU hanno sottoscritto l'Agenda 2030, un grande programma di azione che identifica 17 Obiettivi di Sviluppo Sostenibile, fra loro interconnessi (*Sustainable Development Goals*), che si articolano in 169 traguardi specifici ed il cui raggiungimento è ritenuto un presupposto indispensabile per assicurare il benessere dell'umanità e del pianeta. Gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile costituiscono, così, un appello urgente a tutti i Paesi – a prescindere dal loro grado di sviluppo – a porre in essere strategie volte a sradicare la povertà a livello globale, ridurre le disuguaglianze, promuovere uno sviluppo economico equo e sostenibile, creare le condizioni per una società pacifica e giusta per tutti, proteggere il pianeta per le presenti e future generazioni. Il presupposto fondamentale per il raggiungimento degli Obiettivi è la creazione di partnership globali che possano creare e rafforzare legami di solidarietà tra Paesi favorendo le condizioni per un impegno comune e condiviso. In tale quadro, il commercio internazionale riveste un ruolo cruciale. Chi voglia approfondire il tema può leggere, *ex plurimis*, i seguenti contributi: MONTINI, Massimiliano; VOLPE, Francesca. Sustainable Development Goals: "molto rumore per nulla?". **Rivista Giuridica dell'Ambiente**, vol. 30, num. 3, 2015, pp. 489-496; CHIUSI, Ludovica. The UN 2030 Agenda on Sustainable Development: Talking the Talk, Walking the Walk?. **La Comunità internazionale**, 2016, p. 49 ss.; PAVONI, Riccardo; PISELLI, Dario. The Sustainable Development Goals and International Environmental Law: Normative Value and Challenges For Implementation. **Revista Veredas do Direito**, vol. 13, num. 26, mai./ago. 2016, pp. 13-60; DÍAZ-BARRADO, Cástor Miguel. Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas. **Anuario Espanol de Derecho Internacional**, num. 32, 2016, pp. 9-48; KIM, R.E. The Nexus between International Law and the Sustainable Development Goals. **Review of European, Comparative & International Environmental Law**, Vol. 25, Num. 1, 2016, pp. 15-26; MARCHISIO, Sergio. Il diritto internazionale ambientale attuale: da Rio all'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile. In: CORDINI, Giovanni; FOIS, Paolo; MARCHISIO, Sergio. **Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati**. Giappichelli, 2017; MONTINI, Massimiliano. SDGs e sviluppo sostenibile nel diritto internazionale dell'ambiente. **FEDE-RALISMI.IT**, 2019, pp. 1-21.

57 Preambolo dell'Agenda, § 3. La norma è chiaramente ispirata ad una visione c.d. "olistica" dello sviluppo.

58 V. l'Obiettivo 17, intitolato "Rafforzare i mezzi di attuazione e rinnovare il partenariato mondiale per lo sviluppo sostenibile".

59 V. in particolare il § 68. Il riferimento al nesso tra commercio e sviluppo sostenibile in Agenda 2030 è sotteso ai sotto-obiettivi 17.10 "Promuovere un sistema di scambio universale, regolamentato, aperto, senza discriminazioni e multilaterale sotto il controllo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, attraverso negoziazioni nell'ambito dell'Agenda di Doha per lo Sviluppo" e 17.11 "Incrementare considerevolmente le esportazioni dei paesi emergenti e, entro il 2020, raddoppiare la quota delle loro esportazioni globali".

promuove il rispetto dell'ambiente, oltre allo sviluppo sociale. In questo senso si può parlare di apporto positivo che il commercio può avere nel proteggere l'ambiente ed evitarne il degrado.

Nell'analizzare lo sviluppo avuto dal rapporto fra commercio ed ambiente nel diritto internazionale negli ultimi decenni, appare opportuno evidenziare, fra le organizzazioni internazionali a carattere globale che hanno avuto un ruolo in tal senso, oltre alle Nazioni unite anche l'Organizzazione mondiale del commercio⁶⁰. Fra i suoi obiettivi principali possono essere annoverati la promozione dello sviluppo sostenibile e la tutela dell'ambiente.

Già nel primo paragrafo del preambolo suo accordo istitutivo viene indicato, quale obiettivo "uno sviluppo sostenibile, che miri a tutelare e a preservare l'ambiente e a potenziare gli strumenti per perseguire tale obiettivo in maniera compatibile con le rispettive esigenze e i rispettivi problemi, derivanti dai diversi livelli di sviluppo economico"⁶¹. La necessità di coniugare le esigenze del commercio e dell'ambiente è inoltre espressa nella "Decisione sul commercio e l'ambiente" sottoscritta dai ministri del commercio degli Stati parte al termine dell'Uruguay Round del 1994.

Tale necessaria complementarietà fra la promozione del sistema commerciale multilaterale e la tutela dell'ambiente trova concreta applicazione in certe norme contenute negli accordi OMC. Così gli articoli XX del GATT, XIV del GATS e XXVII del TRIPS considerano come causa che giustifica la mancata applicazione delle disposizioni degli accordi medesimi la necessità di tutelare la vita o la salute umana, animale o vegetale, ma anche di conservare le risorse naturali non rinnovabili (per quanto concerne specificamente il GATT) e di evitare il rischio di un serio danno all'ambiente (relativamente alla possibilità di non rilasciare brevetti statuita dal TRIPS).

Gli accordi OMC contengono specifiche disposizioni volte a conciliare il commercio internazionale con le esigenze di protezione dell'ambiente: i paragrafi b) e g) dell'articolo XX del GATT prevedono che i membri dell'OMC possano non applicare le norme contenute.

60 Il rapporto fra commercio ed ambiente nell'OMC è un tema ampiamente studiato, sul quale esiste copiosa e documentata dottrina. Per chi voglia approfondire l'argomento sia concesso richiamare, *ex plurimis*, a titolo di bibliografia minima e senza alcuna pretesa di completezza i seguenti contributi: FRANCONI, Francesco. **La tutela dell'ambiente e la disciplina del commercio internazionale. Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio**, Atti del Convegno della Società italiana di diritto internazionale. Napoli: Editoriale Scientifica, 1998, p. 162 ss.; MACMILLAN, Fiona. **The World Trade Organization and the environment. International Trade Law**. London, UK: Sweet and Maxwell, 2001; COMBOT-MADEC, Fabienne, HERVE-FOURNEREAU, Nathalie. *Commerce international et protection de l'environnement. Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, num. 1, 2002, pp. 3-41; PICONE, Paolo; SACERDOTI, Giorgio. *La disciplina del commercio internazionale e la protezione dell'ambiente*. In: FOIS, Paolo (a cura di). **Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente**, XI Convegno SIDI, Alghero 16-17 giugno 2006. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, pp. 63-68; CHARNOVITZ, Steve. *Trade and the Environment in the WTO. Journal of International Economic Law*, vol. 10, 2007; VOIGT, Christina. **Sustainable Development as a Principle of International Law. Resolving Conflicts Between Climate Measures and WTO Law**. Boston, Leiden: Brill | Nijhoff, 2009; BARONCINI, Elisa. *L'articolo XX GATT e il rapporto tra commercio e ambiente nell'interpretazione dell'organo d'appello dell'OMC. Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010, pp. 617-656, STUART, Mariana Battochio; WATSON, James K. R. **The WTO and the Environment: Development of Competence Beyond Trade**. London: Routledge, 2013; BRANDEMBURG, Norton Eduardo. *O Comércio Internacional e o Meio Ambiente. O Comércio como Instrumento da Concretização do Princípio do Desenvolvimento Sustentável. Revista Brasileira de Direito Internacional*, vol. 2, num. 2, 2017, pp. 173-192.

61 Cfr. primo paragrafo del preambolo dell'Accordo di Marrakech del 14 aprile 1994 che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio.

Oltre a ciò, per rendere effettive le affermazioni di principio di cui *supra*, con la summenzionata "Decisione sul commercio e l'ambiente" è stato costituito un Comitato *ad hoc*, denominato CTE avente il compito di effettuare raccomandazioni sulle modifiche da apportare agli accordi OMC, scaturenti dall'esame del rapporto tra commercio e ambiente⁶².

Sebbene siano passati più di venticinque anni dalla sua istituzione, il CTE non ha espresso alcuna raccomandazione formale. I risultati del suo lavoro sono invero stati utilizzati in seno ai negoziati svoltisi in occasione del Doha round⁶³, ma lo stallo in cui versano tali negoziati ha comportato che nessun accordo *ad hoc* sia stato concluso in materia ambientale nell'ambito del sistema commerciale multilaterale, nonostante il rilievo attribuito alla stessa.

Ciononostante, l'OMC non perde occasione, anche recentemente, di ribadire la centralità dello sviluppo sostenibile. Prova di ciò si trova nella Dichiarazione ministeriale di Nairobi del 19 dicembre 2015⁶⁴, adottata al termine della decima Conferenza ministeriale OMC e, nello specifico, nel suo comma ottavo in cui viene evidenziato il ruolo che l'organizzazione può svolgere nel contribuire al raggiungimento degli Obiettivi di sviluppo sostenibile dettati dall'Agenda 2030⁶⁵. Anche in questo caso, tuttavia, alle grandi dichiarazioni di principio non corrispondono equivalenti risultati nella prassi, se si considera che l'unico tema relazionato ad un obiettivo di sviluppo sostenibile attualmente in corso di negoziazione nell'OMC concerne la riduzione dei sussidi alla pesca.

Sempre a titolo di esempio recente si può menzionare la dichiarazione resa dall'OMC in occasione dell'*UN High Level Political Forum on Sustainable Development* del 2016, secondo la quale "la crescita del commercio aumenta la capacità di generare reddito di un paese, che è uno dei prerequisiti essenziali per raggiungere lo sviluppo sostenibile"⁶⁶.

62 Il programma di lavoro del CTE è orientato prevalentemente ad analizzare: a) la relazione tra le disposizioni del sistema multilaterale di scambi e le misure commerciali a favore dell'ambiente, comprese quelle previste dagli accordi multilaterali in materia di ambiente; b) la relazione tra le politiche ambientali attinenti al commercio e le misure ambientali con effetti commerciali significativi e le disposizioni del sistema multilaterale di scambi; c) la relazione tra le disposizioni del sistema multilaterale di scambi e oneri e tasse a fini ambientali e requisiti ai prodotti, comprese norme e regolamentazioni tecniche, imballaggio, etichettatura e riciclaggio; d) le disposizioni del sistema multilaterale di scambi per quanto riguarda la trasparenza delle misure commerciali utilizzate a fini ambientali e le misure e i requisiti ambientali che hanno effetti commerciali significativi; e) il rapporto tra i meccanismi di composizione delle controversie nel sistema multilaterale di scambi e quelli che si riscontrano negli accordi multilaterali in materia di ambiente; f) gli effetti delle misure ambientali sul l'accesso al mercato, in particolare per quanto riguarda i paesi in via di sviluppo, in particolare quelli meno sviluppati, e i vantaggi ambientali derivanti dal l'eliminazione delle restrizioni e delle distorsioni commerciali; g) la questione delle esportazioni di merci vietate sul mercato interno; h) la relazione tra l'accordo TRIPS e la convenzione sulla diversità biologica.

63 I negoziati in tema di commercio e ambiente nel Doha Round concernono specificamente: il rapporto tra le regole dell'OMC e gli accordi ambientali multilaterali, la collaborazione tra i segretariati dell'OMC e i segretariati degli accordi ambientale multilaterali, l'eliminazione delle barriere tariffarie e non tariffarie sui beni e servizi ambientali.

64 Il testo integrale della Dichiarazione si trova agevolmente su Internet, ad esempio nel sito: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc10_e/nairopackage_e.pdf. Ultimo accesso: 26.09.2020.

65 "8. We recognize the role the WTO can play in contributing towards achievement of the 2030 Sustainable Development Goals, in so far as they relate to the WTO mandate, and bearing in mind the authority of the WTO Ministerial Conference"; *ibid*.

66 Cfr. WTO, **Substantive inputs to the 2016 HLPF - WTO's contribution towards the 2030 Agenda and the SDGs**, maggio 2016. Il documento si trova agevolmente su Internet, ad esempio all'indirizzo: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/10236World%20Trade%20Organization%20contribution%20recd%202016-May-19.pdf>. Ultimo accesso: 30.09.2020.

3. L'APPROCCIO DELL'ACCORDO FRA UNIONE EUROPEA E MERCOSUD IN MATERIA DI COMMERCIO E AMBIENTE ALLA LUCE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA

Se a livello globale, nonostante le importanti affermazioni di principio e lo specifico programma di lavoro su commercio e ambiente avviato sin dal 1994 dall'Organizzazione mondiale del commercio, a tutt'oggi non si è riusciti a creare strumenti convenzionali specifici in grado di coniugare commercio internazionale e *governance* ambientale, risultati migliori paiono essere stati raggiunti grazie agli accordi commerciali bilaterali. Ciò sembra particolarmente vero prendendo in considerazione quelli conclusi dall'Unione europea ed i suoi *partner* commerciali o, *rectius*, i più recenti fra questi.

Come già cennato *supra*, l'U.E. ha costruito la maggior rete commerciale del globo, con la conclusione di ben quarantuno accordi commerciali che coprono settantadue Stati. Tali accordi possono essere suddivisi in due categorie: i c.d. accordi di prima generazione, negoziati prima del 2006 ed incentrati sulla riduzione o l'eliminazione delle barriere tariffarie e gli accordi commerciali di nuova (o seconda) generazione, aventi un ambito più ampio.

Fanno parte di questa seconda categoria gli accordi che l'Unione europea ha stipulato, rispettivamente con: Corea del sud⁶⁷; Colombia/Perù/Ecuador⁶⁸; Associazione centro-americana⁶⁹; Canada (CETA)⁷⁰; Singapore⁷¹; Vietnam⁷² e Messico⁷³. Ne fa inoltre parte l'accordo commerciale oggetto del presente contributo, quello fra l'U.E. ed il Mercosud.

Ciò che caratterizza tali innovativi accordi commerciali è che essi non si limitano, come quelli di prima generazione, ad incidere sulla riduzione o l'eliminazione delle barriere tariffarie ma, pur non trascurando tale aspetto, contengono norme dirette a

67 V. **Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra**, firmato il 6 ottobre 2010 ed entrato in vigore il 13 dicembre 2015. Il testo integrale dell'accordo si trova su Internet, all'indirizzo: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22011A0514\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22011A0514(01)&from=EN). Ultimo accesso: 26.09.2020.

68 V. **Accordo commerciale tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Colombia e il Perù, dall'altra**, firmato il 26 giugno 2012 ed entrato in vigore, in via provvisoria, il 1° Marzo 2013 tra UE e Perù e il 1° agosto 2013 tra UE e Colombia. Il testo integrale dell'accordo si trova su Internet, all'indirizzo: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22012A1221\(01\)&from=GA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22012A1221(01)&from=GA). Ultimo accesso: 26.09.2020.

69 V. **Accordo che istituisce un'associazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e l'America centrale, dall'altra**, firmato il 29 giugno 2012 ed entrato in vigore, in via provvisoria, il 1° agosto 2013 con Honduras, Nicaragua e Panama e il 1° dicembre 2013 con il Guatemala. Il testo integrale dell'accordo, in lingua italiana, si trova su Internet, all'indirizzo: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22012A1215\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22012A1215(01)&from=EN). Ultimo accesso: 26.09.2020.

70 V. **Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra**, firmato il 30 ottobre 2016 ed entrato in vigore, in via provvisoria, il 21 settembre 2017. Il testo integrale dell'accordo si trova su Internet, all'indirizzo: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114(01)&from=EN). Ultimo accesso: 26.09.2020.

71 V. **Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore**, firmato il 19 ottobre 2018 ed entrato in vigore il 21 novembre 2019. Il testo integrale dell'accordo, in lingua in inglese, si trova su Internet, all'indirizzo: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019A1114\(01\)&from=EN#page=1](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019A1114(01)&from=EN#page=1). Ultimo accesso: 26.09.2020.

72 V. **Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica socialista del Vietnam**, firmato il 30 giugno 2019 ed entrato in vigore il 31 luglio 2020. Il testo integrale dell'accordo, in lingua italiana, si trova su Internet, all'indirizzo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2020:186:FULL&from=EN>. Ultimo accesso: 26.09.2020.

73 Il 21 aprile 2018, Unione Europea e Messico hanno raggiunto l'accordo politico per la cd. "modernizzazione" dell'Accordo di partenariato economico, coordinamento politico e cooperazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e gli Stati Uniti del Messico, dall'altra, firmato l'8 dicembre 1997 ed entrato in vigore il 1° ottobre 2000. Tale modernizzazione è volta ad ampliare il precedente accordo, trasformandolo in un accordo di "nuova generazione". Il testo dell'accordo di principio, in lingua inglese, si trova su Internet, all'indirizzo: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156791.pdf. Ultimo accesso: 26.09.2020.

coniugare il commercio con la promozione di altri e più ampi valori quali, fra gli altri, la proprietà intellettuale, la crescita inclusiva, ricerca e sviluppo, la tutela dei diritti umani e, per quanto qui interessa in modo particolare, lo sviluppo sostenibile e quindi la protezione dell'ambiente⁷⁴, ivi compresa la lotta al cambio climatico.

Si tratta di accordi più avanzati rispetto al sistema dell'O.M.C., in quanto hanno un campo di applicazione più ampio e prevedono maggiori obblighi per gli Stati parte⁷⁵, andando oltre l'istituzione di una zona di libero scambio per beni e servizi, come dimostra *in primis* lo stesso accordo U.E./Mercosud⁷⁶.

Sul piano del diritto dell'Unione europea, tale evoluzione è in linea con quanto disposto dagli artt. 205 TFUE e 21 TUE, in virtù dei quali l'azione dell'Unione sulla scena internazionale deve essere fondata sull'esportazione dei valori e dei principi dell'Unione medesima⁷⁷. Fra di essi, ai fini del presente scritto, rileva in particolare, l'obiettivo di "favorire lo sviluppo sostenibile dei paesi in via di sviluppo sul piano economico, sociale e ambientale"⁷⁸ e di "contribuire all'elaborazione di misure internazionali volte a preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali, al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile"⁷⁹.

L'idea di una politica estera fondata anche sull'esportazione di valori e principi, secondo quanto dettato dalle suddette norme, è alla base della nuova strategia adottata nel 2015 dalla Commissione europea, la Strategia "Commercio per tutti"⁸⁰, la quale

74 BARTHESAGHI, Ignacio; DE MARIA CALVELO, Natalia; MELGAR ALASSIO, Natalia; PEREIRA, María Eugenia, *cit.*, p. 453, dove si afferma che "Estos temas no son menores, ya que la UE exige buenas prácticas ambientales a la hora de firmar sus acuerdos comerciales. En la actualidad, es muy importante que se puedan manejar tales aspectos, debido a los niveles de contaminación y a la importancia que adquiere el tema en la agenda global. Que un organismo ejemplo como la UE reclame condiciones aceptables, es muy positivo en el comercio internacional donde puede ser un estímulo para que otros países adopten estas prácticas saludables... Ahora bien, las exigencias en normas y disposiciones medioambientales no pueden constituir una barrera más para el comercio con los países en desarrollo, lo que alienta a economías como la europea a impulsar dichos temas con suma transparencia y una lógica de cooperación, sobre todo cuando se trata de países de menor desarrollo".

75 La loro compatibilità col diritto internazionale multilaterale in materia di commercio è comunque garantita dalle eccezioni previste agli articoli XXIV del GATT e V del GATS.

76 Numerosi sono gli esempi di ciò. Così, per quanto concerne i dazi all'esportazione, l'Accordo commerciale U.E./Mercosud (come peraltro altri accordi di seconda generazione) contiene un allegato, il n. 2, il quale fornisce il quadro per la loro eliminazione. Questo manca nel G.A.T.T., il cui art. II non menziona neppure i dazi all'esportazione. Un discorso simile può essere fatto per le regole di origine. Anche in questo caso infatti nell'Accordo, sulla falsariga degli altri accordi commerciali di nuova generazione dell'Unione esiste un protocollo *ad hoc* contenente "un conjunto de reglas de origen modernas que irão facilitar os fluxos comerciais entre a UE e o Mercosul" (v. **Novo acordo comercial UE-Mercosul O** **acordo de principio** *cit.*, p. 6), in particolare al fine di evitare le triangolazioni. Sebbene tale disciplina presenti alcuni difetti (ad es. ai sensi del suo art. 17 la dichiarazione di provenienza è sostanzialmente un'autocertificazione dell'esportatore, non essendo previsto alcun controllo) essa è comunque migliorativa non solo rispetto a quella prevista dal G.A.T.T. (che dedica all'argomento un solo articolo, il IX), ma anche se confrontata con quella della Convenzione di Kyoto del 1973 che è vero che contiene un allegato specifico sull'argomento, ma si tratta di un allegato opzionale. Altre norme che certificano la maggiore profondità dell'accordo rispetto al sistema O.M.C. Sono quelle in materia di licenze e qualifiche e quelle concernenti l'accesso al mercato degli appalti (essendo peraltro la prima volta che il Mercosud apre questo specifico mercato alle imprese di Stati non membri), nonché quelle sulla concorrenza.

77 Uno studio approfondito sui valori dell'UE nella sua azione esterna è quello di SCISO, Elena; BARATTA, Roberto; MORVIDUCCI, Claudia (eds.). **I valori dell'Unione europea e l'azione esterna**. Torino: Giappichelli, 2016.

78 Cfr. art. 21, paragrafo 2 lett. d) TUE.

79 Cfr. art. 21, paragrafo 2 lett. f) TUE.

80 Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. **Commercio per tutti - Verso una politica commerciale e di investimento più responsabile**. COM(2015) 497 final, 14 ottobre 2015. Il testo integrale della Comunicazione si può trovare, in lingua italiana, sul sito Internet: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/IT/1-2015-497-IT-F1-1.PDF>. Ultimo accesso 26 settembre 2020.

appunto pone al centro la promozione sia dei valori che degli interessi dell'Unione mediante una politica commerciale e di investimento più responsabile ed efficace.

Un rapido esame del diritto dell'Unione europea e dei più recenti atti adottati dalle istituzioni appare utile per determinare in quale sia la posizione della *governance* dell'ambiente fra i valori e principi dell'Unione stessa. Innanzitutto, essa posa su una solida base giuridica, costituita dagli artt. 11, 191, 192 e 193 del TFUE⁸¹. I principi che la ispirano, indicati dall'art. 191, paragrafo 2 TFUE, sono i seguenti: precauzione ed azione preventiva; correzione in via prioritaria, alla fonte, dei danni causati all'ambiente; "chi inquina paga". Il quadro è completato dalla clausola c.d. di salvaguardia in virtù della quale i Paesi membri possono adottare certe misure provvisorie per ragioni ambientali purché non di carattere economico e ferma restando la procedura di controllo dell'U.E. Lo stesso articolo, nel paragrafo precedente illustra gli obiettivi da perseguire attraverso la politica ambientale dell'Unione e fra essi (oltre alla salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, alla protezione della salute umana ed alla utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali) indica anche espressamente la "promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici".

In applicazione di tali norme, la Commissione europea ha adottato nel 2010 la comunicazione "Commercio, crescita e affari mondiali. La politica commerciale quale componente essenziale della strategia 2020 dell'UE" nella quale, oltre a ribadire l'importanza dell'applicazione dei capitoli relativi allo sviluppo sostenibile approvati dall'U.E. indica quale obiettivo di fondo della politica commerciale esterna dell'Unione europea quello di "continuare a sostenere e promuovere una crescita 'verde' in tutto il mondo in settori quali l'energia, l'efficienza delle risorse e la protezione della biodiversità"⁸².

Infine, nella recente *Nuova Agenda strategica dell'UE 2019-2024*⁸³, adottata dal Consiglio europeo pochi giorni prima della sottoscrizione dell'accordo commerciale

In lingua inglese v. anche EUROPEAN COMMISSION. **Trade for all**. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015, pagg. 1-40, disponibile su: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf. Ultimo accesso: 26.09.2020.

In dottrina sul tema v., *inter alios*, BONFANTI, Angelica. Diritti umani e politiche dell'Unione europea in materia commerciale e di investimenti stranieri: la comunicazione 'Commercio per tutti', tra regionalismo e multilateralismo economico. **Diritti umani e diritto internazionale**, 2016, p. 233 ss.

81 La prima base giuridica per una politica ambientale comune nell'ambito dell'Unione Europea è da rinvenirsi nell'Atto Unico Europeo del 1987 che introduce un intero titolo, il titolo VII, dedicato all'ambiente. In esso si chiarisce che la Comunità avrebbe svolto un'azione in materia ambientale con l'obiettivo di "salvaguardare, proteggere e migliorare la qualità dell'ambiente; contribuire alla protezione della salute umana; garantire un'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali" (art. 130). Tale azione si sarebbe basata sui principi dell'azione preventiva, nonché sul principio "chi inquina paga". Il titolo VII è stato ripreso dal Trattato di Amsterdam, divenendo il titolo XIX dello stesso, ma ad esso è stata apportata una sostanziale modifica: nell'Atto Unico Europeo era il Consiglio che, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento, era chiamato a decidere dell'azione che la Comunità avrebbe intrapreso rispetto alla materia ambientale; il trattato di Amsterdam, invece, all'art. 175 introduce la procedura della codecisione per decidere delle azioni da intraprendere in materia ambientale. In tal modo il trattato di Amsterdam ha posto il Parlamento europeo in posizione paritaria rispetto al Consiglio rispetto alla procedura decisionale in materia di politiche ambientali.

82 Comunicazione del 9.11.2010 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni, **Commercio, crescita e affari mondiali. La politica commerciale quale componente essenziale della strategia 2020 dell'UE**, COM/2010/0612. Il testo integrale della Comunicazione si può trovare, in lingua italiana, sul sito Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0612&from=en>. Ultimo accesso: 26.09.2020.

83 Consiglio Europeo. **Una nuova agenda strategica 2019 – 2024**, 20 giugno 2019. La nuova agenda strategica si può trovare, in lingua italiana, sul sito Internet: <https://www.consilium.europa.eu/media/39937/a-new-strategic-agenda-2019-2024-it.pdf>. Ultimo accesso: 26.09.2020.

UE/Mercosud, fra le priorità dell'azione dell'Unione si trova “Costruire un'Europa verde, equa, sociale e a impatto climatico zero”.

Al fine di dare esecuzione a quanto deciso dal Consiglio europeo, la Commissione ha in primo luogo adottato una specifica strategia di crescita, denominata “*Green Deal europeo*”⁸⁴, affinché l'Europa diventi la prima regione del globo a zero emissioni. Essa ha inoltre elaborato la “Nuova strategia annuale di crescita sostenibile”⁸⁵, fondata sui quattro pilastri della sostenibilità ambientale, degli incrementi di produttività dell'equità e della stabilità macroeconomica, fortemente legati fra loro, la quale completa gli Obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite al Semestre europeo. Infine, ha redatto un “Piano di investimenti per un'Europa sostenibile”⁸⁶.

Parallelamente a questa azione sul piano interno, l'U.E. ha cercato di proporre la sua idea di *governance* ambientale anche in seno all'OMC. Oltre a partecipare regolarmente ed attivamente ai lavori del CTE⁸⁷, ha preso iniziative specifiche quale quella del 2014, la “*Green Goods Initiative*”, avente l'obiettivo concreto di favorire il commercio di prodotti di particolare importanza per la tutela dell'ambiente, quali le turbine eoliche e i pannelli solari, elementi indispensabili per l'utilizzo delle energie rinnovabili. Nonostante il successo di tale iniziativa⁸⁸, essa non appare di rilievo tale da far mutare il giudizio sullo scarso peso dei progressi effettuati in ambito O.M.C. in materia di *governance* internazionale dell'ambiente.

Pertanto, dal punto di vista del diritto e della politica dell'U.E., l'approccio ambientale nell'Accordo commerciale U.E./Mercosud può essere considerato l'esempio più recente dell'evoluzione della politica commerciale dell'Unione, almeno nella misura in cui mette in opera i principi fondanti del diritto dell'Unione che incorporano principalmente valori non commerciali⁸⁹.

84 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni. **Il Green Deal Europeo**. COM/2019/640, 11 dicembre 2019. Il testo integrale della Comunicazione si può trovare, in lingua italiana, sul sito Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0640&from=IT>. Ultimo accesso: 26.09.2020.

85 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni e alla Banca europea per gli investimenti. **Strategia annuale di crescita sostenibile 2020**. COM/2019/650, 17 dicembre 2019. Il testo integrale della Comunicazione si può trovare, in lingua italiana, sul sito Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0650&from=IT>. Ultimo accesso: 26.09.2020.

86 La somma prevista per i prossimi dieci anni è rilevante, ammontando a mille miliardi di Euro. V. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni. **Piano di investimenti per un'Europa sostenibile**. COM/2020/21, 14 gennaio 2020. Il testo integrale della Comunicazione si può trovare, in lingua italiana, sul sito Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0021&from=IT>. Ultimo accesso: 26.09.2020.

87 V. supra.

88 Dai quattordici membri che l'avevano promossa insieme all'Unione si è passati ai quarantasei attuali.

89 RUOTOLO, Gianpaolo Maria, op. cit., pp. 350-351, ricorda quanto segue: “mentre è evidente che a livello di relazioni esterne l'UE attribuisca una sempre maggiore rilevanza a tali principi, i medesimi appaiono, quasi paradossalmente, posti in posizione deteriore nei trattati conclusi tra i Paesi membri e adottati da ultimo a fini di *governance* economica interna. Si pensi, ad esempio, a come l'art. 9 del Trattato sulla stabilità il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria contempli l'impegno delle parti contraenti ad adoperarsi per una politica economica volta a perseguire “l'armonioso funzionamento dell'Unione economica e monetaria” e “la crescita economica attraverso maggiore convergenza e competitività”, prevedendo che le misure a tal fine adottate debbano avere come obiettivi quelli di “maggiore competitività, di promuovere l'occupazione, di contribuire ulteriormente alla sostenibilità dei conti pubblici e di potenziare la stabilità finanziaria”. Obiettivi siffatti, però, appaiono quanto meno distanti, se non addirittura inconciliabili, con quelli di cui all'art. 3 TUE, i quali impongono all'Unione di perseguire lo sviluppo sostenibile attraverso una crescita economica equilibrata che miri al progresso sociale, il quale è invece stato messo seriamente in pericolo da alcune delle

Le radici di questo approccio sono d'altronde profonde se è vero, come è vero, che già nel 1979 la Corte di giustizia dell'Unione europea aveva affermato che: “*non si può... limitare la politica commerciale comune all'impiego degli strumenti destinati ad incidere unicamente sugli aspetti tradizionali del commercio estero...il trattato non osta... alla possibilità che la comunità sviluppi una politica commerciale intesa... alla disciplina del mercato mondiale, piuttosto che alla semplice liberalizzazione degli scambi*”⁹⁰.

4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Attualmente l'incremento del commercio internazionale non dev'essere necessariamente considerato come un elemento che va a detrimento dell'ambiente, potendo al contrario essere uno degli elementi che contribuiscono alla *governance* ambientale internazionale.

Il commercio può interagire in diverse forme con l'ambiente: se anziché contrapporli si riescono, anche grazie a precise scelte di diritto, a coniugare questi due fattori, nell'ottica di uno sviluppo sostenibile, il commercio può innestare un circolo virtuoso, fungendo da motore della crescita e di uno sviluppo economico connesso all'attuazione di una politica ambientale virtuosa comune.

Nella prassi, tuttavia, ciò non si è sino ad oggi verificato sul piano multilaterale: molteplici fattori hanno impedito che l'aumento del commercio globale favorisse uno sviluppo economico collaborando nel contempo alla *governance* dell'ambiente.

E' questo il quadro generale di riferimento per procedere alla valutazione del contributo dell'accordo fra Unione europea e Mercosud alla *governance* ambientale internazionale.

Innanzitutto, se è vero che esso non costituisce uno strumento globale, essendo limitato a due regioni del mondo (U.E. e Mercosud, appunto), è altrettanto vero che si tratta comunque di una parte rilevante del globo: non solo per il numero di Paesi coinvolti, tutt'altro che trascurabile, o per il peso della somma delle loro economie su scala globale, ma anche per l'impatto che ha sull'ambiente mondiale la gestione del loro ambiente. Basti pensare, solo per menzionare uno degli aspetti di maggior sostanza, al rilievo che ha nella lotta al cambiamento climatico il rispetto o meno delle obbligazioni assunte con l'accordo di Parigi a proposito di deforestazione illegale e rimboschimento della foresta amazzonica.

L'esistenza nell'accordo di un intero capitolo dedicato specificamente a “Commercio e sviluppo sostenibile” è pertanto da salutare con indubbio favore. Esso è in primo luogo la prova di una rinnovata attenzione e di una consapevolezza dell'importanza della *governance* dell'ambiente da parte di due organizzazioni regionali di primo piano, come Unione europea e Mercosud e dei numerosi ed importanti Paesi che le compongono, potendo altresì costituire un esempio, una fonte di ispirazione per altri Stati

misure adottate per il solo potenziamento della stabilità finanziaria. La giustificazione del differente approccio riposa sulla circostanza che, mentre i trattati commerciali con Paesi terzi sono parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'UE, i Trattati conclusi tra Paesi membri per governare la crisi economica sono stati concepiti come esterni al tale ordinamento e ciò proprio al fine, tra gli altri, di derogare ad alcuni principi ivi contemplati”.

90 C.G.C.E. Parere 1/78 del 4 ottobre 1979. Accordo internazionale sulla gomma naturale, § 44. Il testo integrale del parere si trova, in tutte le lingue ufficiali dell'Unione (fra cui l'italiano ed il portoghese) nel sito Internet: www.curia.europa.eu.

affinché accolgano un approccio in cui le ragioni del commercio non sono considerate indipendenti (o, peggio, in contrasto) con quelle dello sviluppo sostenibile e quindi dell'ambiente.

L'analisi approfondita degli articoli contenuti in tale capitolo porta tuttavia a rettificare, pur solo in parte, tale giudizio positivo.

Se da un lato è vero che tali norme pur richiamando in buona parte concetti e principi già esistenti nel diritto internazionale (vuoi a livello di O.M.C. o di O.N.U., vuoi più in generale in trattati multilaterali) vanno oltre tali concetti e principi, dall'altro esse presentano aspetti che non soddisfano appieno.

Sotto il primo profilo, appare indubbio che il contenuto di dette disposizioni sia complessivamente più avanzato rispetto a quello di altri strumenti internazionali volti a regolamentare il commercio internazionale. In primo luogo, in quanto il capitolo promuove lo sviluppo di un regime di commercio che prende in considerazione le norme ed i valori in materia di ambiente, accogliendo ed in un certo senso "esportando" l'approccio all'ambiente che esiste nel diritto dell'Unione europea e che è comunemente considerato come uno dei più sensibili al mondo rispetto a tali questioni. In secondo luogo, perché le obbligazioni da esse dettate, se confrontate con quelle esistenti nel sistema dell'O.M.C. tendono ad essere più penetranti o concernono questioni, aspetti o settori che non sono presi in considerazione in quest'ultimo⁹¹.

Sotto un altro profilo, tuttavia, è altrettanto innegabile che il capitolo dell'Accordo commerciale UE/Mercosud dedicato a "Commercio e sviluppo sostenibile" non presenta esclusivamente lati positivi. Gli aspetti che nello specifico destano maggiori perplessità concernono la carenza di sanzioni in caso di violazione delle norme a tutela dell'ambiente ed il rischio concreto che la loro attuazione non sia effettiva. In tal senso preoccupa il divieto di ricorrere al procedimento generale di risoluzione delle controversie relative all'interpretazione ed applicazione delle norme dell'accordo U.E./Mercosud di cui al capitolo VIII dell'accordo medesimo qualora la controversia riguardi gli articoli contenuti nel capitolo su "Commercio e sviluppo sostenibile" contenuto dall'art. 15, comma 5 del capitolo medesimo.

È ben vero che tale divieto è compensato dalla istituzione di un procedimento di soluzione delle controversie *ad hoc* concernente tali fattispecie ma quest'ultimo, al contrario di quello generale, non ha termine con un lodo arbitrale vincolante per le parti, bensì, tutt'al più, con delle semplici raccomandazioni.

Si può pertanto affermare che, in ultima istanza, l'applicazione delle norme che vincolano il commercio alla tutela dell'ambiente è lasciata alla buona volontà delle parti, come peraltro sovente accade nel diritto internazionale dell'ambiente.

Permangono pertanto dubbi sul fatto che l'Accordo U.E./Mercosud, se entrasse in vigore nella sua attuale stesura, possa portare effettivamente ad un rispetto maggiore delle disposizioni ambientali ed in particolare delle obbligazioni discendenti da trattati multilaterali quali, ad esempio, l'Accordo di Parigi sul clima o la Convenzione di Rio de Janeiro sulla Diversità Biologica. Né vi è la garanzia assoluta che le norme in esso

91 Per una classificazione delle obbligazioni in materia v. MARCEAU, Gabrielle Zoe. News from Geneva on RTAs and WTO-plus, WTO-more, and WTO-minus. *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, 2009, pp. 124-128.

contenute originino una tendenza alla convergenza e al miglioramento delle performance ambientali nelle due organizzazioni regionali, non potendosi escludere del tutto il rischio che la crescita economica insita in potenza nell'accordo avvenga a detrimento dell'ambiente. Pertanto, alcune modifiche sarebbero auspicabili al fine di farlo assurgere al rango di strumento in grado di promuovere efficacemente ed effettivamente la tutela dell'ambiente attraverso il commercio.

Pur con tutti questi difetti, e sebbene non sia quello strumento definitivo in grado di obbligare effettivamente le Parti al rispetto del diritto internazionale ambientale, né crei quella forma di cooperazione ideale che permette di far fronte alle sfide ambientali globali attraverso il commercio e promuovendo allo stesso tempo gli interessi economici dei Paesi coinvolti, si può comunque sostenere che l'Accordo commerciale fra Unione europea e Mercosud costituisce un passo avanti nella *governance* internazionale ambientale.

Tale giudizio è espresso tenendo conto anche della situazione attuale del sistema di commercio multilaterale che -trovandosi in un'epoca di difficoltà per questioni quali l'ampliamento degli squilibri commerciali, il punto morto in cui si trovano i negoziati commerciali nell'ambito del Doha round, la crisi attuale del sistema di risoluzione delle controversie dell'O.M.C. o la guerra commerciale fra Stati Uniti e Cina- difficilmente potrà nel prossimo futuro costituire l'ambito in cui si riescono a creare strumenti in grado di coniugare effettivamente i due obiettivi, apparentemente contrapposti, dello sviluppo economico e della protezione dell'ambiente.

È alla luce di ciò che la comunità internazionale -e la stessa O.M.C.- potrebbero trarre beneficio da quanto prevede l'Accordo commerciale fra U.E. e Mercosud⁹² in tale materia. Di conseguenza, non parrebbe azzardato concludere affermando che, mediante l'Accordo commerciale oggetto del presente studio, l'Unione europea ed il Mercosud si propongono come "legislatori globali" *lato sensu* per quanto concerne certi profili della *governance* ambientale internazionale.

BIBLIOGRAFIA

BALTENSPERGER, M.; DADUSH, U. The European Union-Mercosur Free Trade Agreement: prospects and risks. **Policy Contribution**, Num. 1, 2019, pp. 1-16.

BARTHESAGHI, I.; DE MARIA CALVELO, N.; MELGAR ALASSIO, N.; PEREIRA, M. A. La nueva generación de acuerdos de la Unión Europea y sus implicancias en el sistema internacional. In: E. Tremolada Alvarez (ed.). **Gobernanza, cooperación internacional y valores democráticos comunes**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 445-478.

DELLINK, R. et al. International trade consequences of climate change. **OECD Trade and Environment Working Papers**, 2017/01. Paris: OECD Publishing, 2017.

92 A tal proposito v. le considerazioni, a carattere più generale, di BARTHESAGHI, Ignacio; DE MARIA CALVELO, Natalia; MELGAR ALASSIO, Natalia; PEREIRA, María Eugenia, *op. cit.*, p. 448: "la UE ha logrado avanzar exitosamente en la firma de acuerdos que no solo tienen impacto directo en las mejoras de acceso en grandes mercados de consumo, como por ejemplo Japón, Canadá o México, sino que también introducen una nueva generación de tratados con disposiciones comerciales que son las que regularán las transacciones internacionales en los próximos años, además de convertirse en una base para la tan reclamada reforma de la Organización Mundial del Comercio".

LSE consulting. **Sustainability Impact Assessment in Support of the Association Agreement Negotiations between the European Union and Mercosur**, Draft Final Report, Luglio 2020.

MARCEAU, G. News from Geneva on RTAs and WTO-plus, WTO-more, and WTO-minus. **Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law**, 2009, pp. 124-128.

MELO ARAUJO, B. A. **The EU's Deep Trade Agenda**. Oxford: OUP, 2016.

RUOTOLO, G. Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi. **Studi sull'integrazione europea**, Num. 2-3, 2016, pp. 329-354.

SCISO, E., BARATTA, R., MORVIDUCCI, C. (eds.). **I valori dell'Unione europea e l'azione esterna**. Torino: Giappichelli, 2016.

VILLANI, Davide; OLIVERA, Margarita. Potenciales impactos económicos en Argentina y Brasil del acuerdo de libre comercio entre el Mercosur y la Unión Europea. **Ens. Econ.** Vol. 27, Num. 50, 2017, pp. 103-126.

WENDLING, Z. A.; EMERSON, J. W.; ESTY, D. C.; LEVY, M. A.; DE SHERBININ, A. et al. **2018 Environmental Performance Index**. New Haven, CT: Yale Center for Environmental Law & Policy, 2018.

WTO. **Substantive inputs to the 2016 HLPF - WTO's contribution towards the 2030 Agenda and the SDGs**, Maggio 2016.

WTO/UN ENVIRONMENT. **Making trade work for the environment, prosperity and resilience**, 2018.



RATIONALITY OF PUBLIC MANAGEMENT - A LOOK AT EXCEPTIONAL MEASURES IN A CRISIS ENVIRONMENT IN PORTUGAL FACING COVID-19

*João Ricardo Catarino,¹
Miguel Pereira Lopes,²
Sónia Pedrosa Gonçalves,³
Ricardo de Moraes e Soares⁴*

ABSTRACT

The COVID-19 pandemic represents an unprecedented challenge for governments around the world. Despite the differences recorded in virus evolution and in the number of victims involved, it is consensual that Society is experiencing changes with consequences that are still unpredictable. Government responses have varied in terms of timing and content, which makes the sharing and reflection urgent. This article focuses on the Portuguese Public Administration's response, mainly on the areas of leadership, human resources management and education, aiming to identify a set of the most significant public measures taken within the management of COVID-19. The analysis of the exceptional measures allowed to conclude that the Portuguese public administration adopted management practices close to the market mechanisms, adopting

¹ Agregado em Finanças Públicas pela Universidade de Lisboa (UL). Doutoramento em Ciências Sociais na Especialidade de Administração Pública pela Universidade Técnica de Lisboa (UTL); Mestre em Ciência Política pela Universidade Técnica de Lisboa (UTL); Pós graduado em Estudos Europeus pelo Instituto Europeu e Licenciado em Direito, ambos pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (UL); Professor Catedrático do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP) da Universidade de Lisboa (ULisboa); Investigador integrado no Centro de Administração e Políticas Públicas (CAPP), ISCSP-ULisboa. Coordenador Geral da UCAP - Unidade Científica e Pedagógica de Administração Pública do ISCSP. Presidente do IAPP – Instituto de Administração e Políticas Públicas, ISCSP. Membro de diversas Comissões de Reforma Tributária: Tributação do consumo (IVA) (1986), do Rendimento (1989), do Património (2004) e do Imposto de Renda das Pessoas Físicas (2014). Arbitro no CAAD - Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária. <https://orcid.org/0000-0001-9372-083X> E-mail: jcatarino@iscsp.ulisboa.pt Endereço postal Institucional: ISCSP – Universidade de Lisboa, Campus Universitário do Alto da Ajuda, Rua Almerindo Lessa CEP: 1300-668 Lisboa, Portugal.

² Professor Associado com Agregação em Políticas de Desenvolvimento de Recursos Humanos, no Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa (ISCSP-ULisboa), onde é também membro efetivo do Conselho Científico e Presidente do CAPP – Centro de Administração e Políticas Públicas da Universidade de Lisboa. Foi Representante Nacional no Board da EURAM – European Academy of Management. Tem trabalhos publicados em revistas internacionais como Journal of Management, Organization, Journal of Leadership Studies, Organizational Dynamics, Leadership and Organizational Development Journal, Journal of Management History, Social Indicators Research, Journal of Socio-Economics, Management Research, ou Public Management Review. É autor ou co-autor de mais de uma dezena de livros sobre gestão e psicologia. E-mail: mplopes@iscsp.ulisboa.pt; Endereço postal Institucional: ISCSP – Universidade de Lisboa; Pólo Universitário do Alto da Ajuda; Rua Almerindo Lessa; CEP: 1300-668 LISBOA - PORTUGAL

³ Professora assistente convidada do ISCSP- Universidade de Lisboa. Pesquisadora do Centro de Administração e Políticas Públicas (CAPP-ISCSP) e Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Comportamento Organizacional e Recursos Humanos.

⁴ Licenciado em Ciência Política (ISCSP-UTL). Licenciado em Contabilidade e Administração (ISCAL-IPL). Mestre em Ciência Política (ISCSP-ULisboa). Professor Auxiliar Convidado. Leciona as cadeiras de Contabilidade Pública, Contabilidade de Gestão e Administração, Tecnologias e Globalização na licenciatura de Administração Pública e ainda a cadeira de Prestação de Contas da Pós-graduação em Administração e Gestão Financeira Pública.

private management tools, marked by flexibility, autonomy, decentralization. Another characteristic that stands out is the co-leadership between political and administrative authorities, i.e., a broader public management concerned with the sustainability of collective life.

KEYWORDS: Public administration, public management, efficiency, COVID-19 Pandemics, Portugal

RACIONALIDADE DA GESTÃO PÚBLICA – UM OLHAR SOBRE MEDIDAS EXCECIONAIS EM AMBIENTE DE CRISE EM PORTUGAL FACE AO COVID-19

RESUMO

A pandemia COVID-19 representa um desafio sem precedentes para os governos em todo o mundo. Apesar das diferenças registadas na evolução do vírus e no número de vítimas envolvidas é consensual que a Sociedade está a experienciar transformações com consequências ainda imprevisíveis. As respostas governamentais têm variado em termos de momento e conteúdos pelo que torna premente a sua partilha e reflexão. O presente artigo debruça-se sob o contexto de resposta da Administração Pública Portuguesa, com foco nas áreas da liderança, da gestão de recursos humanos e educação, pretendendo-se identificar um conjunto de medidas públicas mais significativas tomadas âmbito da gestão do COVID-19. A análise das medidas excepcionais permitiu concluir que a administração pública portuguesa adotou práticas de gestão próximas aos mecanismos de mercado, adotando ferramentas de gestão privada, marcadas pela flexibilidade, autonomia, descentralização. Outra característica que se destaca é a co-liderança entre as autoridades políticas e administrativas, i.e., uma gestão pública marcada pela preocupação com a sustentabilidade da vida coletiva.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública, crise, gestão pública, eficiência, pandemia COVID-19, Portugal

RACIONALIDAD DE LA GESTIÓN PÚBLICA: UNA MIRADA A MEDIDAS EXCEPCIONALES EN UN ENTORNO DE CRISIS EN PORTUGAL EN COMPARACIÓN CON COVID-19

RESUMEN

La pandemia de COVID-19 representa un desafío sin precedentes para los gobiernos de todo el mundo. A pesar de las diferencias registradas en la evolución del virus y en el número de víctimas involucradas, se está de acuerdo en que la Sociedad está experimentando transformaciones con consecuencias aún impredecibles. Las respuestas del gobierno han variado en términos de tiempo y contenido, lo que hace que su intercambio y reflexión sean urgentes. Este artículo se centra en el contexto de respuesta de la Administración Pública portuguesa, centrándose en las áreas de liderazgo, gestión de recursos humanos y educación, con el objetivo de identificar un conjunto de medidas públicas más significativas tomadas dentro de la gestión de COVID-19. El análisis de las medidas excepcionales, permitieron concluir que la administración pública portuguesa adoptó prácticas de gestión cercanas a los mecanismos del mercado, adoptando herramientas de gestión privada, marcadas por la flexibilidad, la autonomía y la descentralización. Otra característica que destaca es el co-liderazgo entre las autoridades políticas y administrativas. Gestión pública marcada por la preocupación por la sostenibilidad de la vida colectiva.

PALABRAS-CLAVE: Administración pública, crisis, gestión pública, eficiencia, pandemia COVID-19, Portugal

1. INTRODUCTION

State intervention does not always develop within a framework of desirable social stability, formed by the set of norms that shape public action, social values and management methods or techniques in order to satisfy collective interests. Sometimes, such

action has to be developed and provide responses in a crisis environment, whatever its nature or cause.

In these cases, as the one reported, public action is compelled to provide a quick and effective response. Under these conditions, the structuring of public action may be affected, as it is not possible to observe its usual rationales. The logic of public intervention, normally designed to produce levels of well-being protracted over time, is conditioned by the urgency of collective needs, which can affect it in the name of instant and urgent interests (Parker & Hanmer, 1992).

In this exploratory study, of an essentially qualitative nature and developed from the perspective of management and public policies, we identified a set of public measures taken in a crisis environment, specifically caused by COVID 19, focusing on the areas of education and human resource management. Through it we seek to identify a possible guiding thread that allows us to perceive the rationality trait underlying public action in this specific context. And yet, explain the phenomenon from the identifiable rationality in the face of the critical incident (Flanagan, 1954; Hettlage & Steinlin, 2006).

The present article focus on how events triggered a particular public action or provision. We will make a narrative description of the facts under observation in order to identify the problems of systemic and institutional organizational adaptation in the face of this crisis (Hettlage & Steinlin, 2006).

2. RESEARCH GOAL AND ANALYSIS FOCUS

The goal of the present research is to analyse the concrete measures of public management in the face of this critical incident that profoundly affected collective life in all its aspects. Public management is the activity of public institutions that aims to satisfy collective needs. It must be developed according to the law and within a framework of efficiency, economy and effectiveness, to guarantee the maximization of this satisfaction and the rational use of available resources. The term public management appears to us as a set of analytical tools or action-oriented techniques and methods (Reed, 1989).

Public management has evolved according to paradigms that have progressed over time, based on values and theories that sought to make it more rational (Hood, 1991, 1992, 1995). With this, several management models have positioned themselves for the production of public goods and services, such as the bureaucratic model, the New Public Management (NPM) and, more recently, Public Governance. Today, alternative models are added to these, such as the market or network models.

In fact, the proliferation of public entities with responsibilities in the provision of public goods and services, as a result of the greater fragmentation of Public Administration, makes it necessary to have interorganizational coordination mechanisms. The fragmentation of the models of production of public goods was a NGP process, while interorganizational coordination, collaboration, trust and sharing are aspects of a way of organizing post-NPM public action.

The emphasis on professional management and results, the establishment and dissemination of performance measures, the focus on quality management, privatization, contracting-out and the creation of agencies, among others, characterized the NPM. NPM adopted management practices that are closer to market mechanisms and adopted private management tools in Public Administration. According to the OECD, NPM is characterized by an emphasis on performance management; greater flexibility and autonomy in financial management; greater autonomy in people management and personalized contracts; greater responsibility towards users and other customers of public services; greater decentralization of central government authority and responsibility to lower levels of government; increased use of market-type mechanisms, such as internal markets, user fees, vouchers, franchising and external contracting; and also privatization of market-oriented public companies (OECD, 1993) (Bovaird & Löffler, 2003).

Among other aspects, civil society participation is encouraged by bringing producers and consumers closer to public goods and services; risk-sharing and cross-checking; accountability mechanisms are strengthened; the decision-making process allows the greatest number of social actors to intervene in the production of the public good, either as co-producers, co-responsible (Moreira & Alves, 2009).

Governance as public, however, brought a new approach in defending stakeholder involvement; transparency; the egalitarian goals agenda; ethical and honest behavior; responsibility; long-term sustainability (Bovaird & Löffler, 2003).

It is on this assumption that we will develop our reflection. The analysis will indistinctly use tools, approaches and values from all models, depending on the needs of the study, without any preferences.

3. PUBLIC ADMINISTRATION AND THE PUBLIC SERVICE DELIVERY IN THE CONTEXT OF THE COVID-19 PANDEMICS

The first and most emblematic measure taken within the scope of public administration in Portugal during COVID-19 was the establishment, by the Council of Ministers, of a public health surveillance system, for the identification of risk situations, for the collection, analysis and dissemination of data relating to communicable diseases and other public health risks, as well as contingency plans in the event of emergency or public calamity situations. This had impacts inside and outside the structure of the State and public administration.

From this measure, countless others were taken in different areas of management and the provision of public services as different as the national health service, border control, national defense, the Courts, the internal administration and civil protection, the infrastructure, public transport services, agriculture, support for culture and access, in general, to public services.

The most emblematic measures have been taken in the public health sectors in particular, and in the functioning of public services in general:

a) In the national health and healthcare system, the creation of an exceptional regime in terms of human resources in this area, which includes:

- (i) suspension of overtime limits;
- (ii) simplifying the hiring of workers;
- (iii) enhancing worker mobility;
- (iv) reinforcement of the hiring of retired doctors without being subject to age limits.

A disease prevention regime was also created for professionals in the health sector directly involved in the diagnosis and specialized laboratory response. And another exceptional regime for the purchase of urgent goods and services by organs, agencies, services and entities of the Ministry of Health.

b) The measures for the organization and functioning of public services, including consular services outside Portuguese territory, included:

(i) The suspension of all classroom teaching and non-teaching activities in schools at all levels of education as of Monday, March 16, 2020;

(ii) The reorganization of public services, namely through the reinforcement of public service by digital means, telephone service and electronic response to contacts via e-mail, as well as the establishment of physical frequency limitations in public services;

(iii) The acceptance by the public authorities, and for all legal purposes, of the display of official documents whose validity period expired during the period of validity of the exceptional legislation or in the 15 days immediately before or after;

These measures forced the restructuring of working conditions from the residence of the respective employees, with reinforcement of local operational resources (involving the provision of computers and computer resources and access to data networks) and connections by electronic means to the public employees of the public services.

When analyzed in a more global perspective, these measures reflect not only the existence of interorganizational coordination mechanisms, typical of the NPG, but also evidence the effective capacity of the public administration to organize itself in a context as different as a pandemic can generate. Support a strengthening of the rationality of public action adapted to times of crisis as advocated by Hood (1991, 1992, 1995).

In line with that advocated by NPM, Portuguese public administration adopted management practices closer to market mechanisms by investing in private management tools. These measures show greater flexibility and autonomy in financial management; greater autonomy in people management and personalized contracts; greater responsibility towards users and other customers of public services; greater decentralization of central government authority and responsibility to lower levels of government (OECD, 1993) (Bovaird & Löffler, 2003).

Finally, we identified characteristics that the public governance ideas brought, materialized in the involvement of stakeholders; simplification of bureaucratic procedures (e.g., hiring), transparency; reinforcement the focus on ethical behavior and collective and individual responsibility, as well as the concerns about the sustainability of collective life in the long term (Bovaird & Löffler, 2003). The measures suggest that

public management and public governance practices were indistinctly adopted without distinction, which proved to be compatible and / or partially complementary.

4. POLITICAL AND ADMINISTRATIVE LEADERSHIP IN HANDLING THE COVID-19 OUTBREAK: THE CASE FOR A CO-LEADERSHIP AND GOVERNANCE APPROACH

A particular salient issue in the management of the COVID-19 crisis in Portugal during the first two months was the co-leadership between both the political and the bureaucratic authorities. Past research on the so called “political-administrative divide” has normally stressed the divergence of goals and confrontation between bureaucrats and politicians in public policy management and public governance literatures, also known as the “bureau-politics” phenomenon (Rosenthal, ‘t Hart & Kouzmin, 1991).

The first evidences from the Portuguese response to the COVID-19 crisis, though, seems to indicate that political and civil servant authorities have collaborate regularly and from the beginning. Some of the beginning evidences of this collaboration are: (1) the daily “Press Conferences” always with a representative member of the Health Ministry and a member of the Health General Directorate (DGS, *Direção Geral da Saúde*); (2) the briefing meetings of the President of the Republic of Portugal and The Prime Minister with Public Administration Authorities members, as well as subject matter experts such as scientists in several matters like health, virology, but also economics and other, that occurred always before the “State of Emergency” Declaration or any other political measure; (3) the long and numerous meetings between the President of the Republic of Portugal with several stakeholders of the Portuguese society, including industry leaders (e.g., cultural associations leaders, CEOs, union leaders, etc.) before the announcement of the State measures to fight the COVID-19 outbreak.

As Rosenthal and collaborators (1991, p.331) have stressed, “under critical circumstances, the lines between political and administrative roles and activities tend to be blurred”, but in the first times of the Portuguese response to the pandemic crisis the political and the administrative roles seemed to be clearly defined and worked in collaboration. It seemed to reflect a clear distinction between the political-charismatic and the bureaucratic-administrative authorities described by Max Weber (1968), but one that collaborate well in the decision-making process, given their clear separation, contribution and role in those decisions. The virtues of this decision-making model of collective and complementary leadership have been addressed by Lopes (2014) regarding the governance of the Marquis of Pombal during the response to the 1755 Lisbon earthquake, and seems quite appropriate to understand the effective part of the Portuguese response to the COVID-19 pandemic at least in the first two months of fight of the pandemic.

In addition, as the examples of the evidence above reveal, a “multi-actor perspective” seems also appropriate to describe the Portuguese response to the COVID-19 crisis in the first two months (cf. Rosenthal et al., 1991). These examples show that, in addition to political and bureaucratic actors, a myriad of other “stakeholders” should be involved in the decision-making process, including civic society forces, economic agents and different political parties in the parliament. This fact, contributes in a two-fold way to Public Administration research. First, it somehow validates the “New Public Governance” approach that has been proposed in the recent decades as an

alternative to post-bureaucratic perspectives such as the New Public Management approach (e.g., Osborne, 2006; Peters & Pierre, 1998), while at the same time stresses the virtues of bureaucracy for public response effectiveness (cf. Olsen, 2008). Second, it calls Public Administration researchers to deepen the actual and real-world idea of “Public Governance”. Complex decisions in uncertain times require multiple angles of analysis, and Public Governance can guide us into a better knowledge of what that kind of approach to public administration can actually be. We see a fruitful research area that of public governance and we are hopeful that the study of the different COVID-19 Governance models can inform decision-makers in future global and national crisis and outbreaks for a better management of those societal challenges.

5. EDUCATION IN THE COVID-19 CONTEXT

Several critical incidents have occurred in the Portuguese education context that can be used to highlight how Portugal has managed the pandemic situation in this dimension. The first one was the Government’s decision to close all schools, the second one was to maintain distance learning solutions and the third one the gradual reopen of several school years.

Even though the government was in charge of the decision, it awaited the recommendation of the National Council for Public Health, which was against the closure of schools and all other public and private establishments without the express authorization of health authorities. Nevertheless, the prime minister met march 12 afternoon with all parties with parliamentary seats. Therefore, schools closed on March 16, 2020 while the news were released by the Prime Minister on March 12. The state of emergency was decreed in the same week. It is estimated that in Portugal, 2 million of students are at home with no face-to-face lectures (UNESCO, 2020). This was the formal data, however, earlier that week due to the number of confirmed cases of covid-19 infection in Portugal, there are teachers and students from basic, secondary and higher education schools, which has motivated the voluntary closure of several institutions from north to south of the country and also children’s stay at home by parent’s decision.

As a result of this decision of schools closed an exceptional family support for workers was defined. For example, due to health authorities or government decisions to close educational establishments, workers who are employed and absent from work in order to take care of their children or other dependents minors, under the age of 12 or with a disability/chronic illness regardless of age, only earn 2/3 of their basic salary.

Only on March 27, the Ministry of Education published the Roadmap with 8 Guiding Principles for the Implementation of Distance Learning in Schools⁵ with the aim of ensuring that all children and all students continue to learn in the present context, this roadmap is an instrument to support the Schools in designing the best strategy and plan for distance learning. These guidelines envision different phases of preparation, internal debate, reflection, survey and definition of technological means among many other factors, letting each School, based upon the phase they are at and

⁵ https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/roteiro_ead_vfinal.pdf

its reality, to reflect on the principles presented and on the development of their distance learning plan.

These were considered as temporary measures, however the development of the number of confirmed cases and deaths, and also the social isolation policy that seems to have good results, indicate that the situation would have to remain like this for a longer period of time.

On April 13, Decree-Law 14-G/2020⁶ was published, establishing exceptional and temporary measures in the education area, in the context of the COVID-19 disease, in middle and high school. These measures set the non-presential teaching modality as a response to the maintenance of learning during the pandemic. Schools are given autonomy to define and implement a teaching plan with methodologies adequate to the available resources and assessment criteria.

The additional measure "Studying at home" was introduced on April 20th, with classes on television during the day, for students from the 1st to 9th grades as a way to consolidate content and learnings.

The Decree-Law leaves open the possibility for the 11th and 12th grades, as well as the day-care centers to resume their teaching activities on May 18, as pointed out by the media, for older people that have to take exams and June 1st for younger people. Even if the classes in person require contingency measures (e.g. use of material and protection and rules of social distancing). Exams have been cancelled and will be considered the internal grades of the schools. For the entrance exams to higher education, the schedule has been adjusted and exams are now scheduled for July (1st phase) and September (2nd phase).

In Higher Education, the Ministry in charge issued a statement on April 17, 2020 with recommendations and clarifications to scientific and higher education institutions, focusing on the development of plans for a progressive removal of the containment measures motivated by the COVID-19 pandemic, including the phased reactivation of teaching and non-teaching activities with the presence of students. Institutions are preparing for their phased implementation by May 4, 2020.

The foundations for maintaining education in emergency or crisis situations - situations where children lack access to their national education systems due to man-made crises or natural disasters (Pigozzi, 1999) - are applicable and visible on a daily basis in Portugal: the community-based approach to education, meeting the psychosocial needs, rapid response. Education in these situations can help to provide a sense of normality, restore hope, support psychological safety, protect the investment that children, families and nation have made in children's education (Sinclair, 2001).

6. TAX OBLIGATIONS IN THE COVID-19 CONTEXT

The pandemic has had an extraordinary impact on the economy. Very significant declines in GDP are expected, unparalleled in the 20th century. The portuguese state has adopted a very wide range of measures to support and stimulate economic activity. In order to maintain the possible normality, several tax support measures were taken

⁶ <https://dre.pt/home/-/dre/131393158/details/maximized>

to aid companies and taxpayers, in the domain of the “most representative taxes of the portuguese tax system.

Thus, several tax measures were taken that, taken as a whole, can be aggregated around the following axes:

Personal and corporate income tax

On the one hand, the law has allowed deferral of compliance with formal tax obligations, such as the submission of income tax returns for both companies and individuals. On the other hand, it has made the payment of income tax more flexible for both legal persons and individuals. Thus, the law allowed, among other measures:

- the postponement of the deadlines for the payment of installments of tax on the income of legal persons on account of the tax due at the end, throughout the year 2020.

- the extension of the deadline for submitting the annual income tax return for individuals and the payment of corporate income tax to 31 July 2020.

- the fractional delivery of corporate income tax that has been withheld at source when made by taxpayers who (i) have achieved a turnover of up to € 10,000,000.00 in 2018, or (ii) whose activity falls within the sectors of economic activity closed because of the pandemic, as well as (iii) taxpayers of this tax who have restarted activity on or after January 1, 2019, can be made in installments in three or six monthly installments, interest-free. This measure was also extended to natural persons who carry out an activity subject to this tax.

VAT exemption and flexible payment of taxes and submission of declarations

Within the scope of the general consumption tax in force in Portugal, the VAT - Value Added Tax, the law has eased the delivery dates for declarations (monthly or quarterly), for calculating turnover flexible, extending the payment terms of tax due to the state.

It also came to extend some tax exemptions to certain transfers of goods free of charge to the State, to social solidarity institutions and to non-profit non-governmental organizations, for later making available to people in need. For this purpose, people in need were also considered those who are receiving health care in the current pandemic context, whose status is equated to victims of catastrophe.

The calculation of the amounts of business volumes and calculation of tax payable to the state can now be calculated based on the State's computer records, without the need to be documented during 2020. Periodic tax returns delivered can be replaced / rectified without penalty or interest.

Social Security

In the field of social security, the law has postponed the deadlines for submitting income statements and paying contributions when companies declare that their turnover has been reduced by at least 20% or 40% depending on the size of the company. Thus, contributions from the employer's responsibility, due in the months of March,

April and May 2020, could be paid in the following terms: (i) One third of the value of the contributions in the month in which it is due, and (ii) the amount of the remaining two-thirds paid in equal and successive installments in the months of July, August and September 2020 or in the months of July to December 2020, without interest or penalties.

The benefits paid due to unemployment were also extraordinarily extended, as well as all the benefits of the social security system that guarantee subsistence minimums whose concession period or renewal term ended before June 30, 2020.

Reassessments of conditions for maintaining the benefits of the social security system were also extraordinarily suspended until June 30, 2020.

7. CONCLUSION

The present research aimed to analyze the concrete measures of public management in the face of the so called COVID-19 Pandemics. The analysis of the most significant measures taken allows us to conclude that the Portuguese public administration has adopted management practices close to market mechanisms by adopting private management tools. Such measures show greater flexibility and autonomy in financial management; greater autonomy in people management and personalized contracts; greater responsibility towards users and other customers of public services; greater decentralization of central government authority and responsibility to lower levels of government, in line with that advocated by the OECD and some more representative quoted doctrine. It also showed that political and techno-bureaucratic authorities were fast to cooperate and overcome the “political-administrative divide” that often populates public management context and *praxis* in “normal times”.

The analysis of the measures taken in the first weeks of the Pandemics showed some of the characteristics of public governance, including the greater involvement of stakeholders; simplification of bureaucratic procedures (e.g., hiring), greater transparency of procedures; in the reinforcement of the ethical behavior of all those involved; greater collective and individual responsibility showing bigger concerns about the long-term sustainability of collective life. The evidence thus suggests that public management and public governance practices should be adopted without distinction, which prove to be compatible and/or partially complementary.

REFERENCES

- Bovaird, T. & Löffler, E. (eds.) (2003). *Public Management and Governance*. London: Routledge.
- Flanagan, J. C. (1954). The critical incident technique. *Psychological bulletin*, 51(4), 327-358.
- Hettlage, R. & Steinlin, M. (2006). *The critical incident technique in knowledge management-related contexts*. Zürich: Ingenious Peoples Knowledge.
- Hood, C. & Jackson, M. (1991). *Administrative argument*. London: Gower. C., & Jackson, M. *Administrative argument*. London: Gower.
- Hood, C. (1995). Contemporary public management: a new global paradigm? *Public Policy Administration*, 10(2), 104-117.

- Hood, C. C., & Jackson, M. (1992). The new public management. In D. Parker & J. Handmer (eds.), *Hazard management and emergency planning* (pp. 109-125). London: James & James.
- Lopes, M.P. (2014). Rebuilding Lisbon in the Aftermath of the 1755 Earthquake: Max Weber Revisited. *Journal of Management History*, 20(3), 278-291.
- Moreira, J.M. & Alves, A.A. (2009). Gestão Pública: entre a visão clássica da Administração Pública e o novo paradigma da Governação Pública. *Revista Enfoques*, VII(11), 11-36.
- OECD (2013). *Regulatory reform: experience from OECD countries*. Paris. Available at <http://www.oecd.org/mena/governance/40501864.pdf>
- Olsen, J. P. (2008). The Ups and Downs of Bureaucratic Organization. *The Annual Review of Political Science*, 11, 13–37.
- Osborne, S.P. (2006). The New Public Governance? *Public Management Review*, 8(3), 377-387.
- Parker, D.J. & Hanmer, J.W. (1992) (Eds.). Improving hazard management and emergency planning. *Hazard management and emergency planning in Britain*. Routledge. New York.
- Peters, G., & Pierre, J. (1998). Governance without Government? Rethinking Public Administration. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 8, 227–243.
- Pigozzi, M. (1999). *Education in emergencies and for reconstruction: a developmental approach*. New York: UNICEF.
- Reed, M. (1989). *The sociology of management*. Prentice-Hall. New Jersey. USA.
- Rosenthal, U., 't Hart, P. & Kouzmin, A. (1991). The Bureau-Politics of crisis management. *Public Administration*, 69, 211-233.
- Sinclair, M. (2001). Education in Emergencies. In J. Crisp, C. Talbot & D.B. Cipollone (Ed.), *Learning for a future: refugee education in developing countries* (pp. 1-83). Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees.
- UNESCO (2020). *COVID-19 Educational Disruption and Response*. Available at <https://en.unesco.org/themes/education-emergencies/coronavirus-school-closures>.
- Weber, M. (1968). *Economy and Society* (ed. G. Roth & C. Wittich, Totowa). Berkley: University of California Press.

ACKNOWLEDGMENT

This work was supported by Portuguese national funds through FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia, under project UID/00713/2020.



A LINGUAGEM DAS NOSSAS CONSTITUIÇÕES¹

Michael Stolleis²

Constituições são, na maioria das vezes, textos solenemente decididos e anunciados. Elas são escritas em momentos históricos decisivos das comunidades na tomada das mais importantes decisões institucionais, bem como para determinar direitos e obrigações dos cidadãos. Na pirâmide das normas jurídicas, elas ficam “no topo”, sobre as leis, decretos e demais normas. Desde os finais do século XVIII, elas envolvem os estados nacionais europeus como uma cobertura normativa. Os Estados Unidos (1776) e a França (1789) foram pioneiros, mas, em seguida, o movimento “constitucional” abrangeu todo o mundo. Hoje, dificilmente ainda há estados sem constituição. Mesmo regimes autoritários e não democráticos dificilmente renunciam ao valor agregado que uma constituição parece transmitir: se ela não contém uma promessa de felicidade e apenas concede liberdades, oferece então pelo menos “ordem” e uma planta institucional. Também a oposição oprimida deve-se escutar lá, dizendo que se vive em um “estado constitucional”.

Ainda no século XIX, Deus ficava no topo da pirâmide das normas jurídicas. O monarca reinava pela “vontade de Deus”, mas também os Estados Unidos colocaram a sua Constituição sob os olhos de Deus – assim está até hoje na nota de um dólar e no brasão do Estado lá representado. E, ainda assim, muitas constituições invocam Deus nos seus preâmbulos (*Invocatio Dei*), como a nossa Lei Fundamental [*Grundgesetz*], e com isso abrem a janela para uma transcendência compreendida monoteisticamente.

O conteúdo típico das constituições permaneceu o mesmo desde então: a solene fórmula de entrada, que geralmente já define uma estrutura de poder sutilmente formulada, seguindo a forma republicana de estado, a legitimidade do poder do Estado, os processos essenciais de tomada de decisão, as instituições e os regulamentos das suas interações. Consistentemente, direitos humanos e direitos civis são solenemente protegidos contra ingerências e os meios adequados de defesa são fornecidos, sobretudo por meio de um Judiciário independente.

Ignorando-se as muitas variantes históricas, então a constituição tradicional domina consistentemente uma nação, seja étnica, religiosa ou historicamente definida.

¹ Comentários a um evento da Academia Alemã de Língua e Literatura (*Deutsche Akademie für Sprache und Dichtung*), em 14 de novembro de 2019 em Frankfurt, com a participação de linguistas, escritores, uma política e um juiz do Tribunal Constitucional Federal Alemão, bem como de especialistas em Direito Constitucional. Tradução do alemão: Gustavo César Machado Cabral

² Professor Catedrático aposentado de História do Direito na Johan-Wolfgang-Goethe Universität Frankfurt. Foi diretor do Instituto Max-Planck para a História do Direito Europeu (1991-2009).

Ela fecha uma época e abre uma nova. Ela entra contato com esta nação “assegurando”, “garantindo”, “prometendo” ou “advertindo”. A constituição oferece um plano de construção normativo para o futuro. Ao contrário do texto normal da lei, ela geralmente é estridente no começo, mas, na sequência, é escassa e condensada ao estipular o que deve valer futuramente. Ela não é um código, mas regula a legislação futura e especifica elementos centrais para isso. Lutas ou experiências ditatoriais que acabaram de terminar normalmente estremecem. Muitas perguntas seguem abertas, tanto para o legislador quanto para a interpretação por meio de um órgão especial, a Corte Constitucional.

Constituições falam a língua nacional. Elas soam simples e decisivas, preferencialmente não contêm palavras estrangeiras e não exigem um conhecimento jurídico especial. Depende muito disto: a confiança das pessoas no estado de direito, na promessa central de tratamento igualitário perante a lei e por meio da lei e no funcionamento do estado fiscal e estado social. O recurso à constituição abre as portas para o cidadão que é real ou supostamente ofendido. Ele pode, pelo menos na Alemanha, fazer uma “*Verfassungsbeschwerde*”³.

Para ter sucesso, os cidadãos devem entender a constituição. Não palavra por palavra, não nos detalhes da parte organizacional, mas, no entanto, os facilmente compreensíveis direitos fundamentais, o princípio da separação dos poderes, a divisão de competências entre a união e os estados e, finalmente, as declarações elementares do direito eleitoral e do direito de votar. “Entender” também contém o conhecimento de que quase todos os textos são ambíguos e precisam ser especificados no respectivo contexto. Que todos os cidadãos sejam, em certo sentido, intérpretes da constituição, como uma vez escreveu Peter Häberle, pode provocar um espanto incrédulo, mas a frase permanece correta. Pois todos os que vivem sob uma constituição praticam o direito constitucional em inúmeras ações: conversam e agem, praticam parcerias e famílias, criam filhos, formam associações, se reúnem e “protestam”. Eles usam direitos humanos e civis, talvez sejam ativos no nível da comunidade e conversam sobre direitos e deveres. Essa conversa é a comunicação sobre as regras sob as quais se compõe a comunidade e que a mantêm unida.

Ela abrange disputas amargas e “não entende”, mas também permite capturar o que você pode concordar. Uma constituição viva sempre se concretiza novamente pelo fato de que impulsos de entendimento de baixo e de cima se complementam. Por exemplo, forma o que a inviolabilidade da “dignidade humana” (Art. 1, 1, *Grundgesetz*) pode significar em diferentes zonas de perigo, por exemplo, com barriga de aluguel e doação anônima de espermatozoides, com a coleta de todas as características pessoais em bancos de dados centrais, com microchips vigilantes no corpo, com diagnóstico pré-natal e morte digna.

Duvidosas são, sobretudo, as palavras fáceis. “Casamento” e “família” (Art. 6, *Grundgesetz*) pareciam estar linguisticamente definidos há muito tempo, mas, em face de pais solteiros, “patchwork families”, parceiras mutáveis e identidades sexuais

³ N.T.: O termo *Verfassungsbeschwerde* pode ser traduzido literalmente como “reclamação constitucional”. A fim de evitar eventuais confusões com o instituto brasileiro da Reclamação Constitucional, cujo função é preservar o cumprimento de decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, optei por manter o termo alemão, que designa um remédio amplo para proteger contra violação de direitos assegurados pela Constituição Alemã. Segundo o Art. 93, 4a e 4b, da *Grundgesetz*, a competência para o julgamento da *Verfassungsbeschwerde* é do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*).

indefinidas, não se mostram definidas de jeito nenhum. Quem são os verdadeiros “pais” e quem exerce o “direito natural” de cuidar e educar? Da mesma forma, as palavras “prática religiosa”, “fé”, “visão de mundo” e “consciência” ficaram embaçadas na mistura de orientações individuais. E ainda: quando o exercício dos direitos dos indivíduos atende ao exercício igualmente justificado dos direitos do sócio ou do vizinho? Quando as desigualdades permanentes do cotidiano se transformam em inconstitucionalidade? Não teria tudo margens confusas e que só deveria ser aplicado em uma conversa fictícia entre leigos e especialistas e ao final “autoritariamente” determinado o que deve ser aplicado, pelo menos por um tempo?

Já no processo de desenvolvimento de uma constituição começam as lutas semânticas: o que se entende por determinadas formulações, se elas podem solidificar estruturas antigas ou bloquear futuras oportunidades políticas? Comentar constituições e sugerir interpretações plausíveis é, portanto, um trabalho de linguagem com propósitos jurídicos e políticos. Parlamentares e servidores públicos, funcionários de confederações e jornalistas, professores comentadores e qualquer leigo que escreva uma carta de leitor estão envolvidos. Todos trazem a sua própria vontade política, suas experiências, suas crenças, seus preconceitos.

Se o tempo avança após a promulgação da constituição, alguns insistem na vontade histórica das mães e pais da constituição e mantêm a interpretação “original”, mas devem admitir que essas mães e pais não podem mais ser diretamente questionados hoje. Outros enfatizam que o texto antigo deve permanecer uma “constituição viva” e, portanto, deve ser interpretado a partir do “espírito do presente”, isto é, tendo em vista as necessidades das pessoas de hoje. Esse “espírito” é, certamente, uma estrutura brilhante e sujeita a todas as possíveis influências sociais.

A linguagem da constituição é parcialmente firme e clara, mas em parte cheia de margens de interpretação. Uma palavra cotidiana como “propriedade” (art. 14, *Grundgesetz*) pode abranger hoje “coisas”, ou seja, “objetos físicos” (inclusive animais) (§§903, 90 BGB), mas também o direito não físico a uma adequada aposentadoria por idade ao longo dos anos, se tiverem sido pagas contribuições. Outras “expectativas” dos benefícios de nosso sistema de seguridade social também podem se converter em propriedades constitucionalmente protegidas. Talvez, também, o valor de mercado autodesenvolvido de um jogador de futebol? A propriedade é tudo o que “vem” para nós? E quando o acesso excessivo pelo estado fiscal viola a “substância” da propriedade? Quando, para expandir a questão, os acessos do estado interventor violam a “essência” de um direito fundamental?

Quando, em 1949, foi formulado o Art. 19 da *Grundgesetz*, esperava-se com a frase “Sob nenhuma circunstância um direito fundamental pode ser afetado em sua essência” que se tivesse estabelecido uma barreira segura. Hoje deve-se entender que o apelo à “essência” é pouco mais do que uma fórmula vazia. Ela simula um núcleo que, quando deve ser concretizado, se dissolve na neblina, especialmente se alguém aceitar a sentença de que os direitos fundamentais devam ser restringidos se concorrerem com outros direitos fundamentais ou bens constitucionais de igual valor.

Naturalmente bobagens também podem ser produzidas no jogo livre de interpretações. Algumas propostas de interpretação constitucional podem violar a gênese e o senso comum. Porém, elas são parte de uma discussão liberal. No processo dialógico,

elas podem afundar no chão e ser novamente esquecidas. No entanto, outras propostas devem ser levadas a sério se indicarem mudanças sociais que afetam o “contexto” da norma. Como os textos constitucionais, por mais abstratamente formulados que sejam, envelhecem continuamente, e os intérpretes precisam atravessar as distâncias para a realidade sempre fluida pela interpretação, na medida em que uma interpretação séria seja possível.

Onde os seus limites forem excedidos, há apenas alteração do texto. Para isso, as necessárias maiorias políticas devem ser encontradas. Se as tiver reunidas, pode-se concordar em remover artigos constitucionais que se tornem inoperantes, como se cortasse um galho morto. O fato de a Constituição do Estado de Hessen até recentemente mencionar a pena de morte ou de membros de antigas casas nobiliárquicas reinantes recusarem cargos políticos era apenas cômico; pois essas disposições haviam sido abolidas há muito tempo pelo artigo 31 da *Grundgesetz* (“Lei federal viola a lei estadual”). No entanto, não é nada divertido quando o Artigo II da Emenda à Constituição dos EUA de 3 novembro de 1791 garante “o direito do povo de possuir e portar armas” e esse direito, que só era garantido como parte de uma milícia civil “necessária para a segurança de um estado livre”, agora está sendo usada como escudo para um poderoso lobby de armas.

Os textos constitucionais derivam a sua função de apelo não apenas da “alta linguagem”, mas também da mistura frequente de sentenças normativas e descritivas. O que é desejo ou demanda para o futuro aparece como uma declaração do presente. Isso pode ser criticado em termos de análise da linguagem, mas faz parte da publicidade, da modelagem da realidade futura das constituições. “Os deputados”, diz-se, por exemplo, “são representantes de todo o povo, não estão sujeitos apenas à sua consciência” (Art. 38.1, 2, *Grundgesetz*). Como todos sabem, este é um desejo piedoso na forma de uma declaração de afirmação, mas também um apelo permanente aos deputados a se libertarem dos grilhões da facção e dos interesses em questões-chave.

Como a constituição é de importância existencial, não apenas para a comunidade como um todo, mas também para cada indivíduo – cerca de cinco mil *Verfassungbeschwerden* são recebidas anualmente em Karlsruhe – se resume à “importância” de expressões linguísticas. O entendimento linguístico dos leigos ocasionalmente colide com a sofisticada jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Esta, com seus 150 volumes (2020), forma um arsenal de ponderações linguísticas cuidadosamente refletidas. Apesar disso, nós cidadãos esperamos principalmente uma “inteligibilidade” plana. O significado de uma palavra, segundo Ludwig Wittgenstein, é seu uso na linguagem. Mas de quem é a linguagem? A linguagem dos tribunais “autorizados”, especialmente as cortes constitucionais? De fato, com o tempo, eles podem resolver ambiguidades ou excluir certas interpretações. Uma “jurisprudência permanente” pode se tornar uma sabedoria judicial sedimentada. Mas também pode ser um obstáculo e dificultar a inovação.

Todos esses processos, dos quais participam administrações públicas e parlamentos, são baseados na linguagem. A linguagem da constituição, mas também a de todas as outras leis e demais normas, se relaciona a milhares de fios, tanto na linguagem cotidiana quanto na linguagem especializada do Direito. Ela não deve apenas organizar e manter procedimentos para regular conflitos, mas também transmitir as emoções de

sua origem política, valores e cordialidade, para crianças do interior, novos cidadãos, refugiados e solicitantes de asilo. Seu objetivo é “integrar” divergentes e dar a todos uma ideia dos fundamentos em que se baseiam na convivência. Somente textos podem fazer isso quando em uso. Eles ganham a sua persuasão na comunicação. Para fazer isso, aqueles que vivem em estados constitucionais livres devem ser capazes de explicar aos outros a razão de valer a pena manter e respeitar os textos constitucionais.

Os grandes postulados da modernidade – democracia, igualdade, estado de direito e estado social, separação de poderes – se talham em textos interpretáveis. Sem discurso linguístico, eles não podem ser interpretados. Quem age ativamente como cidadão de uma democracia precisa da linguagem. Quem é tratado desigualmente deve entender “por que”; bem como quem deve ou não fazer algo sob as instruções do estado. Quem quer algo deve ter entendido o que é devido a ele. Todo o funcionamento de um estado democrático é baseado na linguagem jurídica, coroada pela linguagem da constituição. Para que a comunidade possa atuar confiavelmente, deve-se traduzir constantemente da linguagem jurídica para a linguagem cotidiana. Por outro lado, a linguagem cotidiana é usada pelos parlamentares ou juizes no específico e precisamente definido idioma jurídico.

Isso acontece amplamente no cotidiano sem remissão à constituição. Mas, em todas as questões fundamentais, a linguagem significativa, limitada e fixa da constituição reaparece. Ela deve definir para todos o campo da comunicação política, atribuir às suas diferentes funções do estado as suas tarefas e marcar barreiras. A estrutura de pensamento implicitamente prevista é o estado nacional.

Mas, se o estado-nação parece agora estar se dissolvendo na era da globalização, se as suas fronteiras se tornam porosas porque o comércio mundial, o capital financeiro, a criminalidade internacional, o turismo e o fluxo de refugiados o ignoram ou prejudicam, isso também deve ter consequências para as constituições e a sua linguagem. Os estados nacionais europeus já cederam direitos soberanos à União Europeia e a outras instituições intergovernamentais. Há muito tempo fazem parte de uma rede de direito constitucional europeu (tratados da União Europeia, Convenção Europeia dos Direitos Humanos, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e da jurisprudência dos tribunais de Luxemburgo e Estrasburgo.

Os estados-membros se comunicam nas suas línguas nacionais por meio de um gigantesco serviço de tradução em Bruxelas, bem como nas línguas de trabalho (inglês, francês e alemão). Não existe uma língua constitucional europeia única. A questão sobre qual a linguagem que a constituição europeia deve falar parece incoerente, especialmente se alguém concorda que não deve haver um estado europeu homogêneo no futuro e que a variedade de línguas é considerada um bom valor a ser protegido pela atual Constituição Europeia.

A questão da “linguagem” da Constituição Europeia só pode, portanto, ser feita em sentido figurado. Antes de tudo, pressupõe que uma constituição europeia real já exista atualmente. Mas isso não é convincente; por termos uma ordem constitucional europeia, temos instituições estabelecidas em textos relevantes que formam a ordem básica da União Europeia, coroada por uma Carta dos Direitos Fundamentais vinculativa.

Tudo que está presente faz uma constituição normativa e factual. Sem dúvida, é preciso melhorar, mas ela existe. Perguntar sobre sua “linguagem” não pode levar à busca de um Esperanto constitucional, mas apenas às tradições constitucionais comuns e aos componentes linguísticos desenvolvidos nelas. Linguagem, nesse sentido, é um modo de compreensão que requer tradução constante para os idiomas nacionais. Está disponível quando se fala de tomada de decisão democrática, ação administrativa baseada em lei e procedimentos de Estado de Direito perante tribunais.

Os juízes do Corte Europeia de Justiça, que se comunicam constantemente caso a caso, confirmam repetidamente que é possível comunicar e usar uma língua constitucional europeia comum, apesar dos diferentes idiomas nacionais. Parece mágica, mas funciona porque a Europa desenvolveu um vocabulário amplamente homogêneo ao longo dos tempos, da Antiguidade, Medievo e Modernidade. Seus materiais são os debates que vêm ocorrendo há séculos sobre a forma correta de governo, o princípio majoritário, a questão da representação, a vinculação do governo à lei, mas, sobretudo, sobre a proteção dos direitos e liberdades fundamentais.

Esses processos de compreensão nunca foram destruídos, mas também não foram concluídos. Eles precisam ser reajustados em paralelo com as mudanças na sociedade, na comunicação linguística aberta. Eles vivem do fundo da constituição europeia. Não é um idioma no sentido literal, mas um conjunto de regras que pode ser acordado nos idiomas nacionais europeus. Naturalmente, isso também significa que se deve criticar e aguentar crítica, quando um Estado membro da União Europeia violar regras fundamentais, por exemplo, por ocupação política flagrante de cortes constitucionais, restringindo a discussão pública e expandindo áreas misteriosas de ação política, mas também adiando deliberadamente semântica política no discurso público e nas mídias de massa.

De fato, uma brutalização da linguagem é observada na era da internet e também em relação às constituições, se seus fundamentos são desprezíveis, referidos como mentiras e deslegitimados linguisticamente. Essa brutalização, que se combina com uma estupidificação direcionada, talvez não seja nova, e sim ter sido vinculada antes a mesas cativas⁴ e só pode se espalhar mais facilmente agora, e também pode ser instigada por uma licitação interna. Isso pode ser adiado, pois os atos de fala também são atos. A esse respeito, o tratamento cuidadoso e exato da linguagem da Constituição é a nossa questão, tanto a nossa própria quanto a da Constituição Europeia.

⁴ N.T.: O termo alemão *Stammtisch*, empregado pelo autor no original, designa mesas que tradicionalmente são ocupadas, por costume, por um grupo de pessoas ou por pessoas em ambientes como um restaurante. Optei pela expressão “mesas cativas” para facilitar a compreensão do leitor.