REVISTA JURÍDICA DA FA7

FA7LAWREVIEW

**Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito
do Centro Universitário 7 de Setembro**

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Fortaleza	v. XVIII	n. 1	jan./abr.	2021	212 p.
-----------	----------	------	-----------	------	--------

Catálogo na Fonte: Jacquelline Campelo Jucá CRB 3/677

Revista Jurídica da FA7: periódico científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro / UNI7 — v.18, n. 1 (jan./abr. 2021) — Fortaleza: UNI7, 2021 [on line]

Publicação anual impressa 2004 a 2014

Publicação semestral on line a partir de 2015 disponível no portal de periódicos da UNI7 em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/>

ISSN 1809-5836 (impresso)

ISSN 2447-9055 (eletrônico)

1. Periódico científico — Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7. 2. Programa de Pós-Graduação em Direito. 3. Direito Privado. 4. Artigos Jurídicos. I. Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7.

CDD 340.05

Pede-se permuta / We ask for exchange / On demande l'échange / Se pide permuta

Revista Jurídica da FA7 / FA7 Law Review

Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro

periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/ | revistajuridica@uni7.edu.br

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Editora-Chefe

Prof.^a Dr.^a Germana Parente Neiva Belchior
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Editor-Adjunto

Prof. Dr. Álisson José Maia Melo
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Equipe Editorial

Gustavo de Sousa Lopes
Jeremias Reis Comaru
Debora de Oliveira Coutinho
João Vitor Albuquerque Cavalcante de Carvalho
Luciana de Carvalho Tajra

Conselho Editorial

Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján
Universidad Autónoma de Madri, Espanha

Prof. Dr. Carlos Eduardo Peralta Montero
Universidad da Costa Rica, Faculdade de Direito, Costa Rica

Prof.^a Dr.^a Eliane Moreira
UFPA, Faculdade de Direito, Belém, PA, Brasil

Prof. Dr. Giovanni Luchetti
Universidad de Bolonha, Departamento de Ciência Jurídica, Itália

Prof. Dr. Ignácio Maria Poveda Velasco
USP, Departamento de Direito Civil, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. José Isaac Pilati
UFSC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, SC, Brasil

Prof.^a Dr.^a Larissa Maria de Moraes Leal
UFPE, Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, PE, Brasil

Prof.^a Dr.^a Laura Souza Lima e Brito
UNIBH, Curso de Graduação em Direito, Belo Horizonte, MG, Brasil

Prof.^a Dr.^a Liziane Paixão Silva Oliveira
UniCEUB, Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Luís Rodrigues Ennes
Universidade de Vigo, Espanha

Prof. Dr. Marcos Wachowicz
UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, PR, Brasil

Prof.^a Dr.^a María José Bravo Bosch
Universidade de Vigo, Espanha

Prof.^a Dr.^a Maria Vital da Rocha
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior
USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Prof.^a Dr.^a Rosângela Lunardelli Cavallazzi
UFRJ, Programa de Pós-Graduação em Urbanismo; PUC/RJ, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof.^a Dr.^a Tarin Cristino Frota Mont'Alverne
UFC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Centro Universitário 7 de Setembro

Campus Água Fria

Av. Alm. Maximiano da Fonseca, 1395 — Bairro Eng. Luciano Cavalcante

CEP: 60811-024 — Fortaleza, Ceará, Brasil

Telefone: (+55.85) 4006.7600

Campus Imperador

Av. do Imperador, 1330 - Centro

Fortaleza - CE – Brasil

Reitor

Ednilton Gomes de Soárez

Vice-Reitor

Ednilo Gomes de Soárez

Pró-Reitor Acadêmico

Prof. Dr. Adelmir de Menezes Jucá

Secretária Geral

Fani Weinschenker de Soárez

Coordenadora do Curso de Direito

Prof.^a Dr.^a Maria Vital da Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias

Apresentação

A Revista Jurídica da FA7 / *FA7 Law Review* materializa a produção acadêmica de pesquisadores voltada à temática de “Relações Privadas e Desenvolvimento”, área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito, criado no final de 2015. Destina-se à divulgação de artigos científicos, resultados de pesquisas, ensaios, traduções e resenhas, preferencialmente de autoria ou coautoria de professor-doutor.

A Revista é publicada ininterruptamente desde 2005 com periodicidade anual. Em 2015, quando foi enviada a proposta de criação do Curso de Mestrado em Direito da UNI7, o Periódico passou por uma reestruturação, a fim de se adequar aos novos rumos científicos da Instituição, passando a ter periodicidade semestral e publicação apenas eletrônica. A partir de 2020, para atender ao volume de submissões, tomou-se a decisão de reduzir a periodicidade, passando a revista a ser quadrimestral.

Posiciona-se atualmente no estrato B1, conforme avaliação do sistema WebQualis da Capes (2017), e mantém permuta com as principais bibliotecas nacionais e estrangeiras.

A política editorial da Revista Jurídica da FA7 expressa a área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNI7, consolidada em suas linhas de pesquisa, possuindo os seguintes eixos temáticos: (i) Relações privadas, direitos humanos e desenvolvimento e (ii) Relações privadas, mercado e desenvolvimento.

Nesse sentido, este número é o décimo quarto em versão eletrônica, seguindo todas as orientações do WebQualis da Área do Direito. Essa edição é composta por 10 (dez) artigos, todos submetidos à avaliação de dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa, seguindo o sistema *double blind peer review*, e de 1 (uma) resenha.

Dirige-se agradecimento aos colaboradores pelos textos aqui publicados, convidando-se os leitores a conhecerem os focos de investigação realizados, com influxo na compreensão e aplicação do Direito.

Boa leitura!

Prof.^a Dr.^a Germana Parente Neiva Belchior

Editora-Chefe

Expediente

A Revista Jurídica da FA7 é o periódico acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Concentra-se na área das Relações Privadas e Desenvolvimento. Todos os números publicados em versão impressa (volumes 1 ao 11) estão também disponíveis, na íntegra, no sítio eletrônico da Revista: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/>.

As regras para publicação na RJFA7 encontram-se no referido sítio eletrônico da UNI7. A RJFA7 não tem fins lucrativos e é disponibilizada gratuitamente no seu portal.

O escopo e a missão do Periódico é divulgar artigos científicos de qualidade, favorecendo o diálogo científico entre pesquisadores de múltiplas instituições e países, no que diz respeito aos temas pertinentes à sua linha editorial. O volume anual é composto por duas publicações, de periodicidade semestral.

A UNI7, a Editora e o Corpo Editorial da Revista não se responsabilizam pelos dados e opiniões expressos nos artigos, sendo estes de inteira responsabilidade dos autores. Toda e qualquer correspondência, incluindo a submissão de artigos científicos, cartas aos editores, solicitação de subscrição e cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser enviada ao endereço eletrônico: revistajuridica@uni7.edu.br.

É permitida a reprodução de artigos em qualquer meio, desde que citada a fonte. Considerando a política nacional de difusão do conhecimento científico, são reservados ao Centro Universitário 7 de Setembro o direito de primeira publicação. Os autores são incentivados a publicar os trabalhos em outros meios, desde que indicado o crédito da publicação original. A Revista utiliza a licença *Creative Commons vs 4.0*, com a condição “Atribuição” (CC BY 4.0).

Os autores devem estar cientes de que, se os artigos demandarem a aprovação do Comitê de Ética, deverão informar o protocolo de aprovação, anexando o respectivo Parecer. No ato da submissão, é necessário informar se há conflito de interesses com relação à pesquisa.

Sumário

Revista Jurídica da FA7

FA7 Law Review

v. XVIII, n. 1, jan./abr. 2021

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

A VULNERABILIDADE AGRAVADA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ÂMBITO DA PUBLICIDADE ABUSIVA

Dennis Verbicaro

Arnaldo Gomes 13

The aggravated vulnerability of children and adolescents in the context of abusive advertising

O DIREITO MINERÁRIO À LUZ DOS REGIMES DE APROVEITAMENTO DOS RECURSOS MINERAIS NO BRASIL

Sérgio Alexandre de Moraes Braga Junior

Maria Jamile da Silva 29

Mining Right in the light of mineral resources accepted in Brazil

O DIREITO À PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL

Rodrigo Almeida Magalhães

Erika Cristina Rodrigues Nardoni Oliveira 55

The Right to Privacy in the Digital Age

CONSTITUCIONALISMO CORPORATIVO: ENTRE INTERESSES, INOVAÇÃO E RISCOS

Wilson Engelmann

Júnior Roberto Willig 71

Corporate Constitutionalism: between interests, innovation and risks

LIBERDADE RELIGIOSA E DIREITO FUNDAMENTAL À NÃO DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

Fabrcio Veiga Costa

Alisson Alves Pinto 93

Religious freedom and fundamental right to non-discrimination on grounds of sexual orientation

TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE SOBRE O IPTU VERDE NO MUNICÍPIO DE SALVADOR-BA

Maíra Correia Cavalcanti Dantas

Tagore Trajano de Almeida Silva117

Environmental taxes: An analysis of the green municipal property tax in Salvador-BA

DA PERIFERIA AO CENTRO: REFLEXÕES SOBRE O LUGAR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA FAMÍLIA E A GUARDA COMPARTILHADA

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque

Letícia Queiroz Nascimento139

From the periphery to the center: reflections on the place of children and adolescents in the family and shared custody

DA SOBERANIA JURÍDICA À NACIONALIDADE: DA LOCALIZAÇÃO ESTATAL À DESLOCALIZAÇÃO ESPORTIVA

Ramon Negócio155

From legal sovereignty to nationality: from state location to sports delocalization

EL AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA TERCERA DIMENSIÓN: REFLEXIONES A PARTIR DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA

Carlos E. Peralta169

The ecologically balanced environment as a fundamental right of the third dimension: reflections from the constitutional protection of Costa Rica

O ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da terceira dimensão: reflexões a partir da tutela constitucional da Costa Rica

SOBRE LA DENEGATIO ACTIONIS, EXCEPTIO IURISIURANDO Y LA ACTIO EX IURE IURANDO

Antonio Villanueva Martínez191

On the denegatio actionis, exceptio iurisiurando and the actio ex iure iurando

Sobre a denegatio actionis, exceptio iurisiurando e a actio ex iure iurando

RESENHA

CRÓNICA DEL CURSO INTERNACIONAL “EXPERIENCIAS DE INNOVACIÓN DOCENTE E INVESTIGACIÓN EN LA ERA DIGITAL”, organizado por las profesoras del área de Derecho romano de la Universidad de Oviedo, las Dras. Carmen López-Rendo Rodríguez y María José Azaustre Fernández, y celebrado los días 23, 24 y 25 de septiembre de 2020.

Beatriz García Fueyo209

A VULNERABILIDADE AGRAVADA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ÂMBITO DA PUBLICIDADE ABUSIVA

Dennis Verbicaro

Centro Universitário do Pará (CESUPA), Pará
dennis@gavl.com.br

Arnaldo Gomes

Centro Universitário do Pará (CESUPA), Pará
arnaldo.gomes@tjpa.jus.br

Resumo: O objetivo do artigo é discutir os efeitos que a publicidade abusiva ocasiona à criança e ao adolescente e como se dá a proteção destes na relação de consumo, por meio do método dedutivo e de pesquisa teórico-bibliográfica. Para tanto, as crianças e os adolescentes serão enquadrados como consumidores hipervulneráveis, pois são portadores de uma vulnerabilidade agravada, justamente por não possuírem uma capacidade de discernimento plenamente desenvolvida. Quando expostos ao assédio de consumo, por meio de técnicas publicitárias abusivas, sofrem sérios prejuízos de ordem psicológica e econômica, bem como danos ao seu desenvolvimento saudável e comportamento social. Conclui-se que o maior empoderamento do consumidor no mercado lhe permite não apenas selecionar melhores fornecedores, que respeitem o adequado desenvolvimento da criança e do adolescente pela veiculação de publicidade responsável, como também pode influenciar a mudança de comportamentos éticos do empresário, seja pela postagem de experiências negativas nas redes sociais e em sites de compartilhamento de experiências, seja pelo boicote de produtos e serviços nocivos ao público infantil.

Palavras-Chaves: Publicidade Abusiva. Direito do Consumidor. Hipervulnerabilidade. Criança. Adolescente.

The aggravated vulnerability of children and adolescents in the context of abusive advertising

Abstract: The purpose of this article is to discuss the effects of abusive advertising on children and adolescents and how to protect them in the relation of consumption through the deductive method and theoretical-bibliographic research. In order to do so, they will be classified as hypervulnerable consumers, because they suffer from an aggravated vulnerability, precisely because they do not possess their fully developed capacity for discernment, when exposed to consumer harassment through abusive advertising techniques, causing serious psychological and economic damages, as well as as causing damage to their healthy development and social behavior. It is concluded that the greater consumer empowerment in the market allows him to select better suppliers, who not only respect the adequate development of the child and the adolescent by the publicity of responsible publicity, but also can influence the ethical behavior change of the entrepreneur, either by the post negative experiences on social networks and sites sharing experiences, or for the boycott of products and services harmful to children.

Keywords: Advertising Abusive. Consumer Law. Hypervulnerability. Child. Adolescent.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute como a atuação publicitária interfere na formação de opinião das crianças e dos adolescentes enquanto possíveis consumidores e visa demonstrar como a atuação da publicidade abusiva pode manipulá-los para que influenciem seus pais para a aquisição de produtos e serviços. De modo secundário, analisa como a publicidade abusiva pode incorrer na formação de um perfil consumista dos menores, transformando pseudonecessidades (necessidades artificiais criadas pela indústria cultural) em necessidades primárias, no sentido de debater a importância da efetivação de direitos e garantias desses sujeitos considerados hipervulneráveis, para resguardá-los da publicidade abusiva.

No início da Idade Média, a história social da criança e do adolescente não era contada, entretanto, a partir do século XIX, começaram a ser vistos como sujeitos importantes, por isso o autor francês Philippe Ariés passou a dar grande visibilidade a essa categoria. Em seu livro, foi narrado que as crianças e os adolescentes eram tratados como adultos neste período histórico e, como tais, não necessitavam de nenhuma atenção diferenciada.

De acordo com Del Priore (2018), no Brasil, a criança e o adolescente também eram chamados de adultos em miniatura. Como exemplo desta realidade, aos 15 (quinze) anos, já podiam até mesmo se casar. Outro contexto que Del Priore (2018) evidencia são as obras de artes nesta realidade, que destacavam a figura da criança mimetizada como adulta.

Ainda afirma Del Priore (2018) que, no ano de 1927, o registro dos filhos servia basicamente para subsidiar o código de menores, cujo objetivo maior era punir adolescentes. Isso porque, naquela época, não havia uma preocupação de mudar a situação do menor, o que só veio a acontecer em 1988, com a promulgação da nossa Carta Magna, onde mudanças significativas, de fato, ocorreram.

No Brasil, antes da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor (1990), o sistema jurídico já possuía normas que protegiam alguns direitos do consumidor. Na Carta Magna, foram ajustados os dispositivos dos direitos fundamentais ao tratar de família, adotando o cuidado especial à criança e ao adolescente, pois são categorias que necessitam de proteção em razão da sua vulnerabilidade, devendo ser protegidas de qualquer forma quando expostas a uma condição de exploração.

Os direitos da criança e do adolescente encontram-se resguardados por tratados internacionais, pela Constituição da República do Brasil (1988) e pelo Estatuto da Criança e Adolescente (1990), que garantem a proteção integral e condições dignas para que possam ter crescimento e desenvolvimento saudáveis.

A criança e o adolescente são alvos da publicidade abusiva, pois os anúncios publicitários são instrumentos utilizados para influenciar a aquisição de produtos ou serviços. Os filhos influenciam seus pais ao consumo, tornando-se um potencial comprador dessas marcas.

Assim, nesse contexto, de que maneira o direito da criança e do adolescente pode ser resguardado pelo ordenamento jurídico brasileiro face ao protagonismo infantil diante da publicidade abusiva?

Dessa forma, faz-se necessário analisar o tema da publicidade abusiva e como ocorre essa prática em relação às crianças e aos adolescentes nas relações de consumo – uma vez que esse mecanismo pode trazer sérios prejuízos para o desenvolvimento psicológico e social destes –, além de identificar como tais categorias também são vítimas do abandono das instituições estatais, uma vez que falham no seu dever de fiscalizar e proibir esse tipo de publicidade abusiva.

A metodologia utilizada nesta pesquisa é a dedutiva, combinada ao método dogmático-jurídico, baseada em pesquisa bibliográfica, com o objetivo de compreender o real alcance da publicidade destinada à criança e ao adolescente como sujeitos hipervulneráveis na relação de consumo, bem como verificar esse assédio sutil, impondo padrões estético-comportamentais potencialmente danosos à sua incolumidade desde muito cedo.

1. A HISTÓRIA SOCIAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Nos primórdios da Idade Média, as fontes bibliográficas que narravam a história social da infância eram escassas. Dessa forma, não era dada a devida atenção para a criança e para o adolescente, uma vez que estes eram tratados como miniaturas de adulto.

Apenas a partir século XIX, os historiadores nacionais e internacionais começaram a perceber a importância da criança e do adolescente como sujeitos de direito. Contudo, devido a mudanças ocorridas no início do século XX, as novas fontes e procedimentos da observação em pesquisas históricas tornaram possível a inclusão de pesquisas científicas acerca da história da criança e do adolescente. Tão só em 1970, foi publicado o livro “**História Social da Infância e da Família**”, do historiador Philippe Ariès, no qual a história da criança e do adolescente passou a ser vista por um novo aspecto, o que gerou grande visibilidade à criança e ao adolescente como sujeitos de direito.

Ariès (2002) afirma que, em virtude do entendimento que se tinha da criança e do adolescente, a exploração do trabalho infantil e os maus tratos eram facilitados, uma vez que não eram considerados seres em desenvolvimento. Apenas no fim da Idade Média, o sentimento de infância passou a ser construído socialmente, pois, até então, as crianças eram tratadas como “adultos em miniatura” e necessitavam de cuidados básicos até conseguirem executar tudo sozinhas. Ariès (2002, p. 18) assegurava que “a criança, por muito tempo, não era vista como um ser em desenvolvimento, com características e necessidades próprias, e sim, homens de tamanho reduzido”. O historiador aduz que as palavras “criança”, “adolescente” e “adultos”, conhecidos como “idades da vida”, surgiram apenas na Idade Moderna (ARIÈS, 2002).

A infância hoje é entendida como o período que inicia com o nascimento e perdura até os 11 (onze) anos de idade do indivíduo. É o período no qual se inicia a vida humana. Na Idade Média, as pessoas tinham a ideia de que a infância era a primeira idade, considerada até o momento em que surgiam os dentes – o que ocorria do nascimento até os 7 (sete) anos de idade, período denominado *enfant*, que significa “ausência de fala”, pois, nessa idade, a pessoa ainda não tem formada toda a sua capacidade de expressão. A segunda idade era considerada entre os 8 (oito) e os 14 (quatorze) anos de idade. Passado esse momento, o indivíduo já era considerado um adulto – o que hoje se entende como adolescente.

No Brasil, de acordo com Del Priore (2018), no século XVIII, época em que a escravidão ainda era permitida, as crianças escravas, quando completavam 12 (doze) anos de idade, já podiam se casar. Com 15 (quinze) anos, esses indivíduos (homens e mulheres) já eram considerados adultos e, entre os 24 (vinte e quatro) e os 35 (trinta e cinco) anos, eram considerados idosos. Em pleno século XIX, no Brasil, a definição do termo “infância” não era tão clara como na Europa, pois sua distinção estava relacionada ao desenvolvimento da capacidade física e mental do indivíduo. O termo “criança” apareceu no ano de 1830, ao passo que a expressão “adolescente” já existia, mas seu uso não era tão comum.

A atenção com a criança é algo recente. No Brasil, apenas em 1927 tornou-se imprescindível o registro dos filhos. No mesmo ano, ocorreu a elaboração do Código de Menores, cuja visão era apenas punir adolescentes, pois, naquela época, a criança não tinha qualquer identificação e a sociedade não demonstrava preocupação no cuidado com o desenvolvimento desta categoria. Paulatinamente, determinadas mudanças aconteceram, como a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, mais emblematicamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990.

Em 1988, com a promulgação da chamada “Constituição Cidadã”, o Brasil passou a dar um novo tratamento para a criança, reconhecendo-a como sujeito de direitos e, consequentemente, estabelecendo um tratamento diferente de acordo com a sua formação e desenvolvimento.

A criança e o adolescente têm direito ao seu reconhecimento como sujeito de direito, pois quando a sociedade os trata sistematicamente como inferiores, internaliza-se uma imagem negativa e se passa a moldar as suas escolhas e ações a partir dessa imagem, influenciando, inclusive, o não desenvolvimento da autoestima destes indivíduos.

A palavra “reconhecimento” não denota a mera identificação do outro. O reconhecimento está associado à valorização da pessoa reconhecida, ou seja, trata-se de ato que lhe expressa o devido respeito. Assim, o ordenamento jurídico deve reconhecer a criança como sujeito de direito e obrigações, resguardando-lhe a dignidade da pessoa humana.

A negação de reconhecimento equivale ao desrespeito. Trata-se de um comportamento que não apenas insulta as pessoas ou lhes inflige dano, como também degrada a sua imagem. Nessa perspectiva, Sarmiento (2016) desdobrou o reconhecimento em três esferas: amor, direito e solidariedade. Por outro lado, aludiu a três formas básicas de reconhecimento, que correspondem respectivamente à violação, à privação de direitos e à degradação.

Desta forma, é indubitavelmente necessário que o ordenamento jurídico ampare e dê total proteção à criança e ao adolescente, regulando os seus direitos e as suas garantias, superando a noção de que o adulto é superior a tudo, o que possibilitava que as transgressões contra a criança e ao adolescente não fossem penalizadas e apuradas, retirando assim o seu pleno desenvolvimento emocional e físico.

O direito à infância passou a ter *status* de direito fundamental, proibindo veementemente abusos. A doutrina da proteção integral deve se estender a todas as crianças e adolescentes, para dar reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e, ainda, dos direitos especiais decorrentes da condição do sujeito de direito em desenvolvimento, consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990.

2. A LEGISLAÇÃO DE CONSUMO, A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DO BRASIL E A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

No presente capítulo, serão analisados a legislação de consumo e sua evolução, o contexto histórico e os dispositivos da Constituição Federal de 1988, bem como o protagonismo e a hipervulnerabilidade da criança e adolescente na relação de consumo.

2.1. A legislação de consumo e a Constituição da República do Brasil de 1988

A legislação de consumo no Brasil efetivou-se após a promulgação da Constituição da República de 1988. A CF/88 consagrou os princípios gerais da ordem econômica, dentre os quais se destaca a defesa do consumidor, a qual se consolidou com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

A atual Constituição da República brasileira estabeleceu princípios e fundamentos sociais de ordem econômica, uma vez que acompanhou a tendência de outras constituições sociais – como a da Alemanha, de 1919, a da Rússia, de 1918 e a do México, de 1917.

O Estado, nos últimos anos, tem assumido o papel de protagonista econômico, realizando intervenções na economia com a máquina pública, em meio à doutrina social liberal, voltando-se a regular o mercado pelo direito do consumidor, estabelecendo as diretrizes públicas no direito privado e na relação do consumo.

O sistema capitalista não aceita a intervenção do Estado no direito privado em uma perspectiva positiva. No entanto, constatou-se que o capitalismo descontrolado e regulado pelo próprio mercado, sem nenhuma regulamentação específica, acarretaria sérios prejuízos para o próprio capitalismo. Com a maturação desse sistema, percebeu-se a necessidade de resguardar e garantir os direitos fundamentais, por meio da intervenção do Estado, abrigando o direito do consumidor.

Nos Estados Unidos e na Europa, após os desequilíbrios econômicos e sociais ocorridos nas transformações experimentadas pós-revolução industrial, sentiu-se necessidade de movimentos consumeristas, que deram origem a instituições como *Consumer's League*. Mais tarde, esta se transformou em *Consumer's Union*, considerada uma das mais importantes instituições responsáveis pela avaliação dos produtos que são introduzidos no mercado do consumidor.

No Brasil, mesmo antes da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, o sistema jurídico já possuía normas que resguardavam alguns direitos do consumidor, como a lei que tratava de reprimir o crime de usura, normas que tratavam da economia popular, a lei de repressão ao abuso econômico, a lei de ação civil pública e a lei que tratou do crime contra o sistema financeiro.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao reconhecer a proteção do consumidor no capítulo dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, XXXII), assim como no capítulo da ordem econômica (artigo 170, V). Com o objetivo de atender ao artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor, através da Lei 8.078/90, normatizando a publicidade e a relação de consumo no plano infraconstitucional.

Da mesma forma, a Constituição de 1988 inovou ao regularizar, nos dispositivos dos direitos fundamentais, um cuidado especial à criança e ao adolescente ao tratar da família, protegendo, inclusive, essa instituição do malefício de uma comunicação com viés abusivo, pois ficou entendido que a criança e o adolescente devem ser resguardados de qualquer forma de exploração, considerando sua hipervulnerabilidade.

A oferta e a publicidade dirigidas ao consumo devem ser veiculadas em estrita observância aos parâmetros legais, sobretudo quando direcionadas a uma categoria em desenvolvimento, como é o caso da criança e do adolescente. O Código de Defesa do Consumidor normatizou e proibiu a publicidade abusiva entendida como aquela que se aproveita da deficiência de julgamento da criança e do adolescente, além de outras especificações expostas no referido Código.

2.2. O protagonismo da criança e do adolescente

O protagonismo infantil é uma expressão relativamente atual, utilizada para demonstrar, em um processo social, o interesse superior da infância. Aurélio (2002) aduz que a palavra “protagonista” tem origem etimológica do grego *protagonistés*, que significa “ator principal” de uma peça teatral, filme, série, ou aquele que se destaca em qualquer acontecimento, área ou situação.

O papel desempenhado pela criança e pelo adolescente como protagonista é de destaque na comunidade e na sociedade, para que seus direitos fundamentais sejam resguardados acima de qualquer interesse que não lhes possibilite proteção e que prejudique seu pleno desenvolvimento físico e mental; de modo que a criança, como protagonista de seus direitos, possa demonstrar aos adultos as suas reais necessidades e seus pontos de vista a respeito dos seus direitos fundamentais.

Na Convenção sobre os Direitos da Criança, definida pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1989, o Brasil foi um dos países signatários do tratado que resultou dos trabalhos desenvolvidos nesta. Dentro dos direitos elencados no referido tratado, os Estados-Parte são obrigados a garantir ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança, assim como a proteção e os cuidados necessários ao bem-estar dela. A Convenção também assegura que a criança hábil a estabelecer seus próprios juízos precisa exercer “o direito de expressar suas opiniões livremente, sobre todos os assuntos relacionados à sua realidade, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança” (UNICEF, 1989).

Desse modo, a Convenção ainda garante o direito da criança à liberdade de expressão, que abarca “liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de todo tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio escolhido pela criança”. Além disso, é direito da criança a liberdade de pensamento, de consciência e de crença.

Rizzini (2004) define que o ECA e a Constituição Federal de 1988 permitiram ao Brasil ser conhecido internacionalmente como um dos precursores da participação infantil em assuntos sobre as crianças.

Nesse sentido, o protagonismo infantil pode ser observado por meio de três perspectivas: 1- “organização infantil”, 2- “participação infantil”, 3- “expressão infantil”. As três têm como finalidades, entre outras: o impacto social para comover a família, outros setores relacionados às crianças e à Convenção da ONU, a presença da sociedade civil em um plano social a favor da infância, a convenção dos chefes de governos em reforçar as políticas públicas correspondentes com o projeto. As três perspectivas necessitam ser trabalhadas juntas para alcançar o mais perfeito efeito do protagonismo. Caso ocorra a separação delas, existe uma probabilidade enorme de desintegração do processo, eis que sua relação com os outros setores da sociedade provavelmente não será o mesmo.

A “organização infantil” é a mobilização de crianças e adolescentes com a finalidade de concretizar os seus direitos fundamentais, sendo capaz de acontecer em diferentes planos: seja local, municipal, estatal ou em contextos comunitário e/ou escolar. Com efeito, mesmo que tenham o papel de protagonista, crianças e adolescentes podem contar com a ajuda de adultos.

A “participação infantil” é o procedimento que tem o objetivo de aumentar o poder de crianças e adolescentes em sua participação na relação com os adultos. A atuação resguarda a legitimidade e incidência social do protagonismo infantil, enquanto a “expressão infantil” é a capacidade que a criança e o adolescente têm de ser, pensar e se sentir como sujeito em uma

sociedade, ou seja: as crianças e os adolescentes têm a possibilidade de desenvolver estruturas propícias para expressar seus sentimentos e pensamentos.

O protagonismo infantil tem muitos pontos positivos, tais como a aproximação da convivência entre os filhos e os pais, com maior participação da criança e maior acatamento às opiniões dela. No entanto, nem todos os resultados são equilibrados, pois, passados alguns anos, o mercado tem utilizado o papel de protagonismo da criança para manipular adultos no sentido de adquirirem produtos que são disponibilizados pela publicidade direcionada para o público infantil.

A teoria sobre o desaparecimento da infância, desenvolvida por Postman (1999), é associada ao protagonismo infantil, onde a criança, aos poucos, tem sido “adultizada”, ou seja, a criança está sendo associada cada vez mais ao adulto. Uma das razões para o autor da teoria atribuir esse comportamento seria a televisão, uma vez que ela apresenta, na publicidade e nas grades de informações, os valores e os estilos dominantes: “e em nossa situação atual os valores e estilos da criança e os dos adultos tendem a se fundir” (POSTMAN, 1999, p. 142).

2.3. A hipervulnerabilidade da criança e do adolescente e o Código de Defesa do Consumidor

A palavra vulnerável é derivada do latim, do verbo *vulnerare*, e significa “provocar um dano”. Ademais, o adjetivo “vulnerável” deriva de *vulnus*, também do latim, que significa machucado, atacado por um mal ou frágil (MARQUES, 2012, p. 202). A referida palavra demonstra a sua acepção de fraqueza ou risco de um grupo e é utilizada por distintos campos da ciência que trabalham com a vida humana, tais como o Direito e a Medicina. Destarte, os seres humanos são vulneráveis em algum aspecto, potencialmente expostos a um enorme número de riscos e condições de exclusão social.

O Código de Defesa do Consumidor sopesa que o consumidor é a parte vulnerável na relação de consumo. O princípio da vulnerabilidade é um princípio estruturante e informador da Política Nacional de Relações de Consumo.

Desse modo, a vulnerabilidade tem um conceito jurídico rotulado como de direito material, que demonstra a ocorrência de desequilíbrio praticada pelo agente econômico e o consumidor, diante do fornecedor de produtos ou serviços. A fragilidade é afrontada pelas próprias qualidades essenciais do público infantil.

O inciso I do art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor, reconhece que o consumidor é notadamente vulnerável no mercado de consumo, pela sua própria qualidade essencial de ser a parte mais fraca na relação de consumo. No entanto, há espécies de consumidores que apresentam condições específicas, como é o caso das crianças, dos idosos e das pessoas com deficiência, passando a ser denominados consumidores hipervulneráveis ou portadores de uma vulnerabilidade existencial ou agravada.

A vulnerabilidade existencial da criança e do adolescente encontra-se associada à sua personalidade ainda em desenvolvimento. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, §3º, consagra o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, assim dispondo:

A criança e adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes,

por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A criança e o adolescente, a partir de seu nascimento, demandam amparo material e afetivo, pois encontram-se em construção a sua personalidade e as suas estruturas física e mental. Assim, Konder (2015, p. 06) cita Iencarelli:

O ser humano nasce muito frágil e com várias necessidades de cuidado, que comprometem sua sobrevivência. É indispensável que alguém lhe forneça e zeze pelo alimento, pela higiene do corpo, pelo sono, e pelo colo. O cuidado, portanto, se constitui no condutor que o levará deste estado de vulnerabilidade absoluta ao processo de aquisição de autonomia, e, conseqüentemente, de humanização.

Sendo assim, a vulnerabilidade existencial ou hipervulnerabilidade deve prescindir de qualquer tipificação. Ela é decorrente da aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

A respeito da vulnerabilidade existencial ou hipervulnerabilidade da criança frente à publicidade, destaca Schmitt:

Assevera-se que as crianças não têm condições de compreensão e entendimento do conteúdo implícito presente na informação publicitária, muito menos, seu caráter persuasivo, incentivador do consumo. Aliás, esses indivíduos sequer têm o entendimento necessário para observar que dada comunicação é publicidade. Evidentemente, um adulto possui muito mais força de resistência mental e de apreensão da realidade do que uma criança, podendo enfrentar a pressão exercida pela publicidade. A ausência dessa característica na criança, que não tem aptidão para analisar criticamente uma dada informação, deflagra um grau maior de vulnerabilidade, de forma que ela se enquadra também na concepção de hipervulnerabilidade. (SCHMITT, 2014, p. 229).

Destarte, as crianças exercem poder nas decisões de consumo em relação às compras realizadas pelos pais, frente à hipervulnerabilidade que apresentam diante da relação com os fornecedores de produtos ou serviços. A criança está em um período de vida em que o seu estado psicológico de desenvolvimento permite que seja convencida com maior facilidade, uma vez que sua formação intelectual não está completa para analisar a relação contratual com maior profundidade, tampouco os aspectos financeiros envolvidos na relação de consumo. Assim, faz-se necessário que sejam analisados os aspectos da publicidade e o protagonismo da criança e do adolescente na relação de consumo, o que será feito no próximo capítulo.

3. A PUBLICIDADE ABUSIVA E O PROTAGONISMO NA RELAÇÃO DE CONSUMO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

As crianças na atualidade têm uma importante função nas tomadas de decisões dos adultos quanto ao consumo de produtos e serviços que são destinados para o consumo das famílias. Os profissionais da área de publicidade, de olho no consumo e no poder que as crianças exercem sobre os pais, utilizam-se dos infantes como instrumentos de convencimento da publicidade abusiva, para aumentar as vendas de produtos e serviços. É sobre os aspectos de publicidade abusiva e o protagonismo da criança e do adolescente na relação de consumo que se pretende discorrer neste capítulo.

3.1. A publicidade abusiva

É importante ressaltar que alguns doutrinadores diferem entre publicidade e propaganda, uma vez que a segunda é definida por Denari, citado por Ramos e Zanatta (2015, p. 189), como: “a divulgação de qualquer ideia com o fito de fazer proselitismo político, social ou religioso”.

Destaca Miragem (2014, p. 3-4) que “a atividade publicitária é inerente ao mercado de consumo contemporâneo. Seus efeitos, aliás, ultrapassam uma perspectiva meramente econômica, influenciando na definição de comportamentos sociais”.

O Código de Defesa do Consumidor procura apresentar diretrizes a respeito da publicidade, estabelecendo a proibição de qualquer forma de publicidade ilícita. Dessa forma, o conceito de ilicitude da publicidade transcorre de dois tipos: 1- Publicidade enganosa e 2- publicidade abusiva.

No presente artigo, será discutida apenas a publicidade abusiva. É de se ressaltar que a publicidade ilícita provoca afronta ao princípio da segurança, de maneira a dissimular o produto. Diante da “ignorância” do consumidor, absorve sua fé e o induz a adquirir o produto. Ressalte-se que a publicidade abusiva é indutora de insegurança, uma vez que o consumidor é levado a consumir um produto de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

O Código de Defesa do Consumidor procurou apresentar em seu dispositivo um rol apenas exemplificativo do que seja publicidade abusiva. Desta forma, o aplicador da lei deve, no caso concreto, fazer uma interpretação dos dispositivos elencados no Código, com o propósito de resguardar da melhor forma o consumidor – que é a parte mais vulnerável da relação de consumo.

A respeito da publicidade abusiva, o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 2º - É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

É de se observar, ainda, que a proibição à publicidade abusiva tem a finalidade de romper a divulgação de mensagens que afrontem valores sociais, éticos e morais e também a ordem pública. De todo modo, a publicidade abusiva pode ser subdividida em: 1- “discriminatória”, 2- “exploradora do medo ou superstição”, 3- “incitadora de violência”, 4- “dirigida à criança”, 5- “antiambiental” e 6- “indutora de insegurança”.

A publicidade abusiva discriminatória, de acordo com Tessaro (2014), é aquela que segrega o ser humano em razão de sua etnia, origem, sexo, religião etc. Ademais, ofende o princípio da igualdade, previsto expressamente na Constituição Federal de 1988.

Quanto à exploradora do medo ou superstição, é aquela cuja utilização é para convencer o consumidor a comprar determinado produto. Não é imperioso que se cause temor para ser designada como tal, mas apenas que se utilize desses artifícios para ser considerada ilegítima.

Marques, Bessa e Benjamin (2014) apontam que as mensagens publicitárias que incitam violência são aquelas que se utilizam de anúncios relativos a agressões, morte ou guerra. Em decorrência disso, não são toleradas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A publicidade destinada à criança, dependendo de seu conteúdo e modo de veiculação, pode vir a ser considerada abusiva justamente por sua maior fragilidade em entender seu real alcance. As empresas utilizam a publicidade como principal instrumento para divulgar seus produtos e serviços, sobrevalorizando suas qualidades e características e criando artificialmente novos desejos.

No âmbito das novas plataformas digitais, como redes sociais, *blogs* e provedores de conteúdo, o controle publicitário é ainda mais difícil, sobretudo pelo dinamismo e caráter subliminar das mensagens, comumente veiculadas pelos conselheiros digitais com grande apelo popular, sem a observância do princípio da identificação publicitária, previsto no artigo 36 do CDC.

Percebe-se que boa parte das mensagens publicitárias é destinada ao público infantil, o qual é hipervulnerável, como já demonstrado neste artigo, de modo que se passa à análise do protagonismo da criança e do adolescente e a publicidade na relação de consumo.

3.2. O protagonismo da criança e adolescente e publicidade infantil na relação de consumo

A criança é um ser que se encontra em desenvolvimento físico, psicológico e social. Desse modo, não se acha capaz para entender o caráter persuasivo e, na maior parte das vezes, sublinear dos anúncios publicitários, uma vez que os anúncios destinados para o público infantil se valem da deficiência de julgamento e de experiência deste.

Para Fernandes (2010, p. 45), “a publicidade dirigida à criança deve ter limites restritos porque a criança, diferentemente do adulto, não possui discernimento para compreendê-la em sua magnitude”.

Verbicaro e Silva (2017, p. 04) afirmam que:

A abordagem utilizada é agressiva, fruto de um verdadeiro assédio, subjugando a capacidade de escolha e reflexão do indivíduo, obrigando-o a decidir por impulso e de acordo com um único padrão estético estabelecido, o que naturalmente se agrava se o destinatário da mensagem for uma criança, cujo desenvolvimento intelectual incompleto a impede de discernir, ou mesmo de se precaver de conteúdos invasivos e não menos abusivos, daí porque é possível falar de que o público infantil se enquadra na categoria dos “hipervulneráveis”.

A mídia tem percebido a influência da criança e do adolescente e, na tentativa de aproveitar-se da ingenuidade deles para vender seus produtos, utiliza a publicidade abusiva, uma vez que os adultos sofrem forte influência no momento de aquisição de produtos e serviços.

As pesquisas evidenciam o protagonismo infantil em relação às decisões de compra de uma família:

Conforme pesquisa da *TNS/ Interscience* realizada em outubro de 2003, o poder de influência das crianças na hora das compras chega, hoje, a 80% (oitenta por cento) em relação a tudo que é comprado pela família, desde o automóvel do pai, à cor do vestido da mãe, passando, inclusive, pelo próprio imóvel do casal. Quando o assunto é escolha alimentos, esse número é 78% (setenta e oito por cento) do que é consumido pela família. (MOREIRA, RAUEN, ROSSI *apud* TESSARO, 2014, p. 152).

É evidente a capacidade que a publicidade exerce sobre os seres humanos, retirando o obstáculo entre a realidade e a “irrealidade”. É perceptível, assim, que as crianças estão sendo seduzidas pela mídia, que costuma determinar convergências nem sempre saudáveis, apenas com

o desígnio de alcançar ganhos e menosprezando direitos fundamentais para um desenvolvimento saudável e livre de abusos consumeristas.

Diante dessa nova perspectiva publicitária, é inimaginável não perceber nos anúncios, em especial nos comerciais de televisão, uma alteração de grande significado com relação à abordagem, em que os convites são confeccionados para alcançar mais as crianças do que os pais. Porém, para se alcançar efeitos positivos, os publicitários estão aperfeiçoando as técnicas de como ingressar no universo infantil, estudando o mundo da criança e procurando identificar o que realmente gostam.

Percebe-se, assim, que os pais, quando estão acompanhados pelas crianças em determinadas ocasiões, são pressionados a encherem seus carrinhos de compras com produtos que as crianças anseiam – que, por vezes, não são de maiores utilidades, servindo apenas para satisfazer um desejo que foi imposto pela publicidade à criança.

Desta forma, observa-se que as crianças têm papel decisivo nas compras da família, impondo seus desejos relacionados aos produtos adquiridos pelos pais, pois os influenciam a adquirirem os produtos destinados ao consumo conjunto durante as férias familiares ou dos carros, bem como produtos usados apenas por seus pais.

Nesse sentido, Sampaio (2008, p. 66) cita Ribes, doutora em educação, em entrevista concedida a “Encontros com a Mídia”: “Dizer que a criança é ou não é consumidora, tendo como base a posse do dinheiro, é uma questão complexa que tem relação com a forma como as crianças habitam/vivenciam a família e a escola.”.

A criança, apesar de não ter renda própria, é atacada pela grande multidão de produtos e serviços disseminados com grande constância no mercado. Os produtos oferecidos nos mercados, as embalagens, os brindes e as guloseimas produzem grande euforia no público infantil, influenciando as crianças a constrangerem seus pais a contrair produtos fora da lista de compras cotidianas e, muitas vezes, supérfluos para muitas famílias.

Importante observar a afirmação do sociólogo e jornalista Clóvis Barros Filho (2008), na 4ª Conferência Anual de Publicidade e de Promoção para Crianças – evento voltado para premiar os melhores publicitários que trabalham com publicidade no mercado infantil, realizado em setembro de 2001. Um dos participantes do evento observou o aumento da influência das crianças no consumo, dizendo que o mercado infantil é atualmente o setor mais poderoso do mercado.

Entretanto, não houve qualquer observação a respeito da publicidade abusiva em relação à criança e ao adolescente, à ética ou à responsabilidade social, preocupando-se apenas com o protagonismo infantil e o lucro que a publicidade pode gerar explorando o público infantil e o mercado decorrente deste público.

Destarte, a publicidade abusiva destinada às crianças, sendo estas protagonistas da relação de consumo, trata-se de uma violência sutil, implementando costumes e determinando valores na vida da criança desde muito cedo, possibilitando, desse modo, alterar uma vida – uma vez que esse tipo de publicidade instrui que somente por meio do consumo se pode alcançar o modelo capitalista de felicidade.

O projeto “Criança e Consumo”, do Instituto Alana, criou uma campanha “#AnunciaPraMim”, com o objetivo de influenciar e incentivar os pais a fazerem denúncias contra empresas que praticam a publicidade infantil abusiva, propondo-as para que essas informações não sejam direcionadas especificamente para crianças e sim que atinjam o público adulto, uma vez que ele possui capacidade econômica para decidir o que crianças e adolescentes vão consumir, tendo

também maior percepção para distinguir o que será prejudicial ao pleno desenvolvimento da infância e da adolescência.

Desse modo, é preciso combater o assédio do mercado em relação à criança, então denominada “consumidor do futuro”, induzindo-a em seus primeiros anos de vida a desenvolver hábitos de consumo nocivos e prejudiciais ao seu desenvolvimento, bem como a instigar adultos a adquirirem produtos, através de seu poder de persuasão e protagonismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto abordou a publicidade abusiva e o protagonismo da criança e do adolescente na relação de consumo, apresentando o contexto em que os historiadores nacionais e internacionais começaram a dar real importância à criança e ao adolescente, reconhecendo-os como sujeitos de direito, assim como sua hipervulnerabilidade na relação de consumo.

Dessa forma, é indiscutível que o ordenamento jurídico deve assegurar total proteção à criança e ao adolescente, regulando os seus direitos e suas garantias, superando a noção de que o adulto é superior a tudo, pois, quando se agia desta forma anteriormente, dava-se azo para que as transgressões contra a criança e o adolescente não fossem penalizadas e apuradas, retirando assim o seu pleno desenvolvimento físico e emocional.

A criança e o adolescente têm direito ao seu reconhecimento como sujeitos de direito, pois quando a sociedade os trata sistematicamente como inferiores, reproduz-se uma imagem negativa deles mesmos, tendendo a não desenvolver a autoconfiança.

O infante é um ser humano em desenvolvimento, possuidor de vulnerabilidade existencial ou hipervulnerabilidade, pois não possui a capacidade de discernimento plenamente desenvolvida, quando exposto e submetido à publicidade abusiva, de forma a acarretar sérios prejuízos de ordem psicológica e econômica, causando danos ao seu desenvolvimento saudável e comportamento social.

Destarte, não é suficiente apenas denunciar e censurar o mercado da publicidade abusiva e o protagonismo da infância. Além disso, é preciso que se articulem mecanismos públicos de controle e movimentos sociais para possibilitar que a criança e o adolescente se desenvolvam em rudimentos saudáveis, de forma que a sua identidade, seus valores e seu pensamento de futuro não sejam corrompidos pela publicidade abusiva.

Nesse contexto, medidas como a campanha “#AnunciaPraMim”, do Instituto Alana, são necessárias, pois servem de alerta para os pais e incentivam denúncias contra empresas que se valem da publicidade infantil abusiva para angariarem lucro.

É preciso, ainda, que as normas que regulamentam a publicidade sejam respeitadas e que o próprio fornecedor de produtos e serviços se autofiscalize, utilizando um monitoramento preventivo contra a publicidade ilícita e adotando normas para que a criança e o adolescente não sejam usados como instrumento de publicidade abusiva. A busca de uma aproximação ética com seu público consumidor, justamente pelo respeito aos direitos da criança e do adolescente, forja um novo modelo de atuação empresarial, voltado para o fortalecimento de uma identidade com a marca (*branding*), fidelizando, em última análise, o consumidor.

É importante que haja um crescimento saudável dos infantes, pois estes são seres que se encontram em desenvolvimento. Ainda, é imprescindível que haja um fortalecimento das relações familiares, bem como que os órgãos responsáveis pela fiscalização e proteção da criança e adolescente desempenhem o seu papel de combate à publicidade abusiva.

Assim, a publicidade direcionada à criança e ao adolescente exige um controle normativo mais rigoroso, posto que a sua capacidade de decisão é limitada, em razão de seu desenvolvimento físico e emocional incompletos. Nesse sentido, é possível reconhecê-los como portadores de uma vulnerabilidade agravada, na medida em que estão mais suscetíveis a padrões estéticos-comportamentais nocivos – como, por exemplo, nos casos de obesidade infantil, sexualidade precoce, *bullying* ou mesmo num inadvertido apelo para a superação prematura de suas infâncias.

O maior empoderamento dos consumidores no mercado, quando passam a exercer sua liberdade de escolha de forma mais qualificada, permite a eles selecionar fornecedores que não apenas respeitem o adequado desenvolvimento da criança e do adolescente pela veiculação de publicidade responsável, mas também lhes possibilita influir na mudança do comportamento ético do empresário, seja pela postagem de experiências negativas nas redes sociais e sites de compartilhamento de experiências, seja pelo boicote de produtos e serviços nocivos ao público infantil.

REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. **História social da família da criança e da família**. 2.ed. São Paulo: LCT, 2018.

AURELIO. **O minidicionário da língua portuguesa**. 4 ed. rev. e amp. do mini dicionário Aurélio. Rio de Janeiro, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENJAMIN, Walter. **Reflexões sobre a criança, o brinquedo e a educação**. São Paulo: Editora 34, 2002.

BRASIL. **Constituição Federativa de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 14 jan 2019.

BRASIL. **Lei 8.069/90**. Estatuto da Criança e do Adolescente. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.html. Acesso em: 14 jan 2019.

COOK, Daniel Thomas. **The Commodification of childhood: the children's clothing industry and the rise the child consumer**. Durham & London: Duke University Press, 2004.

COSTA, Marconi Freitas; LIMA, Raniere de Franca; SANTOS, Paula Janaine; VIEIRA, Maria das Graças. **Comportamento do consumidor infantil: um estudo do consumo dos pais em supermercados através da influência dos filhos no momento da compra**. Disponível em: <http://do-cplayer.com.br/12484635-Comportamento-do-consumidor-infantil-um-estudo-do-consumo-dos-pais-em-supermercados-atraves-da-influencia-dos-filhos-no-momento-da-compra.html>. Acesso em: 05 jan. 2019.

DEL PRIORE, Marry. **História das Crianças no Brasil**. Ed. São Paulo: Contexto, 2018.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e hipervulneráveis: limitar, proibir ou regular? **Revista de Direito do Consumidor**. vol 99, ano 24, p. 285-305. São Paulo: Ed. RT, maio-jun, 2015.

FERNANDES, Marília Milioli. **A publicidade abusiva diante da hipossuficiência da criança: Um estudo à luz do princípio da proteção integral**. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/>

bitstream/handle/1/369/Mar%C3%ADlia%20Milioli%20Fernandes.PDF?sequence=1. Acesso em: 14 jan 2019.

HENRIQUES, Isabella. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A Publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 99/2015, p. 101 – 123, maio-jun. 2015.

KRAMPE, Francieli Daiane. **A Publicidade das Bebidas Alcoólicas e os Parâmetros do Direito**. Cascavel, 2013.

LINN, Susan. **Crianças do consumo: a infância roubada**. São Paulo: Instituto Alana, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Rosco; BANJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Manual de Direito do Consumidor**. 6 ed. RJ: Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, 2014.

MILC – Movimento infância livre de consumismo. Disponível em: <http://milc.net.br/2014/08/os-limites-legais-da-publicidade-infantil-no-direito-brasileiro/#.VQXWjtLF1Y>. Acesso em: 11 jan. 2019.

MIRAGEM, Bruno. **A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA)**. Disponível em: http://criancaconsumo.org.br/wpcontent/uploads/2014/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf. Acesso em: 10 jan. 2019.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2015.

POSTMAN, Neil. **O Desaparecimento da Infância**. Tradução: Suzana Menescal de A. Carvalho e José Laurenio de Melo. RJ: Graphia Editorial, 1999.

PROJETO CRIANÇA E CONSUMO. **Por que a publicidade faz mal para as crianças**. Instituto Alana, 2009. Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/por-que-a-publicidade-faz-mal-para-as-criancas.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2019.

RAMOS, Fabiane D’Andrea; ZANATTA, Lisiane. Fundamentos principiológicos para a proibição de publicidade dirigida à criança no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/68431/46263>. Acesso em: 10 jan. 2019.

RIZZINI, Irene. Infância e globalização: análise das transformações econômicas, políticas e sociais. **Revista de Sociologia da Universidade de Lisboa**, Problemas e Práticas. Portugal, v. 44, p. 11-26, 2004.

SAMPAIO, Fernanda Tiosso. **As abusividades da publicidade e o público infantil**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/681/752>. Acesso em: 12 jan. 2019.

SANDRI, Jean Carlos; SILVA, Alexandre Barbosa da. O controle da publicidade abusiva destinada a crianças. **Revista de Estudos Jurídicos e Sociais**. Cascavel, 3. ed., n. 3, p. 189-217, ago. 2014.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana, conteúdo, trajetória e metodologia.** Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo.** 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

SOUZA, Maristela Denise Marques de. **Responsabilidade socioambiental da publicidade a partir da análise jurídica da publicidade ilícita que não atende os valores socioambientais.** Curitiba: 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

TESSARO, Eduardo Felipe. **A publicidade infantil e a obesidade: O papel do direito na proteção do cidadão.** Berlin: Novas Edições Acadêmicas, 2014.

VALOIS, Bertha Lilia e Silva. **Publicidade dirigida à criança: A necessidade de uma regulamentação específica.** Universidade Católica de Pernambuco. Disponível em: http://www.unicap.br/tede/tde_arquivos/4/TDE-2013-08-21T162107Z_586/Publico/bertha_lilia_silva_valois.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.

VERBICARO; Dennis; SILVA, Camille Barroso. O assédio de consumo no âmbito da publicidade infantil. **Revista Direitos sociais e políticas públicas** (Unifafibe). Disponível em: www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/.../pdf_1. Acesso em: 10 jan. 2019.

Submetido em: 27 maio 2019.

Aceito em: 23 ago. 2020.

O DIREITO MINERÁRIO À LUZ DOS REGIMES DE APROVEITAMENTO DOS RECURSOS MINERAIS NO BRASIL

Sérgio Alexandre de Moraes Braga Junior

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Rio Grande do Norte.
s.alexandre.prof@gmail.com

Maria Jamile da Silva

Centro Universitário Natalense (UNICEUNA), Rio Grande do Norte.
mariajamedasilva@gmail.com

RESUMO: Este trabalho apresenta como tema central o estudo dos regimes de aproveitamento dos recursos minerais brasileiros sob a luz do direito minerário e tem como objetivo geral conceituar cada um desses regimes e encontrar quais os requisitos legais para a outorga dos mesmos. Quanto à metodologia aplicada para a realização do presente trabalho consistiu em pesquisa de natureza aplicada, com abordagem hipotético-dedutiva e qualitativa, com o objetivo descritivo e de propor avaliação formativa, pesquisas bibliográficas, documentais e legislações tanto no meio impresso quanto no meio eletrônico, além de estudo de caso. Para tanto, faz-se no primeiro capítulo uma introdução ao direito ambiental, partindo do meio ambiente como um direito difuso e posteriormente sobre seus principais princípios, como os princípios do meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio a sadia qualidade de vida, trata ainda da influência dos recursos ambientais no direito minerário. Em seguida, no segundo capítulo, adentra-se de fato no direito minerário, tendo no primeiro tópico um esboço histórico do direito minerário e as Constituições brasileiras, o segundo tópico aborda o direito minerário brasileiro a partir da Constituição da República Federativa do Brasil, Código de Mineração e outras legislações que abordam o direito minerário. Por fim, o último tópico aduz sobre os regimes de aproveitamento dos recursos minerais no Brasil que são o regime de autorização, regime de concessão, regime de licenciamento, regime de permissão de lavra garimpeira e o regime de monopolização, aqueles previstos no Código de Mineração.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental. Direito minerário. Regimes de aproveitamento. Recursos minerais.

Mining Right in the light of mineral resources accepted in Brazil

ABSTRACT: This study presents the central of the study of the regimes of the appropriate resources is of human in the light of the minimum mining and has to global to conceptualize each one regimes and what are legal requirements to grant them. Metadata is applied to the achievement of the present work in consistency with the research of nature, with the purpose of doing an opinion survey on the subject besides the case study. For most the party is the first to have the right environmental environment, and the acting of the environment the quality of nature environmental resources in the mining law. Then there is a group with no rights, no right to rights, no right, no right, no right, no right, no right, no right to rights. other laws that deal with mining law. Finally, the last topic on profit-sharing schemes is not the concession regime, concession regime, concession regime, incentive grant scheme and monopoly regime, with the Mining Code in force.

KEYWORDS: Environmental Law. Mining Law. Regimes of exploitation. Mineral resources.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca compreender a influência principiológica exercida pelo Direito Ambiental, disciplina jurídica que versa acerca da proteção conferida ao meio ambiente, sob o Direito Minerário, ramo jurídico que trata das normas e procedimentos relacionados aos recursos minerais. Buscando-se, ainda, analisar o Direito Minerário à luz dos regimes de aproveitamento dos recursos minerais no Brasil.

Nesse sentido, sabe-se que o Brasil possui em seu domínio territorial uma das maiores biodiversidades do planeta, tornando-se assim, um tema de grande relevância para o Direito, sendo fruto histórico da evolução humana. O Direito Ambiental é um ramo que cada vez mais ganha visibilidade tanto na esfera nacional como na internacional. A priori é necessário definir o Direito Ambiental como sendo direito difuso.

Cada vez mais se faz necessário regular as atividades dos seres humanos sobre o uso dos recursos naturais, assim foram criados uma série de princípios do Direito Ambiental e do Direito Minerário como também legislações cada vez mais rígida nesse sentido.

Sobre os capítulos a seguir, no primeiro capítulo abordaremos o Direito Ambiental como direito difuso e a proteção dos Recursos Naturais, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Adiante, passaremos aos princípios do Direito Ambiental, que podem estar expressos ou não na Carta Magna. Tendo como seu principal princípio o do meio ambiente ecologicamente equilibrado que trata sobre a garantia do direito à vida e sobre a responsabilidade com as gerações futuras, como o próprio nome do princípio sugere, uso equilibrado do meio ambiente. Sobre o princípio da sadia qualidade de vida que é considerado indispensável para a proteção e preservação da dignidade da pessoa humana.

No que concerne aos princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador, fez-se necessário diferenciar um do outro, pois apesar do nome, enquanto um é responsável pela restituição dos custos sociais dos danos causados por sua atividade, o outro não é necessário o dano para o pagamento da utilização do recurso natural.

Sobre os recursos ambientais e o direito minerário os mesmos podem ser colocados em dois grupos, onde os minérios estão classificados como não-renováveis.

Apresenta-se a história do Direito Minerário no Brasil a partir das Constituições brasileiras, tendo início ainda no Brasil Colônia, passando por uma série de mudanças até a Constituição Federal de 1988.

As mudanças no setor minerário a partir do novo Código de Mineração são abordadas neste trabalho, como também a criação da Agência Nacional de Mineração.

Para entender-se a importância do Direito Minerário e de sua legislação, foi necessário abordar o caso do maior desastre ambiental do Brasil e qual o impacto no novo Código de Mineração. Destarte, abordaremos os regimes de aproveitamento do Direito Minerário, previsão legal, e requisitos.

1. MEIO AMBIENTE NA ORDEM CONSTITUCIONAL E SUA INFLUÊNCIA NA DISCIPLINA DOS RECURSOS MINERAIS

1.1. Meio ambiente como direito difuso

O Direito Ambiental é considerado um ramo autônomo, possuindo princípios próprios e atuação direta do Estado nas questões ambientais. A lei nº 6938/1981 conceitua o meio ambiente como um “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, I) impulsionando a tutela dos direitos coletivos.

O Brasil possui em seu domínio territorial uma das maiores biodiversidades do planeta, e tornando-se assim, um tema de grande relevância para o Direito, sendo fruto histórico da evolução humana. Trata-se então da atuação de interesses difusos, ou seja, abstratos, sendo o destinatário um intermediário e não sendo possível identificar aquele o qual será o último beneficiário da proteção ambiental. Nesse sentido, nas palavras de Fühler e Milaré¹, a proteção dos interesses difusos, os quais se encontram significativamente presente nos temas concernentes ao meio ambiente, não estão atrelados a um titular individualizado, mas sim à toda uma coletividade e, ao mesmo tempo, a cada um de seus integrantes. Assim, tão logo que a doutrina passou a concentrar-se nesse tema, consagrou-se a denominada terceira geração de direitos, em prosseguimento à primeira e segunda geração que, respectivamente, contemplavam os direitos individuais e os direitos sociais.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88)², estabelece em seu artigo 225 as diretrizes de preservação e proteção dos recursos naturais e ainda, definiu o meio ambiente como um bem de uso comum da sociedade comum:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Trata-se de direito fundamental de terceira geração, sendo relacionados com os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, buscando um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como assim dispõe a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o julgamento do Mandado de Segurança (MS) nº 22.164³.

O direito ambiental engloba quatro eixos, sendo o primeiro denominado meio ambiente natural, que é composto por elementos corpóreos e incorpóreos previstos no artigo 225, caput, §

¹ FÜHRER, Maximilianus C. A.; MILARÉ, Édís. Manual de direito público e privado. 17. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 315.

² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

³ O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis) – realçam o princípio da liberdade, e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inextinguibilidade. Supremo Tribunal Federal – STF sobre o julgamento do MS nº 22.164. Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, em 30/11/1995.

1º, I e II da CF/88. O segundo eixo refere-se ao meio ambiente artificial, que diz respeito ao meio ambiente urbano, as cidades e tem previsão nos artigos 225, 182 e 21, XX da CF/88. O terceiro eixo versa sobre o viés do direito cultural e do direito ambiental, abrangendo seus costumes e evolução mencionado na CF/88 em seu artigo 216. O último eixo do direito ambiental diz respeito ao trabalho, evidenciado no artigo 7º, XXII e 200, VIII ambos da CF/88.

Portanto, o direito ambiental possui cinco características fundamentais, sendo a primeira característica o interesse difuso aludido no artigo 81 da Lei nº 8.078/1990 onde disciplina *in verbis* “interesses ou direitos difusos assim entendidos para efeitos desse Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”⁴. A segunda característica é a metaindividualidade, que são aqueles interesses pertencentes a um grupo. Celso Fiorillo cita que “ultrapassam o limite da esfera de direitos e obrigações de cunho individual”⁵.

1.2. Princiologia do direito ambiental

O direito ambiental é regido por leis, costumes, jurisprudências, doutrinas e por princípios que servem para salvaguardar o meio ambiente. Nesse liame, Milaré⁶ ressalta que o Direito Positivo, cuja construção ocorre de forma científica ao longo dos períodos e diante dos diversos fenômenos sociais, é responsável pela regulação das sociedades, sendo que, de forma semelhante, a mesma científicidade do saber jurídico está presente no processo de criação dos princípios fundamentais do Direito Ambiental. Além disso, é possível afirmar, pelas mesmas razões, que os princípios norteadores dessa disciplina jurídica são dinâmicos e projetivos, haja vista que devem acompanhar as mudanças sociais introduzidas a cada geração.

Os princípios são elencados como normas jurídicas, os quais, conforme Amado⁷, devem ser compreendidos como normas norteadoras do sistema jurídico, possuindo um caráter de abstração, generalização e indeterminação superior às regras, haja vista que não visam a regular diretamente situações fáticas, algo que implica na impossibilidade de sua aplicação concreta.

Para Leme Machado⁸, os princípios que regem o direito ambiental são: princípio do direito ao meio ambiente equilibrado, princípio do direito à sadia qualidade de vida, princípio do acesso equitativo aos recursos naturais, princípio do usuário-pagador e do poluidor pagador, princípio da prevenção, princípio da reparação, princípio da informação e o princípio da obrigatoriedade da intervenção do poder público.

⁴ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 05/12/2018

⁵ FIORILLO. Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 6-7.

⁶ MILARÉ, Edis. **Direito do Meio Ambiente**. 7ª ed., revista, atual, e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁷ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 2. ed, São Paulo: método, 2011, p.39.

⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 17. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 62.

1.2.1. Princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana

Tendo como seu princípio constitucional geral o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado onde versa sobre o reconhecimento do direito à vida e fixa as responsabilidades desta geração para com as gerações futuras. Encontra-se inserido no caput do artigo 225 do texto maior. Esse reconhecimento como direito constitucional é uma conquista recente da sociedade brasileira⁹.

Durante o Fórum de Justiça do BRICS¹⁰ na cidade de Sanya, China em 2015 o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowsky, salientou¹¹:

O equilíbrio ambiental está consagrado na Constituição Federal de 1988 como um direito de todo cidadão, ao estabelecer, em seu artigo 225, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Paulo Affonso Leme Machado, em sua obra intitulada *Direito Ambiental Brasileiro*¹², cita que ter direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado equivale a afirmar que há um direito que não se desequilibre significativamente o meio ambiente.

Por sua vez, Thomé¹³, estabelece que tal princípio não é aplicado em qualquer situação de perigo de dano e sim na certeza científica do impacto ambiental de atividade. Impondo adesão de medidas preventivas hábeis a minimizar ou eliminar os efeitos negativos de uma atividade sobre o ecossistema.

Em suma, o princípio do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser considerado pelo ordenamento jurídico, como um direito de terceira dimensão, sendo esse fundamental para a dignidade da pessoa humana. Pode ser tutelado por meio de uma Ação civil pública onde, a responsabilização dos danos causados é objetiva, ou seja, independe de culpa do poluidor/pagador.

1.2.2. Princípio do direito à sadia qualidade de vida

Endossa ainda o rol dos princípios do direito ambiental o princípio do direito à sadia qualidade de vida. Tal princípio é indispensável para a proteção e preservação do princípio da dignidade da pessoa humana.

⁹ ANTUNES. Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**, 14. ed., São Paulo: Atlas, 2012. p.61.

¹⁰ Bloco de Países composto por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Na China, ministro Lewandowski destaca papel do judiciário na proteção ambiental. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo Acesso em: 13 de maio de 2019.

¹² MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**, 17. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 62.

¹³ SILVA. Romeu Faria Thomé da. **Manual de direito ambiental**. 7. ed., rev. atual. e ampl. Salvador: Jus podivm. 2017. p. 56.

Fiorillo salienta que o bem ambiental é aquele “que tem como característica constitucional mais relevante ser essencial à sadia qualidade de vida, sendo ontologicamente de uso comum do povo, podendo ser desfrutado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais”¹⁴.

O Ministro Luiz Fux durante a apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.029 estabelece que¹⁵:

[...] o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando e saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente de 1972¹⁶ na Declaração de Estocolmo evidenciou-se em seu princípio número 1 que o homem tem direito fundamental a “[...] adequadas condições de vida, em um meio ambiente de qualidade[...]”¹⁷. Estabelece Leme Machado que “a qualidade de vida é um elemento finalista do Poder Público, onde se unem a felicidade do indivíduo e o bem comum, com fim de superar a estreita visão quantitativa, antes expressa no conceito de nível de vida”¹⁸.

Em síntese, quando falamos em direito à sadia qualidade de vida não se deve limitar apenas a saúde física de um indivíduo, deve-se levar em conta os elementos da natureza, a fim de medir sua vitalidade e possíveis riscos à saúde dos seres humanos.

1.2.3. Princípio do acesso equitativo aos recursos naturais

O princípio do acesso equitativo garante que todos utilizem de forma equilibrada os recursos ambientais. O direito ambiental tem como dever estatuir um conjunto de regras a fim de

¹⁴ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p.173.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 13 maio 2019.

¹⁶ Fórum das Nações Unidas sobre o meio ambiente de 1972. **Declaração de Estocolmo**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/meio-ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em 13 maio 2019.

¹⁷ Princípio 1. **Declaração de Estocolmo**. O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/meio-ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 13 maio 2019.

¹⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**, 17. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 61.

estabelecer plausibilidade na utilização dos recursos minerais. Assim, conforme Machado¹⁹, faz-se necessária a razoabilidade na utilização dos recursos, sendo que o desrespeito a tal critério pode implicar na proibição de sua utilização, independentemente de que se trate de um recurso que não é atualmente escasso.

O Princípio 5 da declaração de Estocolmo/72 expressa que “os recursos não renováveis do globo devem ser explorados de tal modo que não haja risco de serem exauridos e que as vantagens extraídas de sua utilização sejam partilhadas a toda a humanidade”²⁰.

Os recursos naturais ficam sobre o comando de chefes de governo, sendo limitados ou não àqueles que habitam determinado território. O Princípio do acesso equitativo aos recursos naturais busca a harmonia no direito de usufruir esses recursos.

1.2.4. Princípios do poluidor pagador e do usuário pagador

Outros dois princípios importantes para o direito ambiental são os Princípios do poluidor pagador e do usuário pagador. Ressalte-se que estes são os princípios de grande controvérsia na seara ambiental por tratarem de questões financeiras.

O primeiro princípio consiste na obrigação do poluidor em assumir os custos da reparação do dano por ele causado e que esteja vinculado ao meio ambiente; este princípio foi consagrado por meio do ECO-92²¹:

As autoridades nacionais devem esforçar-se para promover a internalização dos custos de proteção do meio ambiente e o uso dos instrumentos econômicos, levando-se em conta o conceito de que o poluidor deve, em princípio, assumir o custo da poluição, tendo em vista o interesse público, sem desvirtuar o comércio e os investimentos internacionais.

No que consiste a CF/88, a mesma traz em seu texto os seguintes termos: “Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei”²².

Cabe destacar os itens do documento INFORMAÇÕES n.00374/2018/PROT/PFE-IBAMA-RO/PGF/AGU assinado pelo Procurador Federal Kleber Kuhn, *verbis*²³:

1. Em complemento ao capítulo “DA RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO POLUIDOR EM REPARAR O DANO AMBIENTAL” seguem as seguintes informações:

2. Segundo o princípio do poluidor-pagador deverá o empreendedor responder pelos custos sociais da degradação causada por sua atividade impactante, devendo-se agregar esse valor no custo produtivo da atividade, para se evitar que se privatizem os

¹⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**, 17. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 67.

²⁰ Princípio 5.Fórum das Nações Unidas sobre o meio ambiente de 1972. **Declaração de Estocolmo**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/meio-ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em 13 maio 2019

²¹ NORMA PRINCÍPIO Nº 16, **Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, 1992**. Disponível em: www.meioambiente.pr.gov.br/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Developolvimento. Acesso em: 14 maio 2019.

²² § 2º, artigo.225, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988

²³ SAPIENS. **Sistema AGU de inteligência jurídica**. gerenciador eletrônico de documentos (GED), híbrido, que possui recursos de apoio para a produção de conteúdo e controle de fluxo de trabalho, focado na integração com os sistemas informatizados do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Disponível em: www.sapiens.agu.gov.br. Acesso em: 15 maio 2019.

lucros e se socializem os prejuízos ambientais, que também deverão ser internalizados (internalização das externalidades negativas).

Através desse entendimento, pessoas físicas e jurídicas causadoras de algum dano de poluição, sendo de direito público ou privado tem obrigação de pagar os custos das medidas adotadas necessárias para sanar ou reduzir a contaminação causada por elas. Não se trata de sair poluindo indiscriminadamente para pagar depois, no entendimento de Marcelo Abelha Rodrigues “o axioma poluidor-pagador não pode ser interpretado ao pé da letra, tendo em vista que não traduz a ideia de “pagar para poluir”, e também porque seu alcance é absurdamente mais amplo do que a noção meramente repressiva que possui”²⁴. Desta forma, o pagamento é pelo uso excessivo do recurso e não por danos causados.

O princípio do usuário pagador não se confunde com o princípio do poluidor pagador, apesar do nome. Enquanto no princípio do poluidor pagador, o poluidor é responsável pelos custos sociais dos danos causados pela sua atividade, o princípio do usuário pagador significa que as pessoas que utilizem recursos naturais devem pagar por sua utilização mesmo que não haja poluição.

Conforme Beltrão, o Princípio do Usuário pagador “consiste na cobrança de um valor econômico pela utilização de um bem ambiental. Diferentemente do princípio do poluidor-pagador, que tem uma natureza reparatória e punitiva”²⁵.

Nesse mesmo sentido, Machado destaca que “o princípio do usuário-pagador não é uma punição, pois, mesmo inexistindo qualquer ilicitude no comportamento do pagador, ele pode ser implementado”²⁶.

Apesar de não possuir expressa previsão na legislação, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a existência do Princípio do usuário pagador por meio da ADI 3.378, vejamos²⁷:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 36 E SEUS §§ 1º, 2º E 3º DA LEI Nº 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 1º DO ART. 36. 1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados. 2. Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório - EIA/RIMA. 3. O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. (...)5. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento. 6. Ação parcialmente procedente.

²⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de direito ambiental**. 5, ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Max limoned, 2002. p. 138.

²⁵ BELTRÃO, Antônio Figueiredo Guerra. **Curso de Direito Ambiental**. 2, ed. red., atual. ampl. São Paulo: método. 2014. p. 35.

²⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**, 17. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 54.

²⁷ BRASIL. STF. ADI: 3378, DF, Relator: CARLOS BRITTO. Data de julgamento: 09 de abr de 2008. Tribunal do Pleno. Data de publicação: DJe-112 DIVULG 19 de jun de 2008. PUBLIC 20 de jun de 2008. EMENT VOL-02324-02 PP- 00242.

É necessário destacar que a Lei nº 6.938/1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente²⁸) em seu artigo 4º, VII tem como objetivo determinar que os usuários contribuam para a utilização dos recursos naturais que tenham fins econômicos, como a água, por exemplo. A Lei Federal nº 9.433/1997 (Lei das águas²⁹) trata da Política Nacional de Recursos Hídricos e baseia-se nos fundamentos previstos no artigo 1º, nestes termos:

Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

I- a água é um bem de domínio público;

II- a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;

III- em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;

IV- a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;

Assim, os fundamentos previstos nos incisos I e II do artigo menciona a água como bem de domínio público dotado de valor econômico. No tocante a seção IV da Lei nº 9.433/1997 refere-se à cobrança do uso dos recursos hídricos. O artigo 19 dispõe:

Art. 19. A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva:

I- reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor;

II- incentivar a racionalização do uso da água;

III- obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

Por fim, trata-se da finalidade de arrecadar recursos a serem revertidos ao meio ambiente, também funcionando como uma medida socioeducativa, inibindo o desperdício.

1.2.5. Princípios da prevenção e da precaução

Em todas as questões relacionadas ao Meio Ambiente, é necessário que haja uma pressuposição de que é mais eficaz tentar evitar o dano que tentar repará-lo. Partindo de tal premissa, o Princípio da Prevenção possui o propósito da cautela e tem previsão legal no artigo 225 da CF/88, surgindo de um prognóstico o qual exista conhecimento científico prévio dos riscos e impactos ambientais, podendo modificar os projetos, não causando danos ao meio ambiente.

Paulo de Bessa Antunes afirma que “o princípio da prevenção que informa tanto o licenciamento ambiental como os próprios estudos de impacto ambiental. Tanto um como outros são realizados sobre a base de conhecimentos já adquiridos”³⁰.

²⁸ BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm. Acesso em: 16 de maio de 2019.

²⁹ BRASIL. Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm. Acesso em: 31 de maio de 2019.

³⁰ ANTUNES. Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**, 14. ed., São Paulo: Atlas, 2012. p.36.

A Lei Complementar 140/2011 que regulamenta o art. 23, parágrafo único, incisos III, IV e VII da CF/88 trata da cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, como demonstra o art. 3^o³¹:

Art. 3^o. Constituem objetivos fundamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no exercício da competência comum a que se refere esta Lei Complementar:

I- proteger, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, promovendo gestão descentralizada, democrática e eficiente;

II- garantir o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico com a proteção do meio ambiente, observando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais;

III- harmonizar as políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuições e garantir uma atuação administrativa eficiente;

IV- garantir a uniformidade da política ambiental para todo o País, respeitadas as peculiaridades regionais e locais.

Com base nesse Princípio, pode-se impor ao empreendedor, quando se tratar de licenciamento ambiental, condicionantes com o intuito de impedir ou mitigar eventuais danos ao meio ambiente.

Por sua vez, o Princípio da Precaução não está expressamente previsto na Constituição Federal, porém, foi consagrado internacionalmente na Declaração do Rio, na ECO 92 como o princípio de nº 15. Neste princípio, não há o conhecimento prévio dos riscos e impactos ambientais. Tem a finalidade de proteger o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. Entende-se, por esse princípio, que não se deve licenciar uma atividade a qual não se tenha total convencimento de que ela não causará danos irreversíveis ao ambiente.

Apesar de não possuir expressa previsão na Carta Magna, tal princípio foi reconhecido no julgamento do Agravo Regimental em Medida Cautelar na Ação Cível Originária nº 876 (ACO 876 MC-AGR), pelo Supremo Tribunal Federal³²:

Agravo regimental. Medida liminar indeferida. Ação civil originária. Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional. Periculum in mora não evidenciado. 1. Como assentado na decisão agravada, a Ordem dos Advogados do Brasil - Seção da Bahia, AATR - Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia, GAMBA - Grupo Ambientalista da Bahia, IAMBA - Instituto de Ação Ambiental da Bahia, Associação Movimento Paulo Jackson - Ética, Justiça e Cidadania, PANGEA - Centro de Estudos Socioambientais e da AEABA - Associação dos Engenheiros Agrônomos da Bahia, não detêm legitimidade ativa para a ação prevista no art. 102, I, "F", da Constituição Federal. 2. A Licença de Instalação levou em conta o fato de que as condicionantes para a Licença Prévia estão sendo cumpridas, tendo o IBAMA apresentado programas e planos relevantes para o sucesso da obra, dos quais resultaram novas condicionantes

³¹ BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm. Acesso em: 31 de maio de 2019.

³² BRASIL. STF. ACO 876 MC-AGR / BA - BAHIA AG.REG.NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA Relator(a): Min. MENEZES DIREITO. Julgamento: 19/12/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326- 01 PP-00044 RTJ VOL-00205-02 PP-00537. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14723924/agregna-medida-cautelar-na-acao-civel-originaria-aco-876-ba>. Acesso em: 31 maio 2019.

para a validade da referida Licença de Instalação. A correta execução do projeto depende, primordialmente, da efetiva fiscalização e empenho do Estado para proteger o meio ambiente e as sociedades próximas. 3. Havendo, tão-somente, a construção de canal passando dentro de terra indígena, sem evidência maior de que recursos naturais hídricos serão utilizados, não há necessidade da autorização do Congresso Nacional. 4. O meio ambiente não é incompatível com projetos de desenvolvimento econômico e social que cuidem de preservá-lo como patrimônio da humanidade. Com isso, pode-se afirmar que o meio ambiente pode ser palco para a promoção do homem todo e de todos os homens. 5. Se não é possível considerar o projeto como inviável do ponto de vista ambiental, ausente nesta fase processual qualquer violação de norma constitucional ou legal, potente para o deferimento da cautela pretendida, a opção por esse projeto escapa inteiramente do âmbito desta Suprema Corte. Dizer sim ou não à transposição não compete ao Juiz, que se limita a examinar os aspectos normativos, no caso, para proteger o meio ambiente. 6. Agravos regimentais desprovidos.

Esse princípio encontra previsão nas resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, da Agência Nacional de Mineração - ANM e na legislação pátria infraconstitucional por meio da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) em seu art. 1º, que dispõe³³:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados- OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

Essas normas estabelecem critérios e técnicas para a manipulação genética, com a finalidade de evitar danos ao Meio Ambiente e à saúde humana. O anexo I da resolução do CONAMA nº 237/97³⁴ submete a utilização do patrimônio genético natural como uma atividade sujeita ao licenciamento ambiental, considerando como atividade potencialmente poluidora.

1.3. Recursos ambientais e a influência no Direito Minerário

Os recursos ambientais podem ser definidos como aqueles disponíveis na natureza de origem animal, vegetal ou mineral. Tem sua regulamentação na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981- art. 3º, V. que dispõe³⁵:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: V - Recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora. (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989)

³³ BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança- CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 31 de maio de 2019.

³⁴ Resolução nº 237- CONAMA, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/bra25095.pdf>. Acesso em: 31 maio 2019.

³⁵ BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm. Acesso em: 16 maio 2019.

Posteriormente, a Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, inseriu o subsolo em sua definição de recursos ambientais³⁶.

Os recursos naturais podem ser classificados em dois grupos: os recursos renováveis (florestas, solos) e não-renováveis (minerais)³⁷. Os pertencentes ao segundo grupo são denominados por existir uma determinada quantidade fixa na crosta terrestre e para que haja renovação é necessário que ocorra processos geológicos, químicos e físicos que duram milhares de anos e ainda existe a possibilidade de exaustão ou esgotamento. Por essa razão, a importância do desenvolvimento sustentável.

Para Eliana Poveda³⁸, é necessário o planejamento e controle do exercício da mineração, haja vista que os recursos minerais existentes não são renováveis e sequer infinitos. Por isso, deve-se programar o empreendimento minerário, sendo que, diante da exaustão do bem mineral ou da sua inviabilidade técnica ou econômica, pode haver o fechamento ou desativação do referido empreendimento.

Desta forma, observa-se que a autora destaca a independência da indústria mineral no que tange as atividades extrativistas.

O controle do exercício da mineração tem determinação expressa na CF/88 no parágrafo segundo do artigo 225. Tendo a mesma tutelado os recursos minerais como propriedade da União Federal, como também a condição de gestoras desses bens ambientais.

2. DIREITO MINERÁRIO À LUZ DO REGIME EXPLORATÓRIO BRASILEIRO

2.1. Escorço histórico do Direito Minerário brasileiro e as Constituições brasileiras

A história do Direito Minerário brasileiro inicia-se com a própria história do Brasil na segunda década. Após a chegada dos portugueses ao Brasil, foram editadas as Ordenações Manuelinas.³⁹ Essas ordenações asseguravam à coroa portuguesa a posse de jazidas⁴⁰ e garantia ao descobridor o direito à exploração mediante a quinta parte dos metais extraídos. Nesse sentido,

³⁶ BRASIL. Lei nº 9.985 de 18 de julho de 2000. Regulamenta o artigo 225, § 1º Art. 2º incisos I, II, III e IV da Constituição Federal, institui o sistema nacional de unidades de conservação da natureza e dá outras providências. Art. 2º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: IV - Recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora; Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm Acesso em: 16 de maio de 2019.

³⁷ POVEDA. Eliane Pereira Rodrigues. **A eficácia legal na desativação de empreendimentos minerários**. São Paulo: Signus editora. 2007, p. 5.

³⁸ POVEDA. Eliane Pereira Rodrigues. **A eficácia legal na desativação de empreendimentos minerários**. São Paulo: Signus editora. 2007, p. 10.

³⁹ São conhecidos com o nome de “Ordenações manuelinas” os três sistemas de preceitos jurídicos impressos, em cinco livros o primeiro, de 1512-13 (teve uma reedição com correções pontuais, em 1514); o segundo sistema, posterior a 1516 e anterior a 1520 (de que apenas se conhecem fragmentos recentemente descobertos que se encontram em restauro); e o terceiro sistema, de 1521 (com quatro edições e diferentes reimpressões de cada uma delas, entre 1521 e 1603). Constituem o primeiro grande conjunto legislativo e normativo do Portugal Quinhentista. Disponível em: www.bnportugal.gov.pt/ordenacoes_manuelinas_500_anos_depois=pt Acesso em: 21 maio 2019.

⁴⁰ Jazida é toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aforando à superfície ou existente no interior da terra que possua valor econômico. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/59339/a-jazida>. Acesso em: 22 maio 2019.

Herrmann cita que “[...] pertenciam à Coroa portuguesa o ouro, a prata, o diamante, as gemas e alguns metais estratégicos. Todos os demais, a areia entre eles, não eram, por conseguinte, alcançados pela legislação central”⁴¹.

Com a promulgação da Constituição de 1891, primeira Constituição após a Proclamação da República, o Brasil passou por várias mudanças como a implantação da república federativa com governo centralizado e a divisão de Estados membros, divisão dos poderes em executivo, legislativo e judiciário e a determinação do voto universal masculino. No setor da mineração, trouxe disciplina própria sobre o sistema da propriedade minerária, unindo o domínio do subsolo ao do solo, ou seja, o direito de propriedade era visto como absoluto, pois oferecia ao titular o caráter de senhor sobre as minas que se encontravam em seu território com a ressalva de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, sendo o proprietário, nesses casos, previamente indenizado. O Código Civil de 1916 corroborou essa sistemática em seu artigo 526⁴².

Posteriormente, com a Constituição de 1934, surgiu o sistema de concessão que vigora até os dias atuais. Os artigos 118 e 119 da referida Constituição expressa:

Art. 118. As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d’água, constituem propriedade distinta da do solo para efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Art. 119. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.

§ 1º As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou coparticipação nos lucros

Portanto, o sistema de concessão consagrou o princípio da dualidade imobiliária, que estabelece que o solo e o subsolo pertencem ao superficiário, porém as riquezas minerais, presentes no solo ou subsolo, pertencem à União Federal.

A Constituição de 1937 manteve o sistema de concessão e, em seu artigo 143, distinguiu as riquezas do subsolo para efeitos de exploração ou aproveitamento industrial e, nesta última, firmou a dependência de autorização federal. No parágrafo primeiro do referido artigo, tratou-se da autorização, a qual deveria ser concedida a brasileiros ou a empresas constituídas por acionistas brasileiros, reservando-se, ao proprietário, a preferência na exploração ou na participação dos lucros.

Já a Constituição de 1946 extinguiu o direito do superficiário à participação nos lucros, mantendo o sistema de concessão e a prioridade ao proprietário do solo à exploração. O artigo 153 da Constituição de 1946 acrescentou, além dos recursos minerais, a dependência da autorização ou concessão federal para o aproveitamento das energias hidráulicas. Já o parágrafo primeiro do mencionado artigo trata das autorizações e concessões, as quais conferiam, exclusivamente, a brasileiros ou a sociedades organizadas no Brasil. Trata ainda sobre a prioridade do proprietário do solo à exploração.

⁴¹ HERRMANN, H. **A mineração sob a óptica legal**. In: LINS, F. A. F.; LOUREIRO, F. E. V. L.; ALBUQUERQUE, G. A. S. C. de. *Brasil 500 anos – a construção do Brasil e da América Latina pela mineração: histórico, atualidades e perspectivas*. Rio de Janeiro: CETEM/MCT, 2000. p. 21-34.

⁴² Artigo 526 do Código Civil de 1916. A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 20 de maio de 2019.

Diferente da Constituição de 1946, a Constituição de 1967 extinguiu o direito prioritário do proprietário do solo à exploração dos recursos minerais, consoante o artigo 161 e complemento no parágrafo primeiro, *in verbis*:

Art. 161. As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

Nestes termos, o proprietário do solo passou a ter as mesmas condições que terceiros interessados, ou seja, pela antecedência no requerimento de pesquisa. Ressalva-se que a concessão era dada somente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

Com o atual regime constitucional, CF/88, a mineração é tratada em diversos aspectos como o controle dos recursos minerais, competência e fiscalização dos recursos minerais, proteção ao meio ambiente e as normas de fruição.

Com a promulgação da CF/88, a questão dos recursos minerais foi ampliada e renovada, tratando do setor mineral direta ou indiretamente, passando a tratar questões de garimpos, mineração, meio ambiente, mineração em terras de fronteiras indígenas. Vejamos a seguir as principais mudanças previstas no texto da Carta Magna.

O artigo 20 da CF/88 remete à União Federal o domínio dos recursos minerais, incluindo o subsolo. O ministro do STF Celso de Mello, na decisão n. 140.254-7, classifica os bens minerais. Nestes termos⁴³:

O sistema de direito constitucional positivo vigente no Brasil – fiel à tradição republicana iniciada com a Constituição de 1934 – instituiu verdadeira separação jurídica entre a propriedade do solo e a propriedade mineral (que incide sobre as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais existentes no imóvel) e atribuiu, à União Federal, a titularidade da propriedade mineral, para o específico efeito de exploração econômica e/ou de aproveitamento industrial. A propriedade mineral submete-se ao regime de dominialidade pública. Os bens que a compõem qualificam-se como bens públicos dominiais, achando-se constitucionalmente integrados ao patrimônio da União Federal.

A CF/88 trouxe entendimento e transparência no que concerne ao real detentor da propriedade e dos recursos minerais e não apenas a dualidade do solo e subsolo como as outras constituições brasileiras.

No que diz respeito a competência legislativa privativa, a CF/88 remete à União Federal essa atribuição em seu artigo 22, inciso XII, o qual dispõe que as jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia. Já o parágrafo único do artigo mencionado autoriza os Estados, por meio de lei complementar, legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas nos vinte e nove incisos do artigo 22.

O art.23 da CF/88 dispõe que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios.” Seguido do inciso XI do mesmo artigo. A ação conjunta das três esferas da Federação torna mais eficiente a administração

⁴³ BRASIL. STF. Ag. Reg. Em RE nº 140.254-7. Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 6-6-1997. Informativo STF nº 74. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.as?item=1699. Acesso em: 20 de maio de 2019.

dos recursos públicos. Cabe salientar que, aos Estados-Membros e aos Municípios, essa competência não é facultativa, ou seja, em caso de omissão, estarão descumprindo um dever constitucional.

Tratando do artigo 24 da CF/88, ou seja, da competência legislativa concorrente, a atribuição de legislar concorrentemente sobre as florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e o controle da poluição compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal. Desta forma, cabe à União a definição de normas gerais e aos Estados e Distrito Federal as normas particulares.

Destaca-se que os recursos minerais são de domínio da União Federal e ficam submetidos às normas que emanam do Congresso Nacional e sanção do Presidente da República, como dispõe o artigo 48, inciso V. Por outro lado, cabe ao Congresso Nacional autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa de lavra de riquezas minerais por meio de decreto legislativo, não havendo participação do Presidente da República para sanção ou veto.

Conclui-se então que a história do direito minerário brasileiro se atrela à própria história do Brasil e das Constituições, tendo em vista a grande importância desse tema.

2.2. Princípios do Direito Minerário

Além dos princípios constitucionais do direito ambiental, fez-se necessária a implantação de princípios próprios do direito minerário.

Serra alude que “a importância de se conhecer os princípios que conduzem a legislação minerária, a fim de atender o sentido dela, aplicando-a de forma adequada”⁴⁴.

O primeiro princípio a ser destacado trata-se do Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, tal princípio compõe a base do regime jurídico administrativo. Para a doutrina, esse princípio significa que os interesses da coletividade devem prevalecer sobre os do particular. Para a administração conseguir cumprir seus objetivos previstos na CF/88 ou nas leis, é necessário que a administração possua mais poderes que o particular. Ademais, segundo Feigelson⁴⁵, a supremacia do interesse público sobre o privado, implica que interesses divergentes advindos deste não impeçam a concretização do empreendimento minerário, posto que, na ausência desse princípio, a atividade de mineração poderia ser inviabilizada, implicando em graves danos à economia brasileira.

Segundo Serra, “a pesquisa e a lavra dos recursos minerais sempre terão que estar sendo realizadas de forma a atender o interesse público, devem ser cessadas, sobrepondo-se aos interesses do minerador”⁴⁶.

A doutrina costuma separar esse princípio em primário e secundário. O primário é aquele que, de fato, justifica a existência da administração pública, visando o bem da coletividade. O secundário, por sua vez, busca o benefício do próprio Estado.

⁴⁴ SERRA. Sílvia Helena. **Direitos minerários: formação, condicionantes e extinção**. São Paulo: Signus Editora, 2000. p.29.

⁴⁵ FEIGELSON. Bruno. **Curso de Direito Minerário**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 88.

⁴⁶ SERRA. Sílvia Helena. **Direitos minerários: formação, condicionantes e extinção**. São Paulo: Signus Editora, 2000. p.27.

O princípio da destinação do bem ao uso geral é fruto do princípio anterior e aduz que o bem mineral de domínio coletivo tem que ser aproveitado exclusivamente pela coletividade. Serra afirma que “a atividade minerária tem um duplo escopo: aproveitar economicamente o recurso mineral e, sobretudo, colocá-lo à disposição da sociedade”⁴⁷. Por esse princípio, justifica-se o fato de a administração pública deter o poder discricionário de recusa da outorga entre outros.

O princípio do resultado global não se limita a fazer o cálculo do bônus e do ônus financeiro e ambiental; muito mais do que isso, ele avalia o ônus e o bônus social em todas as suas variáveis. Segundo Serra, “somente mediante uma avaliação sistêmica de todos eles é que o poder público poderá avaliar a viabilidade do empreendimento mineiro, analisando o resultado global”⁴⁸.

O princípio da recuperação do meio ambiente degradado obriga que o novo empreendimento inicie seus trabalhos com o plano de recuperação da área que ficará degradada com a exploração econômica da jazida. Serra alude que “esse princípio significa que, na mineração, se a recuperação é uma exigência, a modificação do *status quo* ambiental é uma necessidade”⁴⁹.

Este princípio é de grande relevância para a atividade minerária, pois é impossível recuperar a área da jazida no decorrer da exploração mineral. A CF/88 no parágrafo segundo do artigo 225, concede, ao mesmo tempo, uma garantia ao minerador e lhe impôs também uma obrigação.

O princípio da confiança legítima, de acordo com Feigelson, “é aplicado as questões em que não há expectativa de direitos, ou seja, há apenas uma promessa. Pode ser aplicado na relação entre DNPM e minerador, por exemplo”⁵⁰. Trata-se do princípio que visa assegurar a permanência das regras proporcionando ao administrado confiança nas mesmas.

Portanto podemos concluir que os novos instrumentos normativos deverão passar por um período de adaptação, não sendo possível sua repentina alteração.

2.3. Direito Minerário brasileiro

Como já mencionado anteriormente, o direito minerário é constituído por um grupamento de regras jurídicas, as quais relaciona-se com o Estado, mineradores e terceiros interessados, fixando direitos e obrigações nestas relações.

No ano de 1967, foi criado o Código de Mineração⁵¹, que regula os direitos sobre as massas individualizadas de substâncias minerais ou fósseis, encontradas no solo ou subsolo que formam os recursos minerais brasileiros; regime de reaproveitamento; fiscalização, pesquisa e de outros aspectos da indústria mineral.

⁴⁷ SERRA. Silvia Helena. **Direitos minerários: formação, condicionantes e extinção**. São Paulo: Signus Editora, 2000. p.29.

⁴⁸ SERRA. Silvia Helena. **Direitos minerários: formação, condicionantes e extinção**. São Paulo: Signus Editora, 2000. p.27.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 28.

⁵⁰ FEIGELSON. Bruno. **Curso de Direito Minerário**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 88.

⁵¹ BRASIL. Decreto- Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940 (código de minas). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del0227.htm. Acesso em: 25 de maio de 2019.

Em 12 de junho de 2018 publicou-se no Diário Oficial da União o Decreto nº 9.406⁵². Esse decreto regulamenta o Código de Mineração, trazendo diversas alterações no setor minerário, que serão demonstradas no próximo tópico.

2.3.1. Mudanças no setor minerário a partir do novo Código de Mineração

Dentre as principais alterações do Decreto 9.406/2018, destacam-se os tópicos seguintes.

O artigo segundo que inseriu expressamente o interesse nacional e a utilidade pública como fundamentos para o desenvolvimento da mineração.

Já o caput artigo quinto incluiu o fechamento de mina como um estágio da atividade mineral. O parágrafo segundo do mesmo artigo prevê expressamente a obrigação do minerador pela recuperação ambiental das áreas degradadas.

Foi incluído no quarto parágrafo do artigo nono a necessidade de atendimento aos padrões internacionais para cálculo dos recursos e reservas. O parágrafo sétimo do mesmo artigo manifesta a possibilidade de realização de pesquisa secundária posterior a restituição do trabalho de pesquisa, podendo ser incluídos os resultados no plano de aproveitamento econômico, porém não sendo possível a utilização para fins de retificação do relatório de pesquisa.

Sobre o aproveitamento de rejeito estéril e resíduos da mineração, o parágrafo segundo do artigo décimo dispõe sobre a possibilidade de regulamentação, sendo os mesmos estimulados pelo Ministério de Minas e Energia e pela Agência Nacional de Mineração através de aditamento ao título por meio de procedimento simplificado.

O parágrafo segundo do artigo vinte e um trata das prorrogações consecutivas do prazo de autorização de pesquisa, nas hipóteses de falta de acesso à área de pesquisa ou ainda na falta de assentimento ou licença do órgão ambiental exclusivamente. É necessário que o titular demonstre documentos que confirmem que o mesmo atendeu às diligências e as notificações no curso do processo, seja determinada por avaliação judicial ou por órgão ambiental. Também se faz necessário que o titular demonstre que não contribuiu, por ação ou omissão, para a falta de acesso a área de pesquisa ou na expedição dos documentos necessários para assentamento ou da licença ambiental. O parágrafo terceiro do mesmo artigo prevê a prorrogação automática enquanto a análise do pedido de prorrogação estiver pendente.

O caput do artigo vinte e dois trata da possibilidade de renúncia parcial do alvará de pesquisa. A renúncia em partes ou total se torna eficaz na data do protocolo do instrumento de renúncia.

No tocante ao relatório final de pesquisa, prevê o parágrafo terceiro do artigo vinte e cinco que a não entrega do relatório final de pesquisa ao final do prazo de vigência da autorização ou de sua prorrogação coloca a área em disponibilidade.

Fica o requerente da lavra obrigado a comprovar a solicitação de licença ambiental em prazo de sessenta dias e de que o pedido está em andamento e que as medidas necessárias estão sendo devidamente tomadas para a obtenção da licença a cada seis meses. Assim dispõe o quarto parágrafo do artigo trinta e um.

⁵² BRASIL. Decreto nº 9.406, de 12 de junho de 2018. Regulamenta o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, a lei nº 6.567, de 24 de setembro de 1978, a Lei nº 7.805, de 18 de julho de 1989, e a Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9406.htm. Acesso em: 27 de maio de 2019.

Sobre a Taxa Anual por Hectare (TAH), o artigo quarenta e oito dispõe que poderá ser fixada em valores progressivos em função da substância mineral objetivada, da extensão e da localização da área, e de outras condições.

Conclui-se que essas mudanças presentes no Código de Mineração buscam o desenvolvimento de novas tecnologias, sustentabilidade e a obrigação do minerador com o meio ambiente, tornando as regras mais rígidas, incentivando o desenvolvimento desse setor.

2.3.2. Criação da Agência Reguladora

A Lei nº 13.575/2017 criou a Agência Nacional de Mineração vinculada ao Ministério de Minas e Energia e que tem como propósito suceder o Departamento Nacional de Produção Mineral, ora extinto, em suas atribuições. Tal lei é decorrente da Medida Provisória nº 791/2017, tendo sido apresentada em julho de 2017 e aprovada pelo Senado Federal em novembro do mesmo ano.

A Agência Nacional de Mineração possui o intuito de gerenciar os recursos minerais pertencentes à União, regulando e fiscalizando o setor.

Em 28 de novembro de 2018 foi publicado no Diário Oficial da União o Decreto nº 9.587, aprovando a estrutura regimental, o quadro demonstrativo dos cargos em comissão da Agência Nacional de Mineração e exonerando os ocupantes dos cargos em comissão e das funções de confiança previstos no artigo vinte e dois da Lei nº 13.575.

A nova estrutura organizacional compreende uma diretoria colegiada, gabinete do diretor-geral, secretaria-geral, procuradoria federal especializada, ouvidoria, auditoria interna, corregedoria, superintendências e unidades administrativas regionais.

Foram alterados pela Lei nº 13.575/2017 os aspectos relacionados à taxa para o exercício da atribuição de poder de polícia da Agência, enquadramento dos salários dos servidores e ainda fiscalizações presenciais nos empreendimentos minerários a fim de objetivar o aproveitamento racional das jazidas e da garantia da segurança técnica.

2.3.3 Maior desastre ambiental do Brasil e o Novo Código de Mineração

Ainda sobre a atividade mineradora no Brasil e o Decreto nº 9.406/2018 (novo Código de Mineração), é importante falar sobre o rompimento de barragem ocorrido em Mariana- MG em 2015, quando a barragem de Fundão da mineradora Samarco se rompeu, causando uma grande quantidade de lama, devastando o distrito de Bento Rodrigues no município de Mariana- MG, tornando-se o maior desastre ambiental do Brasil. A lama ocasionou, além de perdas humanas e materiais, um grave impacto ambiental. Inclusive, foi fator primordial no que concerne as medidas preventivas previstas no novo código de mineração⁵³, onde antes o foco era apenas sobre questões econômicas.

A barragem do Fundão da mineradora Samarco abrigava cerca de 56,6 milhões de m³ de rejeito de minério e água. Desse total, 43,7 milhões de m³ vazaram. O Serviço Autônomo de Água e Esgoto (SAAE) do Baixo Guandu -ES, solicitou exames, onde as amostras coletadas no rio Doce apontaram concentrações estratosféricas de metais pesados como o ferro que apontou um índice de 1.366.666% ficando um milhão e trezentos mil acima do recomendado, o alumínio

⁵³ BRASIL. Decreto- Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940 (código de minas). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del0227.htm. Acesso em: 31 de maio de 2019.

estava com concentração acima de 645.000% permitido e o manganês, metal tóxico, possuía níveis acima de 118.000% tolerado impossibilitando o tratamento.

Com o rompimento da barragem de rejeito, formou-se uma lama seca, pobre em matéria orgânica, tornando o solo infértil, no qual nenhuma espécie vegetal conseguiria desenvolver-se. A lama atingiu também os rios da região, chegando ao Rio Doce, que desagua no Oceano Atlântico no Estado do Espírito Santo, ocasionando a morte das espécies que viviam naquele ambiente, tanto nos rios como em algumas espécies do ecossistema marinho. Após um mês desse desastre, foram retiradas onze toneladas de peixes mortos, sendo a sua maioria no Estado de Minas Gerais.

A lama também provocou o desvio de curso de água dos rios e o soterramento de nascentes. Assim se fizeram necessários mudanças no novo Código de Mineração de forma a prevenir tais desastres.

2.4. Regimes de aproveitamento mineral e seus institutos

Os regimes de exploração e aproveitamento mineral estão disciplinadas no Decreto nº 9.406/2018 novo Código de Mineração.

Os regimes de aproveitamento de recursos minerais são o regime de autorização, regime de concessão, regime de licenciamento, regime de permissão de lavra garimpeira e regime de monopolização e estão previstos no artigo 13 do novo Código de Mineração.

2.4.1. Regime de autorização

O regime de autorização de pesquisa é o mais antigo e considerado o mais completo dos regimes de recursos minerais. Nascido com o Código de Mineração em 1967, é previsto para todas as substâncias minerais com ressalva para aquelas protegidas pelo regime de monopolização e os garimpáveis localizados em áreas de garimpagem. Busca a comprovação da existência de jazida, para, só após essa comprovação, permitir a lavra dessa jazida por meio da concessão de lavra.

Trata-se então de um regime exploratório, ou seja, não constitui um regime de aproveitamento independente, todavia integra o regime de concessão e autorização. Permite ao minerador uma análise e pesquisa que comprovem a presença de jazida na área além de comprovar o interesse nacional e a utilidade pública.

De acordo com a legislação minerária, a pesquisa dessa natureza compreende os seguintes trabalhos de campo e de laboratório: levantamentos geológicos pormenorizados da área a pesquisar em escala conveniente; estudos dos afloramentos e suas correlações; levantamentos geofísicos e geoquímicos; abertura de escavações visitáveis e execução de sondagens no corpo mineral; amostragens sistemáticas; análises físicas e químicas das amostras e dos testemunhos de sondagens; e ensaios de beneficiamento dos minérios ou das substâncias minerais úteis, para obtenção de concentrados de acordo com as especificações do mercado ou aproveitamento industrial⁵⁴.

O Alvará de Pesquisa é outorgado pelo Diretor Geral da ANM e em seguida publicado no Diário Oficial da União, tendo a data limite para realizar a pesquisa o prazo não inferior a 1

⁵⁴ Portal da outorga. Disponível em: www.anm.gov.br Acesso em: 26 de maio de 2019.

ano e não superior a 03 anos. Com relação as áreas concedidas, estas não podem ultrapassar os 2.000 hectares, com exceção da Amazônia legal, que a área máxima é de 10.000 hectares. O requerente não precisa ser proprietário do solo, todavia é necessária uma autorização para entrar na propriedade.

Pode requerer a autorização de pesquisa e lavra de recursos minerais brasileiros, pessoa natural, firma individual ou empresas legalmente habilitadas, sendo de responsabilidade técnica de profissional legalmente habilitado, engenheiro de minas ou geólogos, com o registro no conselho da classe. O requerimento é feito por meio de formulário de pré-requerimento eletrônico, que deverá ser entregue na superintendência em que se situa a área pretendida juntamente com a documentação comprobatória, tratando de pessoa física, documentos com indicação de nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e número de inscrição no CPF. Em caso de pessoa jurídica, documentos que indiquem a razão social, número do registro dos atos constitutivos no Órgão de Registro de Comércio, número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes e endereço. Ainda se faz necessário juntar prova de recolhimento dos respectivos emolumentos, designação das substâncias a pesquisar, indicação da extensão da área objetivada, em hectares e o endereço da mesma, coordenadas por meio de sistema indicado pela ANM, planta contendo elementos de cartografia como ferrovias, rodovias, rios entre outros e o plano dos trabalhos de pesquisa, acompanhado de cronograma e orçamento.

Conforme o artigo 25 do novo Código de Mineração, ao concluir os trabalhos, o titular da autorização é obrigado a apresentar, no prazo de sua vigência, relatório final dos trabalhos realizados independentemente do resultado da pesquisa. Uma vez aprovado o relatório, o titular dispõe de 01 ano para requerer a concessão de lavra, prorrogável por igual período mediante solicitação do titular.

2.4.2. Regime de concessão de lavra

Com a demonstração da existência de jazidas na área autorizada e com o relatório dos trabalhos de pesquisa aprovado, o titular da autorização passa a adquirir o direito de requerer junto a ANM, no prazo de 01 ano, prorrogável por igual período, o título de concessão de lavra dessa jazida, ou seja, o direito real de aproveitamento de uma jazida.

O artigo 34 do novo Código de Mineração trata das obrigações do titular, nestes termos:

Art. 34. Além das condições gerais que constam do Decreto-Lei nº 227, de 1967 - Código de Mineração e deste Decreto, o titular da concessão fica obrigado, sob pena das sanções previstas em lei, a:

I - iniciar os trabalhos previstos no plano de aproveitamento econômico no prazo de seis meses, contado da data de publicação da concessão de lavra no Diário Oficial da União, exceto por motivo de força maior, a juízo da ANM;

II - lavar a jazida de acordo com o plano de aproveitamento econômico aprovado pela ANM;

III - extrair somente as substâncias minerais indicadas na concessão de lavra;

IV - comunicar à ANM o descobrimento de qualquer outra substância mineral não incluída na concessão de lavra;

Uma característica da concessão de lavra é o fato de não possuir um prazo de duração preestabelecido, subentendendo-se que a concessão de lavra dura até a exaustão da jazida desde que o titular obedeça a todos os requisitos.

2.4.3. Do regime de licenciamento

O regime de licenciamento permite que o titular extraia substâncias minerais com finalidade econômica. O artigo 39 do novo Código de Mineração aduz que o aproveitamento de recursos minerais sob esse regime obedece ao disposto na Lei nº 6.567/1978⁵⁵.

Podem ser aproveitados pelo regime de licenciamento, ou de autorização e concessão, em uma área máxima de cinquenta hectares, areias, cascalhos e saibros para a utilização imediata na construção civil desde que não sejam submetidos a processos industriais, rochas e outras substâncias minerais desde que para a produção de paralelepípedos, guias, sarjetas, moirões e afins, argilas usadas na fabricação de cerâmica vermelha e rochas britadas para uso imediato na construção civil e os calcários empregados como corretivo de solo na agricultura⁵⁶.

É facultado ao proprietário do solo exclusivamente ou àquele que dele obtiver expressa autorização, sendo necessária uma licença prévia expedida pela autoridade administrativa do município o qual encontra-se a jazida e, do registro junto a Agência Nacional de Mineração e tendo um dos requisitos a nacionalidade brasileira do titular.

Para solicitar o requerimento de licenciamento na Agência Nacional de Mineração, primeiramente, é necessário apresentar o pré-requerimento eletrônico, disponível no site da Agência Nacional de Mineração.

Há ainda outros requisitos para o requerimento de licenciamento, como documentos que comprovem a nacionalidade brasileiro, caso seja o requerente pessoa física, ou documentos que comprovem o número de inscrição no CNPJ, do Ministério da Fazenda e o número de registro no Órgão de Registro do Comércio da sede e documentos que descrevam a área pretendida por meio de coordenadas geodésicas, prova de recolhimento de emolumentos, licenças municipais, instrumento de autorização do proprietário do solo ou declaração do requerente ser o proprietário, plano de aproveitamento econômico, anotação de responsabilidade técnica e procuração com firma reconhecida, pública ou particular, caso o requerimento não for assinado pelo requerente. A natureza jurídica desse regime é de concessão de exploração, uma vez que o objetivo é possibilitar a exploração de bem público, o qual atribui obrigações à Administração e também ao particular, com normas preexistentes.

2.4.4. Regime de permissão de lavra garimpeira

O parágrafo primeiro do artigo primeiro da lei nº 7.805/198 expressa que o regime de lavra garimpeira é o aproveitamento imediato de jazimento mineral que, por sua natureza, dimensão, localização e utilização econômica, possa ser lavrado independentemente de prévios trabalhos de pesquisa, segundo critérios fixados pela Agência Nacional de Mineração.

Consideram-se substâncias minerais garimpáveis o ouro, o diamante, quartzo, berilo, feldspato, mica, sheelita, dentre outros, ou seja, aquelas que são executadas no interior de áreas

⁵⁵ Brasil. Lei nº 6.567, de 24 de setembro de 1978. Dispõe sobre regime especial para exploração e o aproveitamento das substâncias minerais que especifica e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/16567.htm. Acesso em: 27 de maio de 2019.

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 6.567, de 24 de setembro de 1978. Dispõe sobre regime especial para exploração e o aproveitamento das substâncias minerais que especifica e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/16567.htm. Acesso em: 27 de maio de 2019.

estabelecidas para a garimpagem, exercida por brasileiro, cooperativa de garimpeiros, autorizada a funcionar como empresa de mineração, sob o regime de permissão de lavra garimpeira.

Para a exploração no regime de permissão de lavra garimpeira é necessário a prévia obtenção de licenciamento ambiental expedido por órgão estadual competente ou ainda pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e, posteriormente, uma portaria de permissão do Diretor Geral da Agência Nacional de Mineração.

O título tem vencimento em 05 anos, podendo ser renovado pela Agência Nacional de Mineração sucessivamente. A área a qual se pede permissão não pode exceder 50 hectares, salvo nos casos os quais são outorgadas a cooperativa de garimpeiros.

Para a concessão de permissão de lavra garimpeira a Agência Nacional de Mineração adotou uma série de requisitos, sendo o primeiro a realização de um formulário eletrônico. Ainda se faz necessário, além da nacionalidade brasileira para pessoa física e de comprovante de registro dos atos constitutivos no órgão de registro de comércio na sede, que seja uma cooperativa de garimpeiros ou firma individual, as cópias dos estatutos ou contrato social ou ainda a declaração de firma individual, prova de recolhimento de emolumentos, coordenadas geodésicas da área pretendida entre outros.

Conclui-se que os regimes de aproveitamento têm por objetivo a obtenção de um título de habilitação, os quais conceda o direito de aproveitar os recursos minerais presentes no solo e subsolo de forma legal, independentemente das substâncias as quais pretende-se extrair ou a sua quantidade. É pertencente a todos os Brasileiros e de domínio da União Federal conforme previsto na CF/88.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história do Direito Ambiental brasileiro inicia-se ainda nos tempos do Brasil Colônia e ganhou destaque nas últimas décadas. A Conferência de Estocolmo, em Estocolmo, Suécia, 1972, deu início a uma sequência de atos visando o desenvolvimento sustentável, sendo o principal meio para a discussão do meio ambiente internacionalmente.

A amplitude dessa temática possibilitou uma visão dos diversos sentidos que o Direito descobriu para efetivar a proteção ao meio ambiente.

Alguns princípios possuem superior aplicabilidade de execução atualmente, enquanto outros ainda buscam esse objetivo.

Assim, os princípios do Direito Ambiental são de suma importância para a efetiva aplicação dessa legislação.

Conclui-se por meio desse trabalho que nos últimos anos o setor do Direito Minerário sofreu grandes modificações com a criação da Agência Nacional de Mineração (Lei 13.

575/2017⁵⁷), do novo código de mineração (Decreto nº 9.406/2018⁵⁸) e da Lei que dispõe sobre a Compensação Financeira por Exploração de Recursos Naturais - CFEM (Lei nº 13.540/2017⁵⁹).

Muito embora a legislação ambiental esteja mais rigorosa, podemos observar que ainda assim ocorrem desastres ambientais, como no caso do rompimento da barragem em Mariana - Minas Gerais.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 2. ed, São Paulo: método, 2011.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**, 14. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

BELTRÃO, Antônio Figueiredo Guerra. **Curso de Direito Ambiental**. 2. ed. red., atual. ampl. São Paulo: Método. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Notícias STF**. Na China, ministro Lewandowski destaca papel do judiciário na proteção ambiental. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo Acesso em 13 maio 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM**. Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 13 maio 2019.

BRASIL. **STF. ADI: 3378, DF**, Relator: CARLOS BRITTO. Data de julgamento; 09 de abr de 2008. Tribunal do Pleno. Data de publicação: DJE-112 DIVULG 19 de jun de 2008. PUBLIC 20 de jun de 2008. EMENT VOL-02324-02 PP- 00242.

BRASIL. **Lei n 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm. Acesso: 16 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017. Cria a Agência Nacional de Mineração (ANM), extingue o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM); altera as Leis nº 11.046, de 27 de dezembro de 2004, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e revoga a Lei nº 8.876, de 2 de maio de 1994, e dispositivos do Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13575.htm. Acesso em: 31 maio 2019.

⁵⁸ BRASIL. Decreto nº 9.406, de 12 de junho de 2018. Regulamenta o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, a lei nº 6.567, de 24 de setembro de 1978, a Lei nº 7.805, de 18 de julho de 1989, e a Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9406.htm. Acesso em: 31 maio 2019.

⁵⁹ BRASIL. Lei 13.540, de 18 de dezembro de 2017. Altera as Leis nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, e 8.001, de 13 de março de 1990, para dispor sobre a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13540.htm. Acesso em: 31 maio 2019.

do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm. Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm.

BRASIL. STF. ACO 876 MC-AgR / BA – BAHIA. AG.REG.NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA Relator(a): Min. MENEZES DIREITO. Julgamento: 19/12/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326- 01 PP-00044 RTJ VOL-00205-02 PP-00537. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14723924/agregna-medida-cautelar-na-acao-civil-originaria-aco-876-ba>. Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL, Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança- CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. Lei n 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm. Acesso: 16 maio 2019.

BRASIL. Lei n 9.985 de 18 de julho de 2000. Regulamenta o artigo 225, § 1º Art. 2ª incisos I, II, III e IV da Constituição Federal, institui o sistema nacional de unidades de conservação da natureza e dá outras providências. Art. 2º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: IV - Recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora; Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm Acesso 16 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 20 de maio de 2019.

BRASIL. STF. Ag. Reg. Em RE nº 140.254-7. Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 6-6-1997. Informativo STF nº 74. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.as?item=1699. Acesso:20 maio 2019.

BRASIL. Decreto- Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940 (código de minas). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del0227.htm. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BRASIL. Decreto nº 9.406, de 12 de junho de 2018. Regulamenta o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, a lei nº 6.567, de 24 de setembro de 1978, a Lei nº 7.805, de 18 de julho

de 1989, e a Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Decreto/D9406.htm Acesso: 27 maio 2019

BRASIL, **Decreto- Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940 (código de minas). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del0227.htm. Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.567, de 24 de setembro de 1978**. Dispõe sobre regime especial para exploração e o aproveitamento das substâncias minerais que específica e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l6567.htm. Acesso em: 27 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017**. Cria a Agência Nacional de Mineração (ANM), extingue o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM); altera as Leis nº 11.046, de 27 de dezembro de 2004, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e revoga a Lei nº 8.876, de 2 de maio de 1994, e dispositivos do Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2017/Lei/L13575.htm. Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. **Decreto nº 9.406, de 12 de junho de 2018**. Regulamenta o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, a lei nº 6.567, de 24 de setembro de 1978, a Lei nº 7.805, de 18 de julho de 1989, e a Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Decreto/D9406.htm. Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. **Lei 13.540, de 18 de dezembro de 2017**. Altera as Leis nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, e 8.001, de 13 de março de 1990, para dispor sobre a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2017/Lei/L13540.htm. Acesso em: 31 maio 2019.

CONAMA, **Resolução nº 237**, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/bra25095.pdf>. Acesso em: 31 maio 2019.

FEIGELSON, Bruno. **Curso de Direito Minerário**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERNANDES, Paula. Seio de Minas. Disponível em: <https://www.lettras.mus.br/paula-fernandes/1603654/> Acesso em: 31 maio 2019.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8, ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva. 2007.

FÓRUM DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE DE 1972. **Declaração de Estocolmo**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/meio-ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso 13 maio 2019.

FÜHRER, Maximilianus C. A.; MILARÉ, Édis. **Manual de direito público e privado**. 17. ed. São Paulo: RT, 2009.

GABBO, Marco Aurélio. GABBO, Rogério. **Meio Ambiente**. Projeto educando cantando. Disponível em: www.lettras.mus.br/projeto_educando_cantando/1110508. Acesso em: 31 maio 2019.

HERRMANN, H. **A mineração sob a óptica legal**. In: LINS, F. A. F.; LOUREIRO, F. E. V. L.; ALBUQUERQUE, G. A. S. C. de. **Brasil 500 anos – a construção do Brasil e da América Latina pela mineração: histórico, atualidades e perspectivas**. Rio de Janeiro: CETEM/MCT, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**, 17. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros. 2011.

MILARÉ, Edis. **Direito do Meio Ambiente**. 7ª ed., revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NORMA PRINCÍPIO Nº 16, **Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, 1992**. Disponível em: www.meioambiente.pr.gov.br/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Desenvolvimento. Acesso em: 14 maio 2019.

POVEDA, Eliane Pereira Rodrigues. **A eficácia legal na desativação de empreendimentos minerários**. São Paulo: Signus. 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de direito ambiental**. 5, ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 138.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de direito ambiental**. 7. ed., rev. atual. e ampl. Salvador: Jus podivm. 2017.

SAPIENS. **Sistema AGU de inteligência jurídica**. gerenciador eletrônico de documentos (GED), híbrido, que possui recursos de apoio para a produção de conteúdo e controle de fluxo de trabalho, focado na integração com os sistemas informatizados do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Disponível em: www.sapiens.agu.gov.br. Acesso em: 15 maio 2019.

SERRA, Silvia Helena. **Direitos minerários: formação, condicionantes e extinção**. São Paulo: Signus Editora, 2000.

Submetido em: 4 jun. 2019.

Aceito em: 17 maio 2021.

O DIREITO À PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL

Rodrigo Almeida Magalhães

Pontifícia Universidade Católica, Minas Gerais
amagalhaes@ig.com.br

Erika Cristina Rodrigues Nardoni Oliveira

Centro Universitário Unihorizontes, Minas Gerais

RESUMO: Vários modelos de negócios são pautados no uso das tecnologias alimentadas por dados. Com isso, cada vez mais surge a necessidade de proteger o indivíduo, sua privacidade e suas informações, uma vez que dados pessoais são obtidos, usados e circulam entre empresas em um contexto desproporcional, sendo impossível para o titular obter o controle do trânsito de suas próprias informações. Nesse sentido, o presente estudo tem por objetivo analisar a Lei 13.709/2018, com o intuito de entender se a prática do uso compartilhado de dados pessoais fere o direito à privacidade do titular. Para melhor apresentação do tema, será mostrada sucintamente a relevância do direito à proteção de dados pessoais e a inserção deste no contexto do direito à privacidade; bem como os aspectos jurídicos do uso compartilhado, com o intuito de demonstrar a vulnerabilidade do titular diante da intensa circulação de informações pessoais e da impossibilidade de proteção dos dados pessoais. O desenvolvimento será realizado através do método científico qualitativo, e os argumentos serão fundamentados por meio de técnica dedutiva.

PALAVRAS-CHAVE: Dados Pessoais. Privacidade. Vulnerabilidade. Tratamento de Dados. Tecnologia.

The Right to Privacy in the Digital Age

ABSTRACT: Several business models are based on the use of data-driven technologies, so there is an increasing need to protect the individual, their privacy and their information as personal data is obtained, used, and circulates between companies in a disproportionate context, making it impossible for the holder to gain control of the transit of their own information. In this sense, the present study aims to analyze the law 13.709 / 2018, in order to understand if the practice of shared use of personal data violates the right of privacy of the holder. For a better presentation of the theme, the relevance of the right to the protection of personal data and its insertion in the context of the right to privacy will be briefly shown; as well as the legal aspects of shared use, in order to demonstrate the vulnerability of the holder against the intense circulation of personal information and the impossibility of protection of personal data. The development will be accomplished through the qualitative scientific method, and the arguments substantiated by deductive technique.

KEYWORDS: Personal Data. Privacy. Vulnerability. Data Processing. Technology.

INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que as tecnologias possibilitam mudanças significativas para os indivíduos inseridos na sociedade da “Era Informacional”. Atualmente, o indivíduo precisa ser observado, fornecer suas informações, expor sua rotina e se comunicar rapidamente, para participar

da sociedade como um ser existente – afinal, não estar conectado ou não ter informações retidas em uma base de dados torna-se quase um sinônimo de inexistir.

Ao ligar o GPS, pedir uma pizza, procurar um emprego ou mesmo transitar pelas ruas da cidade, as pessoas produzem informações que são coletadas e armazenadas em equipamentos eletrônicos, permitindo a quem colheu usá-las conforme seus interesses. Isso se torna um problema para os titulares dos dados e para a sociedade quando essas informações são compartilhadas e disponibilizadas a terceiros, o que acaba transformando a vida particular em um grande *reality show*, tornando o indivíduo um objeto em vigilância constante. (RODOTÁ, 2008, p.19)

Empresas e entidades públicas usam dados pessoais a todo momento, seja para o oferecimento de produtos e serviços de acordo com o perfil do cliente ou para elaboração de controles internos, com o interesse de manter o funcionamento das tecnologias que facilitam esses serviços e melhoram o atendimento aos clientes.

Essas práticas só se tornaram possíveis, contudo, devido ao desenvolvimento das tecnologias que facilitam o uso maciço de dados, gerando assim o fenômeno chamado *Big Data* – que nada mais é do que uma grande base contendo dados e informações desconexas, mas que, se aliada a tecnologias inteligentes e à internet, possibilita ao interessado beneficiar esses dados para chegar a um resultado útil aos interesses dele. Assim, dados pessoais se transformam em um elemento, ou melhor dizendo, em matéria-prima, com valor de mercado, podendo ser compartilhados e usados por outros interessados. Afinal “do que adianta uma montanha de dados se não formos capazes de extrair valor?” (AMARAL, 2016 p. 1).

Dados pessoais podem ser usados de muitas formas. Eles circulam entre empresas e são armazenados em locais virtuais fora do alcance de qualquer forma de controle. Nesse contexto, mostra-se a necessidade e a relevância de proteger informações pessoais, pois, além de serem usados desenfreadamente, dados pessoais revelam a identidade do indivíduo e, dependendo da forma como são usados, atingem a privacidade do titular. Isso porque, por meio do uso de informações, é possível desvendar toda a rotina, gostos, particularidades e até mesmo os desejos de uma pessoa, tornando-a, assim, parte vulnerável perante a quem faz uso das suas informações pessoais.

Com isso, as pessoas podem ser manipuladas (a partir de propagandas personalizadas, por exemplo), tendo suas fragilidades mais privadas exploradas de modo a se colocar em risco a liberdade e a democracia.

Assim, o presente estudo tem por objetivo analisar a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nº13.709/2018 (LGPD), a fim de responder o problema de pesquisa que reside no seguinte questionamento: a prática do uso compartilhado de dados pessoais entre empresas fere o direito à privacidade do titular? Para tanto, será mostrado sucintamente o contexto histórico do direito à proteção de dados pessoais e a tutela da privacidade no ordenamento jurídico brasileiro, os contornos do direito à privacidade, bem como os aspectos jurídicos da lei quanto ao uso compartilhado de dados pessoais, para, então, serem entendidos os riscos para o titular.

Este artigo será organizado, para melhor compreensão, em três tópicos. O primeiro consiste em revelar conceitos e princípios relevantes sobre a matéria. O segundo aborda a dinâmica do uso compartilhado, formas de uso e as relações jurídicas de dados. No terceiro, será demonstrada a vulnerabilidade do titular frente à prática do compartilhamento. O desenvolvimento será realizado por meio do método dedutivo; e os argumentos fundamentados, por meio de pesquisa bibliográfica e análise da lei.

Com o objetivo de responder aos questionamentos apresentados, mas sem a pretensão de esgotar a matéria, Rodotá (2008, p. 139) revela que “a circulação das informações ocorrem em

um contexto amplamente despersonalizado, no qual o respeito é sobrepujado por outras lógicas, e pela necessidade da sociedade da informação de obter seu alimento.”

Nesse sentido, faz-se necessária a efetiva atenção à LGPD, para que as empresas que fazem uso de dados pessoais possam ir além das regras contratuais e para que seja de fato assegurado o direito à privacidade dos titulares e o respeito aos valores fundamentais existentes no ordenamento jurídico.

1. DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DA PRIVACIDADE

Dependendo da forma como é observado o comportamento de alguém – seja por meio da internet ou de alguma espécie de investigação, ou até mesmo através da janela de casa –, é possível obter muitas informações e usá-las de inúmeras maneiras. Michel Foucault¹, quando explica o fenômeno “*Panóptico*”, relata que a observação permite a qualquer interessado o saber, ou melhor dizendo, a intromissão, a vigilância, que conduz a uma forma de controle social.

No *Panóptico* vai se produzir algo totalmente diferente; não há mais inquérito, mas vigilância, exame. Não se trata de reconstituir um acontecimento, mas de algo, ou antes, de alguém que se deve vigiar sem interrupção e totalmente. Vigilância permanente sobre os indivíduos por alguém que exerce sobre eles um poder - mestre-escola, chefe de oficina, médico, psiquiatra, diretor de prisão - e que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade tanto de vigiar quanto de constituir, sobre aqueles que vigia, a respeito deles, um saber. (FOUCAULT, 2005, p. 88)

Pelas palavras de Foucault, é possível assimilar que, a partir de informações obtidas sobre um determinado indivíduo, pode-se entender o comportamento dele, influenciá-lo e o controlar, depreciar direitos sem que ele perceba ou que tenha qualquer poder ou domínio sobre suas próprias informações. Com o uso maciço da internet e das tecnologias inteligentes, é difícil saber quem detém o poder da informação, pois, no mundo virtual, apesar de muito acessível, fácil é a observação, dependendo somente da forma com que se realiza o controle das informações obtidas, tornando a garantia à privacidade um desafio para sociedade informacional.

O direito à proteção dos dados pessoais teve sua origem conjuntamente com a evolução do conceito de privacidade, o qual sofreu várias mutações ao longo do tempo. Contudo, o marco histórico registra-se em 1890, com o artigo ‘*The Right To Privacy*’², escrito pelos autores Samuel Warren e Louis Brandeis: juristas norte-americanos que entenderam ser a privacidade um “direito de ser deixado só” ou, melhor dizendo, um direito de ser esquecido, indicando uma obrigação de todos respeitarem a vida privada e a esfera íntima de cada um, incluindo, no seu conteúdo, a intimidade, a honra e as informações pessoais³.

Antes do ‘*The Right To Privacy*’, a privacidade era entendida sob o prisma da propriedade, que era um direito inviolável e sagrado, ninguém dela podendo ser privado, protegida contra intromissões arbitrárias do Estado. Assim, na evolução do conceito da privacidade, esta sai de um direito extrínseco ao indivíduo, que é a propriedade⁴, passando a ser um direito intrínseco,

¹ FOUCAULT, Michael. A verdade e as Formas Jurídicas. 2008. O *Panóptico* era um edifício, imaginado por Betham, em forma de anel com várias janelas ao redor, e no meio havia um pátio com uma torre no centro onde ficava o vigilante. Foucault entendia essa figura arquitetônica como uma utopia, que poderia ser usada como uma forma de exercer o poder da observação e controle das ações humanas.

² WARREN Samuel D. BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. Harvard Law Review. 1890.

³ Desta feita, o conceito de privacidade incluía a esfera íntima do indivíduo, a necessidade de proteger a imagem e a honra (fotografias, biografias não autorizadas), ampliando a semântica desse direito.

⁴ Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Art. 17.º No século XIX as pessoas não estavam preocupadas com suas vidas privadas como hoje, mas sim com a propriedade, por isso o conceito de privacidade estava ligado diretamente ao direito da propriedade.

inerente à esfera íntima e à personalidade – cabendo não só ao Estado, mas a todos, o cuidado da não intromissão na vida privada.

Gradativamente, esse conceito foi se atualizando até ser reconhecido como direito fundamental na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – que garantiu a não intromissão na vida privada, na família, no domicílio e nas correspondências. Anos mais tarde, diversas cartas normativas internacionais⁵ foram editadas, estabelecendo o direito à privacidade e ampliando seu sentido, incluindo as informações pessoais e o direito de controle de seus próprios dados (autodeterminação informativa) como valores a serem protegidos pelo direito à privacidade.

Os avanços tecnológicos influenciaram bastante a evolução desse conceito, contribuindo para inserção das informações inerentes ao indivíduo na sua semântica interpretativa, devido à necessidade do uso automatizado de informações e dados para manter o funcionamento dessas tecnologias e os relacionamentos sociais no mundo atual.

Partindo dessa constatação, pode-se dizer que hoje a sequência quantitativamente mais relevante é “pessoa-informação-circulação- controle”, e não mais apenas “pessoa- informação-sigilo”, em torno do qual foi construída a noção clássica de privacidade. O titular do direito à privacidade pode exigir formas de “circulação controlada”, e não somente interromper o fluxo de informações que lhe digam respeito. (RODOTÁ, 2008, p. 93)

Conforme lecionou o ilustre Stefano Rodotá, hoje a privacidade deve ser considerada de forma ampliativa, passando do segredo e da inviolabilidade estanque ao controle⁶, até mesmo pelo motivo de que atualmente há interesse em que as informações pessoais ou determinadas situações da vida privada venham ao conhecimento de determinadas pessoas ou instituições.

Por meio da proteção de dados pessoais, garantias a princípio relacionadas à privacidade passam a ser vistas em uma ótica mais abrangente, pela qual outros interesses devem ser considerados, abrangendo as diversas formas de controle tornadas possíveis com a manipulação de dados pessoais. Para uma completa apreciação do problema, estes interesses devem ser considerados pelo operador do direito pelo que representam, e não somente pelo seu traço visível – a violação da privacidade. (DONEDA, 2011, p. 95)

Assim, a proteção dos dados pessoais tem como núcleo valorativo a privacidade no seu maior sentido, incluindo no seu conceito todos os direitos inerentes ao desenvolvimento da personalidade de um indivíduo, desde a esfera íntima indisponível (como a honra) até os elementos que podem ser negociados (como a imagem) e também o controle sobre as informações (autodeterminação informativa), com a necessidade de serem interpretados, de forma sistemática⁷, outros direitos como a dignidade, a liberdade e o acesso à informação⁸.

1.1. A tutela dos dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro

Para tratar de proteção de dados e privacidade – contando com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 e a Constituição da República Federativa do Brasil de

⁵ Convenção Europeia de Direitos Humanos (1953); Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000); Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2007); e outros diplomas internacionais que seguiram o modelo europeu de proteção de dados e privacidade.

⁶ . RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro. RJ 2008. Pág. 97-98.

⁷ MAXIMILIANO, Carlos. 2011. pag. 100. “*Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto*”.

⁸ “*A intimidade nos dá ideia de algo inviolável e inalienável. O respeito nos dá ideia da relação de cada um com todos os demais. A dignidade conjuga esses dois dados, um individual e o outro social e contribui para definir a posição de cada um na sociedade*”. (RODOTÁ, 2008, pag. 234)

1988 (CRFB/88) como principais fontes –, Cots e Oliveira⁹ expõem, em uma linha do tempo, as principais normas que abrangem essa matéria, relatando que, no Brasil, esses direitos eram “abordados de forma esporádica em leis esparsas, tratados sob diferentes aspectos”. Além desses dois diplomas basilares, o Brasil dispõe também do Código de Defesa do Consumidor, de 1990, do Código Civil, de 2002, do Marco Civil da Internet, de 2014, e de outras leis que abordam a proteção das informações pessoais e a privacidade, de forma aleatória e pontual.

A Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) coloca a privacidade e os dados pessoais no rol dos direitos e garantias fundamentais, sendo protegidos pela inviolabilidade e sigilo¹⁰, o que relembra o “direito de ser deixado só”. Contudo, acompanhando as mudanças sociais, esse entendimento no Brasil também muda, conforme lecionado por Bittar (2015, p. 173):

Esse direito vem assumindo paulatinamente maior relevo, com a contínua expansão das técnicas de virtualização do comércio, de comunicação, como defesa natural do homem contra as investidas tecnológicas e a ampliação, com a necessidade de locomoção, do círculo relacional do homem, obrigando-o a exposição permanente perante públicos os mais distintos, em seus diferentes trajetos sociais, negociais ou de lazer. É fato que as esferas da intimidade tem-se reduzido com a internet e os novos meios eletrônicos.

O Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais, chamado de *General Data Protection Regulation* (GDPR), editado em 2016, é considerado hoje uma norma relevante para a matéria, pois coloca a privacidade como núcleo valorativo desse direito, concentrando-se no indivíduo titular dos dados.

O vigor do GDPR, em 2018, fez com que as casas legislativas brasileiras acelerassem a edição da Lei nº 13.709 (específica para proteção de dados pessoais), que foi sancionada em 14 de agosto de 2018 – intitulada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)¹¹ – pelo motivo da previsão da aplicação extraterritorial do GDPR e de seu sistema unificado¹², o que abrange não só as empresas europeias, mas todas as demais que colhem e usam dados pessoais de indivíduos europeus, ou seja: todas as empresas que ofertem bens ou serviços à União Europeia devem estar de acordo com o GDPR, pois se submetem às regras europeias, ficando assim impedidas de realizarem transações negociais com empresas de países que não dispõem de leis específicas para a proteção de dados pessoais¹³. Com a publicação da LGPD, o Brasil agora está apto a estabelecer negócios internacionais com países da União Europeia, que envolvam tratamento de dados de cidadãos europeus e brasileiros.

Pode-se pontuar que a necessidade de leis específicas para a proteção de dados pessoais aumentou com o rápido desenvolvimento e a expansão da tecnologia no mundo, como resultado dos desdobramentos da globalização, que trouxe como uma de suas consequências o aumento da importância da informação. Isso quer dizer que a informação passou a ser um ativo de alta relevância para governantes e empresários: quem tem acesso aos dados, tem acesso ao poder. (PINHEIRO, 2018, p. 50)

Conforme leciona Patrícia Peck¹⁴, comparando “a LGPD e o GDPR, ambas as legislações tem como objetivo o regramento do tratamento de dados pessoais buscando em si a defesa dos direitos fundamentais das pessoas naturais”. Essas legislações definem o que são dados pessoais e outros conceitos relevantes, estabelecendo o consentimento como um dos fundamentos centrais nas relações que envolvam dados pessoais, com previsão de aplicações de medidas de segurança

⁹ COTS, M. OLIVIERA, R. 2018. Pág. 33.

¹⁰ Vide. Artigo 5º X e XII da CRFB.

¹¹ BRASIL. Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei geral de Proteção de dados Pessoais.

¹² Resolução 2016/679, art.3º, da União Europeia -General Data Protection Regulation.

¹³ COTS, OLIVIERA. 2018. Pág. 29.

¹⁴ PINHEIRO, 2018, p.38. Proteção de dados pessoais. Comentários a Lei 13.709/2018 (LGPD)

e sanções no caso de descumprimento, prevendo um órgão competente para fiscalizar e zelar pela proteção dos dados pessoais e da privacidade.

1.2. O uso de dados pessoais e a Lei 13.709/2018 – LGPD

Atualmente, vários modelos de negócios são pautados no uso das tecnologias alimentadas por dados. Fazendo uso das palavras do senador Ricardo Ferraço, dados pessoais são “insumo principal da atividade econômica em todos os setores possíveis da sociedade”, que alteram os parâmetros do desenvolvimento da economia do país, sendo necessário o Estado acompanhar todas essas mudanças¹⁵.

O uso dos dados pessoais pelas entidades privadas tem crescido em números consideráveis, a contar da popularização da internet no Brasil e do uso maciço das tecnologias pelas empresas. Assim, cada vez mais surge a necessidade de proteger informações pessoais, sendo essencial tratar o assunto de forma isonômica e multidisciplinar, abarcando a livre iniciativa, a livre concorrência e abrangendo os novos modelos de negócios, no sentido de incentivar o desenvolvimento tecnológico e as inovações no mercado¹⁶ sem prejuízo ao direito à privacidade e à proteção de dados pessoais.

Nesse sentido, a LGPD inova, trazendo ferramentas para o titular controlar suas informações, em vez de isolá-lo em uma garantia inviolável e sigilosa para proteger a privacidade¹⁷. Além disso, a LGPD estabelece parâmetros para que as empresas possam usar as informações pessoais fornecidas pelos titulares e tentar harmonizar os interesses das duas partes (titular e entidade privada), com os direitos envolvidos nas relações jurídicas.

A LGPD concentra-se no uso e na circulação dos dados pessoais, com o intuito de proteger tanto o indivíduo titular dos dados quanto os dados pessoais em circulação, ressaltando a existência de uma sequência lógica a perseguir: a “coleta–uso–compartilhamento”. Além disso, é uma lei que estabelece, na maior parte de seu conteúdo, conceitos básicos – entre eles dados pessoais¹⁸, que é entendido como qualquer informação pela qual seja possível identificar, direta ou indiretamente, uma pessoa natural¹⁹ ou que permite identificação indireta, agregando uma informação a outra, por meio de técnicas de cruzamento de dados e lógicas dedutivas. Estabelecendo critérios relacionados à pessoa e obtendo respostas corretas (como a religião que frequenta, para qual time de futebol torce, sua profissão, gênero), é possível identificar uma pessoa, como nas histórias de Sherlock Holmes²⁰.

A lei ainda traz outras categorias especiais de informações pessoais, como os dados sensíveis, que são aquelas informações relacionadas a opiniões políticas, religião, raça, dados sobre saúde e informações biométricas. Outra categoria de dados posta na lei são os dados anonimizados, que resumidamente são dados pessoais que passaram pela técnica da anonimização e perderam o elemento que possibilita a identificação, direta ou indireta, de uma pessoa. A dificuldade

¹⁵ Parecer da comissão de assuntos econômicos. Relator, Sen. Ricardo Ferraço. Publicado em 30/05/2018. Disponível em: <http://portaldaprivacidade.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Doc-SF180511498853-Entrega-FINAL-Ricardo-Ferra%C3%A7o-03.05.18.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019.

¹⁶ Vide Artigo 219 CRBF

¹⁷ COTS & OLIVEIRA. 2018. Pag. 63.

¹⁸ Artigo 5º I. informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

¹⁹ GAGLIANO, FILHO, 2015. Pg. 129. “A pessoa natural para o direito é portanto o ser humano enquanto sujeito/destinatário de direitos e obrigações”.

²⁰ Sherlock Holmes, personagem da literatura Britânica, famoso por desvendar crimes e identificar criminosos através do uso de técnicas científicas e lógicas dedutivas (cruzamento das informações), criado pelo escritor Sir Arthur Conan Doyle (1859-1930). História disponível também na plataforma Netflix, como série de dramaturgia.

que existe quanto ao uso de dados anonimizados é comprovar que as técnicas de anonimização e segurança de informação foram adotadas, tendo em vista que a LGPD não incide sobre dados anonimizados, a menos que sejam comprovadas falhas graves no processo de anonimização²¹.

Um assunto central, de relevante importância para a compressão desse artigo, é o conceito de tratamento de dados pessoais, entendido pela LGPD²² como sendo todas as operações realizadas com dados pessoais. Em outras palavras, tratamento de dados pode ser entendido como todas as formas de uso de informações pessoais, incluindo nesse conceito todo o processo, desde a coleta, armazenamento, compartilhamento e outras operações até o momento do término do tratamento. Até a mera visualização é considerada tratamento de dados pessoais.

[...] tendo em vista a clareza do inciso X desse artigo, é que o rol descrito é exemplificativo e não exaustivo. [...] as hipóteses não são cumulativas, ou seja, uma única atividade da lista já se inclui no conceito de tratamento, por mais simples que ela seja. Armazenar dados sem utiliza-los, por exemplo, já é considerado tratamento de dados pessoais (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 94)

Assim, a lei autoriza o uso de dados pessoais pelas empresas e entidades públicas, mas limita esse uso, estabelecendo garantias específicas para os titulares, como o direito de ter acesso livre e facilitado aos dados tratados, direito de saber quais dados estão sendo tratados, garantia de que a coleta e tratamento sejam realizados sob o mínimo de dados necessário e, se possível, com o emprego das técnicas de anonimização, bem como o direito de retificação e de portabilidade, entre outros constantes nos artigos 17 a 22 da LGPD.

A lei também pontua parâmetros para o uso dos dados, começando com a exigência da observação do princípio da boa-fé e de outros dez princípios específicos²³, constantes no artigo 6º, bem como as dez hipóteses que legitimam o uso dos dados, como: a) o cumprimento de uma obrigação legal, b) execução de políticas públicas; c) estudo por órgãos de pesquisa; d) execução de contratos ou diligências contratuais, e) exercício regular de direitos; f) proteção da vida; g) tutela da saúde; h) interesses legítimos do controlador ou de terceiros que tiverem acesso aos dados pessoais; e, por último e não menos importante, i) o consentimento.

Esse consentimento deverá ser: a) livre (o titular tem a liberdade de escolher que tipo de dado será fornecido); b) informado (disponível para o titular todas as informações sobre o tratamento, como nas políticas de privacidade); c) inequívoco (não precisa de ser expresso, bastando demonstrar que o titular tomou conhecimento acerca do tratamento de seus dados) e d) específico (as empresas não poderão compartilhar os dados pessoais sem que o titular dê o consentimento especificamente para essa forma de tratamento de dados²⁴). O consentimento poderá ser coletado por qualquer meio, desde que sejam apresentadas as finalidades, devendo ser disponível ao titular das informações a possibilidade de revogar o consentimento a qualquer momento²⁵, sendo vedado o tratamento sob qualquer forma de vício de consentimento.

²¹ Vide Art. 5º, II – conceito de dados sensíveis. Vide Art. 5º, XI – e Artigo. 12. Dispõe sobre dados anonimizados.

²² Vide Art. 5º - X. conceito de tratamento de dados pessoais.

²³ Vide Art. 6º. I – finalidade; II – adequação; III – necessidade, IV - livre acesso; V - qualidade dos dados; VI – transparência; VII – segurança; VIII – prevenção; IX - não discriminação; X - responsabilização e prestação de contas.

²⁴ “É abusiva e ilegal cláusula prevista em contrato de prestação de serviços de cartão de crédito, que autoriza o banco contratante a compartilhar dados dos consumidores com outras entidades financeiras, assim como com entidades mantenedoras de cadastros positivos e negativos de consumidores, sem que seja dada opção de discordar daquele compartilhamento”. Recurso Especial Nº 1.348.532 – SP - 10/10/2017- STJ. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526809457/recurso-especial-resp-1348532-sp-2012-0210805-4/inteiro-teor-526809464>. Acesso em: 22 mar. 2019.

²⁵ Vide art. 8º hipóteses do uso de dados sem o consentimento do titular.

É importante frisar que qualquer forma de tratamento de dados pessoais precisa ser pautada em uma dessas nove hipóteses somadas ao consentimento, para que o uso desses dados seja justificado e considerado legítimo.

Embora a LGPD seja uma lei que ampara os direitos e deveres para a proteção dos dados pessoais no Brasil, existem posicionamentos resistentes – e alguns merecem destaque. Esses posicionamentos chegaram a ser debatidos na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, para aprovação do Projeto de Lei da Câmara nº 53, de 2018, que deu origem à Lei 13.709/2018.

Uma das críticas aponta falhas na redação da lei, por conter uma alta carga de conceitos e termos advindos da legislação europeia, mostrando que, futuramente, será necessário interpretá-los por meios de outros mecanismos normativos – encargo que a lei atribui à Agência Nacional de Proteção de Dados: um órgão ligado à Presidência da República. Outras críticas indicaram a necessidade de amparar, na lei, os dados das pessoas jurídicas, visto que incorrem nos mesmos riscos e incidentes que podem ocorrer com os dados das pessoas físicas. Também foi apontada a dificuldade de as empresas colocarem em prática todas as regras prevista na lei.

Certo é que não há experiências suficientes que indicam o caminho a ser trilhado por empresas, sociedade e governo, a fim de chegarem ao nível de garantia desses direitos, como é desejado pela lei, ou seja, ainda não existe, no Brasil, jurisprudências robustas (casos de reiterados registros de incidentes envolvendo o uso de dados pessoais por entidades privadas) para indicar como essas questões se apresentam. Entretanto, são pontos que indicam a tradição de se preocupar em redigir leis somente depois de existir problemas a serem solucionados, termos em que justificam a inovação da lei.

Esgotados os conceitos relevantes da LGPD, passa-se para a próxima etapa deste artigo, que se concentra em mostrar o compartilhamento como uma das modalidades de tratamento de dados pessoais previstas na lei e a situação do titular dos dados diante dessa prática. Pelo motivo da complexidade e importância do assunto, o tema terá delimitação específica, considerando somente os dados pessoais comuns compartilhados entre entidades privadas.

2. O USO COMPARTILHADO DE DADOS PESSOAIS

O uso compartilhado de dados pessoais é entendido pela LGPD²⁶ como sendo toda forma de comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais, por órgãos e entidades públicas, no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados.

A LGPD, como relatado no tópico anterior, é uma lei com alta carga de conceitos; porém, ela não especificou o significado de cada forma de compartilhamento. Entretanto, considerando o compartilhamento entre entes privados, pode-se extrair do conceito posto na lei que o uso compartilhado consiste em variadas formas de circulação e acesso a dados pessoais, armazenados em banco de dados, que ocorrem entre as empresas. Na verdade, é uma das formas em que

²⁶ Vide artigo 5º inciso XVI-

a LGPD aborda o tema da mercantilização de dados pessoais, mas sem usar diretamente a expressão, na tentativa de alcançar as várias possibilidades que envolvam troca e acesso de dados pessoais²⁷.

Para entender melhor essa prática, agora regulamentada pela LGPD²⁸, toma-se como exemplo os aplicativos de músicas para celular. Para que uma pessoa possa ter acesso à plataforma, é preciso fornecer dados pessoais como nome e número no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF). Entretanto, para ter acesso ao conteúdo e aos serviços *premium* oferecidos por aqueles aplicativos, é preciso fornecer também *e-mail*, idade, dados bancários, o que permite traçar um perfil individual. Aqui, verifica-se uma relação jurídica que envolve uso de dados pessoais mediante manifestação livre da vontade e do consentimento inequívoco do titular (tendo em vista que o usuário precisou realizar um cadastro fornecendo suas informações).

Ainda no mesmo exemplo, em alguns casos, não é preciso fazer um cadastro, basta vincular o aplicativo de música a uma rede social (exemplo: Spotify vinculado ao Facebook, o famoso “entre com o Facebook”). Além disso, é preciso concordar com as “políticas de Privacidade”, chamadas usualmente de “li e concordo” (o que normalmente ninguém lê ou mesmo concorda de fato, mas seleciona simplesmente para ter acesso rápido), sendo isso o suficiente pra ter acesso ao serviço do aplicativo em questão. Aqui se mostra a prática do uso compartilhado dos dados pessoais: a partir do momento em que o titular permite à rede social ser sua base de acesso ao aplicativo; na verdade, ele está autorizando o aplicativo a usar dados pessoais já fornecidos para a rede social. Note que existe, nessa relação, um trânsito de informações entre as duas empresas, ou seja: o titular consente que as empresas façam uso, de forma compartilhada, de seus dados pessoais. Assim, uma empresa tem acesso ao banco de dados com informações pessoais da outra.

Essas relações jurídicas se apresentam de forma simples e encantadora devido à facilidade de acesso ao serviço. Contudo, é necessário ressaltar a complexidade quanto ao uso e à circulação dos dados pessoais. É possível identificar, no exemplo citado, que uma pessoa ocupa, ao mesmo tempo, a qualidade de titular dos dados e de consumidor. Ainda é possível verificar a relação entre as duas empresas, que consiste na reciprocidade das plataformas digitais e no compartilhamento de dados tratados por elas – somando-se a isso, também, que a relação jurídica se estabelece entre três pessoas, uma pessoa física e duas pessoas jurídicas (em alguns casos, pode envolver muitas outras empresas), e que essas pessoas jurídicas podem ser empresas multinacionais, ou seja, dados de pessoas brasileiras podem ser armazenados e usados em outro país, com leis diferentes.²⁹

Muitos não fazem ideia de quantos direitos estão envolvidos nisso, nem da importância dos dados pessoais. Só no exemplo citado, poderão incidir regras consumeristas, contratuais, de proteção de dados, constitucionais e normas de reciprocidade com outros países.

²⁷ Parecer legislativo: relator Ricardo Ferraço: EMENDA Nº... – Cae (Substitutivo) Projeto de Lei do Senado Nº 330, de 2013. Artigo 3º, V -Comunicação: ato de revelar dados pessoais a um ou mais sujeitos determinados diversos do seu titular, sob qualquer forma; X -Difusão: ato de revelar dados pessoais a um ou mais sujeitos indeterminados diversos do seu titular, sob qualquer forma; XI -Interconexão: transferência de dados pessoais de um banco de dados a outro, mantido ou não pelo mesmo proprietário;

²⁸ A LGPD é a primeira lei federal brasileira que prevê o uso compartilhado de dados pessoais entre entes privados de forma abrangente a todos os setores privados. Antes era previsto somente em leis direcionada a setores privados específicos como o de crédito, e entre a administração pública. Vide Decreto nº 8777/2016, Lei de acesso a informação 12.527/2011

²⁹ Transferência internacional de dados pessoais como forma de uso compartilhado no artigo 5º, entretanto tem um capítulo inteiro reservado a esse assunto na LGPD. Vide capítulo V art. 33.

Atualmente, as informações pessoais são fornecidas (ou mesmo geradas) principalmente por meios eletrônicos, pelos quais são coletadas, armazenadas e usadas por empresas, que extraem o valor delas conforme seus interesses e compartilham essas informações com outras empresas, para que estas também possam extrair valor, e assim sucessivamente.

Hoje é possível saber quais as preferências do usuário por meio de sites que acessa, ou mesmo das palavras que digitam em mecanismos de buscas, por exemplo, criando-se verdadeiros perfis acerca do cruzamento dos dados de conexão. A remuneração hoje não é mais calculada por meio do número de acessos aos websites, mas sim pelo número de cliques em determinado link (*cots per click*). Assim se calculam os preços dos contratos de publicidade por intermédio de estimativa de consumidores em potencial, especificados pelas informações que disponibilizam sobre si mesmos revelando preferências, opções religiosas, sexuais, a cidade em que vivem etc. (MARTINS, 2016, p.54)

Com isso, as informações pessoais estão em um constante trânsito, com circulação desordenada, sendo difícil conhecer seu caminho e impor regras. Contudo, para as empresas, é uma facilidade para obtenção de resultados e lucros.

Existem notícias de incidentes com dados pessoais, em que uma empresa teve acesso ao banco de dados de outra empresa, como foi o caso da empresa Cambridge Analítica (especializada em análise de dados), que teve acesso a dados tratados pelo Facebook e foi acusada de traçar perfis e manipular informações de cidadãos americanos, com o intuito de influenciar nas eleições dos Estados Unidos.

Note-se que, nesse caso, houve compartilhamento de informação entre Facebook e Cambridge³⁰, ou seja: ocorreu o acesso ao banco de dados de uma empresa por outra, mas não houve consentimento dos usuários para as duas empresas. Esse é um dos exemplos clássicos que podem ser encontrados em quase todos os jornais e artigos sobre o assunto de proteção de dados, pois mostra claramente a dificuldade de uma pessoa controlar suas informações, ainda que a lei disponibilize ferramentas para isso. Assim, a posição do indivíduo diante da mercantilização e manipulação dos dados pessoais se mostra consideravelmente desproporcional³¹.

Ainda que a LGPD imponha a regra do consentimento específico do titular (requisito basilar para o compartilhamento), o respeito ao princípio da boa-fé e a outros valores em que as relações jurídicas de uso de dados pessoais devem observar, estes apresentam-se de forma frágil, podendo ser ignorados e violados, sem que o titular perceba.

3. A VULNERABILIDADE E OS RISCOS À PRIVACIDADE

A dificuldade de controle diante da intensa circulação de informações pessoais entre as empresas fragiliza as barreiras da privacidade, permitindo que esta seja invadida, visto que, no uso compartilhado, uma única empresa é capaz de deter muitos tipos de informações sobre muitas pessoas, sem precisar do fornecimento direto do titular.

Nesse sentido, se uma empresa tem acesso ao banco de dados da farmácia, do supermercado, do aplicativo de música, do aplicativo de GPS, da faculdade e da academia que uma pessoa ou um grupo de pessoas frequentam normalmente, por meio de cruzamento de dados e de tecnologias inteligentes, é possível identificar cada uma dessas pessoas e saber muitas coisas da vida

³⁰ <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/05/consultoria-pivo-de-polemica-sobre-privacidade-no-facebook-vai-fechar-diz-jornal.shtml>- Depois do incidente tanto a Cambridge Analíticas quanto a Facebook perderam muita credibilidade no mundo dos negócios.

³¹ Fala-se em mercantilização pois dados pessoais são como componentes, parte dos elementos contidos em um bancos de dados. Banco de dados também entendido como produto eletrônico que pode ser comercializado.

privada delas (como preferências, intimidades, relacionamentos etc.) e assim controlá-las, por meio da manipulação dos dados a distância. Isso relembra o fenômeno *Panóptico* citado no primeiro tópico deste artigo, no qual as pessoas são vigiadas em tempo integral, mas não têm a possibilidade de descobrir quem é o vigilante.

Como se pode notar atualmente, se uma pessoa realizar uma pesquisa na internet sobre determinado objeto, logo aparecem propagandas daquilo que se pesquisou na caixa de *e-mail* pessoal, ou, no canto das páginas dos *sites* que ela visitar, estará lá uma propaganda oferecendo aquele produto e outras opções com as cores que a pessoa mais gosta – e ainda com frete grátis, indicando a região onde mora³². A questão é: onde conseguiram tantas informações? Endereço de *e-mail*, cores preferidas e região onde mora? Essas questões são difíceis de saber, pois é inviável controlar a intensa circulação das informações de caráter pessoal, quantas pessoas ou entidades tiveram acesso a elas ou mesmo refazer o caminho percorrido pela informação pessoal.

A lei estabelece que a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) pode exigir das empresas um relatório de impacto³³, com descrição detalhada de todo tratamento de informações pessoais contidas nos bancos de dados, como um mecanismo de fiscalização; uma espécie de boletim de ocorrência, indicando também a criação de novos cargos e setores³⁴; e a adoção de técnicas e normas de segurança da informação que essas empresas deverão instalar como medidas de proteção dos dados tratados – o que se torna oneroso tanto para as empresas quanto para os titulares que precisam ter a segurança. Contudo, mesmo com muitos esforços, percebe-se que é complicado refazer, ou mesmo demonstrar, todo o caminho percorrido pelos dados durante a prática do compartilhamento, para obter o controle da informação.

Raramente o cidadão é capaz de perceber o sentido que a coleta de determinadas informações pode assumir em organizações complexas e dotadas de meios sofisticados para o tratamento de dados podendo escapar a ele próprio o grau de periculosidade do uso desses dados por parte de tais organizações. Além disso, é evidente a enorme defasagem de poder existente entre o indivíduo isolado e as grandes organizações de coleta de dados: nessas condições é totalmente ilusório falar em “controle”. Aliás, a insistência em meios de controle exclusivamente individuais pode ser um alibi de um poder público desejoso de esquivar-se de novos problemas determinados pelas grandes coletas de informações, e que assim se refugia em uma exaltação ilusória, dos poderes do indivíduo, o qual se encontrará, desta forma, encarregado da gestão de um jogo do qual somente, poderá sair com perdedor. (RODOTÀ, 2008, p. 37)

É o poder de saber tanta informação sobre as pessoas que faz com que a privacidade seja diminuída, a ponto de deixar o indivíduo titular dos dados de mãos atadas, fornecendo informação e desfrutando dos produtos e serviços oferecidos, visto que é oneroso e inviável para o titular controlar suas informações.

É nesse sentido que o uso compartilhado fere o direito de privacidade, pois uma pessoa não é capaz de controlar o trânsito de suas próprias informações ou de exercer seu direito de ser deixado só, ou mesmo escolher aquilo que está disposto a revelar, tendo a necessidade de se expor a todo momento (algumas vezes por impulso; outras vezes, sem escolha), para participar de uma sociedade movida e alimentada por informação, deixando rastros que são registrados por quem tem interesse na informação pessoal.

³² SILVA, Hannah Ferreira e. A Nulidade das Cláusulas de Compartilhamento de Dados Pessoais nos Contratos de Adesão sob a Perspectiva da Proteção Constitucional e Consumerista. 2018 Pag.46.

³³ Vide artigo 5º XVII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documento emitido pelas empresas contendo a descrição de todos os processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco. Ver também artigo 38.

³⁴ Vide artigo 5º VI, VII, VIII. Agentes de tratamento e encarregados, responsáveis pelo tratamento de dados pessoais.

No entanto, a simples justificativa da dificuldade de controle sob as informações que circulam não é suficiente para alegar que o uso compartilhado fere o direito de privacidade, tendo em vista que a lei disponibiliza mecanismos de controle e regras de tratamento de dados, mas a legalidade pura e simples não emana a justa posição do indivíduo. É a soma de vários fatores que ocorrem na prática do compartilhamento que fragiliza os valores fundamentais que formam as barreiras da privacidade, tornando vulnerável o titular.

O fato de o indivíduo ser observado por meio da análise de dados pessoais, somado à dificuldade de controle e à necessidade dele de expor suas informações, *versus* a capacidade das tecnologias informacionais inteligentes e a facilidade de obtenção de informações pessoais que uma empresa pode possuir transforma o indivíduo numa espécie de objeto e coloca os interesses mercadológicos numa posição hierarquicamente acima da privacidade.

A lógica se inverte: as instituições têm o controle das informações que querem usar, sabem muito sobre a vida privada de uma pessoa ou de várias pessoas, e os indivíduos usam suas informações e as fornecem como se fossem uma moeda de troca, passando a ser meros fornecedores.

Entretanto, não há balança nivelada, visto que o titular fornece seus dados e permanece na confiança de que as instituições irão usá-los de forma idônea³⁵, em um espaço virtualizado com uma imensa dificuldade de controle, apesar de muito acessível. O que na realidade se verifica é uma vulnerabilidade do titular, que:

[...] ao contrário do que podemos ver nas relações de consumo, nas quais a vulnerabilidade pode até ser quase nula, como poderia ser o caso de consumidores com maior expertise técnica, ou poder econômico superior ao do fornecedor, ao falarmos de tratamento de dados isso não é assim, pois o mesmo pode ser dá, inclusive sem o consentimento do titular, ou seja dificilmente uma pessoa natural, deixaria de se encontrar na posição de fragilidade, pois os dados, por serem na grande maioria dos casos intangíveis, não permitem ao titular certeza jurídica de seu tratamento. (COTS; OLIVEIRA, 2018, p. 60)

Assim como no direito do consumidor encontra-se a figura da inversão do ônus da prova como instrumento da proteção ao consumidor (parte mais frágil na relação de consumo), na Lei de proteção de dados também é previsto esse instrumento. Entretanto, a diferença se concentra no fato de que, para os titulares dos dados, inexistente a condição de expertise, ou seja, a vulnerabilidade precisa ser presumidamente considerada, sem precisar de uma avaliação prévia da condição de ser parte mais frágil e se eximir do ônus, visto que, na possibilidade de contratação de serviço ou compra de produtos, a troca legítima é feita pela moeda e não por dados – e as empresas, querendo ou não, ao permitirem a outras empresas o acesso aos dados, ainda que informalmente, lucram com as transações de dados³⁶.

Verifica-se, no entanto, uma dupla vulnerabilidade: a primeira, no sentido de exposição dos dados; a outra, no sentido de que o titular nada ganha com o uso compartilhado – por isso essa vulnerabilidade precisa ser considerada de plano.

Assim, é necessário que sejam efetivados todos os mecanismos de proteção à privacidade e aos dados dos titulares, pois existem interesses em via de mão dupla, na qual o mercado tem a

³⁵ As relações jurídicas de tratamento de dados pessoais devem ser pautadas no princípio da boa-fé. Artigo 6º LGPD

³⁶ Art. 42. § 2º O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa. Assim a LGPD prevê a inversão do ônus da prova, mas ainda sem a possibilidade de considerar de plano a vulnerabilidade do titular.

necessidade de se alimentar de informações e os indivíduos têm a necessidade de expor seus dados de forma controlada.

Entretanto, só a legalidade não basta: tem que haver o mútuo respeito aos direitos envolvidos nas relações jurídicas de dados, tanto dos titulares quanto das empresas. Assim, as entidades privadas precisam ir além das regras contratuais e da cultura do “passa e repassa” de dados pessoais, com a tendência de incorporar os valores fundamentais como mecanismos de proteção e controle dos dados, no sentido de elevar a privacidade ao verdadeiro *status* de direito fundamental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As inovações do mercado, aliadas às tecnologias informacionais, revelam o valor dos dados pessoais e mostram a fragilidade da privacidade do indivíduo em um cenário no qual dados pessoais ingressam no mundo das mercadorias.

O cenário apresentado utilizou o fenômeno “*Panóptico*” para demonstrar como os indivíduos são observados e como as informações são colhidas na era informacional. Mostrou também os mecanismos de proteção da privacidade e dos dados pessoais, bem como as formas de uso das informações pessoais previstas na LGPD, usando como enfoque o compartilhamento de dados pessoais para demonstrar que o direito de privacidade se encontra sobrepujado pelos interesses econômicos. Isso revela a vulnerabilidade do titular nas relações jurídicas que envolvem uso de dados pessoais, devido à dificuldade do exercício do direito à privacidade.

Faz-se necessário os titulares dos dados atentarem para a cultura da valorização das informações pessoais no mundo dos negócios, tendo em vista que o fornecimento dos dados muitas vezes acontecem de forma instantânea, bem como o consentimento, este pela pressa e necessidade dos titulares de acesso rápido ao que se pretende.

Nesse sentido, inúmeras são as razões pelas quais os titulares dos dados não se atentam para suas informações pessoais, principalmente quando se trata do ambiente digital – no qual não se pode ver a olho nu, ou em tempo real, o que realmente acontece com os dados. Uma dessas razões pode orbitar o fato de que a sociedade ainda não tem a experiência necessária ou, melhor, que não houve ainda um despertar social sobre o valor das informações na era digital. Na verdade, nem as autoridades políticas, nem o judiciário, nem os próprios cientistas de dados estão preparados para a avalanche de problemas que o uso e o compartilhamento desenfreado de informações pessoais podem gerar.

No cenário histórico mundial, em que se verifica a formação de nações sob um pano de fundo de lutas por direitos e revoluções, é possível verificar que a cultura e os costumes ensinados de geração em geração são os de que os documentos e as informações pessoais comprovam que o indivíduo está de acordo com os deveres de cidadão, mostrando assim que esse indivíduo pode desfrutar dos direitos e garantias, dos insumos e dos bens de seu país. Essa ideia não é aceitável em ambientes virtuais, e um dos motivos é a inexistência de fronteiras neles. Entretanto, essa cultura está sofrendo muitas alterações, pois envolve questões políticas e abre um diálogo que desperta o interesse de entidades públicas e privadas, das ciências tecnológicas e do direito, da sociedade e dos governos, o que traz à tona uma nova discussão – que, devido à sua alta complexidade, merece um estudo aprofundado, à parte.

Não se trata de escolher valores, mas é necessário realizar balanceamentos entre os interesses envolvidos nas relações de uso de dados e os direitos relacionados ao intenso trânsito de informações pessoais, no sentido de traçar limites que permitam ao titular controlar e exercer o

direito à privacidade e, às empresas, usar informações pessoais sem inverter a lógica proposta na lei e sem que o ônus do controle dos dados se transforme em tormenta para o titular.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Processo de Habeas Data**. Curitiba/PR: Juruá, 2013.

AMARAL, Fernando. **Introdução a ciências de dados. Mineração de dados e big data**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

BITAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal** (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 mar. 2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 08 mar. 2019.

BRASIL. **Lei. Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 08 mar. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 8.078, de 11 de Setembro De 1990**. Código de defesa do consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 08 mar. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 12.965, de 23 de Abril de 2014**. Marco Civil Da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 08 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto legislativo nº 8789, de 29 de junho de 2016**. Compartilhamento de base de dados na administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8789.htm. Acesso em: 09 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.348.532**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. São Paulo: 2017. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0616.pdf. Acesso em: 22 mar. 2019.

COPETTI, Rafael; MIRANDA, Marcel Andreata De. *et al.* **Autodeterminação Informativa e Proteção de Dados: Uma Análise Crítica da Jurisprudência Brasileira. Direito, governança e novas tecnologias**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/j6023guzncw4in57.pdf> Acesso em: 04 mar. 2019.

COTS, Marcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CUEVA. Ricardo Villas Boas. **A Insuficiente Proteção de Dados Pessoais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revista Justiça e Cidadania, nov. 2016. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/wp-content/uploads/2016/12/RJC-195.pdf>. Acesso em: 13 out. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria Geral do Direito Civil. vol. 1, 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DONEDA, Danilo. **A Proteção Dos Dados Pessoais como um Direito Fundamental**. Rio de Janeiro. Revista Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], v. 12, n. 2, 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315/658>. Acesso em: 06 mar. 2019.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. *et al.* **Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia Pessoal.** Revista de Ciências Jurídicas - Pensar. Fortaleza, v. 23, n. 4. out./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8257/pdf>. Acesso em: 04 mar. 2019.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia.** Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Caderno de investigações Científicas. Brasília: 2010. Disponível em: https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol_2_protecao_de_dados_pessoais.pdf. Acesso em: 03 mar. 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. Salvador/Bahia: JusPodvun, 2017.

FOUCAULT. Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas.** Rio de Janeiro, Nau: 2005. E-book

FONTES, Jose Igor Alves. **Dados Pessoais Digitais e seu Tratamento No Ordenamento Jurídico Brasileiro.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em direito) -UFRN. Natal/RN: Biblioteca Setorial CCS, 2018. Disponível em: https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/7356/1/Dados%20Pessoais_Fontes_2018.pdf. Acesso em: 05 mar. 2019.

GHISI, Silvano. Responsabilidade Civil em Matéria de Proteção a Dados Pessoais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Jurídica.** Pato Branco/ PR, v. 2, n. 3, p. 273-288, set. 2018. Disponível em: <http://revistajuridica.fadep.br/index.php/revistajuridica/article/view/80>. Acesso em: 05 mar. 2019.

MACHADO, Ronny Max. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Os impactos da sociedade da informação no direito à Privacidade da pessoa natural e da pessoa jurídica.** RTJ/ STF. São Paulo/SP: 2018. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=thesisjuris&page=article&op=view&path%5B%5D=11270>. Acesso em: 05 mar. 2019.

MALHEIRO, Luíza Fernandes. **O consentimento na proteção de dados pessoais na Internet: uma análise comparada do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu e do Projeto de Lei 5.276/2016.** Trabalho de Conclusão de Curso (raduação em Direito) -UNB. Brasília/DF. 2017. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/18883/1/2017_LuizaFernandesMalheiro.pdf. Acesso em: 13 out. 2018.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos Eletrônicos de Consumo.** 3 ed. Campos Elísios/SP: Atlas, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **“Hermenêutica e Aplicação do Direito”.** 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

MORASSUTTI, Bruno Schmitt. **Considerações sobre bancos de dados e o comércio de informações.** Direito e Justiça. Rio Grande do Sul: Pucrs, 2015. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/21428/13325>. Acesso dia 04 mar. 2019.

FERRAÇO, Ricardo. **Parecer da comissão de assuntos econômicos.** Publicado em 30/05/2018. Senado Federal. 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7751914&ts=1594012451916&disposition=inline>. Acesso em: 01 maio 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital.** 2º ed.. São Paulo: Saraiva, 2008.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais. Comentários à lei 13.709/2018 (LGPD).** São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTANA, Héctor Valverde. VIANA, Rafael Souza. **O compartilhamento de dados e informações pessoais de consumidores: o abuso dos fornecedores e as propostas apresentadas no PLS 181/2014**. Brasília: Rev. Bras. Polít. Públicas, v. 7, n 1, 2017. Disponível em: <https://search.proquest.com/openview/8bbe20db1f77dfc3cf4e374451bf3162/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2031897>. Acesso em: 05 mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Hannah Ferreira e. **A Nulidade das Cláusulas de Compartilhamento de Dados Pessoais nos Contratos de Adesão sob a Perspectiva da Proteção Constitucional e Consumista**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -UFPB, Santa Rita/Paraíba, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/11495/1/HFS14062018.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2019.

SILVA, Alexandre Ribeiro. **A proteção de dados no Brasil: A tutela do direito à privacidade na sociedade da informação**. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito - UFJF, Juiz de Fora/MG. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/5374>. Acesso em: 04 mar. 2019.

SCHEREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. -São Paulo: Atlas, 2013. E-book.

VIEIRA, Tatiana Malta. **Direito a privacidade da sociedade da informação**. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, UnB, Brasília. 2007. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3358/1/2007_TatianaMaltaVieira.pdf. Acesso dia 03 nov. 2019.

Submetido em: 10 set. 2019.

Aceito em: 23 out. 2020.

CONSTITUCIONALISMO CORPORATIVO: ENTRE INTERESSES, INOVAÇÃO E RISCOS

Wilson Engelmann

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Rio Grande do Sul
wengelmann@unisinis.br

Júnior Roberto Willig

Universidade do Vale do Taquari (UNIVATES), Rio Grande do Sul
jwillig@univates.br

RESUMO: A globalização, ancorada na Quarta Revolução Tecnológica, acompanhada de suas incertezas e riscos, enfraquece os Estados nacionais e abre espaço para novos atores globais, como as corporações, gerando também novos espaços de constitucionalização social. Neste sentido, o problema do presente artigo questiona como o fragmento do constitucionalismo corporativo enfrentará os riscos criados pelas inovações tecnológicas. Assim, este artigo objetiva identificar evidências sobre a idoneidade das corporações na atuação e no desenvolvimento de seus *corporate codes of conduct*. Para isso, a presente pesquisa utilizará o método fenomenológico hermenêutico, com vistas a penetrar nos fenômenos e, com base nas contradições, percebê-los em sociedade, sendo que os métodos de procedimento utilizados no presente trabalho serão o método histórico e o comparativo. Desta forma, as reflexões começam com a análise do comportamento da sociedade na era da Quarta Revolução Industrial. Em seguida, procura-se demonstrar as tendências de uma constitucionalização social na globalização. Ao final, busca-se alertar sobre a sociedade de risco e avaliar a idoneidade do constitucionalismo corporativo. Nesse sentido, conclui-se que há evidências que os *corporate codes of conduct*, em função dos interesses envolvidos, podem desenvolver um “direito corrupto”.

PALAVRAS-CHAVE: *Corporate codes of conduct*. Constitucionalismo. Inovação. Risco.

Corporate Constitutionalism: between interests, innovation and risks

ABSTRACT: Globalization, anchored in the Fourth Technological Revolution, accompanied by its uncertainties and risks, weakens national states and opens space for new global actors, such as corporations, also generating new spaces for social constitutionalization. In this sense, the problem of the present article questions how the fragment of corporate constitutionalism will face the risks created by technological innovations. Thus, this article aims to identify evidence on the suitability of corporations in the performance and development of their corporate codes of conduct. For this, the present research will use the hermeneutic phenomenological method, with a view to penetrating the phenomena and based on the contradictions to perceive them in society, and the procedural methods used in the present work will be the historical and comparative method. Thus, the reflections begin with the analysis of the behavior of society in the era of the Fourth Industrial Revolution. It then seeks to demonstrate the trends of social constitutionalization in globalization. In the end, we seek to warn about the risk society and evaluate the suitability of corporate constitutionalism. In this sense, it concludes that there is evidence that corporate codes of conduct, due to the interests involved, can develop a “corrupt right”.

KEYWORDS: Corporate codes of conduct. Constitutionalism. Innovation. Risk.

INTRODUÇÃO

A complexidade da sociedade mundial, que não respeita as tradicionais fronteiras terrestres, faz com que estruturas tradicionais, como os Estados nacionais, se submetam a novas realidades políticas e jurídicas. Impulsionada pela globalização e pela Quarta Revolução Industrial, a sociedade mundial fragmenta-se em sistemas sociais que ousam desenvolver um constitucionalismo para seu próprio espaço.

Com uma forte conotação corporativa-empresarial, estes novos espaços empresariais são cobrados e questionados pelos riscos que induzem na nação global. Riscos que, por diversas vezes, perpassam fronteiras nacionais e necessitam ser minimizados de forma rápida. Neste sentido, pode-se questionar, como Beck (2018), vivendo na modernidade suicida (capitalismo), a caixa-preta das questões políticas fundamentais se reabre: quem fala pelo “cosmo”? Quem representa a “humanidade”? É o Estado? A cidade? Os atores da sociedade civil? Especialistas? “Gaia”? E quem fala por sua própria espécie?

Neste cenário, marcado por uma nova Revolução Industrial e pela insuficiência de um constitucionalismo com base no Estado nacional, o problema do presente artigo questiona como o fragmento do constitucionalismo corporativo enfrentará os riscos criados pelas inovações tecnológicas.

Em relação ao questionamento acima, apresentam-se duas hipóteses, sendo que a primeira refere que, apesar do constitucionalismo corporativo ter como base instituições privadas, ele necessariamente será obrigado a manter um foco no ser humano e na sociedade, inibindo os riscos tecnológicos. A segunda hipótese aponta que, em função de possíveis interesses “corruptos” da iniciativa privada, há a possibilidade de uma maximização dos riscos na sociedade, sem medidas constitucionais no fragmento corporativo para inibi-los.

Neste sentido, o objetivo principal do presente artigo é identificar evidências sobre a idoneidade das corporações na atuação e no desenvolvimento de seus corporate codes of conduct.

Para atingir o objetivo acima, a presente pesquisa utilizará o método fenomenológico hermenêutico, com vistas a penetrar nos fenômenos e com base nas contradições percebê-los em sociedade. Os métodos de procedimento utilizados no presente trabalho serão o método histórico e o comparativo. A investigação do objeto, levando-se em conta o seu objetivo geral, dar-se-á por meio de pesquisa descritiva, que, no presente caso, pretende aprofundar a descrição de determinada realidade e cujos resultados são válidos apenas para o caso que se está estudando. E, para chegar aos resultados esperados, a presente pesquisa utiliza as seguintes técnicas de pesquisa: bibliográfica e documental.

1. UMA RESOLUÇÃO CORPORATIVA

A intensidade da sociedade atual denota movimentos numa velocidade nunca vivenciada. Com ações de diversas frentes, atinge e altera profundamente paradigmas individuais e sociais, que, exponencialmente, alteram sistemas inteiros. Essa é a definição clássica de uma mudança na forma de uma estrutura - de uma sociedade -, ou seja, nada mais que uma revolução¹. Schwab (2016) sinaliza que esses são os indicadores da Quarta Revolução Industrial, uma nova revolução

¹ A palavra “revolução” denota mudança abrupta e radical. Na história, as revoluções tem ocorrido quando novas tecnologias e novas formas de perceber o mundo desencadeiam uma alteração profunda nas estruturas sociais e nos sistemas econômicos (SCHWAB, 2016, p. 15).

tecnológica, que, segundo o autor, implicará em nada menos que a transformação de toda a humanidade.

Avanços tecnológicos são experienciados há séculos, mas a intensidade das mudanças tecnológicas dos últimos anos tem marcado profundamente uma era de inovações disruptivas, caracterizadas por exemplos vindos de novas áreas, como a nanotecnologia ou a biotecnologia, e outros vindos de novos produtos e processos, como o Uber, Airbnb, Netflix, Google, WhatsApp, entre tantos outros, todos alterando profundamente o modo de vida da sociedade mundial. Conforme refere Castells (1999), é claro que a tecnologia não determina a sociedade e nem a sociedade escreve o curso da transformação tecnológica, uma vez que muitos fatores, inclusive a criatividade e iniciativa empreendedora, intervêm no processo de descoberta científica, inovação tecnológica e aplicações sociais, de forma que o resultado depende de um complexo padrão interativo. “Na verdade, o dilema do determinismo tecnológico é, provavelmente, um problema infundado, dado que a tecnologia é a sociedade, e a sociedade não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas” (CASTELLS, 1999, p. 43).

A Quarta Revolução Industrial é a eclosão de outro movimento recente, a tecnociência ou sociedade tecnocientífica, que repercutiu durante o século XX. Não em relação à essência da expressão “tecnociência”, que sugere basicamente a inseparabilidade da ciência e da técnica modernas, proposta inicialmente por Gilbert Hottois e já apontada por Heidegger (2008), quando este afirmava que a ciência e a técnica se tornavam indispensáveis uma à outra. Mas, conforme propõe Morin (2005), considerando o novo universo da tecnociência, no qual a técnica, que gera incessantemente novos poderes, pôs-se a serviço da economia para criar e desenvolver as indústrias, os transportes, as comunicações, impulsionando assim os desenvolvimentos econômicos contemporâneos, e a pesquisa científica, em certos domínios de ponta, como a química e a genética, também entra no mundo dos lucros e, com isso, leva esse mundo para a ciência.

Na tecnociência, [o utilitarismo] torna-se efetivamente o objetivo primário da pesquisa científica para aumentar nosso poder de controlar – assim, a tecnociência representa o fortalecimento e a perpetuação de uma tendência sempre presente na tradição científica. Ao mesmo tempo, o que se considera como “fins úteis” tende a ser interpretado sob a luz dos valores do capital e do mercado. Portanto, surge a ideia de que a Ciência visa a inovações tecnocientíficas que contribuam para o crescimento econômico, e a Ciência institucionalizada se torna em grande medida tecnociência orientada comercialmente (LACEY, 2013, p. 8).

Este formato de inovação (tecnocientífica), o qual a técnica produzida pelas ciências transforma a sociedade, o mercado e o interesse econômico da sociedade, é a origem da sociedade tecnocientífica. Diferentemente dos tempos passados, não se tem como objetivo extrair e explorar recursos naturais, mas sim manipular e criar formas de vida artificiais, sejam humanas, técnicas ou ambientais a partir da manipulação dos dados elementares da natureza (AZAMBUJA, 2013).

Atualmente, a transformação da sociedade e do mercado mundial, propondo uma inversão do processo de inovação, com a economia demandando inovações, preferencialmente disruptivas, e recebendo, como retorno, tecnologias extraordinárias, consiste num novo capítulo do desenvolvimento humano - na Quarta Revolução Industrial -, que, comparando, está no mesmo nível das três revoluções industriais anteriores² (SCHWAB, 2018). Ela teve início, segundo

² Galimberti (2006) afirma que a humanidade não está à altura do evento técnico por ela mesma produzido e, quem sabe pela primeira vez na história, a sua sensação, a sua percepção, a sua imaginação, o seu sentimento se revelam inadequados ao que está ocorrendo. De fato, a capacidade de produção, que é ilimitada, superou a capacidade de imaginação, que é limitada, de modo a não nos permitir mais compreender e, no limite, de considerar como “nossos” os efeitos que o irreversível desenvolvimento técnico é capaz de produzir.

Schwab (2016), na virada do século e baseia-se na revolução digital³, sendo caracterizada por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos, pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina).

Apesar da matriz dos processos de inovação na Quarta Revolução Industrial incluir novos atores - como, por exemplo, os indivíduos e a sociedade civil -, há ainda uma forte influência da Hélice Tríplice⁴, de autoria de Henry Etzkowitz e Loet Leydesdorff, que parte da tríade: academia, empresas e governo, e que, atualmente, serve de base para diversos países que visam melhorar ou aperfeiçoar seus processos e sistemas internos de inovação. Schwab (2016) referenda essa tendência na sua obra, citando que os países, regiões e cidades precisam investir fortemente para se transformarem em plataformas de lançamento da transformação digital, atraindo empresários e investidores de *startups* inovadoras. “A medida que as empresas jovens e dinâmicas e as empresas estabelecidas se conectam umas com as outras, com os cidadãos e com as universidades, as cidades tornam-se locais de experimentação e poderosos polos para transformar novas ideias em valor real para as economias locais e globais” (SCHWAB, 2016, p. 82).

A criação de ecossistemas de inovação é um dos objetivos das cidades no século XXI. Castells (1999) já referia que as descobertas tecnológicas ocorrem em agrupamentos, interagindo entre si num processo de retornos cada vez maiores, pois entende que a inovação tecnológica não é uma ocorrência isolada.

Ela reflete um determinado estágio de conhecimento; um ambiente institucional e industrial específico; uma certa disponibilidade de talentos para definir um problema técnico e resolvê-lo; uma mentalidade econômica para dar a essa aplicação uma boa relação custo/benefício; e uma rede de fabricantes e usuários capazes de comunicar suas experiências de modo cumulativo e aprender usando e fazendo (CASTELLS, 1999, p. 73).

Na realidade, neste novo cenário, a economia (agora global) da Quarta Revolução Industrial não é fruto somente das inovações disruptivas, mas é uma opção (necessária) dos *stakeholders* envolvidos no cenário econômico. E não é complexo entender o motivo dessa opção, pois, atualmente, conforme refere Spence (2011), entende-se que o crescimento vem da inovação, do progresso tecnológico. Segundo o autor, é ele que aumenta o potencial produtivo de uma economia ao longo do tempo. Isso significa que, com os mesmos insumos de capital, mão de obra, matéria-prima e energia, você consegue produzir mais (ou gerar produtos mais valiosos).

No entanto, Spence (2011) também alerta que o crescimento econômico sempre ocorre em paralelo com o desenvolvimento das instituições políticas, jurídicas e reguladoras, com aplicação em níveis nacionais, regionais e internacionais. É um processo contínuo em que os incrementos na capacidade econômica e na eficácia do governo complementam entre si. Na realidade, conforme refere Castells (1999), essa nova economia global foi constituída politicamente.

A reestruturação das empresas, e as novas tecnologias da informação, embora fossem a fonte das tendências globalizadoras, não teriam evoluído, por si só, rumo a uma economia global em rede sem políticas de desregulamentação, privatização e liberalização do comércio e dos investimentos. Essas políticas foram decididas e implan-

³ A revolução digital seria a Terceira Revolução Industrial, que conforme Castells (1999, p. 50), “originou-se e se difundiu, não por acaso, em um período histórico de reestruturação global do capitalismo, para o qual foi uma ferramenta básica. Portanto, a nova sociedade emergente desse processo de transformação é capitalista e também informacional, embora apresente variação histórica considerável nos diferentes países, conforme sua história, cultura, instituições e relação específica com o capitalismo global e a tecnologia informacional”.

⁴ Conforme refere Etzkowitz (2009), o regime da hélice tríplice começa quando a universidade, a indústria e o governo dão início a um relacionamento recíproco, no qual cada um tenta melhorar o desempenho do outro. A maior parte destas iniciativas ocorre em nível regional, onde contextos específicos de clusters industriais, desenvolvimento acadêmico e presença ou falta da autoridade governamental influenciam o desenvolvimento da hélice tríplice.

tadas pelos governos ao redor do mundo, e por instituições econômicas internacionais. **É necessário ter uma perspectiva da economia política para entender o triunfo dos mercados sobre os governos: os próprios governos clamaram por uma vitória, numa tendência suicida histórica.** Fizeram isso para preservar/aprimorar os interesses de seus estados, dentro do contexto de surgimento de uma nova economia, e no novo ambiente ideológico que resultou do colapso do estatismo, da crise do previdencialismo e das contradições do estado desenvolvimentista (CASTELLS, 1999, p. 188, grifo nosso).

Neste cenário, marcado pelo triunfo do mercado, evidentemente, há um destaque para as empresas, entre os atores dos processos de inovação. A academia, por exemplo, não é um *stakeholders* de mercado. A universidade, no modelo da hélice tríplice, transforma-se de uma instituição centrada basicamente no ensino, em uma instituição que combina seus recursos e potenciais na área de pesquisa com uma nova missão⁵, voltada ao desenvolvimento econômico e social da sociedade onde atua, estimulando o surgimento de ambientes de inovação e disseminando uma cultura empreendedora (AUDY, 2006). Enquanto a universidade amplia o seu foco, a empresa busca justamente aproveitar este alargamento para incorporar o conhecimento produzido nas universidades e incorporá-lo ao sistema produtivo. A empresa é transformada, de uma unidade competitiva relacionada a outras empresas somente através do mercado, a uma entidade de hélice tríplice, cada vez mais baseada em relações com outras empresas, assim como com a academia e o governo (ETZKOWITZ, 2009).

No entanto, apesar deste cenário inovador não ser novidade, a forma agressiva como as empresas agem junto ao conservadorismo das pesquisas no meio acadêmico, incentivando formas mais comerciais de investigação, tem mobilizado alguns desafios e discussões, especialmente diante do terceiro ator: o governo⁶.

O governo, apesar de parecer um coadjuvante⁷, tem uma importância fundamental nos processos de inovação da Quarta Revolução Industrial. Aliás, conforme refere Schwab (2016), pela própria natureza fundamental e global dessa revolução, ela afetará e será influenciada por todos os países, economias, setores e pessoas. É, portanto, crucial que a sociedade volte a atenção e energia para a cooperação entre múltiplos *stakeholders* que envolvam e ultrapassem os limites acadêmicos, sociais, políticos, nacionais e industriais.

É fundamental a compreensão de que o Estado não é nenhum “intruso” e nem um mero facilitador do crescimento econômico. É equivocada a visão do Estado como inimigo da empresa, ponto de vista que se encontra frequentemente em publicações de negócios bastante respeitadas, como a revista *The Economist*, que costuma se referir ao governo como um “leviatã hobbesiano”, que deveria ocupar um lugar secundário (MAZZUCATO, 2014, p. 42).

⁵ As instituições acadêmicas costumam ser consideradas como um dos locais mais importantes para ideias pioneiras. No entanto, novas evidências indicam que, atualmente nas universidades, os incentivos à carreira e as condições de financiamento favorecem mais as pesquisas incrementais e conservadoras que os programas ousados e inovadores (SCHWAB, 2016, p. 32).

⁶ Schwab (2016), cita o exemplo da Uber Technologies Inc. que, em 2015, contratou 40 pesquisadores e cientistas da área de robótica da Universidade Carnegie Mellon, uma porcentagem significativa do capital humano de um laboratório, que gerou impactos à capacidade de suas pesquisas e colocou os contratos da Universidade com o Departamento de Defesa dos Estados Unidos e outras organizações em risco.

⁷ A configuração ideal da hélice tríplice é aquela em que as três esferas interagem e cada uma assume o papel das outras, sendo que as iniciativas surgem lateralmente bem como de baixo para cima e de cima para baixo. A sociedade civil é a base da hélice tríplice e da relação entre política científica e democracia. Embora uma hélice tríplice limitada possa existir em condições autoritárias, uma hélice tríplice completa ocorre em uma sociedade democrática onde as iniciativas possam ser livremente formuladas (ETZKOWITZ, 2009, p. 104).

O Estado é responsável pela maioria das inovações radicais, que revolucionaram a sociedade atual e que alimentam a dinâmica do capitalismo. Mazzucato (2014) refere que, das ferrovias à internet⁸, até a nanotecnologia e farmacêutica modernas, apontam para o Estado a origem dos investimentos “empreendedores” mais corajosos, incipientes e de capital intensivo.

E [...] todas as tecnologias que tornaram o iPhone de Jobs tão “inteligente” [*smart*] foram financiadas pelo governo (internet, GPS, telas sensíveis ao toque (*touchscreen*) e até o recente comando de voz conhecido como SIRI). Tais investimentos radicais - que embutiam uma grande incerteza - não aconteceram graças a investidores capitalistas ou “gênios de fundo de quintal”. Foi a mão visível do Estado que fez essas inovações acontecerem. Inovações que não teriam ocorrido se fôssemos esperando que o “mercado” e o setor comercial fizessem isso sozinhos - ou que o governo simplesmente ficasse de lado e fornecesse o básico (MAZZUCATO, 2014, p. 26).

Mas também é preciso fazer algumas ressalvas quando da atuação do Estado neste cenário inovador, especialmente quando não se demonstra confiante. Mazzucato (2014) refere que o mais provável é que o Estado seja submetido e se curve aos interesses privados. Não assumindo um papel de liderança. O Estado se torna uma pobre contrafação do comportamento do setor privado em vez de uma alternativa real. E as críticas costumeiras de que o Estado é lento e burocrático são as mais prováveis nos países em que ele é marginalizado e obrigado a desempenhar um papel puramente “administrativo”. No mesmo sentido, Castells (1999) identifica que, embora não determine a tecnologia, a sociedade pode sufocar seu desenvolvimento principalmente por intermédio do Estado.

O fato é que há os dois modelos de Estado na conjuntura política atual. Inclusive, a hélice tríplice, na formatação em espiral, desenvolvida por Etzkowitz e Leydesdorff, tem início a partir de dois pontos de vista opostos: um modelo estatista de governo, que controla a academia e a indústria, e um modelo *laissez-faire*, com empresas, academia e governo atuando separadamente, interagindo de forma modesta apenas por meio de fortes fronteiras. A atual versão da hélice tríplice representa uma configuração intermediária entre os dois modelos anteriores. Neste modelo, as três esferas institucionais apresentam uma região de superposição, onde se identificam redes trilaterais e organizações híbridas, com papéis flexíveis e dinâmicos, o que gera um espiral de inovação (CARVALHO, 2009).

Para explicar o seu modelo, Etzkowitz (2009) utiliza a teoria do campo da hélice tríplice, que prevê a necessidade de as três esferas manterem um *status* relativamente independente e distinto, pois uma esfera institucional pode perder seu caráter distinto se não puder manter sua independência relativa. Mostra onde as interações ocorrem e demonstra que uma hélice tríplice dinâmica pode ser formada com graduações entre independência e interdependência, conflito e confluência de interesse.

Na realidade, é importante um Estado direcionado, proativo, empreendedor, capaz de assumir riscos e criar um sistema altamente articulado, que aproveita o melhor do setor privado para o bem nacional em um horizonte de médio e longo prazo. O Estado agindo como o principal

⁸ Evidente que, por trás do desenvolvimento da internet, havia redes científicas, institucionais e pessoais que transcendiam o Departamento de Defesa, como, por exemplo, a National Science Foundation, grandes universidades de pesquisa (em especial MIT, UCLA, Stanford, University of Southern California, Harvard, Universidade da Califórnia em Santa Bárbara e Universidade da Califórnia de Berkeley), e outros grupos de pesquisa especializados em tecnologia, tais como o Lincoln Laboratory do MIT, o SRI (antigo Stanford Research Institute), Palo Alto Research Corporation (financiado pela Xerox), Bell Laboratories da ATT, Rand Corporation e BBN (Bolt, Beranek & Newman) (CASTELLS, 1999, p. 85).

investidor e catalisador, que desperta toda a rede para a ação e difusão do conhecimento. O Estado pode e age como criador, não como mero facilitador da economia do conhecimento (MAZZUCATO, 2014, p. 48).

Assim, apesar de três atores na hélice, conforme refere Castells (1999), são as empresas ou nações (ou entidades políticas de diferentes níveis, tais como regiões ou a União Européia) os verdadeiros agentes do crescimento econômico. Não buscam a tecnologia pela própria tecnologia ou aumento de produtividade para a melhora da humanidade. Comportam-se em um determinado contexto histórico, conforme as regras de um sistema econômico, que no final premiará ou castigará sua conduta. Assim, as empresas estarão motivadas não pela produtividade, e sim pela lucratividade e pelo aumento do valor de suas ações, para os quais a produtividade e a tecnologia podem ser meios importantes, mas, com certeza, não os únicos. E as instituições políticas, moldadas por um conjunto maior de valores e interesses, estarão voltadas, na esfera econômica, para a maximização da competitividade de suas economias. A lucratividade e a competitividade são os verdadeiros determinantes da inovação tecnológica e do crescimento da produtividade (CASTELLS, 1999, p. 136).

Com um discurso de compartilhamento e de integração dos atores econômicos, poderia se questionar por que os holofotes ainda estão direcionados somente às empresas. Isso talvez ocorra, conforme refere Mazzucato (2014), pelo fato de que assumir riscos tem sido cada vez mais resultado do esforço coletivo - com o Estado desempenhando um papel de liderança no sistema de “inovação aberta” -, enquanto os frutos têm sido distribuídos menos coletivamente⁹. É preciso haver uma dinâmica funcional risco-recompensa que substitua a disfuncional “risco socializado” e “recompensa privatizada”, que caracteriza a atual crise econômica, evidenciada na indústria moderna e no setor financeiro. O equilíbrio correto entre risco e recompensa pode fortalecer - em vez de enfraquecer - a inovação futura e refletir sua natureza coletiva através de uma difusão mais ampla de seus benefícios¹⁰ (MAZZUCATO, 2014, p. 245).

Ainda, cabe referir que são as empresas, na ponta do processo de inovação, as responsáveis por apresentar as novas tecnologias ao mercado global. O que gera o sentimento de pertencimento das tecnologias à iniciativa privada, que, de fato, é o ator de mercado.

Neste novo cenário, de inovações disruptivas e de economia global, guiado por empresas com braços e relações transnacionais e com uma presença menor dos Estados Nacionais, questiona-se também a tradicional formatação dos sistemas do direito e da política. Especialmente porque se considera que os reguladores neste campo da Quarta Revolução Industrial estão atrasados em relação aos avanços tecnológicos, em razão da velocidade e dos impactos multifacetados destes últimos. Assim, conforme refere Schwab (2016), já que os governos e as estruturas controladas por eles estão ficando para trás em relação à regulamentação, talvez a liderança seja tomada pelo setor privado e não pelos agentes estatais.

A dinâmica da sociedade do século XXI e as especificidades de um cenário global sugerem novas experiências na seara do sistema do direito. No próximo subtítulo, desenvolve-se esse

⁹ “Mas quantas pessoas sabem que o algoritmo que levou ao sucesso do Google foi financiado por um subsídio de uma agência do setor público, a Fundação Nacional de Ciência (NSF)? Ou que os anticorpos moleculares, que forneceram as bases para a biotecnologia antes da entrada do capital de risco no setor, foram descobertos em laboratórios públicos, do Conselho de Pesquisa Médica (MRC), no Reino Unido? Quantas pessoas percebem que muitas das mais jovens e inovadoras empresas americanas foram financiadas não pelo capital de risco privado, mas pelo capital de risco público, como o que é oferecido pelo programa de Pesquisa para a Inovação em Pequenas Empresas (SBIR)?” (MAZZUCATO, 2014, p. 48)

¹⁰ Portanto, as interações e colaborações são necessárias para criar narrativas positivas, comuns e cheias de esperança, que permitam que indivíduos e grupos de todas as partes do mundo participem e se beneficiem das transformações em curso (SCHWAB, 2016, p. 14).

novo contexto jurídico, que necessita buscar um assentamento fora das fronteiras do Estado Nacional e uma adequação em relação aos processos globais.

2. A REVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL FRAGMENTADA

A potência da Quarta Revolução Industrial e a velocidade com que se expandem as suas inovações disruptivas são resultado também da globalização. Especialmente, diante da recepção destas inovações por um sistema econômico global, que, por sua vez, exige novas posturas de outros sistemas. Baseados nas tradicionais concepções territoriais, sistemas como o do Direito e do Estado são atingidos fortemente com o fenômeno da globalização, intensificado com a queda do Muro de Berlim no final do século XX.

A globalização despolitiza a sociedade mundial por meio de novas estratégias de politização. Substitui a política exclusivista dos Estados nacionais pela política alargada da 'sociedade mundial', ou seja, sem um Estado mundial. Não parece tão exageradamente dizer que a sociedade mundial ainda não possui ordem nem instituições [...] (CAMPILONGO, 2011, p. 134).

Neste sentido, o ponto de partida, que visa analisar essa nova sociedade mundial, é a Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann (2007), que, em suma, refere que a sociedade é composta pela comunicação. O autor refere que, a partir das infinitas ramificações que esse elemento pode assumir, a sociedade moderna diferencia-se em diversos sistemas sociais¹¹. Inicialmente, os sistemas possuem a função de reduzir a complexidade inerente ao contexto social. Levando-se em conta a possibilidade infinita de comunicação, cada sistema possui a função de selecionar no ambiente social o que corresponde à sua comunicação própria.

A teoria sistêmica de Luhmann tem como base a comunicação organizada no desempenho de funções específicas. Isso significa que os limites de seus subsistemas não podem mais ser integrados por fronteiras territoriais comuns. Somente o subsistema político continua a usar tais fronteiras, porque a segmentação em estados parece ser a melhor maneira de otimizar sua própria função. Mas, outros subsistemas, tais como a ciência e economia, espalham-se pelo globo inteiro (LUHMANN, 1999). Alguns autores, como Beck (1999), questionam essa teoria, perguntando o que significam o direito, a cultura, a família e a sociedade civil na sociedade transnacional, haja vista que entendem que, com a perda do significado do Estado nacional, sua imagem (da teoria dos sistemas) idealizada de uma sociedade dominada pela diferenciação funcional acaba também por perder sua realidade e seu sentido. Outros, como Campilongo (2011), defendem a teoria dos sistemas, referindo que, apesar da extraordinária força que as relações de mercado e a economia internacional ganharam com a globalização, nada indica que o Estado, as leis, a ciência ou, em linguagem técnica, os subsistemas funcionalmente diferenciados da política, do direito, da ciência etc. estejam tornando-se indiferenciados e completamente submetidos a um único vértice, supostamente o sistema econômico.

¹¹ “Assim sendo, ao afastar-se a possibilidade de um ponto de observação único ou privilegiado do social, cumpre insistir, do ponto de vista da teoria dos sistemas, que nem mesmo a política é um centro ou um lugar privilegiado da sociedade, mas um sistema em concorrência com outros. A visão oposta, ao pôr a política no centro como supersistema da sociedade moderna, só tem levado a desilusões. E a própria teoria da sociedade constitui apenas uma observação/descrição parcial da sociedade, a sua observação mais abrangente apenas do ponto de vista do sistema científico. Também a religião, a política, a economia, a família, a arte, a educação etc. fazem suas observações da sociedade como um todo, que concorrem com a observação da teoria social. Esta será tanto mais adequada socialmente enquanto descrever essa multicentralidade do social na modernidade” (NEVES, 2009, p. 25).

Antes de seguir com a análise da Teoria dos Sistemas de Luhmann, cabe uma breve análise do sistema econômico. Uma ordem que exige uma constituição própria, ou seja, uma constituição econômica ordoliberal autônoma diante da política. Segundo Teubner (2016), a proposta econômica poderia ser promissora, mas há um problema, pois, ao invés de se enxergar como uma bandeira para a multiplicidade de constituições parciais autônomas, ela quer ser a referência da sociedade, ou seja, quer institucionalizar, em todos os âmbitos da sociedade, mecanismos de mercado e a lógica da concorrência. O autor entende que o potencial das constituições sociais próprias - como a econômica - são as decisões dos seus processos políticos, que ocorrem fora da política institucionalizada. Ou seja, sua autonomia funda-se não na ciência, nem no mercado ou em mecanismos de concorrência, mas sim em processos políticos de constitucionalização dentro da própria economia.

Outra teoria constitucional independente, que valora o sistema econômico, é a *constitutional economics*. Nada mais que uma tentativa de dominar, com base nos princípios da *rational choice*¹², dinâmicas divergentes - como a saúde, política, ciência e tecnologia, comunicações em massa, o direito etc. - por meio de uma economicização forçada (TEUBNER, 2016).

Apesar do pessimismo de Teubner em relação à constitucionalização econômica, Neves (2009) refere que há um primado social da economia - uma sociedade econômica. Refere o autor que não se trata de um primado onticamente essencial, nem forçosamente de perda da autonomia dos outros sistemas sociais. Mas afirma que, nos ambientes dos diversos sistemas parciais da sociedade mundial (moderna), a economia (associada à técnica e à dimensão da ciência a esta vinculada) constitui o mais relevante fator a ser observado primariamente.

É importante referir que a abordagem em relação à constituição própria do sistema da economia representa outra característica da teoria dos sistemas sociais de Luhmann (2007), que é a existência de um acoplamento estrutural entre sistemas, ou seja, pontes de interconexão sistêmica que permitem um acoplamento entre as estruturas de diferentes sistemas. Entre os sistemas, como, por exemplo, do Direito e da Política, a partir de uma aquisição evolutiva ocorrida ao longo da história, as constituições¹³ representam esse acoplamento estrutural, ao passo que todas as decisões políticas, observadas por meio do código Governo/Oposição e do meio de comunicação simbolicamente generalizado Poder, devem necessariamente se referir a uma comunicação do Sistema do Direito, ou seja, ao mesmo tempo integrarem a codificação jurídica Direito/não Direito¹⁴ (LUHMANN, 2007).

E, num contexto de enfraquecimento do Estado nacional, é exatamente este acoplamento estrutural, o Direito Constitucional, ou seja, a parte do direito público que trata das regras ou instituições cujo conjunto forma em cada meio estatal a Constituição do Estado, que sofre os

¹² “A filosofia da *rational choice* processa os princípios da razão da ordem econômica, que reivindicam validade tanto para os ordens constitucionais políticos quanto sociais. Ela estiliza-se como resultado de uma mudança de paradigma, que suplanta completamente as antigas orientações político-morais. Em sua pretensão de exclusividade, não tolera junto a si quaisquer outros paradigmas. Para tanto, ela inova especialmente sua vitória histórica nas ordens sociais modernas, a institucionalização da racionalidade econômica por toda a sociedade e, hoje, por todo o mundo” (TEUBNER, 2016).

¹³ “As constituições são os instrumentos de ‘acoplamento estrutural’ entre os sistemas jurídico e político. Com elas, a modernidade pode estabilizar o direito positivo, o princípio da legalidade e o governo das leis. As Constituições foram ‘aquisições evolutivas’ que viabilizaram um sistema jurídico à altura da complexidade e contingência típicas do mundo moderno” (CAMPILONGO, 2011, p. 125).

¹⁴ “A economia está equiparada com o mais forte código binário entre ‘sim’ e um ‘não’, a saber, a diferença entre ‘ter’ e ‘não ter’. Em alguns casos, especialmente nas situações em que há enormes desigualdades e ampla exclusão relativamente ao sistema econômico, esse primado pode levar a experiências de desdiferenciação e economicamente condicionada no âmbito da sociedade mundial, um problema que é persistente na constelação social da modernidade periférica” (NEVES, 2009, p. 29).

impactos da globalização, uma vez que elementos que o vinculavam diretamente (Estado e território) foram radicalmente alterados na sociedade globalizada (COSTA, 2018).

Em função das dificuldades em se globalizar, Teubner (2003) afirma que o sistema da política atingiu uma mera “proto-globalidade”, com relações fracas entre os níveis nacional e transnacional. A mesma constatação também é visualizada por Schwab (2016), quando refere que, em níveis de liderança e compreensão para repensar sistemas econômicos, sociais e políticos - nacional e globalmente, o quadro institucional necessário para governar a difusão das inovações e atenuar as rupturas é, na melhor das hipóteses, inadequado e, na pior, totalmente ausente. Assim, o acoplamento estrutural existente entre os sistemas do Direito e da Política, que formam a Constituição em Luhmann (2007), resta enfraquecido em uma sociedade global.

Este cenário, no qual a sociedade mundial moderna nasce como sociedade mundial, apresentando-se como uma formação social que se desvincula das organizações políticas territoriais, embora estas, na forma de Estados, constituam uma das dimensões fundamentais à sua reprodução, implica, em princípio, que o horizonte das comunicações ultrapassa as fronteiras territoriais do Estado. Formulando com maior abrangência, pode-se referir que se tornam cada vez mais regulares e intensas a confluência de comunicações e a estabilização de expectativas das identidades nacionais ou culturais e fronteiras político-jurídicas (NEVES, 2009, p. 26).

A soberania estatal passou a ser relativizada por meio da ação de sujeitos supranacionais ou transnacionais também dotados de poder político. O Estado nacional, marca da Paz de Westphalia, passou a não possuir mais o monopólio do poder político (ZOLO, 2010). A globalização, nesse sentido, representa a disseminação do processo de diferenciação funcional para todo o globo terrestre, sendo que o conceito anterior de território, não possui mais uma referência geográfica, mas como esfera simbólica de poder (TEUBNER, 2016).

Ao mesmo tempo, a força crescente dos sistemas baseados primariamente em expectativas cognitivas, seja no plano estrutural (economia, técnica e ciência) ou semântico (meios de comunicação de massa) da sociedade mundial, tornou praticamente imprescindível na emergência de uma “nova ordem mundial”, concernente a processos de tomada de decisão coletivamente vinculante e mecanismos de estabilização de expectativas normativas e regulação jurídica de comportamentos (NEVES, 2009, p. 31). Neste sentido, considerando o fenômeno da globalização e que, conforme refere Teubner (2016), o ponto principal da política e do direito reside ainda hoje no Estado Nacional, há a exigência que o direito se desvincule da política democrática no âmbito estatal, enfatizando-se as “constituições civis” da sociedade mundial (NEVES, 2009, p. 33).

Portanto, sem a referência do território do Estado Nacional e acompanhando o desenvolvimento histórico de Teubner (2016), no qual o autor desacredita a) o constitucionalismo liberal¹⁵, por ignorar os âmbitos sociais parciais; b) o contramodelo totalitário¹⁶, em função da pretensão reguladora do Estado; e c) o modelo do Estado Social¹⁷, que apesar de reconhecer a necessidade de normatizar os âmbitos sociais parciais, não reconhece a autonomia de cada um desses âmbitos sociais parciais, chega-se a uma proposta de pluralismo constitucional.

Para Teubner (2016), em diversos locais da sociedade, formam-se ordens autoconstituídas, que são estabilizadas, em diferentes graus, por meio de normas jurídicas constitucionais. A partir da globalização, é possível constatar como as normas jurídicas não são mais produzidas exclusivamente pelo Estado (Sistema da Política), mas também por outros atores dotados de autonomia. Nesse sentido, o pluralismo jurídico, então, não estará mais definido por um grupo de normas sociais conflitantes num determinado campo social, mas como coexistência de diferentes processos comunicativos que observam ações sociais na ótica do código binário direito/não-direito (TEUBNER, 2003). O fato é que, mais recentemente, com a maior integração da sociedade mundial, esses problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território (NEVES, 2009, p. XXI).

Neste sentido, o código Direito/não Direito não deve mais ser entendido (como é em Luhmann) como sinônimo de Direito estatal. Em um mundo de pluralismo jurídico, sem a existência de um Sistema do Direito global sustentado em um Sistema da Política também globalizado, a codificação binária Direito/não Direito restaria enfraquecida, com a abertura para um espaço de fragmentação constitucional (TEUBNER, 2016).

No mar da globalidade, formam-se apenas ilhas de constitucionalidade. Mostram-se pedaços esparsos de uma nova realidade constitucional global, que se caracteriza por meio da coexistência de ordens independentes, não apenas aquelas estatais, mas também aquelas de instituições sociais não estatais autônomas (TEUBNER, 2016, p. 107).

Sem uma correspondência do acoplamento estrutural entre política e direito no plano da sociedade mundial e diante de conflitos que apresentam dimensões constitucionais e que exigem decisões jurídicas constitucionais, há o desenvolvimento de normas jurídicas constitucionais nos respectivos fragmentos parciais¹⁸. Segundo Teubner (2016), este seria o novo e surpreendente fenômeno da autoconstitucionalização de ordens globais sem Estado, quando sistemas parciais da sociedade mundial começam a produzir suas próprias normas jurídicas constitucionais, que dão suporte à sua autoconstituição.

¹⁵ As constituições liberais limitaram-se às instituições políticas em sentido estrito e a conseqüente não enxergavam às constituições sociais de setores específicos. Essa cegueira é explicada, historicamente, pela revolução burguesa, que suprimiu com sucesso as ordens feudais, destruiu definitivamente ordens intermediárias - estratos sociais, igrejas e corporações - e estabeleceu uma relação imediata entre coletividade e cidadãos. Então, todos esses poderes intermediários são ignorados, relegados ao espaço privado ou oprimidos politicamente (TEUBNER, 2016).

¹⁶ Nos totalitarismos políticos do século XX, com uma consistente regulação em todos os âmbitos sociais e uma intervenção política imediata, a questão de um constitucionalismo social permanece em latência, não pelo fato dos âmbitos sociais serem ignorados, mas por serem subjugados à pretensão totalitária político-estatal. Há um rigoroso acoplamento da pluralidade dos âmbitos sociais ao sistema político (TEUBNER, 2016).

¹⁷ Com um constitucionalismo liberal que ignorou as ordens sociais e com os regimes totalitários que as absorveram completamente, chega-se a meados do século XX, com o Estado Social (bem-estar), que reprocessa esses modelos históricos, e entende que suas constituições devem respeitar a autonomia e a capacidade dos sistemas sociais parciais e recusar-se a fixar estruturas fundamentais por meio de um controle político direto (TEUBNER, 2016).

¹⁸ Para Neves (2009, p. 287), "a fragmentação não significa nada do ponto de vista da integração sistêmica. Os fragmentos podem permanecer sem nenhuma conexão, atuando com efeitos paralisantes ou destrutivos para os outros fragmentos. O problema que se põe é o de como integrar esses fragmentos em uma 'ordem diferenciada de comunicação'. Como se podem construir relações de interdependência entre os fragmentos? E é essa a questão da integração sistêmica".

No entanto, também é interessante observar que, apesar do fechamento operacional destes sistemas parciais, não se busca a formação de uma constituição econômica, científica ou midiática *sui generis*. As diversas constitucionalizações globais aportam em outros locais, em processos sociais concretos “abaixo” dos sistemas funcionais, em organizações formais e em transações formalizadas, não vinculadas às fronteiras dos Estados Nacionais, mas sim com pretensões de alcance global (TEUBNER, 2016). Em relação à constatação da manifestação autônoma do constitucionalismo para além da estrutura estatal, Sciulli foi quem elaborou o conceito de constitucionalismo social. O autor, que influencia diretamente a obra de Teubner, constatou a produção de normas nas formações colegiadas vinculadas a organizações e profissões. Segundo ele, a constitucionalização nesses ambientes contribuiu para combater o autoritarismo no passado (COSTA, 2018).

Candidatos primários para as constituições próprias de âmbitos parciais da sociedade mundial são as organizações transnacionais, ou seja, as organizações internacionais do mundo dos Estados, as empresas multinacionais e as organizações não governamentais. Vesting (2015) apresenta exemplos mais pontuais, referindo que, no campo extraestatal, aponta-se para a padronização (técnica) transnacional e, aqui, por exemplo, para a autoadministração dos nomes e endereços da Internet pelo ICANN, para o Direito contratual internacional em crescimento (OMC), para os novos direitos consuetudinários internacionais (proibição da tortura) para os padrões de organismos internacionais (segurança do tráfego aéreo, Codex Alimentarius) ou para as regulamentações oriundas dos comitês da EU (comitologia).

Dos exemplos acima citados, a OMC e a ICANN são referidos por diversos autores. Conforme refere Costa (2018), a emancipação constitucional está na Organização Mundial do Comércio (OMC), cujas recomendações, princípios e hierarquia normativa são seguidos indistintamente ao longo da sociedade global, com fortes consequências para os atores que não as seguem. Em posição semelhante, destaca-se a função (jurisdicional?) do Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), por meio de seus painelistas, na resolução de conflitos envolvendo manifestações na internet. Muitas vezes, principalmente nos debates acerca de liberdade de expressão e censura, há considerações acerca de possíveis direitos fundamentais da internet.

Importante perceber que nos dois exemplos citados acima há a seleção de uma comunicação específica do Sistema do Direito (direito/ não direito) realizada não mais pelo Sistema da Política ou do Direito em sua perspectiva tradicional, vinculado ao Estado. Nesse ambiente, outros sistemas autônomos da sociedade mundial passam a se emancipar, formando-se os fragmentos constitucionais, regulamentos próprios oriundos de normas não produzidas pelo Estado (TEUBNER, 2016).

Em relação à ICANN - Corporation for Assigned Names and Numbers, trata-se de uma associação privada de acordo com o direito associativo da Califórnia. É considerada a organização governamental da internet, que debate questões de governança da internet, trabalhando os nomes de domínio. Embora esteja vinculada em sua origem ao direito norte-americano e subordinada, em princípio, ao direito da Califórnia, a ICANN, no que concerne à sua competência e força regulatória, desvinculou-se do seu criador, podendo até mesmo negar a entidade ou órgão governamental americano o direito de usar um nome de domínio (NEVES, 2009). Teubner (2016) entende que a ICANN desenvolveu normas de direito fundamental transnacionais vinculantes e atentas às particularidades da internet. Na realidade, construiu uma rede de contratos, através dos quais a ICANN pode formar um amplo sistema regulatório para além das fronteiras de sua estruturação formal. Contratos individuais e organizações formais orientam-se para um único fim e, só no plano emergente, formam um complexo regulatório.

No mesmo sentido, Neves (2009) destaca a força regulatória da ICANN na cooperação e resolução de conflitos de difícil solução na transversalidade entre a *lex digitalis* transnacional e o direito estatal. O autor cita que o problema transconstitucional reside no fato de que os judiciários estatais, caso compreendam que o uso da internet por quem detém um nome de domínio está contrariando princípios ou regras constitucionais da ordem estatal, precisam fazer uma solicitação à ICANN, para que essa entidade privada, com plena autonomia, decida sobre essa solicitação. Os judiciários estatais não dispõem de poder nem meios técnicos para determinar, de forma vinculatória, que seja revogada a atribuição de um nome de domínio a um usuário. Nem, portanto, que haja uma nova atribuição de nome de domínio a um outro usuário. A ICANN dispõe, nesse caso, do poder de decidir se acata ou rejeita, conforme suas próprias normas jurídicas, a decisão estatal.

Em relação à OMC, sem dúvidas é o exemplo de emancipação constitucional mais conhecido. Segundo Teubner (2016), a sua constitucionalização ocorreu em quatro direções distintas: a) a juridificação da resolução de conflitos, considerada a mais importante, haja vista que simples painéis que serviam para arbitrar, por meio de negociações diplomáticas, conflitos entre os Estados-membros e a OMC sobre a interpretação do contrato de trabalho, se transformaram ao longo do tempo em genuínos “tribunais”, com ampla competência decisória, hierarquia decisória própria e melhores chances de imporem suas decisões; b) a adoção do princípio da nação mais favorecida; c) a prevalência das normas comerciais sobre o processo político; e d) a opção da eficácia direta. A *lex mercatoria* desenvolveu, ao longo de sua história, que remonta até o *merchant law* medieval, um rico acervo de experiências como configuração jurídica autônoma, não-nacional (TEUBNER, 2003).

Apesar do histórico da *lex mercatoria*, Neves (2009) alerta que a sua deficiente autonomia perante os processos econômicos globais, sublinhando-se que ela é extremamente fraca tanto perante os ataques de atores econômicos quanto diante das pressões políticas, e, nesse sentido, permanecerá sendo também no futuro “um direito corrupto”.

Na realidade, a possibilidade de formação de normas corruptas não é uma exclusividade da *lex mercatoria*. Teubner (2016) afirma que a relativa independência da política estatal, conquistada pelo direito constitucional de fragmentos globais, será conquistada ao preço de uma nova dependência da constelação de poder e interesses dentro dos fragmentos globais. Contudo, deve-se temer a formação de normas constitucionais “corruptas”, resultantes de um estreito acoplamento de constituições parciais com conjunturas parciais de interesses.

Assim, neste cenário perturbador, que ainda evolui para outros exemplos, como os fragmentos globais de regimes privados-empresariais, é possível questionar como sustentar novas normas constitucionais, eivadas de interesses, com foco na lucratividade de suas estruturas, em uma sociedade que passa por um processo ímpar de uma revolução tecnológica que a humanidade ainda não conseguiu entender nem chegou a cogitar os efeitos colaterais. No próximo subtítulo, o objetivo é justamente entender a presença de uma constituição própria nas corporações empresariais e ver seus reflexos e possíveis comportamentos em uma sociedade do risco tecnológico.

3. CORPORATE CODES OF CONDUCT: ENTRE RISCOS E INTERESSES

A sociedade mundial procura novas referências para a sua consolidação. As empresas e o mercado, presentes no subsistema da economia, ganham relevância e assumem o primado da revolução tecnológica e da nova ordem constitucional. Apesar de ser um processo hipercomplexo, a sociedade mundial migra para um destaque do plano privado em relação ao tradicional

plano público, que tinha como referência a figura do Estado Nacional. Essa migração gera um cenário de incertezas e de insegurança do novo frente ao tradicional e questiona se os interesses privados são idôneos para as escolhas necessárias da sociedade mundial.

Ainda mais num cenário em que a tecnologia está alterando profundamente a maneira como as pessoas vivem, trabalham e se relacionam. Nas palavras de Schwab (2016, p. 12), “as mudanças são tão profundas que, na perspectiva da história humana, nunca houve um momento tão potencialmente promissor ou perigoso”. O alerta tem como base, por um lado, os reflexos negativos da inovação, identificados e nominados como riscos. A palavra “risco”, no sentido de perigo, vem do francês do século XVIII, quando passou a significar “perigo com algum elemento de azar ou acaso”. Neste sentido, Luhmann (2006) propõe inclusive uma distinção entre risco e perigo, afirmando que só é possível falar de riscos quando possíveis danos são consequências da própria decisão; sendo que é mais adequado falar de perigos quando os danos ou as perdas estão relacionados com causas fora do próprio controle. O risco relativo a inovações tecnológicas, mais precisamente o risco à saúde, à vida e ao meio ambiente, parece ter surgido com a Revolução Industrial, ou seja, com a invenção da máquina a vapor, que tinha um potencial de causar um número maior de acidentes do que outras invenções humanas criadas até o final do século XVIII.

Portanto, os riscos de efeitos colaterais baseados em escolhas, especialmente associadas ao processo de inovação tecnológica, não é algo novo. A “Sociedade de Risco”, título da obra clássica do filósofo Ulrich Beck, lançada em 1986, logo após o acidente nuclear de Chernobyl, alerta sobre os riscos e potenciais de autoameaça¹⁹, numa medida até então desconhecidos, do processo de modernização (BECK, 2010, p. 23). De uma forma perspicaz, Beck (2010) alerta sobre o novo modelo de desenvolvimento, que incorpora o emprego de tecnologias e não utiliza mais exclusivamente a extração natural, gerando um processo de modernização reflexivo²⁰, que se converte em tema e problema.

Interessante observar que a sociedade de risco, desenhada por Beck, não é uma crise ou uma revolução, mas surge a partir das vitórias do capitalismo, que exige um dinamismo industrial extremamente veloz, que se sobrepõe a discussões e decisões políticas de parlamentares e governos. Portanto, para o autor, esta sociedade não é uma opção de escolha numa disputa política; ela surge na continuidade dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos a seus próprios efeitos e ameaças (BECK, GIDDENS, LASH, 1997).

A tese central da sociedade de risco, segundo Beck (2003, p. 119), “é a de que a progressiva radicalização dos processos de modernização, 'tecnicização' e 'economicização' gera consequências que erodem e põem em questão justamente esse programa institucionalizado de cálculo dos efeitos colaterais”. Outro fator que é mensurado neste cálculo, é a evidente “miopia econômica” da racionalidade técnica das ciências. “No esforço pelo aumento de produtividade, sempre foram e são deixados de lado os riscos implicados. A primeira prioridade da curiosidade científico-tecnológica remete à utilidade produtiva, e só então, num segundo passo, e às vezes nem isto, é que se consideram também as ameaças implicadas” (BECK, 2010, p. 73).

Atualmente, com a Quarta Revolução Industrial, que eclode na virada do século, os riscos persistem e tomam proporções que sequer conseguem ser mensuradas pelo ser humano. Beck

¹⁹ “É importante não confundir sociedade de risco com sociedade de catástrofe. Essa sociedade é dominada pelo moto ‘tarde demais’, por uma ruína predeterminada, o pânico do desespero. A diferença pequena, mas importante, entre risco e catástrofe - a antecipação da catástrofe para a humanidade (que não é catástrofe na realidade!) - é uma enorme força de imaginação, motivação e mobilização. Dessa maneira, mais uma vez, a sociedade do risco torna-se um poderoso ator da metamorfose do mundo” (BECK, 2018, p. 93).

²⁰ “Modernização reflexiva’ significa a possibilidade de uma (auto)destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. O ‘sujeito’ dessa destruição criativa não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental” (BECK, GIDDENS, LASH, 1997, p. 12).

(2018) refere que se vive a metamorfose do mundo, que implica numa transformação muito mais radical, em que velhas certezas da sociedade moderna estão desaparecendo e algo inteiramente novo emerge.

A teoria da metamorfose vai além da teoria da sociedade de risco mundial: ela não trata dos efeitos colaterais negativos dos bens, mas dos efeitos colaterais positivos dos males. Estes produzem horizontes normativos de bens comuns e nos impelem para além da moldura nacional, rumo a uma perspectiva cosmopolita (BECK, 2018, p. 16).

No início do século XXI, os espaços de ação são cosmopolizados, o que significa que o enquadramento da ação não é mais apenas nacional e integrado, mas global e desintegrado, contendo as diferenças entre regulações nacionais no direito, na política, na cidadania, nos serviços etc. A anterior sociedade industrial nacionalmente organizada está se metamorfoseando numa sociedade de risco mundial desconhecida (BECK, 2018).

Na Quarta Revolução Industrial não se fala mais somente em governo, mas em líderes mundiais. Conforme refere Schwab (2018), são os líderes em todos os setores e em todos os países que devem assumir a responsabilidade de estimular a conversa para saber quais mudanças sistêmicas - sociais e econômicas - devem ser realizadas e se a sociedade deseja realizá-las de forma revolucionária ou incremental.

Inclusive, conforme refere Beck (2018), observando-se a metamorfose do mundo de uma perspectiva cosmopolita, a relação entre Estados e cidades é invertida. Em face de riscos globais e cosmopolitas, os Estados permanecem presos na ficção de soberania egoísta e fracassam. As cidades, não presas ao recipiente nacional e com uma posição mais autônoma, diante dos riscos globais, estão abertas à política cosmopolita cooperativa.

O mundo dos Estados-nação representa fracasso porque, em seus egoísmos nacionais, eles se bloqueiam uns aos outros. As cidades mundiais, por outro lado, representam a interação do colapso e despertar. Aqui o choque de riscos globais torna-se uma questão de experiência cotidiana, mas também o choque de desigualdades globais, o choque de conflitos mundiais [...] e as batalhas entre capitalismo suicidas e de sobrevivência (BECK, 2018, p. 217).

É nas cidades que se desenvolvem os principais ecossistemas de inovação, como, por exemplo, os *clusters* localizados no Vale do Silício, Barcelona, Medellín, Recife ou Florianópolis. E é também nas cidades que as inovações são implementadas e refletem seus efeitos colaterais, demandando medidas de conscientização e contenção pelas comunidades locais. Castells (1999) identifica esse movimento já na década de 1990, quando refere que o Estado não desaparece, é apenas redimensionado na Era da Informação. Prolifera sob a forma de governos locais e regionais que se espalham pelo mundo com seus projetos, formam eleitorados e negociam com governos nacionais, empresas multinacionais e órgãos internacionais. A era da globalização da economia também é a era da localização da constituição política. O que os governos locais e regionais não têm em termos de poder e recursos é compensado pela flexibilidade e atuação em redes. Eles são o único páreo, se é que existe algum, para o dinamismo das redes globais de riqueza e informação.

Neste momento, é importante também retornar à teoria da socialização dos riscos e da privatização das recompensas de Mazzucato (2014). É o poder público que em determinado momento do processo necessita atuar na correção do risco, mesmo sem provocá-lo. A autora refere que o Estado não elimina os riscos como se tivesse uma varinha mágica. Ele assume os riscos, criando mercados. E, ao final, crítica dizendo que, o fato de os economistas não terem palavras para descrever essas ações, limitou o entendimento do papel desempenhado pelo Estado.

Neste cenário, Schwab (2016) apela para o trabalho coletivo de todos os *stakeholders* da sociedade global – governos, empresas, universidades e sociedade civil – para entender melhor as tendências emergentes. Pois entende que a tecnologia não é uma força externa sobre a qual não se tem nenhum controle, ou seja, a sociedade não está limitada por uma escolha binária entre “aceitar e viver com ela” ou “rejeitar e viver sem ela”.

‘Todas as tecnologias são políticas’. Política aqui tem um sentido descritivo. Não queremos dizer que as tecnologias representam governos, que seguem a linha de algum partido ou que, de alguma forma, emanam ‘da esquerda’ ou ‘da direita’. Pelo contrário, queremos dizer que as tecnologias são soluções, produtos e implementações desenvolvidas através de processos sociais, existem para as pessoas e instituições e contêm em seu seio um conjunto de pressupostos, valores e princípios que, por sua vez, podem afetar (e realmente afetam) os poderes, estruturas e status sociais (SCHWAB, 2018).

Na sociedade atual da informação, as assimetrias de informações podem levar a grandes assimetrias de poder, pois aquele que detém o conhecimento necessário para operar a tecnologia também detém o poder para operá-la (SCHWAB, 2016). Neste sentido, conforme referido anteriormente, há uma vantagem da iniciativa privada, que, aproveitando-se da dificuldade dos Estados em lidar com problemas globais, desenvolve espaços de atuação “autônomos”, criando, às vezes, ambientes regulatórios próprios, desafiando e questionando a tradicional estrutura do Estado nacional.

A fragmentação constitucional, teoria de Teubner, abordada anteriormente, não é um processo alienado da globalização das tecnologias ou da socialização mundial dos riscos. Ao contrário, é fruto desses fenômenos, sendo que o mérito de Teubner é justamente identificá-lo na esfera privada. Dentre os fragmentos, requer a atenção, neste momento, o corporativo. Localizado no cerne do sistema econômico, o fragmento constitucional corporativo é capaz de conduzir discussões políticas e, sobretudo, jurídicas no seu interior, sem a necessidade de intervenção dos tradicionais acoplamentos estruturais sistêmicos vinculados ao Estado nacional. O constitucionalismo além do Estado-nação significa duas coisas: os problemas constitucionais surgem simultaneamente fora dos limites do Estado-nação nos processos políticos transnacionais; e, fora dos setores políticos institucionalizados, nos setores “privados” da sociedade global (TEUBNER, 2018).

No entanto, há de se questionar se as regras constitucionais para a empresa serão parte das constituições do mundo estadual ou formam parte de um constitucionalismo social. Na opinião de Teubner (2018), a segunda é a melhor alternativa, justificando-se a partir de três problemas complexos: 1) a impossibilidade de uma constituição mundial; 2) as dificuldades de uma perspectiva focada no Estado; (3) a redução de problemas constitucionais a problemas de poder social. O autor entende que a fonte social do direito mundial não pode ser encontrada em redes globalizadas de relações pessoais, mas no “proto-direito” de redes especializadas, formalmente organizadas e funcionais, que criam uma identidade global, porém estritamente setorial. O novo direito mundial não se nutre de estoques de tradições, e sim da auto-reprodução contínua de redes globais especializadas, muitas vezes formalmente organizadas e definidas de modo relativamente estreito, de natureza cultural, científica ou técnica (TEUBNER, 2003).

Para exemplificar, é possível utilizar os *corporate codes of conduct* privados e públicos. Teubner (2018) afirma que é possível observar os primeiros passos para o constitucionalismo societário transnacional nos conflitos sociais cujo resultado são códigos de conduta corporativos. Os códigos públicos são estabelecidos pelo mundo estatal, por meio de acordos sob direito internacional ou de normas de organizações internacionais, que prescrevem às corporações trans-

nacionais diretrizes gerais concernentes às condições de trabalho, qualidade de produtos, políticas ambientais, proteção do consumidor e direitos humanos²¹. Os códigos corporativos privados, por sua vez, são desenvolvidos “voluntariamente” pelas corporações transnacionais, a partir da pesada crítica pública disseminada globalmente pela mídia e as ações agressivas de movimentos de protesto e de organizações não governamentais (ONGs) da sociedade civil (TEUBNER, 2012).

Atrás da metáfora de "códigos voluntários" se esconde algo totalmente diferente do voluntariado. Se as empresas transnacionais adotarem os códigos, não é fruto de terem considerado as reivindicações como pleito ao bem comum ou devido à ética corporativa. Eles se resignam "voluntariamente" a adotar, quando pressões de aprendizagem maciças vêm de fora. O processo de aprendizagem não ocorre dentro do sistema legal, do código ao código, através de uma transferência de validade, mas segue desvios através de outros sistemas funcionais (TEUBNER, 2018).

Os *codes of conduct* operam como equivalente funcional de constituições de empresariais nacionais. Teubner (2016) refere que aqui se encontram os primórdios das constituições das empresas multinacionais, que começam como unidades autônomas ao se autorregularem por meio da construção de sistemas de governança independentes do mundo dos Estado.

Na realidade, a política e o direito dos Estados nacionais que limitam a regulação empresarial ao âmbito nacional são os responsáveis por restringir a disseminação global das atividades empresariais. Assim, as novas constituições globais empresariais emergentes assumem dois objetivos: romper os acoplamentos estruturais fortes das empresas transnacionais com a política e o direito dos Estados nacionais e, na medida em que seja necessário para uma rede global de comunicações funcionais específicas, construir estruturas de Estado do Direito (TEUBNER, 2016).

Também é importante observar que uma constituição empresarial sustentável exigiria da política empresarial uma consideração de necessidades de seu ambiente, que seja acompanhada de implementações e controles externos (TEUBNER, 2016). Ou seja, considerando que muitos dos *corporate codes of conduct* surgem a partir de escândalos que chocaram o mundo, como, por exemplo, condições de trabalho desumanas, trabalho infantil, catástrofes ecológicas, desastres econômicos etc., há necessariamente uma demanda por abrangentes e transparentes mecanismos de monitoramento. Ainda mais na atual sociedade de risco global, criada num ambiente de uma nova Revolução Tecnológica, há a urgência de mecanismos que auxiliem na formatação jurídica e política destes fragmentos constitucionais, haja vista a ausência do Estado Nacional.

Conforme refere Schwab (2018), é preciso encontrar novas abordagens para governar as tecnologias de forma a servir ao interesse público, cumprir as necessidades humanas e, em última análise, fazer com que a sociedade se sinta parte de uma verdadeira civilização global. Para tal fim, é necessário primeiro compreender quais são as necessidades humanas em relação à tecnologia, e como é possível alinhar e incorporar valores humanos positivos às tecnologias que estão mudando o mundo.

É fundamental reconhecer que este fragmento constitucional corporativo, apesar de ser menos dependente dos resultados de processos de poder político-estatais e menos influenciado pelas *policies* estatais e pelas ideologias de partidos políticos, depende de uma nova constelação de poder e interesses dentro dos próprios fragmentos globais. Contudo, conforme refere Teubner

²¹ São exemplos de códigos corporativos públicos: o projeto de código da ONU sobre corporações transnacionais, o projeto de normas da ONU sobre negócios e direitos humanos, as diretrizes da OCDE para empresas multinacionais e a declaração bipartite da OIT de princípios concernentes às empresas multinacionais e à política estatal (TEUBNER, 2012).

(2016, p. 110), “deve-se temer a formação de normas constitucionais corruptas, resultantes de um estreito acoplamento de constituições parciais com conjunturas parciais de interesses”.

Atualmente, há uma forte presença dos interesses corporativos em outros sistemas. Kor-ten (1996), na célebre obra “Quando as corporações regem o mundo”, denuncia uma forte presença corporativa na política, influenciando e controlando governos e o sistema financeiro, oprimindo trabalhadores e destruindo o meio ambiente. Muitos dos *corporate codes of conduct*, conforme mencionado, surgem para inibir tais posturas e “cobrar” a implementação de melhorias à coletividade²².

Em algumas situações, por caminhos transversos, os *codes* mudam a postura das empresas, mas porque a empresa enxerga uma oportunidade diante do risco que ela mesma gerou. Ou seja, usando um exemplo citado por Beck (2018), o modo como a indústria internaliza e revisa seus custos climáticos. As companhias transnacionais - como a Coca-Cola - sempre se concentraram mais no resultado financeiro que no aquecimento global; mas quando a companhia perde uma lucrativa licença de exploração, por exemplo, na Índia, por causa de uma série de escassez de água, as percepções e prioridades começam a mudar. Hoje, depois de uma década de danos crescentes ao balanço da Coca-Cola, enquanto secas globais esgotavam a água necessária para a produção do refrigerante, a companhia admitiu que a mudança climática é uma força economicamente perturbadora. Eis que surgem os “negócios do risco”, quando os riscos entram no domínio do negócio e da economia.

Apesar de nem sempre serem efetivos, em alguns casos os *corporate codes of conduct* funcionam e trazem mudanças reais - melhoraram as condições de trabalho, aumentaram os níveis de proteção do ambiente e dos direitos humanos. Para Teubner (2018), o que importa são as pressões do aprendizado, ou seja, restrições externas que são exercidas sobre empresas transnacionais com vistas a mudanças graduais. Isso significa que a comunicação não se dá simplesmente por meio da legislação e das sanções legais, estas não são as únicas a transferir expectativas de fora para dentro. Em vez disso, através de meios de comunicação não legais - através do conhecimento de especialistas, poder político e social e incentivos econômicos e sanções monetárias - os processos de aprendizagem são desencadeados.

No entanto, analisando todo o cenário exposto, questiona-se se há a possibilidade de um “direito corrupto” na constitucionalização corporativa. A resposta ainda não é possível de ser certa, haja vista o estágio incipiente das constituições corporativas. Mas é possível destacar algumas evidências que nos direcionam para um resposta afirmativa: a) os *corporate codes of conduct* atendem a um apelo social e são moldados em negociações, normalmente bilaterais (públicas) e por interesses de consumo (privados); b) a ótica da lucratividade prevalece nos processos econômicos globais das corporações, sendo que o fantasma da *lex mercatoria*, com sua autonomia deficiente diante dos ataques de atores econômicos e políticos, é comparável aos *corporate codes of conduct*; e c) a teoria da socialização dos riscos e da privatização das recompensas demonstra o perfil das corporações no processo de inovação tecnológica.

²² “Nesses códigos, eles afirmam se comprometer a resolver certos tipos de problemas em relação ao interesse público e prometem implementá-los internamente. A questão de como os efeitos desses códigos comerciais nas áreas de trabalho, produtos, meio ambiente e direitos humanos devem ser avaliadas continua sendo ambivalente. Os compromissos nos códigos “privados” são muitas vezes meras estratégias de relações públicas que não conduzem a mudanças efetivas no comportamento” (TEUBNER, 2018, p. 18).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Quarta Revolução Industrial está criando uma metamorfose na sociedade mundial. Inovações disruptivas, riscos catastróficos, quebra de paradigmas sociais e jurídicos e redirecionamento do poder político são evidências que precisam ser assimiladas na criação de uma nova sociedade.

Junto às evidências, surgem inúmeros questionamentos: é possível atingir parâmetros superiores neste mundo tecnológico? Não há um risco demasiado na brincadeira de ser Deus? Quem serão os líderes da unidade global? Qual é o local do indivíduo neste cenário?

Com um cenário cheio de incertezas, há experimentos que se tornam questionáveis na sociedade mundial. Por exemplo, a projeção das corporações e do sistema econômico para a condução de uma reestruturação dos acoplamentos estruturais dos sistemas sociais. Neste sentido, o objetivo do presente artigo era justamente evidenciar a idoneidade das corporações na atuação e no desenvolvimento de seus *corporate codes of conduct*, questionando como o fragmento do constitucionalismo corporativo enfrentará os riscos criados pelas inovações tecnológicas.

Com base no desenvolvimento realizado, entende-se que a primeira hipótese, que refere que, apesar do constitucionalismo corporativo ter como base instituições privadas, ele necessariamente será obrigado a manter um foco no ser humano e na sociedade, inibindo os riscos tecnológicos, foi parcialmente confirmada. Haja vista, especialmente, que os *corporate codes of conduct* são implementados a partir de pressões sociais e políticas, com vistas a mudar um *status* desfavorável ao ser humano ou ao seu meio ambiente. Em relação à segunda hipótese, que afirmava que, em função de possíveis interesses "corruptos" da iniciativa privada, há a possibilidade de uma maximização dos riscos na sociedade, sem medidas constitucionais no fragmento corporativo para inibi-los, pode ser confirmada. Pois foi possível destacar algumas evidências que nos direcionam para um resposta que gera uma incerteza em relação a formação do direito nestes fragmentos, especialmente considerando: a) os *corporate codes of conduct* atendem a um apelo social e são moldados em negociações, normalmente bilaterais (públicos) e por interesses de consumo (privados); b) a ótica da lucratividade prevalece nos processos econômicos globais das corporações, sendo que o fantasma da *lex mercatoria*, com sua autonomia deficiente diante dos ataques de atores econômicos e políticos, é comparável aos *corporate codes of conduct*; e c) a teoria da socialização dos riscos e da privatização das recompensas demonstra o perfil das corporações no processo de inovação tecnológica.

O fato é que novos experimentos estão ocorrendo em função de fenômenos estranhos ao sistema jurídico, modificando estruturas tradicionais no Direito. É importante questionar e investigar quais serão os impactos e riscos ocasionados por tais fenômenos em relação à sociedade e ao indivíduo.

REFERÊNCIAS

- AUDY, Jorge Luis Nicolas. Entre a Tradição e a Renovação: os desafios da universidade empreendedora. In: AUDY, Jorge Luis Nicolas; MOROSINI, Marília Costa (Org.). **Inovação e Empreendedorismo na Universidade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 56-69.
- AZAMBUJA, Celso Candido de. **Ética e tecnociência**. Revista Filosofia. Curitiba: Aurora, v. 25, n. 36, jan./jun. 2013, p. 323-340.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECK, Ulrich. **Sociedade risco: ruma a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade.** Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.** Tradução de Magna Lopes. São Paulo:

Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa.** São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Marly M. **Inovação: Estratégias e comunidades de conhecimento.** São Paulo: Atlas. 2009.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** Tradução Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **A evolução do constitucionalismo transnacional nos tribunais: uma análise sociológica-sistêmica da operação lava-jato.** 2018. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2018.

ETZKOWITZ, Henry. **Hélice Tríplice: universidade-indústria-governo: inovação em ação.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne: o homem na idade da técnica.** São Paulo: Paulus, 2006.

HEIDEGGER, Martin. **Ensaio e conferências.** Tradução de Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel, Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008.

KORTEN, David C. **Quando as corporações regem o mundo.** Tradução Anna Terzi Giova. São Paulo: Futura, 1996.

LACEY, Hugh. Valores e atividade tecnocientífica. **Revista Ciência & Vida: Filosofia.** São Paulo: Escala. Ano VII, n. 89, dez. 2013, p. 5-13.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad.** Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. **A sociedade mundial como sistema social.** Lua Nova, São Paulo: Cedec, v. 47, p. 186-200, 1999.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del Riesgo.** Tradução de Silvia Pappé, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura, Javier Torres Nafarrate. Guadalajara/Jalisco: Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 2006.

MAZZUCATO, Mariana. **O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado.** Tradução Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MORIN, Edgar. **O método 6: ética.** Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2005.

- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.
- SCHWAB, Klaus. **Aplicando a quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2018.
- SPENCE, Michael. **Os desafios do futuro da economia: o crescimento econômico mundial nos países emergentes e desenvolvidos**. Tradução Leonardo Abramowicz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- VESTING, Thomas. **Teoria do Direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 171.
- TEUBNER, Günther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, [S.l.], v. 14, 2003.
- TEUBNER, Günther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 91-93.
- TEUBNER, Günther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (*corporate codes of conduct*) privados e públicos. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- TEUBNER, Günther. Reflexões sobre a constitucionalização do sistema de poder mundial. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 5, n. 1, jan./abr. 2018.
- ZOLO, Danilo. **Globalização: um mapa dos problemas**. Tradução de Anderson Vichenkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 57.

Submetido em: 7 dez. 2019.

Aceito em: 25 maio 2021.

LIBERDADE RELIGIOSA E DIREITO FUNDAMENTAL À NÃO DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

Fabrcio Veiga Costa

Universidade de Itaúna, Minas Gerais
fvcufu@uol.com.br

Alisson Alves Pinto

Universidade de Itaúna, Minas Gerais
alvespintomg@yahoo.com.br

RESUMO: O objetivo da pesquisa é investigar a utilização dogmática do direito fundamental à liberdade religiosa como legitimador do discurso de ódio contra as minorias sexuais. A escolha do tema se justifica em razão da relevância teórica, prática e atualidade do debate, haja vista que o direito à diferença, como corolário da igualdade, dignidade humana e não discriminação devem ser os referenciais hermenêuticos de interpretação e aplicabilidade dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Absolutizar o exercício da liberdade religiosa, utilizando-a como meio de reprodução do discurso de ódio contra minorias sexuais, constitui uma forma de utilização da ciência do direito para segregar, excluir e marginalizar pessoas que não aderem aos padrões binários de uma heteronormatividade compulsória. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental – além de análises temáticas, teóricas, interpretativas, críticas e comparativas –, foi possível demonstrar e concluir que a decisão judicial brasileira que proibiu a apresentação de peça de teatro em que uma mulher trans protagoniza a pessoa de Jesus Cristo, assim como a decisão da Suprema Corte dos EUA que legitimou o direito de um homem confeitiro se recusar a fazer um bolo de casamento para um casal gay, por razões religiosas, deixam claro o protagonismo e a discricionariedade judicial, visto que tais decisões pautam-se em razões metajurídicas e solipsistas para robustecer a reprodução estrutural do discurso de ódio contra as minorias sexuais.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da pessoa humana. Liberdade de expressão religiosa. Princípio da Igualdade. Minorias sexuais. Binarismo.

Religious freedom and fundamental right to non-discrimination on grounds of sexual orientation

ABSTRACT: The aim of the research is to investigate the dogmatic use of the fundamental right to religious freedom as a legitimizer of hate speech against sexual minorities. The choice of the theme is justified due to the theoretical, practical and current relevance of the debate, given that the right to difference, as a corollary of equality, human dignity and non-discrimination, must be the hermeneutic framework for the interpretation and applicability of fundamental rights in the field. Democratic state. Absolutizing the exercise of religious freedom, using it as a means of reproducing hate speech against sexual minorities, is a way of using the science of law to segregate, exclude and marginalize people who do not adhere to the binary standards of compulsory heteronormativity. Through bibliographic and documentary research, as well as thematic, theoretical, interpretative, critical and comparative analyzes, it was possible to demonstrate and conclude that the Brazilian judicial decision that prohibited the presentation of a play in which a trans woman plays the person of Jesus Christ, as well as the ruling by the US Supreme Court, which legitimized the right of a confectioner to refuse to make a wedding cake for a gay couple,

for religious reasons, makes clear the protagonism and judicial discretion, since such decisions are based on It is based on metajuridic and solipsistic reasons to strengthen the structural reproduction of hate speech against sexual minorities

KEYWORDS: Dignity of human person. Freedom of religious expression. Principle of equality. Sexual minorities. Binarism.

INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa é problematizar a investigação científica dos limites jurídico-constitucionais do exercício do direito fundamental à liberdade de expressão, frente ao discurso de ódio praticado por razões religiosas em face de pessoas que expressam sua sexualidade de um modo considerado contrário aos dogmas de algumas religiões. A escolha do tema se justifica em razão de sua relevância teórica, prática e atualidade, especialmente em razão das premissas democráticas trazidas pela Constituição brasileira de 1988 no que atine à proteção integral da pessoa humana quanto à diversidade sexual.

Objetivando sistematizar o debate do tema proposto, desenvolveu-se inicialmente um estudo sobre o direito à diferença na Constituição brasileira de 1988, a dimensão teórico-interpretativa do direito fundamental à liberdade religiosa sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, o direito à livre orientação sexual como corolário da dignidade humana, a problemática do reconhecimento do discurso de ódio e a relevância do direito à liberdade de expressão no âmbito das relações privadas. Ou seja, o estudo da dignidade humana no contexto propositivo da ponderação de valores; o direito à diferença, previsto no texto da Constituição brasileira de 1988; o exercício da liberdade de expressão como corolário da dignidade humana; o discurso de ódio contra as minorias sexuais por razões religiosas e a problematização do debate acerca do exercício do direito fundamental à liberdade de expressão frente ao papel do Estado diante das relações privadas são questões aqui debatidas com o propósito de apresentar aporias, no sentido de evidenciar a relevância da discussão proposta.

O advento da Constituição brasileira de 1988, marcada pelo seu caráter garantista no que atine à efetividade dos direitos fundamentais, consagra, dentre seus fundamentos e referenciais hermenêuticos, o pluralismo político, a liberdade de expressão, a cidadania, a vedação de discriminações e a igualdade entre as pessoas quanto ao tratamento jurídico recebido pelo Estado, pela sociedade civil e pelas instituições públicas e privadas. A Constituição de 1988 instituiu não somente direitos e garantias fundamentais, mas todo um sistema garantista de proteção. Significa dizer que o ordenamento jurídico pátrio, além de respeitar os requisitos formais que o legitima, deverá ser coerente com os princípios e valores constitucionais a um só tempo. Nesse sentido, o garantismo se vincula à ideia de limitação do poder estatal, de modo a evitar ocorrências de arbitrariedades e um sistema de proteção de bens e direitos, estendendo-se a todas as pessoas indistintamente, não apenas àquelas afetadas diretamente pelo poder punitivo do Estado.

Entretanto, verifica-se a existência de diversos grupos de pessoas que são subjugados em relação a outros, em razão de suas diferenças étnicas, culturais, linguísticas, sexuais, dentre outras, o que culminou na criação de grupos minoritários que se encontram em situação desigual em relação a uma maioria que dita padrões universalizantes de condutas. A consequência dessa exclusão e marginalidade dos grupos minoritários é a ofensa da dignidade humana e a violação de direitos humanos, ressaltando-se que as violações por eles suportadas é extensa, incluindo-se tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego, educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações tornam-se ainda mais gravosas quando decorrentes de

razões religiosas baseadas em questões relacionadas a gênero e sexualidade, já que as religiões podem influenciar seus participantes ao fornecerem princípios para a socialização e para a organização da sociedade, além de indicações para a vida cotidiana.

Com efeito, algumas instituições religiosas aceitam a prática homossexual, considerando-a natural, enquanto outras instituições a consideram pecaminosa. A partir disso, várias crenças contrárias a essa prática podem ser encontradas, assumindo que a homossexualidade é uma “doença” e pode ser curada ou que os desejos devem ser controlados – posições essas que divergem dos avanços alcançados, por exemplo, em níveis jurídicos e no campo da saúde. Desse modo, a concepção de cada religião sobre o tema poderá influenciar a vida de pessoas em razão da sua orientação sexual, que podem aceitá-la ou então buscar uma “cura” ou resolução para o “problema”.

A Constituição brasileira de 1988 prevê a liberdade de expressão como sendo um direito fundamental e o seu exercício pode ser interpretado como sendo mais um importante mecanismo de defesa das minorias e da diversidade, pois, de certa forma, permite que estes grupos exerçam direitos que normalmente lhes são suprimidos ou mitigados por uma maioria que detém maior representatividade social e política. Por outro giro, ao passo que essa previsão constitucional permite a possibilidade de os grupos minoritários se expressarem livremente, ela também permite que a maioria dominante possa se valer destes mesmos mecanismos para legitimar seu poder, o que normalmente ocorre por meio de discursos de ódio.

O discurso de ódio visa estigmatizar uma pessoa ou grupo de pessoas, sendo que a vitimização é difusa. Quando um homossexual é ofendido por sua orientação sexual, todos os homossexuais são ofendidos. Assim, quando um negro é ofendido pelo simples motivo de ser negro, todos os negros são diretamente ofendidos. Considerando-se que o Brasil é um Estado laico e regido pelas liberdades públicas e privadas, ele deve, portanto, oferecer a todos os cidadãos condições dignas para o exercício igual dos direitos. Ainda que a ideia de democracia não seja uniforme nem encerre em si uma única interpretação, é possível dizer que ela pressupõe uma ideia contrária à exclusão social de grupos minoritários, ressaltando-se que uma das funções primordiais do Estado Democrático de Direito é garantir o direito de as minorias gozarem dos bens jurídicos a ela disponibilizados no plano constituinte e instituinte. A pergunta problema que delimita o objeto da pesquisa é a seguinte: é possível harmonizar a liberdade religiosa com o livre exercício da orientação sexual numa perspectiva democrática proposta pela Constituição de 1998?

Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, foi possível apresentar fundamentos teóricos para legitimar cientificamente o debate proposto, especialmente no que tange aos limites do exercício das liberdades como meio de resistência e desconstrução do discurso de ódio. O método dedutivo foi utilizado para recortar a proposta de pesquisa, partindo-se de uma concepção macroanalítica, qual seja, o exercício do direito fundamental de liberdade de expressão, delimitando-se no estudo dos limites do exercício do respectivo direito como forma de desconstruir o discurso de ódio contra as minorias sexuais. A construção das análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas foi de essencial importância para viabilizar a abordagem crítica do objeto de pesquisa, levantando-se novas questões para o desenvolvimento de outras investigações.

1. O DIREITO À DIFERENÇA SOBRE A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O respeito à diversidade, a superação da desigualdade historicamente estrutural e o compromisso com o projeto democrático de efetividade das normas constitucionais que colocam como centro de proteção jurídica a pessoa humana são algumas premissas essenciais para o entendimento crítico do objeto da presente pesquisa.

O direito à diferença exige reconhecimento das diferentes identidades dos sujeitos, enquanto o da igualdade traz em si a premissa de não discriminação ao que é diferente. A ética dos direitos fundamentais, que versa sobre o desenvolvimento da autonomia e respeito ao desenvolvimento das potencialidades humanas em suas mais diversas facetas, traz a concepção de que o ser humano é merecedor de igual respeito e consideração. (PIOVESAN, SILVA, 2008). Importante ressaltar que a violação dos direitos fundamentais ocorre em grande medida pela dificuldade de reconhecer o outro como igual em suas diferentes formas de ser, agir e se posicionar diante da vida. O temor ao diferente, que gera a dicotomia *eu x outro* faz com que o distinto seja motivo para violar o outro em seus direitos e dignidade.

Nesse contexto propositivo, surgem as fases de proteção dos direitos fundamentais, ressaltando-se que a primeira é marcada pela proteção abstrata da igualdade formal das pessoas e a segunda se refere à proteção à diversidade dos seres humanos:

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica, determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. Vale dizer, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença, percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção (PIOVESAN, 2005, p. 46).

A primeira fase se caracteriza pela ideia mais genérica de que todos os seres merecem igual proteção. O direito à igualdade é consagrado no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, assim como no corpo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Verificada a particularidade de cada ser humano, a segunda fase já coloca o direito à diferença como fundamental, de modo que a proteção ao diverso é ressaltada. Ademais, ao assumir o direito à igualdade como imanente a todos os cidadãos, o direito à diferença acaba sendo um fator de enriquecimento dessa igualdade. O reconhecimento da diversidade coloca todos os indivíduos na mesma posição (com os mesmos direitos e liberdades), de modo que a dicotomia *eu x outro* não enalteça e tampouco subjuguem ninguém (PIOVESAN; SILVA, 2008). Nesse sentido:

Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica violenta exclusão e intolerância à diferença e diversidade. Assim, a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação. (PIOVESAN; SILVA, 2008, p. 12).

O desafio quanto à igualdade passa diretamente pela efetividade e concretude das premissas trazidas pelo texto da Constituição de 1988. A norma jurídica em si não é suficiente para romper com as estruturas históricas que naturalizam essa desigualdade estrutural quanto às questões de gênero, embora represente significativa contribuição no que atine à ressignificação de

todo o contexto de reprodução vegetativa da condição desigual assumida e vivenciada por muitos sujeitos. O pensamento de Boaventura de Souza Santos vai ao encontro dos objetivos da segunda fase:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. (SANTOS; NUNES, 2003, p. 56).

O compromisso com a proteção da diversidade é um dos objetivos do Estado Democrático de Direito. A visibilidade das diferenças é o que leva à busca por uma sociedade igualitária, ou seja: com o reconhecimento da diferença entre as pessoas, é possível buscar um tratamento igualitário a todas. Em contrapartida, a tentativa de tratar da maneira igual aqueles que são diferentes contribui para o aumento da discriminação, haja vista que a norma jurídica deve ser o recinto para a proteção individualizada de grupos de sujeitos, de modo a protegê-los conforme suas demandas e necessidades. Nesse sentido:

[...] se torna legítimo pensar no reconhecimento da diferença e da peculiaridade de uma minoria (negros, mulheres, deficientes, sem-terra...), mais do que na pressuposição da igualdade genérica de todos (povo, cidadão). É recente, portanto, a percepção de que a noção de igualdade faz sombra à possibilidade de um reconhecimento da singularidade ou particularidade de cada qual. (BITTAR, 2009, p. 552).

No Brasil, a diferença tem sido fator de grande desigualdade social, pois, diante da realidade política, econômica e social, o diferente é motivo de discriminação. Romper com essas estruturas de naturalização de desigualdades vai além da simples alteração legislativa; exige novas formas de interpretar e aplicar as proposições normativas existentes:

O Brasil possui uma identidade cultural híbrida (CANCLINI, 2001) ante a pluralidade. Historicamente, a diferença no país tem sido motor da desigualdade social. As dinâmicas culturais estão entrecruzadas com as realidades políticas, econômicas e sociais. O imaginário incrustado na diferença resulta numa sociedade desigual e injusta. (CARDOSO, 2003). Isso porque a diferença passou a significar desigualdade, exclusão. (CANCLINI, 2001; CARDOSO, 2003 apud MELO, 2017, p. 91).

A partir do entendimento de que um tratamento homogeneizante com pessoas desiguais é insuficiente para atender aos anseios sociais, o tratamento jurídico do direito à diferença no Brasil tem se modificado. Nesse sentido, a Constituição brasileira de 1988 traz a ideia de pluralismo e incentiva a participação dos mais diversos grupos na política nacional. Diante desse cenário, nota-se que a ideia de um Estado Democrático de Direito, proclamado pela Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), apresenta destaque especial ao princípio da dignidade humana e à igualdade material no exercício dos direitos fundamentais.

Ressalta-se, ainda, o total destaque dado ao (super) princípio da dignidade da pessoa humana, que emerge como maior fundamento do Estado Democrático de Direito, ocupando o lugar de destaque antes dado ao princípio da legalidade. Tal tendência não é um fenômeno isolado, tendo sido verificado de forma geral ao redor do mundo, como parte da renovação constitucional impulsionada pelo pós-guerra e pelas discussões em torno da terceira geração dos direitos fundamentais. (FARIAS, 2015, p. 26).

O direito à diferença se traduz em uma luta pelo reconhecimento das classes minoritárias da sociedade, que, dentro da dicotomia *eu x outros*, constantemente são prejudicadas. “Nesse contexto, ocorre a afirmação da urgência de reconhecimento das necessidades não apenas da ampla coletividade, mas dos grupos minoritários que compõem o tecido social, dando-lhes proteção e visibilidade” (FARIAS, 2015, p. 26). Esse reconhecimento da diversidade humana, por ser uma manifestação latente da proteção aos direitos fundamentais, acaba se tornando um dos valores constitutivos da ideia de justiça social, ao lado da igualdade. Ou seja, o que é único não pode ser comparado nem classificado, tampouco visto como igual ou desigual (HELLER, 1998).

E, junto à ideia de justiça social, a sociedade contemporânea, em razão de sua pluralidade, tem como forte característica a luta pelo reconhecimento e igual tratamento de todos os cidadãos na medida de suas diferenças. Para Habermas, “as condições concretas de reconhecimento, seladas por uma ordem jurídica legítima, resultam sempre de uma ‘luta por reconhecimento’ (HABERMAS, 2003, p. 168-9).

Na visão de Farias (2015), a tutela do direito à diferença ocorre em três eixos: repressivo, inclusivo e preventivo. Repressivo, na medida em que as normas punitivas servem para tutelar as identidades individuais e grupais, servindo o direito penal como instrumento para promover a cidadania. Como exemplo de atuação desse eixo, menciona-se a Lei 7.716/1989 (BRASIL, 1989), que trata dos crimes resultantes de preconceito por raça, cor, etnia, credo ou nacionalidade (FARIAS, 2015). Preventivo, com a utilização de políticas públicas, tal como a educação, voltadas para a defesa dos direitos humanos, partindo-se do pressuposto de que o auxílio no reconhecimento do que é dignidade, assim como no exercício da cidadania, são capazes de promover a dignidade dos indivíduos (FARIAS, 2015). O eixo inclusivo, por sua vez, consiste em ações do poder público ou privado que, por meio de ações afirmativas, buscam orientar os cidadãos quanto à solução das situações de desigualdade já existentes, visando ao desfazimento de exclusões históricas. Ações desse eixo encontram-se, por exemplo, nas políticas públicas voltadas ao público LGBTQI+ e às minorias historicamente marginalizadas, bem como nas cotas raciais para ingresso na educação de nível superior, também adotadas em concursos públicos (FARIAS, 2015).

Ante todo o exposto, nota-se que o direito à diferença está necessariamente atrelado à liberdade individual, de tal modo que cada ser humano seja capaz de se autodeterminar em suas mais diferentes singularidades. Nesse sentido, a liberdade individual se manifesta como um direito capaz de contribuir para a ‘luta do reconhecimento’ na sociedade contemporânea. Resta saber os limites de sua manifestação por cada indivíduo, para evitar que esse direito, em vez de dar voz às minorias, oprima-as com mais veemência.

2. O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA SOB A PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O exercício das liberdades individuais e coletivas no Estado Democrático de Direito exige o respeito, o reconhecimento e a proteção integral de premissas genéricas e individualizantes hábeis para assegurar a igualdade e a dignidade da pessoa humana em seu mais alto espectro. Nesse sentido, a religião é vista como o complexo de princípios que dirigem pensamentos, ações e adoração do homem a Deus – o que compreende a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. Dessa forma, a religião pode ser vista e compreendida como o sistema de crenças que se vincula a uma divindade, que professa uma vida além da morte, que possui um texto sagrado, que envolve uma organização e que apresenta rituais de oração e adoração. Assim, a religião se relaciona diretamente com os assuntos mais básicos e importantes da vida de uma pessoa, traduzindo os seus valores mais íntimos e a sua crença em algo que tem significado último e genuíno.

No entanto, há quem enxergue a religião somente sob um aspecto negativo. Independentemente do conceito que se adota, contudo, não há dúvida de que a religião, direta ou indiretamente, sempre fez parte da vida, influenciando e modificando a história da Humanidade. A religiosidade é algo intrínseco à natureza humana, seja pessoa rica ou pobre, douta ou ignorante, do Norte ou do Sul; todos pensam ou vivem algo que se liga ao sobrenatural ou ao divino. Como fenômeno que penetra nas esferas mais íntimas da consciência humana e, simultaneamente, manifesta-se em grandes movimentos coletivos, o fenômeno religioso tem tido sempre importantíssima projeção política e jurídico-política, influenciando constantemente não só na história cultural,

mas também na história política. Nenhuma constituição deixa de o considerar também o direito internacional o repercute. Diversas são as religiões existentes em todo o mundo, conforme a época, cultura, origem, contexto social, político e histórico do lugar. Esses fatores condicionam ou determinam o relacionamento entre o Estado e a religião, podendo haver entre eles identificação, não identificação ou oposição.

De todas as religiões, o cristianismo se destacou no cenário mundial, assumindo um papel de divisor de águas sob vários aspectos. O valor da liberdade, assim como a dignidade da pessoa humana, assume destacada importância com o cristianismo. O fato de o filho de Deus ter vindo para trazer libertação confere a todos o sentimento de possuir uma liberdade irrenunciável e que nenhum poder, político ou social, pode violá-la. Após anos de perseguição aos judeus e cristãos, Roma – Império dominante da época – juntou-se a eles, sob o lema de que, se não pode contra eles, juntem-se a eles, decretando o cristianismo a religião oficial do império. A religião, assim, continuava ligada ao Estado, de forma que ou o Estado controlava a religião ou a religião controlava o Estado. A conquista da liberdade religiosa, todavia, começa com a quebra da unidade cristã a partir do século XVI, com a Reforma Protestante, conforme ensinou Jorge Miranda:

A quebra da unidade da Crístandade, a Reforma e a Contra-Reforma abriram profundas fissuras individuais e políticas, perseguições e guerras político-religiosas que, num contexto de intolerância e absolutismo, acabariam por conduzir à regra de em cada Estado uma religião, a do Príncipe (Cujus Regio Ejus Religio). Todavia, também a muitos mostraram que a possibilidade de professar sem constrangimentos a sua própria fé e de praticar os respectivos actos de culto era algo de insubstituível que, quando posto em causa, poderia ser procurado noutras terras: foi o que aconteceu no século XVII na América do Norte. (MIRANDA, 2011, p. 121).

Apegando-se a esses acontecimentos da história do homem, não se pode deixar de observar que os direitos fundamentais, especialmente o direito à liberdade, na condição de direito positivado vinculativo, teve justamente sua origem em ideias religiosas, como afirma Jorge de Miranda: “a liberdade religiosa pode ser considerada um termômetro de medição da efetividade dos direitos fundamentais. Em muitos países, ela é ainda desconsiderada ou até mesmo negada” (MIRANDA, 2011, p. 120). Como consequência disso, verifica-se nesses países que vinculam religião ao constitucionalismo a inefetividade ou inexistência de direitos fundamentais básicos. Cita-se, como exemplo, a realidade dos países islâmicos, nos quais o Estado se confunde com a religião. Neles, nem sempre há igualdade entre homens e mulheres, bem como entre muçulmanos e não muçulmanos, e também muitas vezes não se admite liberdade fora do contexto religioso e político. O grau de liberdade religiosa de um Estado traduz o regime político adotado. Assim, só se encontram regimes políticos liberais, pluralistas e democráticos onde há plena liberdade religiosa, fundada nas premissas racionais que direcionam o entendimento da ciência do Direito.

Sem plena liberdade religiosa em todas as suas dimensões – compatível com diversos tipos jurídicos de relações das confissões religiosas com o Estado –, não há plena liberdade cultural, nem plena liberdade política. Assim, onde falta liberdade política, a normal expansão da liberdade religiosa fica comprometida ou ameaçada. Tal afirmação se justifica porque a liberdade religiosa – como uma faceta do princípio da liberdade – tem como objetivo concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Rui Barbosa: “de todas as liberdades sociais, nenhuma é tão congenial ao homem, e tão nobre, e tão frutificativa, e tão civilizadora, e tão pacífica, e tão filha do Evangelho, como a liberdade religiosa” (1940, p. 50).

A liberdade de religião é, portanto, um direito fundamental que consiste na liberdade de pensamento e de consciência, de livre escolha de expressão, de manifestação e de culto. Falar em liberdade religiosa também é falar em direito de o Estado abster-se de impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial; é falar em direito a não ter ou ter uma religião, segundo a sua livre

escolha, e poder professá-la. As autoridades públicas, portanto, em face desse direito fundamental à liberdade religiosa, ficam impedidas de proibir o livre exercício de qualquer religião ou mesmo de impor qualquer limitação. Além do aspecto negativo, ou seja, da abstenção do Estado na esfera de escolha do crente, o direito à liberdade religiosa também implica em uma ação positiva por parte do Estado em garanti-lo e proporcioná-lo, seja por meio de leis ou outro meio que impeça o cerceamento de direitos ou quaisquer discriminações. Como exemplo de garantias constitucionais asseguradas pelo Estado, encontram-se, no direito comparado, aquelas realizadas pelos Estados Unidos da América:

I – Estabelecem um sistema, não meramente de tolerância, mas de igualdade religiosa. Todas as religiões são respeitadas, igualmente, pela lei, não devendo favorecer-se uma em detrimento das outras, nem qualquer distinção entre elas, já nas leis, já na situação delas em face da lei, já na administração desta.

II – isentam todas as pessoas de contribuições compulsórias para manutenção de qualquer culto religioso, e da assistência compulsória ao mesmo.

III – Proíbem que sejam impostas restrições ao livre exercício da religião, segundo os ditames da consciência, e às livres manifestações das ideias religiosas (DWORKIN, 2006b, p. 88).

O Brasil é considerado um país laico ou não confessional, ou seja, não há qualquer relação entre o Estado brasileiro e a religião, consagrando-se a liberdade e igualdade de todas as religiões e a busca pela convivência harmônica entre as diferentes manifestações de crença. Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no inciso VI do seu artigo 5º, protege o direito individual de crença religiosa, garantindo a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e às suas liturgias.

O reconhecimento da liberdade religiosa pela Constituição denota haver o sistema jurídico que toma a religiosidade como um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado. Afinal, as normas jusfundamentais apontam para valores tidos como capitais para coletividade, que devem não somente ser conservados e protegidos, como também promovidos e estimulados. O dispositivo do art. 5º, inciso VI, da Constituição de 1988 é norma de eficácia plena e imediata. É chamada pela doutrina de norma de direito fundamental sem expressa previsão de reserva legal, ou seja, o constituinte, diante da importância da liberdade religiosa, não previu a possibilidade de intervenção legislativa, restringindo ou disciplinando tal direito. Contudo, há posicionamentos jurídicos no sentido de defender que a colisão entre a liberdade religiosa e demais direitos fundamentais ou outros valores jurídicos protegidos pela Constituição justificaria excepcionalmente o estabelecimento de restrições a essa liberdade.

De fato, o direito à liberdade religiosa não pode ser invocado para se opor irrestritamente ao cumprimento das leis. Por exemplo, não se pode praticar ilícito alegando liberdade religiosa. Tal direito, como todos os demais direitos fundamentais, não é absoluto e, por isso, não se pode exercer um direito quando se viola o direito de outrem.

A efetividade constitucional do direito fundamental à liberdade de religião, crença ou religiosidade no Estado Democrático de Direito exige uma compreensão sistemática no contexto da dignidade humana, ressaltando-se que qualquer interpretação segregacionista utilizada para discriminar ou excluir pessoas deve ser refutada pelas premissas racionais e críticas preconizadas pelo constitucionalismo democrático. No próximo tópico, discorrer-se-á acerca do direito à livre orientação sexual e o seu papel fundamental no exercício da dignidade humana.

3. O DIREITO À LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL E SEU PAPEL FUNDAMENTAL NO EXERCÍCIO DA DIGNIDADE HUMANA

O direito fundamental à liberdade de escolha e autodeterminação é corolário da dignidade humana e igualdade. Importante ressaltar que “uma das principais objeções contra a ideia de um direito geral de liberdade é aquela que afirma que um tal direito seria vazio de conteúdo, sem substância, e que não haveria, por isso, nenhum parâmetro para decidir sobre a admissibilidade de restrições à liberdade” (ALEXY, 2018, p. 345). “Na verdade, liberdade e igualdade não estão em conflito, mas são princípios que se complementam, se pressupõem mutuamente” (OMMATI, 2018, p. 64). Nesse sentido, reconhecer juridicamente a dignidade de as pessoas serem livres constitui requisito essencial para implementar a igualdade material.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitui uma das principais formas de externalização da autonomia privada, conferindo ao seu titular a faculdade de autodeterminar-se, de escolher a forma como exercerá os direitos previstos no plano legislativo, até mesmo de assegurar-lhe a faculdade de se abster de exercê-los, garantindo ao indivíduo a capacidade de decidir, por si só e livremente, sobre o exercício do direito, sem qualquer espécie de vinculação de natureza heterônoma, desde que não contrárias aos direitos de terceiros ou à ordem pública. Traduz-se, portanto, na faculdade de que gozam os indivíduos do direito de atuar de acordo com seu peculiar modo de ser, colocando em prática suas diferenças pessoais.

Nesse sentido, deve ser assegurada ao indivíduo a possibilidade de ser dono de seu próprio projeto de vida ou mesmo a possibilidade de sequer possuir um projeto de vida, bem como mudá-lo quantas vezes desejar, garantindo-lhe a liberdade necessária para desenvolver sua personalidade e se realizar como ser único e intangível. A partir da interpretação sistemática e extensiva do princípio da dignidade humana, fundada em parâmetros racionais de uma hermenêutica discursiva, busca-se a preservação do maior número de liberdades individuais sem que umas prejudiquem outras. Dessa forma, resguarda-se o exercício igual dos direitos fundamentais a todos os indivíduos, para que possam exercer suas liberdades sem a ingerência do Estado. A interpretação da dignidade humana fora da moldura democrática da constitucionalização dos direitos fundamentais não pode ser utilizada como forma de mitigação dos direitos das minorias e perpetuação dos valores universalizantes impostos pela maioria. Ou seja, os critérios interpretativos da dignidade humana não podem legitimar o discurso de ódio decorrente da imposição de comportamentos e ideologias para a sociedade, pressupondo a homogeneização de *modus* de vida. A dignidade humana, quando efetivada, objetiva fortalecer a autonomia privada, garantir o empoderamento de cada sujeito, assegurar a igualdade de aceitação de cada indivíduo no âmbito de suas escolhas individuais, sem qualquer interferência indevida e abusiva do Estado ou das demais instituições de controle da vida privada.

Nesse contexto propositivo, é importante ressaltar que *Dworkin* (2006) diferencia, em sua obra, “moralidade” e “ética”. Para ele, a moralidade está relacionada à intervenção estatal, enquanto a ética diz respeito à liberdade alcançada por meio da autonomia privada de cada indivíduo. A intervenção moral do Estado, no campo da liberdade ética de exercício da autonomia privada, somente se justificaria quando comprovadamente o objetivo for proteger os direitos da coletividade. Algo distinto disso configuraria discurso de ódio, intolerância, preconceito e discriminação. Nota-se, portanto, que o princípio da dignidade está relacionado intrinsecamente à noção de liberdade, na medida em que a mais alta manifestação da dignidade ocorre quando o ser humano é, na sua singularidade, livre para se manifestar em suas mais diferentes crenças, ideias, jeito de ser, pensar, agir e se construir como pessoa humana. A igualdade quanto ao exercício digno da liberdade de expressão pressupõe ruptura com os juízos apriorísticos, fundados

em máximas generalizantes que não respeitam as diferenças, visto que esses padrões universais retroalimentam o discurso segregacionista que enaltece a exclusão e a marginalidade de pessoas.

Os sujeitos políticos do movimento LGBTQI+ possuem uma diversidade de questões envolvidas, predominantemente relacionadas a gênero e à sexualidade. No curso da história, os indivíduos que possuíam essas diferenças em relação à maioria dominante foram rechaçados, tendo direitos humanos básicos tolhidos ou mitigados – e, até hoje, eles possuem dificuldades quanto ao exercício do direito fundamental ao livre desenvolvimento de sua personalidade. Lamentavelmente, a perseguição da dignidade humana nem sempre foi algo permitido a esses grupos. Nesse sentido:

[...] violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado, que causa sérias preocupações. O rol dessas violações inclui execuções extrajudiciais [*sic.*], tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação, e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações são com frequência agravadas por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como aquelas baseadas na raça, idade, religião, deficiência ou status econômico, social ou de outro tipo. (CORRÊA, MUNTARBHORN, 2006, p. 7)

O preconceito que segrega este grupo minoritário é algo estrutural. As formas como as sociedades modernas se estruturam em torno de questões religiosas, somado à falta de conhecimento acerca do tema, fazem com que os parâmetros socialmente aceitáveis sejam essencialmente preconceituosos, o que acaba por legitimar discursos contrários à diversidade sexual. Os movimentos sociais favoráveis à comunidade LGBTQI+, no mundo ocidental, são vistos como um tema político de esquerda, típico de partidos mais liberais e, dentre seus principais objetivos, encontra-se a ruptura com o binarismo e a heteronormatividade compulsória. Entretanto, existem movimentos sociais contrários e favoráveis às minorias sexuais, tanto em partidos mais conservadores quanto nos liberais – além de inúmeras religiões serem espaços utilizados para a perpetuação estrutural da segregação sexual. É importante consignar que, dentre as minorias que mais sofrem atualmente em virtude do discurso de ódio, destacam-se justamente as minorias sexuais, submetidas a essa forma de violência em todo o mundo, em menor ou em maior grau. Políticos e, sobretudo, líderes religiosos, têm se manifestado veementemente no sentido de que os direitos LGBTQI+ não devem ser reconhecidos e respeitados. Tais discursos utilizam-se, com frequência, de argumentos de impacto na psicologia individual e coletiva dos interlocutores, de modo a segregar socialmente tais indivíduos. Assim, exercem forte influência na opinião dos brasileiros, o que coloca mais obstáculos à luta das minorias sexuais pela afirmação de seus direitos no país.

Em razão da dor, sofrimento e tratamento desigual por motivo de orientação sexual, o movimento LGBTQI+ se levantou na luta em favor de seus direitos, recebendo cada vez mais o apoio do governo e de diversos segmentos da sociedade civil. A garantia do livre exercício da sexualidade relaciona-se com os postulados da liberdade individual, da igualdade social e da solidariedade humana. Além do princípio da dignidade da pessoa humana, outros princípios que repudiam a discriminação atentatória e o preconceito estrutural sobre a orientação sexual e a identidade de gênero são o princípio da não discriminação e o princípio da igualdade. O princípio da não discriminação é corolário do princípio da igualdade e determina que o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais pertence a todas as pessoas, ou seja, deve existir uma igualdade de tratamento de todo ser humano, independentemente de raça, nacionalidade, língua, etnia, cor, sexo, religião ou condição social. A Constituição federal, em seu artigo 5º, inciso XLI, dispõe que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, determinando, assim, a proibição da discriminação como bem jurídico a ser tutelado.

A liberdade, de modo geral, está estritamente relacionada à autonomia, ao direito de escolha e à legitimidade conferida a cada sujeito de direito de gerir sua própria existência em conformidade com seus ideais e perspectivas de vida. Em se tratando de liberdade sexual, refere-se à liberdade de escolher com quem se relacionar afetivamente. É um direito que deve ser tutelado e reconhecido pelo Estado. Quando o Estado nega ao indivíduo o reconhecimento e tutela deste direito, inibe-o de viver plenamente de acordo com a sua orientação sexual, com os seus anseios. Impossibilita o indivíduo de constituir uma família nos moldes que lhes é pertinente, limitando a sua realização pessoal. A liberdade é um direito que tem como objetivo dar aos homens a garantia de não perecerem nas mãos de tiranos ou na arbitrariedade de seus governantes. No entanto, além dos governos de muitos países, a própria sociedade e a religião interferem na vida sexual e reprodutiva da sociedade, isso por causa de um contexto histórico forte e enraizado em muitos países (CORRÊA). Tal situação leva pessoas a se filiarem a paradigmas que geram atos que atentam contra os direitos individuais e humanos. Por certo, a liberdade desenvolve inúmeros outros direitos, os quais são imprescindíveis para que a parte mais vulnerável da sociedade, no que tange a pessoas com orientações sexuais diferentes, possam pleitear seus direitos e a sua dignidade (RIOS, 2006).

Os direitos que abarcam a sexualidade se encontram atualmente em desenvolvimento e amadurecimento no cenário internacional – e, segundo os princípios da Yogyakarta, muitos Estados avançaram na concepção de direitos que tanto protegem o direito à sexualidade e a seu exercício de forma livre quanto, da mesma forma, reforçam a tutela dos direitos humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). Nessa seara, Kant estabelece como imperativo categórico a liberdade do homem, que, para ser realmente livre, necessita de condições para exercer essa liberdade, que nada mais são do que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana – condições estas que devem ser proporcionadas pelo Estado (KANT *apud* KUMAGAI; MARTA, 2010). A liberdade à determinação da sexualidade de cada pessoa denota semelhança com a tese de Kant para a formação da dignidade do ser humano, pois, em ambas as situações, a autonomia do indivíduo se torna a pedra angular que endossa sua escolha. No caso da dignidade, pelo prisma da autonomia, o homem “é capaz de autodeterminar-se e agir conforme as regras legais [...]” (KANT *apud* KUMAGAI; MARTA, 2010). A sexualidade, por este mesmo prisma, concretiza-se pela livre escolha do indivíduo, no que tange a suas decisões e a como esta pessoa levará sua vida sexual e afetiva, fazendo escolhas conforme suas próprias convicções, como aponta o direito à autonomia sexual (WAS, 2000).

Nesse sentido, os direitos sexuais vão além da forma com que a pessoa realizará sua sexualidade: tratam também da necessidade da prevenção de doenças e do direito de qualquer pessoa à saúde, independentemente de sua orientação sexual (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). Da mesma forma para com a educação, que deve ser proporcionada a todos, com a meta de afastar a ignorância e o preconceito e, assim, fazer com que as pessoas entendam e respeitem umas às outras, sob as determinações dos direitos humanos e sexuais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). Enfim, a tutela dos direitos sexuais faz parte da realização do mínimo existencial, pois a positivação sobre estes direitos proporciona isonomia quanto ao tratamento estatal durante a distribuição destes bens, protegendo-os. Proporcionar o mínimo de forma abstrata pode não ser possível; porém, o Estado não pode ignorar os próprios princípios constitucionais, muito menos ignorar os direitos fundamentais que tangem o assunto direito sexual. Portanto, a prestação do mínimo proporcionaria uma vida digna (WEBER, 2013) e, além disso, também traria o desenvolvimento de uma sociedade pautada na dignidade da pessoa humana e na pluralidade de pensamentos, observando-se as premissas propostas pelo Estado Democrático de Direito.

Observa-se, pois, que o direito à liberdade de expressão, ao mesmo tempo em que busca a efetivação da dignidade humana – de acordo com a forma em que é interpretado e, por consequência, utilizado –, pode causar o efeito justamente contrário, com a mitigação da dignidade de quem é afetado pela liberdade de expressão de um terceiro. Nesse aspecto, é que se questionará até que ponto a liberdade de expressão deve ser preservada e a partir de que ponto se deve resguardar a dignidade da pessoa humana em detrimento da liberdade de expressão religiosa. Com efeito, mesmo vivendo em um Estado Democrático de Direito, é necessário observar o contexto plural da sociedade brasileira, devendo a liberdade de expressão estar amparada na alteridade e no respeito ao próximo. No próximo tópico, discorreremos acerca do discurso de ódio.

4. RECONHECIMENTO DO DISCURSO DE ÓDIO

O discurso de ódio é reflexo da naturalização das estruturas sociais de segregação, da marginalidade e da exclusão daqueles sujeitos que destoam das máximas universalizantes que preconizam a homogeneização de padrões de condutas supostamente legitimados pelo historicismo. Reconhecer um discurso de ódio em meio a manifestações de liberdade de expressão não é uma tarefa fácil. Afinal, o que distingue essas duas posições de fala é definido muitas vezes pela interpretação daquele que observa de fora o caso concreto. “[O discurso de ódio] consiste na manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias. Tal discurso pode desqualificar esse grupo como detentor de direitos” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 97). Ele representa, através das manifestações feitas tanto na esfera pública quanto na privada, a segregação a tudo e a todos aqueles que são diferentes. Nesse contexto, pode-se afirmar:

[...] trata de perpetrar a marginalização ou subordinação das pessoas pertencentes ao grupo explorado, mediante o desprezo, ou inclusive o insulto [...]; sobretudo quando, na maior parte dos casos, se trata de traços pessoais que a pessoa afetada não pode trocar por sua própria vontade – a cor de sua pele ou seu sexo [...]. (CODERCH apud MEYER-PFLUG, 2009, p. 97).

Wienfried Brugger afirma que o mesmo discurso [de ódio] seria constituído por [...] palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas (BRÜGGER apud MEYER-PFLUG, 2009, p. 97).

Como bem demonstrado nas citações acima, esses discursos são direcionados a grupos minoritários, na medida em que a característica que os diferencia dos demais gera repulsa e insatisfação. Essa repulsa vem do sentimento de raiva e de indignação que um indivíduo tem de outro que não lhe é semelhante (em cultura, ideologia, aparência entre outros) poder gozar dos mesmos direitos e liberdades. O discurso de ódio tem suas bases no fato de pessoas não reconhecerem os demais sujeitos como iguais no que tange ao exercício dos direitos fundamentais. Com relação ao tema, ressalta-se:

[...] reconhecer os discursos de ódio como práticas argumentativas ancoradas em uma profunda busca de segregar o “estranho” e a sua “insuportável e indesejável diferença”, como se este “outro estrangeiro” portasse alguma “doença contagiosa” da qual a sociedade precise ser “curada”. Isto é, um discurso ofensivamente posto “para atacar o outro por causa de sua raça, etnia, religião ou identidade sexual”. (SMOLLA, 1992, p. 151 apud PRATES, 2015, p. 91).

Percebe-se que os hate speeches estão vinculados, como uma radical contraposição à exigência e afirmação de novos direitos por parte de atores sociais antes vistos como observadores passivos do processo histórico de construção da sociedade, funcionando como perversas válvulas de escape que setores desta mesma sociedade empregam para tentar manter “tudo como sempre foi”, sendo os cidadãos “pessoas como

nós”, ou seja, “a mixofobia se manifesta na tendência em direção a ilhas de similaridade e semelhança em meio a um oceano de variedade e diferença.” (BAUMAN, 2007, p. 92-93 apud PRATES, 2015, p. 92).

Conforme exposto, as instituições democráticas buscam construir um espaço de diálogo, no qual as proposições teórico-legislativas se baseiem na opinião da maioria, mantendo-se o respeito e o tratamento igualitário conferido às minorias. Nesse ponto, alguns discursos devem ser limitados, para que essa defesa aos direitos fundamentais seja possível.

Saliente-se, assim, que as democracias constitucionais procuram configurar espaços abertos, não “tribais”, em que o plural é constitutivo, entretanto, há discursos, que não obstante serem parte deste pluralismo, pregam, como dogmas de fé, a total exclusão do diferente, procurando fechar a própria identidade constitucional. (PRATES, 2015, p. 95).

Pela vasta pluralidade do Estado e a diversidade que marca a sociedade contemporânea, permitir manifestações sem que, contudo, essas violem direitos de outrem é uma tarefa árdua. A liberdade de não concordar, de não gostar e de não desejar qualquer tipo de contato com o diferente não pode gerar discursos inflamados e discriminatórios na seara pública, na tentativa de que adeptos dos mesmos ideais compartilhem e disseminem essa intolerância, visando à realização de algum ato que concretize o preconceito e coloque (mantenha) os diferentes em condição de inferioridade social. Nesse contexto, é importante esclarecer que o papel do Estado é garantir que essas minorias possam viver em paz nas suas relações privadas, com os mesmos direitos assegurados a todos, ainda que certos grupos majoritários não concordem com a existência e modo de vida dos minoritários. A desconstrução do discurso de ódio passa diretamente pelo fato de cada sujeito reconhecer seu interlocutor como igual, no que atine ao exercício e gozo de todos os direitos fundamentais previstos no plano constituinte e instituinte. E é nesse ponto que reside o discurso de ódio: quando um grupo que se vê superior a outro acredita e defende que a distribuição de direitos de forma igualitária fere e mitiga seus direitos individuais. No livro ‘Liberdade para as ideias que odiamos’, Anthony Lewis (2011) se manifesta sobre o tema nos seguintes termos:

Discurso de ódio, é assim que ele é chamado: ataques virulentos a judeus, negros, muçulmanos, homossexuais ou membros de qualquer outro grupo. É ódio puro, não baseado em algum erro praticado por um indivíduo. No período do nazismo na Alemanha, um alemão podia ser um católico romano praticante; mas, se os nazistas descobrissem que ele tinha um avô judeu, lá ia ele para um campo de morte. (LEWIS, 2011, p. 187).

O ódio e a intolerância são reflexos de processos históricos que naturalizam o discurso homogeneizante de não aceitação daqueles indivíduos que pensam, agem e conduzem suas vidas de maneira distinta dos padrões genéricos impostos. Por isso, cabe ao Estado e a sociedade civil não se deixar levar pelos ideais preconizados pelos grupos majoritários, cumprindo seu papel de defesa e efetividade dos direitos fundamentais exercidos igualmente por todos os cidadãos, independentemente de raça, cor, crença, orientação sexual, condição social, entre outros. É importante mencionar que um dos argumentos a favor da permissão do discurso de ódio é que ele torna os indivíduos cientes de crenças terríveis e reforça a decisão de combatê-las. Esse argumento, todavia, foi contestado de forma dura por Jeremy Walderson, um inglês que emigrou para lecionar direito nos Estados Unidos. Deste modo, ele se expressa:

Os custos do discurso de ódio [...] não se disseminam por igual na comunidade que se supõe que deva tolerá-lo. Os [racistas] do mundo podem não causar danos às pessoas que dizem que eles devem ser tolerados, mas poucas delas são retratadas como animais em cartazes colados nas ruas de Lemington Spa [uma cidade inglesa]. Antes de concluirmos que tolerar esse tipo de discurso ajuda a construir o caráter, devemos falar com aqueles que são retratados desse modo, ou com aqueles cujo sofrimento,

ou o sofrimento de seus pais, é ridicularizado pelos [neonazistas de Skokie]. (WALDRON, 2006, p. 22-23).

Pelo exposto até o momento, observa-se que o discurso de ódio tem suas raízes no nazismo, na intolerância do outro, pelo simples fato de não aderir às premissas homogêneas impostas pelo grupo dominante. Nesse sentido, as proposições legislativas trazidas pelo direito democrático, assim como seus métodos de interpretação, devem priorizar o reconhecimento igual de exercício de direitos fundamentais a todos os sujeitos, protegendo-os dentro de suas particularidades e reprimindo qualquer ato ou conduta contrária ao tratamento jurídico isonômico a ser assegurado a cada pessoa, já que isso é pressuposto para viabilizar sua dignidade humana no Estado Democrático de Direito. É por isso que se torna relevante o estudo do exercício do direito fundamental de liberdade de expressão no contexto das relações privadas – discussão essa construída no próximo tópico da pesquisa.

5. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DISCURSO DE ÓDIO E O PAPEL DO ESTADO NAS RELAÇÕES PRIVADAS A PARTIR DA ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

Expostos os principais entendimentos quanto à dignidade humana, liberdade de expressão e discurso de ódio, propõe-se analisar dois casos – um, ocorrido nos Estados Unidos e outro, no Brasil –, cujos temas têm a ver com a discussão proposta neste trabalho. O primeiro caso diz respeito à decisão judicial proferida pelo juízo da 1.^a Vara Cível da cidade de Jundiá-SP, proibindo a exibição de uma peça de teatro que retrataria Jesus Cristo como travesti. Já o segundo versa sobre a recusa de um confeitiro norte-americano de fazer um bolo de casamento para um casal homossexual. O objetivo do relato desses casos não é meramente reproduzir a decisão tomada pelos tribunais competentes, mas sim compreender e identificar quando o fato pode ser considerado liberdade de expressão religiosa ou um discurso de ódio na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, contextualizando o estudo com o debate acerca do direito fundamental à liberdade sexual.

Em setembro de 2017, uma decisão judicial no Brasil proibiu a exibição de uma peça de teatro. Trata-se da peça *O Evangelho segundo Jesus, rainha do céu*, que estrearia no Sesc em Jundiá (SP), no dia 15 de setembro daquele ano, retratando Jesus Cristo como uma mulher transgênero nos dias atuais. A decisão foi do juiz Luiz Antônio de Campos Júnior, da 1.^a Vara Cível daquela cidade. Para ele, figuras religiosas e sagradas não podem ser "expostas ao ridículo" (BRASIL, VioMundo, 2017). Adaptado na obra da dramaturga inglesa Jo Clifford, o espetáculo se propõe a recontar passagens bíblicas sob uma perspectiva contemporânea e promover a reflexão sobre a opressão e a intolerância sofridas por transgêneros e minorias em geral, destacando que a mensagem cristã é de amor, perdão e aceitação. A ação contra o Sesc foi promovida pela advogada Virgínia Bossonaro Rampin Paiva, que alegou que a peça afeta a dignidade cristã, expondo ao ridículo símbolos religiosos como a cruz e a religiosidade que ela representa. O juiz de Jundiá concordou com os argumentos da advogada e aceitou o pedido de antecipação de tutela, impondo multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia de descumprimento. O magistrado considerou o espetáculo de mau gosto e explicou que sua intenção com a decisão é impedir um ato que maculará o sentimento do cidadão comum. Na sentença, o juiz, também faz questão de ressaltar que, no entendimento dele, não se trata de censura prévia e que não se pode confundir liberdade de expressão com agressão e falta de respeito. "Não se pode admitir a exibição de uma peça com um baixíssimo nível intelectual, que chega até mesmo a invadir a existência do senso comum, que deve sempre permear por toda a sociedade", escreveu (BRASIL, VioMundo, 2017).

Os artistas da peça *O Evangelho segundo Jesus, rainha do céu* lamentaram o cancelamento do espetáculo em sua página no *Facebook*. Afirmaram que o juiz atendeu a um pedido que vinha sendo articulado por congregações religiosas, por políticos e pela organização TFP (Tradição, Família e Propriedade). A proibição da exibição da obra prova a sua importância – disseram os artistas –, lembrando que o Brasil é o país que mais assassina travestis e transexuais no mundo. “Abençoada sejas se abusam de você ou te perseguem. Isso significa que você está trazendo a mudança. E abençoados sejam aqueles que te perseguem também. O ódio é o único talento que têm e não vale nada”, declararam os artistas (BRASIL, VioMundo, 2017). Por sua vez, a diretora e tradutora da peça, Natalia Mallo, classificou a decisão de Luiz Antônio de Campos Junior como um tratado de fundamentalismo e preconceito. “Censurar um espetáculo, em nome dos bons costumes, da fé e da família brasileira parece ser, para alguns fariseus, mais importante e prioritário do que olhar para a sociedade e tentar fazer alguma contribuição concreta para mudar o quadro de violência em que estamos todas e todos soterrados. Inconformado com a decisão liminar de primeira instância, o Sesc recorreu para garantir a exibição do espetáculo, que provoca reflexões em torno de questões de gênero. Ao analisar o recurso interposto pelo Sesc, o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo revogou a liminar que proibia a exibição da peça. Para o relator do acórdão, desembargador José Luiz Mônaco da Silva, a proibição feriu de morte a atividade artística da atriz transgênera que interpreta o personagem bíblico Jesus Cristo. Pode-se até não concordar com o conteúdo da peça, mas isso não é motivo suficiente para alguém bater às portas do Judiciário para impedir a sua exibição. Basta não assistir ao espetáculo, ressaltou (BRASIL, VioMundo, 2017). Na decisão, o relator salientou ainda que a peça tem caráter ficcional e objetiva fomentar o debate sobre os transgêneros, sem ultrajar a fé cristã.

Com visto, a Constituição brasileira de 1988, sobretudo em seu artigo 5º, assegura diversos direitos e garantias fundamentais, como o direito à igualdade e à liberdade de expressão. Entretanto, ainda existem situações de violações, cuja mera invocação desses dispositivos não é capaz de solucionar as recorrentes violações de direitos humanos que afetam as minorias sexuais. Tal afirmação se justifica em razão da necessidade de compreender que a implementação efetiva do direito à igualdade de gênero e à liberdade de expressão passa pela reconstrução do processo histórico fundado na premissa de reconhecimento do outro como igual no que atine ao exercício dos direitos fundamentais previstos no plano constituinte e instituinte. A decisão do magistrado paulista de primeira instância reproduz as vozes das estruturas sociais de segregação e marginalidade sexual historicamente perpetrada contra a comunidade LGBTQI+, além de evidenciar com clareza o protagonismo e a discricionariedade judicial, fundada em parâmetros metrajurídicos utilizados para justificar supostamente a violação dos direitos fundamentais àqueles “ditos sujeitos” considerados inaptos ao gozo dos referidos direitos.

A falta de atuação do poder legislativo ou a dificuldade hermenêutica de se analisar a demanda dos grupos minoritários não pode servir de escudo protetor para que uma maioria dominante impeça determinados grupos de indivíduos de viverem dignamente. Não podem o judiciário, o Estado e a sociedade civil permitirem que a Constituição se torne um mero instrumento utilitarista a serviço de uma maioria dominante que reproduz as vozes de um discurso que exclui as minorias sexuais. Nesse sentido, evidentemente que a proibição do juízo de primeira instância de Jundiaí é um ato de transfobia. Ora, se Jesus é tido como imagem e semelhança de todo mundo, por que não o seria das pessoas trans? Diversas são as origens que tentam legitimar e explicar os discursos de ódio e incomensuráveis são os danos que estes podem causar, sobretudo em relação à comunidade LGBTQI+. Não se pode endossar a existência de discursos de ódio perpetrados pelo Estado ou por seus agentes, tampouco por uma maioria em face de uma minoria, visto que não se pode tolher o direito que os particulares possuem de se expressarem livremente no âmbito de sua sexualidade. O judiciário, assim como outras instituições, está vinculado ao princípio da supremacia das normas constitucionais frente às demais normas do ordenamento

jurídico – o que é imprescindível para o Estado Democrático de Direito, vez que constitui garantia da soberania popular e da cidadania. As normas infraconstitucionais não podem ser contrárias às regras e princípios adotados pela Constituição, a fim de coibir excessos e abusos de poder, bem como assegurar o respeito aos direitos constitucionais e ao regime político democrático adotado.

É importante ressaltar que a peça teatral censurada pelo juízo de Jundiáí-SP tem como objetivo desconstruir o preconceito histórico que marginaliza travestis e transexuais e faz do Brasil o país que mais mata membros dessa comunidade. Ao destacar a identidade travesti como elemento chave da dramaturgia e da encenação, o trabalho convida o espectador a refletir sobre a discriminação e a invisibilidade dos grupos socialmente marginalizados e a transformar o olhar por meio de mensagens de amor e perdão. Por meio da função contra majoritária, os direitos fundamentais servem justamente como uma proteção em face da vontade de uma maioria, o que significa dizer que eles existem para conter a maioria. E essa contenção ocorre quando a Constituição determina os meios para se evitar a imposição da dita vontade majoritária, principalmente quando a dogmatização da vontade majoritária é utilizada para segregar, excluir e marginalizar as minorias sexuais. Nesse sentido, os direitos humano-fundamentais devem proteger pluralmente não só a maioria dos cidadãos, mas todos os indivíduos, até aqueles que compõem grupos sociais minoritários, pois o objetivo do constitucionalismo é harmonizar esses ideais de democracia e de direitos fundamentais até um ponto de equilíbrio no qual repousa a dignidade da pessoa humana. Passemos à análise do segundo caso, ocorrido no Estados Unidos da América.

Em suma, refere-se a um confeitiro religioso que, por razões de sua crença, se negou a confeccionar o bolo de casamento de um casal homossexual. Levada a se manifestar, a Suprema Corte decidiu que a negação era lícita, em observância à primeira emenda e ao direito à liberdade de expressão e ao livre exercício da religião.

Masterpiece Cakeshop, Ltda., é uma padaria do Colorado de propriedade e operada por Jack Phillips, um padeiro especialista e cristão devoto. Em 2012 ele disse a um casal do mesmo sexo que ele não criaria um bolo para a festa de casamento por causa de sua oposição religiosa aos casamentos entre pessoas do mesmo sexo - casamentos que o Colorado não reconhecia -, mas que ele iria vendê-los outros produtos de panificação, por exemplo, bolos de aniversário. O casal registrou uma acusação com a Comissão de Direitos Civis do Colorado (Comissão) em conformidade com a Lei Anti-Discriminação do Colorado (CADA), que proíbe, como relevante aqui, a discriminação baseada na orientação sexual em um “local de negócios envolvido em qualquer venda ao público e qualquer lugar que ofereça serviços para o público”. De acordo com o sistema de revisão administrativa da CADA, a Divisão de Direitos Civis do Colorado primeiramente encontrou uma causa provável de violação e remeteu o caso à Comissão. A Comissão então submeteu o caso para uma audiência formal perante um Juiz de Direito Administrativo estadual (ALJ), que decidiu a favor do casal. Ao fazê-lo, o ALJ rejeitou a utilização da Primeira Emenda por Phillips: exigir que ele crie um bolo para um casamento do mesmo sexo violaria seu direito à liberdade de expressão, obrigando-o a exercer seus talentos artísticos para expressar uma mensagem com a qual ele discordou e violaria seu direito ao livre exercício da religião. Tanto a Comissão e o Tribunal de Apelações do Colorado afirmaram [o direito de Phillips]. (SUPREMA CORTE DOS EUA, 2017, p. 1, tradução nossa).

É importante consignar que o tribunal reverteu a decisão sobre a *Masterpiece* com base em questões exclusivas do caso, mas reafirmou sua antiga regra de que os estados devem prevenir danos da discriminação no mercado, inclusive contra pessoas LGBTQI+. Para o caso em tela, duas importantes previsões legais entram em choque: o direito à livre manifestação ou expressão religiosa e o dever de não discriminação em virtude de orientação sexual. Ao receber a negativa para a confecção do bolo, o casal homossexual se sentiu discriminado e afirmou uma intolerância por parte do confeitiro. Ocorre que a alegação de intolerância por parte do confeitiro pode ser analisada também em relação ao casal homossexual, que não soube respeitar a crença religiosa

de Phillips (o confeitiro). Assim, em vez de tratar da intolerância de ambas as partes, o parecer do Tribunal afirma que se deve buscar a tolerância entre ambas, visando à dignidade de todas.

O resultado de casos como este em outras circunstâncias deve aguardar uma maior elaboração nos tribunais, tudo no contexto de reconhecer que essas disputas devem ser resolvidas com tolerância, sem desrespeito indevido a crenças religiosas sinceras, e sem submeter pessoas gays a indignidades quando buscar bens e serviços em um mercado aberto, afirma o parecer. (VOGUE, 2018, s./p. tradução nossa).

Nesse sentido, a decisão do Tribunal se pautou em uma ponderação de valores e direitos, ao passo que buscou o equilíbrio entre as dignidades, tanto do casal gay, em não ser discriminado pela orientação sexual, quanto do confeitiro, em ser respeitado em sua crença religiosa. Nesse contexto de liberdades e de ponderação, a lei antidiscriminação foi interpretada para o caso concreto, de modo que se chegou à conclusão de que o devido dispositivo legal tão somente obriga o confeitiro a não discriminar um terceiro em razão de sua orientação sexual, mas não o força a apoiar um ato do qual discorda.

Mullins e Craig entraram com uma queixa junto à Comissão de Direitos Civis do Colorado, que decidiu em seu favor, citando uma lei estadual anti-discriminação. Phillips levou seu caso ao Tribunal de Apelações do Colorado, argumentando que exigir que ele fornecesse um bolo de casamento para o casal violou seu direito constitucional à liberdade de expressão e ao livre exercício da religião. O tribunal considerou que a lei anti-discriminação do Estado era neutra e geralmente aplicável e não obrigava a obra-prima de Phillips, Cakeshop, a "apoiar ou endossar qualquer visão religiosa particular". Ele simplesmente proibiu a Phillips de discriminar clientes em potencial por causa de sua orientação sexual. (VOGUE, 2018, s./p., tradução nossa).

Observa-se que o respeito de dois direitos, liberdade religiosa e não discriminação pela orientação sexual em um mesmo caso concreto, somente será possível com a utilização da técnica da ponderação e com a compreensão de que o não exercício pleno de um direito não implica necessariamente seu desrespeito. Na verdade, há uma sobreposição de direitos, de modo a preservar a dignidade de ambas as partes. Na perspectiva trazida pelo judiciário norte-americano, a dignidade do casal gay não foi em momento algum desrespeitada, mas para que o direito à liberdade religiosa também não o fosse, foi necessária a sobressalência desse segundo sobre o primeiro para o caso específico. Ou seja, a negação do confeitiro não teve relação direta com o casal em razão de sua orientação sexual, mas sim com a crença religiosa particular do profissional. Melhor dizendo, significa que o ato de negar contribuir para a cerimônia gay diz mais respeito aos valores do confeitiro – e, como ele iria lidar consigo mesmo, caso violasse tais valores – do que com o casal gay que solicitou a realização do serviço. Para a Suprema Corte, a atitude de negação não representa uma discriminação com o terceiro, mas sim seu respeito aos próprios valores, ainda que, de ricochete, o casal acabe sendo afetado. Nota-se, então, que o relevante, no caso concreto, foi a compreensão dos motivos do confeitiro ao se negar a fazer o bolo, para que então a ponderação dos direitos fosse feita de modo adequado.

Ao analisar o respectivo caso sob a perspectiva da constitucionalidade democrática brasileira, verifica-se que se trata de mais um caso de institucionalização do discurso heteronormativo de naturalização de premissas segregacionistas perpetradas contra a comunidade LGBTQI+. Tal afirmação se sustenta porque justificar a discriminação sexual a partir da máxima da “ponderação de valores” constitui um meio de mascarar o discurso de ódio sexual, tornando-o subliminar, obscurecendo o preconceito, além de legitimar a desigualdade em razão da orientação sexual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As estruturas sociais vigentes naturalizam historicamente o discurso de segregação sexual, fundadas no binarismo e na heteronormatividade compulsória, ressaltando-se que dogmas e proposições religiosas são frequentemente utilizados como parâmetro para legitimar a manutenção da desigualdade de pessoas em razão de sua orientação sexual. Harmonizar a aplicabilidade do direito fundamental à liberdade religiosa, frente ao livre exercício da orientação e da dignidade sexual de pessoas, exige alteridade como forma de reconhecimento da igualdade material, corolários do princípio da não discriminação.

O presente artigo objetivou verificar se é possível conceder legitimidade aos discursos de ódio decorrentes de questões religiosas em face de grupos ditos minoritários, especialmente por razões de orientação sexual. A Constituição brasileira de 1988, sobretudo em seu artigo 5º, assegura diversos direitos e garantias fundamentais, como o direito de igualdade e a liberdade de expressão. Entretanto, ainda existem situações de violações cuja mera invocação destes dispositivos não é capaz de solucionar as recorrentes ofensas aos direitos humanos que afetam as minorias sexuais. Tal afirmação se justifica em razão da necessidade de compreender que a implementação efetiva do direito à igualdade de gênero e à liberdade de expressão passa pela reconstrução do processo histórico fundado na premissa de reconhecimento do outro como igual no que atine ao exercício dos direitos fundamentais previstos no plano constituinte e instituinte.

A falta de atuação do poder legislativo ou a dificuldade hermenêutica de se analisar a demanda dos grupos minoritários não pode servir de escudo protetor para que uma maioria dominante impeça determinados grupos de indivíduos de viverem dignamente. Não podem o judiciário, o Estado e a sociedade civil permitirem que a Constituição se torne um mero instrumento utilitarista a serviço de uma maioria dominante, que reproduz as vozes de um discurso que exclui as minorias sexuais. Em relação aos discursos de ódio e a liberdade de expressão, entendeu-se que não seria recomendável a criação de uma legislação de oportunidade, haja vista que a abstração e subjetividades pertinentes ao tema podem ser resolvidas diante de uma interpretação racional e pormenorizada da estrutura estatal, além de que as soluções efetivas contra às discriminações negativas extrapolam a seara do direito ou até mesmo os limites da compreensão humana. Sistematizar uma legislação pautada em máximas generalizantes não resolverá a questão que envolve o discurso de ódio perpetrado contra a população LGBTQI+. É necessário reconstruir parâmetros hermenêuticos que conferem vozes a interpretação racional dos direitos fundamentais, pautados nas premissas da dignidade humana, igualdade e liberdade de expressão.

Diversas são as origens que tentam legitimar e explicar os discursos de ódio e inmensuráveis são os danos que estes podem causar, sobretudo em relação à comunidade LGBTQI+. Não se pode tolerar a existência de discursos de ódio perpetrados pelo Estado ou seus agentes, tampouco de uma maioria em face de uma minoria, visto que não se pode tolher o direito que os particulares possuem de se expressarem livremente no âmbito de sua sexualidade. Ainda que não seja possível encontrar um sentido único para a realidade social e o intérprete judicial possua certo grau de subjetividade na criação do entendimento jurídico, político e social, especialmente no tocante às normas constitucionais, não se pode olvidar que o constitucionalismo contemporâneo tem como característica fundamental o conteúdo aberto, com estabelecimento de princípios e diretrizes ao Estado, que, além de vincular o regime democrático, confere a ele um caráter antimajoritário. O judiciário, assim como os outros poderes, está vinculado ao princípio da supremacia das normas constitucionais frente às demais normas do ordenamento jurídico, o que é imprescindível para o Estado Democrático de Direito, vez que constitui garantia da soberania popular e de cidadania. As normas infraconstitucionais não podem ser contrárias às regras e princípios adotados pela Constituição, a fim de coibir excessos e abusos de poder, bem como assegurar o respeito aos direitos constitucionais e ao regime político democrático adotado.

Como contraponto a estas situações de violação, cabe ao judiciário interpretar os princípios constitucionais e formular as respostas constitucionalmente mais adequadas, a fim de se resguardar as características de um Estado democraticamente estabelecido. Tal proposta pode ser interpretada como uma variante dos discursos perpetrados pela maioria dominante, como uma forma de autoritarismo, só que, desta vez, em favor de uma minoria. Entretanto, este não parece ser este o caso, pois a violação dos direitos de grupos minoritários, como a comunidade LGBTQI+, ultrapassa não somente os direitos e garantias fundamentais, pois violam a essência que o direito visa assegurar, qual seja, a dignidade da pessoa humana, que é o valor máximo no qual se sustenta todo o ordenamento jurídico pátrio.

Os direitos e garantias fundamentais – e até mesmo a democracia brasileira – possuem um caráter contramajoritário. Violar tais direitos é conspurcar a essência, é ir na contramão da organização social estabelecida pela Constituição brasileira de 1988. Uma das funções dos direitos fundamentais e da própria democracia é servir justamente de freio aos anseios da denominada maioria democrática, o que pode parecer um tanto quanto paradoxal, já que a democracia comumente é tida como o direito da maioria. Por meio da função contra majoritária, os direitos fundamentais servem justamente como uma proteção em face da vontade de uma maioria, o que significa dizer que eles existem para conter a maioria. E essa contenção ocorre quando a Constituição determina os meios para se evitar a imposição da dita vontade majoritária, principalmente quando a dogmatização da vontade majoritária é utilizada para segregar, excluir e marginalizar as minorias sexuais. Nesse sentido, os direitos humano-fundamentais devem proteger pluralmente não só a maioria dos cidadãos, mas todos os indivíduos, até aqueles que compõem grupos sociais minoritários, pois o objetivo do constitucionalismo é harmonizar esses ideais de democracia e direitos fundamentais até um ponto de equilíbrio no qual repousa a dignidade da pessoa humana.

Por isso, conclui-se que tanto a decisão judicial que proibiu a apresentação da peça de teatro retratando Jesus Cristo na pessoa de uma mulher trans quanto a decisão da Suprema Corte autorizando um confeitiro a se recusar a fazer um bolo de casamento para um casal gay ilustram que se encontra institucionalizado o discurso de ódio entre muitos magistrados, que – utilizando argumentos metajurídicos, solipsistas e axiologizantes – fortalecem o protagonismo judicial e endossam o discurso binário-heteronormativo, que segrega e exclui pessoas em razão da orientação sexual.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BARBOSA, Rui. **Obras completas**. Rio de Janeiro: MEC/Casa de Rui Barbosa, 1940. 50 Tomos.
- BARBOSA, Rui **O Papa e o Concílio**. Rio de Janeiro: MEC, 1977.
- BARBOSA, Rui. **Queda do Império**. Diário de Notícias. Rio de Janeiro: MEC, 1947, Vol. 16, t. 1.
- BERNARDES, Cláudio Márcio; MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. O ensino domiciliar como expressão da liberdade religiosa no estado democrático de direito. **Universitas Jus**, Brasília, v. 27, n. 3, p. 145-155, 2016.
- BITTAR, Eduardo C. B. Reconhecimento e direito à diferença: teoria crítica, diversidade e a cultura dos direitos humanos. São Paulo: **Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de**

São Paulo. v. 104. Jan/dez 2009. 551-565p. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67869>. Acesso em: 01 maio 2019.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2018.

BORELLA, François. **Le Concept de Dignité de la Personne Humaine**. In: PEDROT, Philippe (Dir.). *Ethique Droit et Dignité de La Personae*. Paris: Economica, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: [s.n]. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 maio 2019.

BRASIL. **VioMundo**. Disponível em <https://www.viomundo.com.br/denuncias/censura-juiz-proibe-a-peca-evangelho-segundo-jesus-rainha-do-ceu-minutos-antes-de-comecar-no-sesc-jundiai.html>. Acesso em 01 dez. 2019.

BRASIL. TJ/SP. **Processo Digital n. 1016422-86.2017.8.26.0309**. Relator: Juiz de Direito Luiz Antônio de Campos Júnior.

BRASIL. **Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: DOU. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 31 maio 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CORRÊA, Sonia Onufer; MUNTARBHORN, Vitit. **Princípios de Yogyakarta**. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 30 set. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. Casos Difíceis. In: _____. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006a.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.

FARIAS, Camilo de Lélis Diniz de. A nova ordem constitucional e a tutela do direito à diferença. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 17, n. 1, p. 11-33, jan./abr. 2015. Quadrimestral. Disponível em: http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/718/641. Acesso em: 01 jun. 2019.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FELDMAN, David. **Human dignity as a legal value** – part I. [S.l.]: *Public Law*, 2000.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão**. Florianópolis: **Sequência**, n. 66, jul. 2013. p. 327-355. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n66/14.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HELLER, Agnes. **A condição política pós-moderna**. Tradução Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HOMER, Chris; WESTACOTT, Emrys. **O conceito de religião**. Disponível em: http://www.pensamentocritico.com/index.php?option=com_content&task=view&id=54&Itemid=29. Acesso em: 23 out. 2019.

JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre *et al.* **Direito à diferença**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2011.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos**. São Paulo, Aracati, 2011.

MARX, Karl. **Religião**. Disponível em: <http://br.geocities.com/fusaobr/religiao.html>. Acesso em: 28 out. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. **A Liberdade: Utilitarismo**. [Clássicos] Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MINHOTO, Antônio Celso Baeta *et al.* **Constituição, minorias e inclusão social**. São Paulo: Rideel, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito fundamental**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 9 ed. revista e atualizada. Coimbra: Coimbra, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9.^a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [S.l.: s.n]. 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 01 jul. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

PIOVESAN, Flávia; SILVA, Roberto B. Dias da. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008, 341-367p. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/6120552/igualdade-e-diferenca-flavia-piovesan-e-roberto-dias>. Acesso em: 01 maio 2019.

PRATES, Francisco de Castilho. **As fronteiras da liberdade de expressão no estado democrático de direito: o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais. 345p. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-A3XFBS/ppgdireito_franciscocastilhoprates_tesedoutorado.pdf?sequence=1. Acesso em: 01 maio 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REALE JÚNIOR. Limites à liberdade de expressão. **Revista Espaço Jurídico**, Florianópolis: v. 11, n. 2, p.; 374-401, jul./dez. 2010.

RIDOLA, Paolo. **A dignidade da pessoa humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia**. (Trad. Carlos Luiz Strapazzon). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ROSA, Leonardo Gomes Penteadó. **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo. 253p. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-20012015-163906/publico/dissertacao_leonardogomespenteadorosa.pdf. Acesso em: 01 maio 2019.

ROSENFELD, Michel. **Hate Speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis**. In: Cardozo Law School (Working Paper Series). [on line]. n. 41, ab. 2001. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=265939. Acesso em: 30 abr. 2019.

SANTOS, Boaventura de Souza; NUNES, João Arriscado. **Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade**. In: Reconhecer para Libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. Diversidade sexual, partidos políticos e eleições no Brasil contemporâneo. In: **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, n. 21, p. 147-186, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522016000300147&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 29 set. 2018.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech. **Revista de Direito do Estado (RDE)**, Rio de Janeiro: ano 1, n. 4, out./dez. 2006. p. 53-105

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 17. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade da norma constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIMAO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. A Fundamentalidade do Direito à Liberdade de Expressão: as justificativas instrumental e constitutiva para a inclusão no Catálogo dos Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal de 1988. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito** – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 12, n. 1, set. 2017. ISSN 2317-8558. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72978/43857>. Acesso em: 01 jun. 2019.

SMOLLA, Rodney A. **Free Speech in an open society**. New York: Vintage, 1992.

STERN, Klaus. **Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland**. Munique: **Allgemeine Lehren der Grundrechte**, 1989. v. III/1. *Supreme Court Of United States. Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al. V. Colorado Civil Rights Commission et al.* 2017. Disponível em: http://cdn.cnn.com/cnn/2018/images/06/04/16-111_j4e1.pdf . Acesso em 10 jun. 2019.

TÔRRES, F. C. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa** (RIL), Brasília, 50, n. 200, p. 61-80, out./dez. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf. Acesso em: 02 maio 2019.

WALDRON, Jeremy. **Boutique Faith**. **London review of books**. Chicago. 20, julho, 2006. Disponível em: <https://www.lrb.co.uk/v28/n14/jeremy-waldron/boutique-faith>. Acesso em: 30 jun. 2019.

Submetido em: 8 dez. 2019.

Aceito em: 17 maio 2021.

TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE SOBRE O IPTU VERDE NO MUNICÍPIO DE SALVADOR-BA

Maíra Correia Cavalcanti Dantas

Universidade Federal da Bahia (UFBA), Bahia
mairaccdantas@gmail.com

Tagore Trajano de Almeida Silva

Universidade Federal da Bahia (UFBA), Bahia
tagoretrajano@gmail.com

RESUMO: O Programa de Certificação Sustentável IPTU Verde implementado no município de Salvador – BA pelo Decreto nº 29.100/2017 concede descontos no imposto aos empreendimentos imobiliários que adotarem as medidas de sustentabilidade previstas. O trabalho busca responder ao seguinte problema: o incentivo fiscal ambiental IPTU Verde de Salvador –BA é um estímulo eficaz ao surgimento de empreendimentos sustentáveis na cidade? Para tanto, foi desenvolvida uma pesquisa do tipo bibliográfica, abordagem do tema a partir de referenciais teóricos, aliada à aplicação da metodologia descritiva com a realização de questionários locais. Serão abordadas as questões relativas à dimensão extrafiscal da tributação ambiental e os incentivos fiscais ambientais, seus fundamentos e atuação como indutores de condutas positivas nos contribuintes, apresentando também os limites constitucionais à sua concessão. Por fim, o trabalho concluiu que o benefício fiscal IPTU Verde tem sua abrangência restrita a alguns poucos empreendimentos já certificados no município, portanto, ainda não pode ser considerado uma solução urbana eficaz voltada à sustentabilidade e à proteção ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: IPTU Verde. Extrafiscalidade. Incentivos fiscais ambientais. Sustentabilidade.

Environmental taxes: An analysis of the green municipal property tax in Salvador-BA

ABSTRACT: The Sustainable Certification Program implemented in the city of Salvador - BA by Decree No. 29.100/2017 grants tax rebates to real estate projects that adopt sustainability measures. The work intend to answer the following question: Is the environmental tax break, known as the green municipal property tax, implemented in Salvador –BA an effective way to encourage sustainable constructions in the city? Therefore, a bibliographic research was developed, approaching the theme from theoretical references, allied to the application of local questionnaires. It will also be adressed issues related to the non-fiscal purposes taxation of the environmental taxes, environmental tax breaks, their constitucional bases as well as their role to encourage positive behavior in taxpayers. Finally, the study concludes that the green property tax benefit and its Program are limited to a few certified buildings in the city, so it cannot yet be considered an effective urban solution to achieve sustainable and environmental goals.

KEYWORDS: Green municipal property tax. Non-fiscal purpose taxation. Environmental tax breaks. Sustainability.

INTRODUÇÃO

Pesquisas apontam que no Brasil a construção civil é uma das atividades humanas que causam mais impactos negativos ao meio ambiente. Foi com o objetivo de alterar esta realidade que alguns municípios do País instituíram o incentivo fiscal ambiental IPTU Verde. A partir da concessão de isenções e descontos no valor a ser pago pelo imposto sobre a propriedade urbana, o poder local busca incentivar os empreendimentos a desenvolverem ações voltadas à preservação ambiental e à utilização de tecnologias verdes nas edificações.

O Programa de Certificação Sustentável IPTU Verde desenvolvido no município de Salvador-BA é inédito no País, tendo obtido reconhecimento internacional na Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas de 2015 (COP 21). O incentivo fiscal IPTU Verde foi implementado no Município no ano de 2015 e, atualmente, é regulamentado pelo Decreto Municipal nº 29.100/2017.

O presente artigo pretende responder ao seguinte problema: O incentivo fiscal ambiental IPTU Verde de Salvador –BA é um estímulo eficaz ao surgimento de empreendimentos sustentáveis na cidade? Para tanto, foi desenvolvida uma pesquisa do tipo bibliográfica, com a análise do tema a partir de referenciais teóricos pré-existentes, ademais, foi utilizada a metodologia descritiva, com a aplicação de questionários direcionados aos órgãos municipais responsáveis pela implementação do IPTU Verde e aos empreendimentos contemplados pelo benefício. Também serão abordadas as questões relativas à extrafiscalidade da tributação com viés ambiental e aos incentivos fiscais ambientais.

No primeiro momento, será apresentada a dimensão extrafiscal dos tributos, com ênfase nos incentivos fiscais e as vantagens de sua utilização como instrumento de proteção ambiental. Em complemento, serão analisadas as limitações constitucionais ao poder do ente público para conceder incentivos fiscais na área ambiental. Após, segue-se à análise do incentivo fiscal IPTU Verde e sua implementação em alguns municípios do País.

A última parte do trabalho trata sobre o Programa de Certificação Sustentável IPTU Verde de Salvador-BA, o contexto em que foi criado, a legislação municipal aplicável e os critérios subjetivos e objetivos para participação no Programa. Por fim, foram apresentados os resultados da implementação do benefício fiscal no município e uma análise crítica acerca da sua eficácia e das limitações constitucionais ao poder do ente municipal para concedê-lo.

1. EXTRAFISCALIDADE E A PROTEÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL

A doutrina tradicional esclarece que, do ponto de vista da ciência das finanças, é possível classificar o tributo de diversas formas, dentre as quais Hugo de Brito Machado¹ evidencia a classificação quanto aos efeitos dos tributos em fiscais, extrafiscais e parafiscais. Os tributos fiscais são aqueles cujo fim principal é arrecadar fundos para o Estado. Por outro lado, a tributação extrafiscal tem como objetivo a intervenção do Estado na economia e em outras áreas de interesse através da indução de comportamentos nos contribuintes, deixando a arrecadação em segundo plano. Os tributos parafiscais têm como objetivo o custeio de atividades que não integram funções próprias do Estado, mas que são por ele desenvolvidas através de entidades específicas, a exemplo das contribuições profissionais.

¹ MACHADO, H. de B. *Curso de Direito Tributário*. 38. ed. ver. e atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2017. p. 68

Segundo Geraldo Ataliba², a extrafiscalidade tem como fundamento o uso de instrumentos tributários para a consecução de fins diversos da mera arrecadação, como estimulantes, indutores e coibidores de comportamento, de forma a realizar outros valores constitucionalmente consagrados. Hugo de Brito Machado³ evidencia que o uso da tributação em seu aspecto extrafiscal é um produto do estado intervencionista moderno, tanto é que a Constituição Federal de 1988 (CFRB/88) instituiu no Brasil a estrutura de um Estado Social que exige a intervenção do Estado na economia para atender aos interesses sociais, econômicos e ambientais.

A tutela constitucional do meio ambiente foi introduzida pela Constituição Federal de 1988, que em seu art. 225, *caput*, reconhece o Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e reitera que todos têm o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. O texto constitucional estabelece, também, como um dos princípios da ordem econômica, art. 170, VI, a defesa do meio ambiente e autoriza a concessão de tratamento diferenciado aos produtos, serviços e aos seus processos de elaboração, segundo o nível de impacto ambiental.

Assim, os tributos ambientais servem como instrumento para promoção da tutela constitucional do meio ambiente. Santos, Sellman e Vasques⁴ ressaltam a importância da atuação do Estado que tributa em defesa do meio ambiente e reconhecem que, neste campo específico, utiliza-se a tributação em seu viés extrafiscal com o objetivo de estimular práticas sustentáveis e desestimular condutas que gerem danos ao meio ambiente.

A tributação ambiental também encontra respaldo no Princípio do Poluidor-Pagador, princípio de direito internacional ambiental previsto no art. 4º, VII, da Lei nº 6.938/1981, e eleito como um dos Princípios da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento⁵. Luís Eduardo Schoueri⁶ resume o princípio do poluidor-pagador como a ideia de que aquele que causa danos ao meio ambiente deve suportar os custos econômicos da sua recuperação e as perdas sofridas pela coletividade.

Por sua vez, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida⁷ reconhece que o princípio do poluidor-pagador possui uma concepção mais alargada e abrange também a prevenção do dano ambiental. Considerando o duplo caráter do instituto, repressivo e preventivo, os instrumentos tributários poderão ser utilizados tanto de modo a onerar os agentes poluidores, com a instituição e a graduação dos tributos que incidem sobre a atividade, como promovendo a desoneração dos sujeitos passivos que não se enquadrem como poluidores, através da concessão de incentivos e benefícios fiscais⁸.

Portanto, é no campo da extrafiscalidade que o legislador tributário encontra espaço para estimular e desestimular condutas em prol da proteção do meio ambiente através da imposição de uma carga tributária progressiva ou regressiva sobre o contribuinte.

² ATALIBA, G. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 233

³ MACHADO, H. de B. *Op. cit.* p. 69.

⁴ VASQUES, D. F., SANTOS, L. C. F., SELLMAN, M. Z. *Op. cit.*, p. 39

⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento**, Rio de Janeiro, RJ, 1992. Disponível em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Developolvimento.pdf Acesso em: 15 out. 2019.

⁶ SCHOUERI, L. E. Normas tributárias indutoras em matéria ambiental. In: TÔRRES, H. T. (org). **Direito tributário ambiental**. São Paulo, SP: Malheiros, 2005. p. 236 - 237

⁷ YOSHIDA, C. Y. M. Ênfase na prevenção. A utilização econômica dos bens ambientais e suas implicações. In: TÔRRES, H. T. (org). **Direito tributário ambiental**. São Paulo, SP: Malheiros, 2005. p. 544

⁸ PINTO, K. A. V. S. *Op cit.* p. 128

2. OS INCENTIVOS FISCAIS COMO ESTÍMULO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

O Estado poderá atuar em defesa do meio ambiente de modo a estimular atividades não agressoras através da premiação dos agentes econômicos ou, de maneira coativa, impondo aos agentes poluidores sanções administrativas e criminais, obrigações de fazer e não fazer, bem como tributando suas atividades com o objetivo de atender aos interesses ambientais⁹.

Regina Helena Costa¹⁰ reconhece que, em matéria ambiental, o Brasil tradicionalmente adota o sistema de “comando e controle”, em que incumbe ao legislador editar normas dirigidas aos particulares, instando-os a adotar comportamentos positivos em prol do meio ambiente, ao tempo em que a Administração fiscaliza seu cumprimento ao exercer o poder de polícia administrativa. No entanto, conforme mencionado pela autora, a manutenção da infraestrutura do sistema tradicional e a sua fiscalização, implicam em custos elevados para o Estado, que poderiam ser reduzidos através da adoção concomitante de um sistema de tributação ambiental.

Os tributos estão dentre os instrumentos econômicos da política ambiental internacional estabelecidos pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) no relatório “*Working Party on Economic and environmental Policy Integration*” de 1999. Isto demonstra que a política ambiental faz uso tanto de instrumentos econômicos quanto de mecanismos de regulação direta, como proibições e sanções, para a consecução dos seus objetivos¹¹.

Para Keziah Alessandra Viana da Silva Pinto¹², o incentivo fiscal é um dos mais importantes instrumentos fiscais de intervenção na economia utilizados pelo Estado, especialmente no campo ambiental, pois atuam como um estímulo direto ao contribuinte para a adoção de comportamentos ambientalmente positivos. A autora reconhece, também, que a instituição de incentivos e benefícios fiscais com finalidade ambiental tem respaldo no texto constitucional.

A Constituição Federal em seu art. 170, VI, autoriza o tratamento tributário diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços, de seus processos de elaboração e prestação. Em adendo, a Lei Federal nº 6.938/81, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, prevê como um dos seus instrumentos, art. 9º, inciso V, os “incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental”¹³.

Segundo Geraldo Ataliba e J.A. Lima Gonçalves¹⁴, os incentivos fiscais atuam como uma espécie de “alívio” da carga tributária concedido por lei aos contribuintes, com o propósito de estimular a adoção de boas condutas, ao tempo em que desestimulam condutas negativas para o desenvolvimento do País. São considerados incentivos fiscais as isenções, remissões, anistia, moratória, redução de alíquotas e deduções na base de cálculo, manutenção de créditos, e, até mesmo, a redução do tributo devido, pagando-se apenas parte dele.

⁹ *Ibid, loc. cit.*

¹⁰ COSTA, R. H. *Op. cit.*, p. 322

¹¹ MOLINA, P. M. H., VASCO, D. C. Marco conceptual, constitucional y comunitario de la fiscalidad ecológica. In: TÓRRES, H. T. (org). **Direito tributário ambiental**. São Paulo, SP: Malheiros, 2005. p. 158 – 16

¹² PINTO, K. A. V. S. *Op cit.* p. 340 e 341

¹³ YOSHIDA, C. Y. M. *Op. cit.* p. 534 - 535

¹⁴ ATALIBA, G., GONÇALVES, J. A. L. Crédito-prêmio de IPI – Direito adquirido – Recebimento em dinheiro. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 55, p. 162 – 179, jan./mar.1991. p. 166 - 167

Helena Taveira Tôres¹⁵ diz que na área ambiental, para além da pretensão de criar impostos, é importante que o Estado adote medidas que vinculem os direitos às subvenções ou isenções ao cumprimento da legislação ambiental. O dever de proteção do meio ambiente poderia servir, portanto, como determinante negativo do exercício da competência, sendo motivo para justificar a política fiscal de desoneração da carga tributária em prol de certas categorias.

Alejandro C. Altamirano¹⁶ ao tratar sobre as vantagens da criação de incentivos fiscais com finalidade ambiental, qualifica-os como um instrumento efetivo de controle da poluição, uma vez que é o contribuinte quem vai avaliar a conveniência de se adequar à norma que concede o incentivo, segundo seus objetivos comerciais. Para o autor, uma política tributária que utiliza instrumentos econômicos em prol da preservação do meio ambiente deve privilegiar os estímulos tributários e incentivos econômicos, ao invés de aplicar taxas e impostos, visto que o seu uso estimula a otimização do impacto ambiental, além do que são medidas menos onerosas para o Estado, quando comparados aos gastos para corrigir a degradação posterior¹⁷.

O Estado poderá fazer uso dos incentivos fiscais para estimular a produção e a comercialização de produtos sustentáveis, em contraponto à atuação coercitiva. Para Heron José de Santana Gordilho¹⁸, uma das principais vantagens dos incentivos fiscais está em seu caráter preventivo, que, ao contrário da política repressiva, vão atuar antes da ocorrência do dano ambiental. O autor entende também que o caráter não-coativo destes instrumentos propicia a produção e a comercialização de produtos sustentáveis pelos agentes econômicos.

Os incentivos fiscais, como um instrumento tributário de caráter extrafiscal, apresentam-se como um dos meios utilizados pelo Estado para induzir os particulares a adotarem condutas ambientalmente direcionadas, em complemento à instituição e majoração dos tributos.

2.1. Os limites constitucionais ao poder de tributar aplicados aos incentivos fiscais ambientais

Ao tratar dos incentivos e benefícios fiscais ambientais, é de suma importância ater-se à questão dos limites à sua concessão, sob pena de o instituto converter-se em um verdadeiro favor fiscal prestado a alguns poucos agentes econômicos, sem uma contrapartida ambiental relevante. Para José Souto Maior Borges¹⁹, a antinomia das isenções com um regime de favorecimento fiscal está no fato de que o regime legal-ordinário da tributação deverá ser compatível com os preceitos constitucionais.

Aliomar Baleeiro²⁰ refere-se ao tema sob o título das “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”. Os princípios limitadores do poder de tributar submetem o legislador ordinário à critérios formais e materiais de observância obrigatória e, de forma inversa, também vinculam o legislador na concessão de isenções; o que José Souto Maior Borges denomina “Limitações Constitucionais ao Poder de Isentar”²¹.

¹⁵ TÔRRES, H. T. *Op. cit.* p. 110

¹⁶ ALTAMIRANO, A. C. El derecho tributario ante la constitucionalización del derecho a un medio ambiente sano. In: TÔRRES, H. T. (org). **Direito tributário ambiental**. São Paulo, SP: Malheiros, 2005. p. 445 – 526. p. 324

¹⁷ *Ibid.*, p. 80

¹⁸ SANTANA, H. J. de. Justiça fiscal e extrafiscal nos tributos ambientais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA/ Faculdade de Direito**, Salvador: EDUFBA, n. 11, p. 37 – 56, jan./dez. 2004. p. 39

¹⁹ BORGES, J. S. M. **Isenções tributárias**. 2. ed. São Paulo, SP: Sugestões literárias S/A, 1980. p. 59

²⁰ BALEEIRO, A. *Op. cit.* p. 12

²¹ BORGES, J. S. M. *Op. cit.* p. 21 - 37

A Constituição Federal ao estabelecer um regime severo de limitações ao poder de tributar, reveste o instituto da segurança jurídica necessária para torná-lo mais atrativo aos particulares. Geraldo Ataliba e J.A Lima Gonçalves²² observam que as pessoas e as empresas respondem afirmativamente aos apelos governamentais formulados a partir dos incentivos fiscais, desde que tenham a garantia de que tais incentivos, estabelecidos por lei, serão por ela mantidos, e devem estar seguros de que serão respeitados pela administração, sob pena de a lei incentivadora ter sua eficácia comprometida.

Renata Figueirêdo Brandão²³ aponta que, para além dos limites impostos pela Constituição ao poder de tributar, como as regras de competência, a legalidade e a igualdade, também deverão ser levados em conta os efeitos decorrentes da concessão destes incentivos, como a renúncia de receita pelo Estado. Com o advento da Lei Complementar nº 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, passa a ser obrigatório que a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, demonstrem que o montante renunciado em razão da concessão de incentivos e benefícios fiscais foi considerado na estimativa de receita da Lei Orçamentária e que não comprometerá as metas de resultados fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

2.1.1. Competência

A competência tributária é o poder de instituir e cobrar tributos atribuído pela Constituição Federal à União, Estados, Municípios e Distrito Federal. A competência tributária representa, simultaneamente, uma autorização e uma limitação constitucional ao exercício do poder de tributar. Ao deixar de tributar determinados contribuintes ou tributando-os apenas em parte, o ente público se abstém do exercício da competência tributária, daí a ideia de que o poder de isentar corresponde ao poder de tributar ao inverso²⁴.

Assim, para que sejam concedidos incentivos fiscais aos particulares, o Ente Público deverá seguir as mesmas regras de competência impostas pela Constituição para a instituição dos tributos. Em relação aos incentivos fiscais aplicados à área ambiental, deverá ser observado se o Ente Público detém competência legislativa tributária para conceder o benefício no âmbito do tributo escolhido e se possui competência material para tratar sobre a questão de fato sobre a qual incide a desoneração.

Luís Eduardo Schoueri²⁵ ressalta que, do ponto de vista da fiscalidade, a competência tributária é estabelecida pelos art. 153 a 156 da Constituição, porém, quando se reconhece na norma uma função indutora, extrafiscalidade, deverá ser investigado se a intervenção sobre o Domínio Econômico não extrapola a competência material do ente tributante.

Em relação à competência material, a Constituição em seu art. 23, incisos VI e VII, estabelece a competência comum de todos os entes públicos para proteção do meio ambiente, combate à poluição, preservação de florestas etc. Ademais, o texto constitucional determina que compete à União, Estados, Municípios e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição”, art. 24, IV, CFRB/88.

²² ATALIBA, G., GONÇALVES, J. A. L. *Op. cit.* p. 169

²³ BRANDÃO, R. F. *Op. cit.* p. 136 - 171

²⁴ BORGES, J. S. M. *Op. cit.* p. 19 - 21

²⁵ SCHOUERI, L. E. *Op. cit.* p. 251 - 252

Portanto, a análise da constitucionalidade dos incentivos e benefícios fiscais com finalidade ambiental perpassa pela questão da competência do Ente Público para promover a desoneração, devendo ocorrer uma interseção entre a competência tributária e a competência material da Pessoa Jurídica de Direito Público para dispor sobre o tema.

2.1.2. Princípio da legalidade

O Princípio da Legalidade atua como uma das mais importantes limitações ao poder de estabelecer tributos, previsto no art. 150, I da Constituição Federal. Também o art. 97 do Código Tributário Nacional (CTN) determina que na lei deverá constar todos os elementos necessários para a identificação do fato gerador da obrigação tributária e para a determinação do valor a ser pago pelo tributo.

A legalidade possui um duplo aspecto, formal e material. Para Misabel Abreu Machado Derzi²⁶, a legalidade formal determina que apenas a lei, como ato próprio emanado do Poder Legislativo, poderá criar ou majorar o tributo. A legalidade material, por sua vez, estabelece que a lei deverá conceituar os tributos de forma específica, com a previsão dos seus aspectos substanciais.

A Emenda Constitucional nº 03 de 1993, que alterou o §6º do art. 150 da CFRB/88, estendeu o princípio da legalidade à concessão de quaisquer subsídios e causas extintivas ou excludentes do crédito tributário, assim, apenas a lei poderá conceder exonerações e outros benefícios redutores, extintivos ou excludentes do crédito tributário. Ademais, os incentivos e benefícios fiscais deverão ser concedidos em caráter temporário, sendo que a lei deverá definir com precisão as condições, a extensões e os limites quantitativos do seu alcance²⁷.

Também, Misabel Abreu Machado Derzi²⁸ salienta que a legalidade estrita exige que a lei tipifique os fatos jurídicos e seus efeitos e, sempre que possível, limite a imprecisão conceitual, razão pela qual, no Direito Tributário, os conceitos fechados são empregados com maior frequência. Porém, o legislador poderá optar pela formulação de ordens de estrutura flexível, em lugar da utilização de conceitos fechados, a depender do campo jurídico no qual está situado o tema.

Ademais, Luiz Eduardo Schoueri²⁹, ao tratar sobre o Princípio da Legalidade Tributária aplicado ao campo do Direito Tributário Ambiental, pontua que, nesta área, o uso de conceitos indeterminados é a regra e não uma exceção. A inserção de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados termina por atribuir flexibilidade à norma, tornando-a mais adaptável aos avanços sociais e tecnológicos, o que justifica sua utilização pelo Direito Tributário Ambiental.

Em remate, apenas a lei em sentido estrito poderá conceder, por prazo determinado, incentivos e benefícios fiscais, por força dos art. 150, I e §6º da CFRB/88. A lei também deverá prever as condições para a concessão destes incentivos, podendo se utilizar de conceitos indeterminados para tanto, a depender das especificidades de cada área do direito.

²⁶ BALEEIRO, A. *Op. cit.*, p. 73

²⁷ BALEEIRO, A. *Op. cit.* p. 101

²⁸ BALEEIRO, A. *Op. cit.* p. 137

²⁹ SCHOUERI, L. E. *Op. cit.* p. 243

2.1.3. Princípio da igualdade e princípio da capacidade contributiva

A Constituição Federal de 1988 situa o Princípio da Igualdade ou Princípio da Isonomia fiscal, em seu art. 150, II, no rol das limitações constitucionais ao poder de tributar. O Princípio da Igualdade Tributária decorre do Princípio mais amplo, da Igualdade de Todos Perante a Lei, art. 5º, caput, da CFRB/88.

Aliomar Baleeiro³⁰ ressalta que, em razão do Princípio da Igualdade, não é possível reservar tratamento fiscal diverso aos indivíduos que se encontrem nas mesmas condições, não sendo toleráveis discriminações e isenções que não correspondam a critérios razoáveis e compatíveis com a Constituição. A fonte principal dos critérios discriminatórios é o Princípio da Capacidade Contributiva, o qual recomenda a graduação do imposto segundo a capacidade econômica do contribuinte. Fora dessa regra geral, o autor reconhece que a igualdade ainda cede diante do emprego dos tributos para fins extrafiscais ou de poder de polícia.

Segundo Misabel Abreu Machado Derzi³¹, nas isenções e demais benefícios fiscais, a capacidade contributiva é posta de lado, de forma total ou parcial, uma vez que tais desonerações são direcionadas, geralmente, às pessoas de maior capacidade econômica. Para o autor, os contribuintes favorecidos com tais benefícios são tratados de forma especial, porque apresentam uma maior aptidão para a concretizar os planos governamentais ou mesmo por mérito.

Porém, a medida da igualdade não se esgota no Princípio da Capacidade Contributiva, sendo este apenas um, dentre os diversos fatores de discriminação previstos na Constituição, a exemplo da Essencialidade e dos princípios da Função Social da Propriedade e da Proteção ao Meio Ambiente. No entanto, é importante observar que os critérios de discriminação adotados pela norma não poderão ser arbitrários, motivo pelo qual todo tratamento discriminatório deve ser submetido ao exame da proporcionalidade e da razoabilidade³².

No âmbito dos incentivos fiscais ambientais, o sacrifício do Princípio da Capacidade Contributiva deverá passar pelo crivo da proporcionalidade, os tributos ou elementos tributários ambientais deverão ser adequados para alcançar seus objetivos; necessidade ou lesão mínima, se não existem outras medidas igualmente eficazes para a proteção ambiental; proporcionalidade em sentido estrito, ponderação entre os benefícios ambientais e a lesão sofrida pelo Princípio da Capacidade Contributiva³³.

Portanto, a concessão de incentivos fiscais a algumas classes de contribuintes sofre limitações pelo Princípio da Isonomia Fiscal, o que garante que estes instrumentos estejam de fato direcionados à realização dos interesses constitucionais, evitando a concessão de incentivos fiscais na forma de privilégios aos agentes econômicos.

2.2. O IPTU verde

O Princípio da Função Social da Propriedade possui uma dimensão ambiental, com base no art. 170, III e VI, da Constituição, que situa os princípios da Função Social da Propriedade e da Defesa do Meio Ambiente no rol dos princípios da ordem econômica de observância obrigatória para a exploração da propriedade. Este é o entendimento de autores como Luciano Costa

³⁰ BALEEIRO, A. *Op. cit.*, p. 520

³¹ BALEEIRO, A. *Op. cit.*, p. 548

³² SCHOUERI, L. E. *Op. Cit.*, p. 246 -248

³³ TABOADA, C. P. El principio “quien contamina paga” y el principio de capacidad económica. In: TÔRRES, H. T. (org). **Direito tributário ambiental**. São Paulo, SP: Malheiros, 2005. p. 79 - 95. p. 83 - 84

Miguel e Lucas Azevedo de Lima³⁴, os quais também reconhecem que o Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, art. 225 da Carta Magna, consiste em um direito social fundamental inserido no Título VIII da Constituição, que trata sobre a ordem social, motivo pelo qual os ambientalistas se referem ao Princípio da Função Socioambiental da Propriedade.

Ademais, o Estatuto da Cidade, Lei Federal nº 10.257/2001, a norma mais importante em assuntos urbanísticos, em seu art. 1º, Parágrafo único, estabelece as diretrizes gerais para o desenvolvimento das cidades, dentre as quais está a regulamentação do uso da propriedade urbana em prol do equilíbrio ambiental. Em seu art. 2º, inciso I, o Estatuto traz a garantia do Direito às Cidades Sustentáveis como uma das diretrizes gerais da política urbana, em complemento, o art. 4º, inciso IV, alínea a) e c), qualifica o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e os incentivos e benefícios fiscais como instrumentos tributários e financeiros a serem utilizados para a concretização da política urbana.

Nesta linha, Regina Helena Costa³⁵ reconhece que o IPTU, em seu viés extrafiscal, poderá ser utilizado pelos municípios com o fim de promover o adequado aproveitamento do solo urbano, em atenção à função socioambiental da propriedade, atuando como um importante instrumento na garantia da preservação do meio ambiente.

Tânia Cristina Azevedo³⁶ reconhece que os municípios brasileiros, no intuito de estimular o modelo sustentável, criaram leis que possibilitam a redução do IPTU quando o proprietário de imóvel urbano adotar práticas sustentáveis. A autora pontua que tal benefício recebeu denominações como “IPTU VERDE” ou “Ecológico”, “IPTU AMBIENTAL” e “IPTU SUSTENTÁVEL”, sendo certo que todas essas nomenclaturas dão ênfase à função socioambiental do imposto, que pressupõe o estímulo à adoção de condutas ambientalmente orientadas.

Neste sentido, Gisane Tourinho Dantas³⁷ aponta que o IPTU Verde, enquanto sanção premial, oportunizará a concessão de alíquotas reduzidas, descontos e isenções para os contribuintes que executarem alguma ação considerada ambientalmente relevante pela legislação municipal. No Brasil, até o ano de 2016, 16 municípios já contavam com alguma legislação referente ao IPTU Verde³⁸, dentre os quais se destacam os municípios de Guarulhos (SP), Curitiba (PR) e Salvador (BA), este último a ser tratado em capítulo próprio.

O Município de Curitiba (PR), por meio da Lei Municipal nº 9.806/2000, art. 10º, concede isenção ou dedução proporcional da base de cálculo do IPTU para proprietários ou possuidores de terrenos que possuam área verde com bosques nativos, pinheiros isolados ou árvores de grande volume de copada.

A Lei Municipal nº 6.793/2010 do Município de Guarulhos (SP), em seu art. 61 determina a concessão de descontos de até 20% no valor anual a ser pago pelo IPTU pelos imóveis edificados que adotem uma ou mais das medidas elencadas no artigo, dentre as quais está a arborização dos terrenos, a adoção sistemas de captação de água da chuva, reuso da água, utilização de

³⁴ MIGUEL, L. C., LIMA, L. A. de. A função socioambiental do IPTU e do ITR. **Cadernos de Direito**, São Paulo, SP: Universidade Metodista de Piracicaba, v. 12, n. 23, p. 193 – 2014, jul./dez. 2012. p. 202 - 203

³⁵ COSTA, R. H. *Op. cit.*, pág. 327

³⁶ AZEVEDO, T. C. **Tributação municipal como incentivo ao desenvolvimento sustentável nas cidades: O caso do IPTU VERDE no município de Salvador**. 2017. 299 f. Tese (Doutorado em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social) – Universidade Católica do Salvador, Bahia, 2017. p. 153

³⁷ DANTAS, G. T. O IPTU Verde como instrumento de efetividade da função socioambiental da propriedade privada urbana. 2014. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2014. p. 87

³⁸ AZEVEDO, T. C. *Op. cit.*, p. 159

energias renováveis, dentre outras. O art. 62 da mencionada lei municipal determina, ainda, isenção do IPTU para áreas de preservação permanente situadas em meio urbano.

3. O IPTU VERDE E SUA IMPLEMENTAÇÃO NO MUNICÍPIO DE SALVADOR-BA

O Programa de Certificação Sustentável IPTU Verde, adotado pelo município de Salvador-BA, segue uma tendência mundial de incorporação dos conceitos de “Construção Sustentável” e “Edificação Verde” do mercado da construção civil, uma das atividades que causam maior impacto ao meio ambiente.

Patricia Martins Torres de Macedo³⁹ faz referência a uma pesquisa realizada pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil de São Paulo (SindusCon-SP) em parceria com a Fundação Getúlio Vargas (FGV), que concluiu que o setor da construção civil no Brasil consome cerca de 75% de tudo que é extraído do meio ambiente. Ademais, dentre todas as atividades produtivas, o setor é o maior gerador de resíduos/entulho. Quanto ao consumo de energia, no Brasil cerca de 44% de toda a energia elétrica produzida é consumida pelos edifícios, desde a etapa pré-operacional, de construção, até a etapa de ocupação, manutenção e demolição.

Neste contexto, surge o conceito de “Empreendimento Sustentável”, empreendimento que incorpora práticas de projeto, construção e operação que reduzam significativamente ou até eliminam, o impacto negativo causado ao meio-ambiente e aos usuários⁴⁰. Os primeiros sistemas de avaliação de desempenho ambiental de edifícios surgiram na Europa, Estados Unidos e Canadá na década de 90, motivados pelas metas ambientais apresentadas pela ECO-92 e pela “*Agenda 21 on Sustainable Construction*”⁴¹.

Dentre os sistemas de certificação ambiental internacional, se destacam o sistema britânico *Building Research Establishment Environmental Assessment Method* (BREEAM), o americano *Leadership in Energy and Environmental Design* (LEED) e o *Hauté Qualité Environnementale* (HQE). Sobre o tema, Tânia Cristina Azevedo⁴² observa que no Brasil existem esforços para adequar os sistemas de certificação internacional à realidade do país, a exemplo da versão brasileira do LEED, adaptado pelo *Green Building Council Brasil*, e do HQE que recebeu a nomenclatura de Alta Qualidade Ambiental (ACQUA HQE). Ainda no âmbito nacional, se destacam os brasileiros Selo Procel Edifica da Eletrobrás e Casa Azul da Caixa Econômica Federal.

Em entrevista realizada com o Secretário da Secretária de Sustentabilidade, Inovação e Resiliência de Salvador - Secis, André Fraga, o secretário reconhece que para a criação do Programa de Certificação Sustentável IPTU Verde de Salvador-BA, o município se baseou nos sistemas de certificação ambiental QUALIVERDE, adotado pelo município do Rio de Janeiro-RJ, e o BH SUSTENTÁVEL, adotado pelo município de Belo Horizonte-MG, selos de sustentabilidade para construção (informação verbal)⁴³.

³⁹ MACEDO, P. M. T. de. **Avaliação de sustentabilidade em edifícios**: Um estudo de indicadores de água e energia na unidade da FIOCRUZ Pernambuco. 2011. 146 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil) – Programa de Pós-Graduação em Engenharia Civil, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011. p. 33 -34.

⁴⁰ MACEDO, P. M. T. *Op. cit.* p. 23 - 24

⁴¹ AZEVEDO, T. C. *Op. cit.*, p. 85 -86

⁴² *Ibid*, p. 89

⁴³ Informação fornecida por André Fraga em entrevista realizada na sede da Secis, em Salvador-BA, em 10 de setembro de 2019.

A autora Tânia Cristina Azevedo⁴⁴ afirma que o modelo do benefício verde adotado pelo Programa Certificação Sustentável IPTU Verde de Salvador -BA foi inspirado na metodologia adotada pelo LEED. Inclusive, a legislação que concede o incentivo admite que as edificações que já possuam as certificações ambientais Procel, LEED, ACQUA HQE e Selo Casa Azul/Caixa, participem do programa.

O benefício verde foi instituído no município de Salvador-BA no ano de 2013, ano em que foram realizadas diversas alterações no Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador-BA (CTRMS), especialmente, no âmbito do IPTU, com a atualização do Cadastro Imobiliário do Município para adequá-lo à nova Planta Genérica de Valores (PGV), o que resultou no aumento da arrecadação do imposto nos anos subsequentes. No ensejo deste aumento na arrecadação do tributo, foram instituídos, também, novos incentivos fiscais, a exemplo do IPTU Verde.

A Lei Municipal nº 8.474/2013, em seu art. 5º, prevê a concessão de descontos de até 10% no valor do imposto aos proprietários de imóveis residenciais e não residenciais que adotem medidas de proteção e recuperação do meio ambiente. No ano seguinte, foi editada a Lei Municipal nº 8.723/2014, alterando o CTRMS, com a previsão de redução de 80% no valor venal dos terrenos declarados como não edificáveis pela legislação municipal e que não sejam economicamente explorados.

O Decreto Municipal nº 25.899/2015 regulamentou os benefícios verdes estipulados nas mencionadas leis, instituindo o Programa de Certificação Sustentável IPTU Verde em edificações, com a concessão de benefícios fiscais aos participantes do programa. Em 2017 foi editado o Decreto Municipal nº 29.100/2017, revogando o Decreto Municipal nº 25.899/2015, o novo decreto, junto aos seus anexos, constitui o conjunto de normas regulamentadoras do Programa de Certificação Sustentável IPTU Verde no Município.

3.1. O Decreto Municipal nº 29.100/2007: critérios para a concessão do IPTU Verde

É possível distinguir dois tipos de benefícios fiscais regulamentados pelo Decreto Municipal nº 29.100/2017. O primeiro se refere à redução do valor venal de terrenos declarados como não edificáveis e não explorados situados em áreas de proteção ambiental, enquanto o segundo diz respeito à concessão de descontos no valor total do IPTU para estimular os empreendimentos a adotarem ações de sustentabilidade nas edificações, sendo este o objetivo central do Programa⁴⁵.

Quanto ao primeiro benefício, o art. 11, *caput*, do Decreto Municipal nº 29.100/2017, prevê a redução de 80% no valor venal dos terrenos declarados como não edificáveis e que não sejam economicamente explorados. Para tanto, serão considerados como terrenos não edificáveis aqueles inseridos em Áreas de Proteção Ambiental - APA e Áreas de Proteção Permanente – APP, nos termos da Lei Municipal nº 9.069/2016, que estabelece o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano (PDDU).

⁴⁴ AZEVEDO, T. C. *Op. cit.*, p. 93

⁴⁵ AZEVEDO, T. C. *Op. cit.*, p. 196

Já o benefício voltado aos empreendimentos sustentáveis, com a concessão de descontos no IPTU, o Decreto Municipal nº 29.100/2017, em seu art. 1º, §2º, prevê que poderão se candidatar ao Programa de Certificação Sustentável IPTU Verde os empreendimentos a serem edificados, edificações existentes em processo de ampliação e/ou reforma e, por fim, edificações que já possuam uma das certificações ambientais reconhecidas pela norma. Em relação ao critério subjetivo para a concessão do benefício verde, poderão pleitear o desconto as edificações de uso residencial, comercial, misto, institucional e industrial, art. 1º, §2º, do mencionado Decreto. Nas edificações constituídas por mais de uma unidade imobiliária, as práticas de sustentabilidade deverão ser relativas à toda edificação e ao lote em que ela está implantada, exceto no caso em que a edificação possua inscrição imobiliária independente das demais, art. 2º, §1º e 2º.

O Programa de Certificação Sustentável IPTU Verde estabelece que, aos empreendimentos que adotarem ações de sustentabilidade, será concedida a certificação nas categorias OURO, PRATA ou BRONZE, a depender da pontuação alcançada. No total são 70 ações de sustentabilidade contempladas no ANEXO I do Decreto Municipal nº 29.100/2017, a elas são atribuídas pontuações distintas que somadas poderão levar a classificação do empreendimento como postulante à uma das categorias. As ações são divididas em cinco temáticas: a) Gestão Sustentável das Águas; b) Eficiência e Alternativas Energéticas; c) Projetos Sustentáveis; d) Bonificações; e) Emissões de Gases de Efeito Estufa (GEE).

Quanto ao procedimento para postulação do benefício, segundo o Manual IPTU Verde de 2016⁴⁶, são três os órgãos competentes para apreciação dos pedidos, a Coelba, a Secretaria de Desenvolvimento Urbano (Sedur) e a Secis. A Sedur e a Secis são os órgãos certificadores, enquanto a Coelba é responsável pela análise das ações na área de Eficiência e Alternativas Energéticas.

Os empreendimentos que desejem participar do Programa de Certificação Sustentável deverão postular a entrada quando da solicitação do Alvará de Construção, Ampliação e/ou Reformas perante a Sedur, obtendo uma Pré-Certificação. A certificação definitiva no Programa apenas ocorre após a finalização das obras e realização de uma vistoria *in loco* pela Sedur, órgão que vai indicar a pontuação atingida pelo empreendimento e enquadrá-lo na categoria alcançada para emissão do Certificado IPTU Verde. Em seguida, o certificado será anexado ao Alvará de Habite-se a ser enviado à Secretária Municipal da Fazenda (Sefaz Municipal), responsável pela inclusão do imóvel no Cadastro Imobiliário Municipal e pela concessão do desconto no IPTU, segundo o percentual previsto para a categoria atingida.

No que tange aos benefícios fiscais no âmbito do IPTU Verde, o art. 10º do Decreto Municipal nº 29.100/2017, prevê a concessão de desconto de 5% para a categoria BRONZE, 7% para a categoria PRATA, 10% para a categoria OURO. Importante observar que, para além da concessão dos descontos no IPTU, o Programa também agracia os projetos participantes com a tramitação prioritária nos procedimentos de licenciamento na Sedur, art. 7º, *caput* e Parágrafo único do Decreto Municipal nº 29.100/2017.

O certificado tem validade de três anos e poderá ser renovado após solicitação perante a Secis, o pedido de renovação está submetido à uma reavaliação pela Secretaria e somente farão jus a continuar recebendo o benefício os contribuintes que anualmente estiverem em situação de regularidade fiscal e cadastral, art. 10º, §1º, 2º e 6º do mencionado Decreto.

⁴⁶ MANUAL IPTU VERDE: Manual para aplicação dos requisitos. Salvador: **Prefeitura de Salvador**, 2015, p. 15 -17.

3.2. Os efeitos da implementação do Programa de Certificação Sustentável IPTU Verde no município de Salvador-BA

Em informação repassada pela Secis em setembro de 2019, até aquele momento existiam cinco empreendimentos que já haviam sido certificados, enquanto treze ainda estavam em processo de avaliação (informação verbal)⁴⁷. Dentre os empreendimentos já certificados, a Caramelo Arquitetos Associados, o Sindicato da Indústria da Construção do Estado da Bahia – Siduscon e a Casa das Árvores foram classificados como categoria OURO, obtendo a pontuação máxima prevista, o Edifício *Civil Towers*, como categoria PRATA e a Camisas Polo Salvador como EMPREENDIMENTO SUSTENTÁVEL.

Tânia Cristina Azevedo⁴⁸, para elaboração de sua Tese de Doutorado em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social da Universidade Católica de Salvador, realizou visita técnica à sede da Siduscon. Em 2016, o empreendimento pleiteou a participação no Programa de Certificação IPTU Verde do município de Salvador na categoria de edificações existentes que já possuem certificação de práticas sustentáveis, ACQUA HQE. O empreendimento foi contemplado na Categoria OURO e, a partir do exercício fiscal de 2017, obteve o desconto de 10% no valor a ser pago pelo IPTU⁴⁹.

Segundo os dados coletados pela autora, a nova sede da Siduscon priorizou o reaproveitamento do material de demolição e a redução dos impactos sociais e ambientais nos entornos da obra. Ademais, ao longo da fase de edificação, implementou ações voltadas à eficiência energética e ao reaproveitamento de água de chuva e águas cinzas⁵⁰. O valor total do IPTU da sede da Siduscon-BA, em 2017 foi de R\$ 67.423,88, com o desconto referente ao IPTU Verde de R\$ 6.742,38, o valor líquido pago naquele ano foi de R\$ 60.681,50⁵¹.

O Residencial Monvert, lançamento imobiliário residencial no bairro do Horto Florestal de iniciativa da OR-Empreendimentos, ainda em fase de construção, também é postulante do benefício IPTU Verde na categoria OURO. O Residencial entrou com o pedido de licença junto a Sedur com o pleito IPTU Verde na mencionada categoria em novembro de 2018, sendo que a certificação sustentável apenas será concedida ao empreendimento após a finalização das obras, junto ao Alvará de Habite-se.

Em entrevista realizada com a OR-Empreendimentos, uma das engenheiras responsáveis pelo empreendimento avaliou que a implementação de tecnologias verdes ao projeto elevou o custo das obras e que, dentre as práticas de sustentabilidade listadas no Programa de Certificação Sustentável IPTU Verde, algumas já seriam naturalmente adotadas pelo empreendimento residencial. Ademais, a empresa reconhece o investimento em sustentabilidade como algo positivo, pois os descontos no IPTU e as ações sustentáveis se convertem em ferramenta de venda para o cliente (informação verbal)⁵².

O Secretário da Secis, André Fraga, ao ser indagado sobre os resultados alcançados pelo Programa, ponderou que a publicação do Decreto Municipal nº 25.899/2015 se deu em meio à

⁴⁷ Informação fornecida por André Fraga em entrevista realizada na sede da Secis, em Salvador-BA, em 10 de setembro de 2019.

⁴⁸ AZEVEDO, T. C. *Op. cit.*, p. 217 - 222

⁴⁹ *Ibid*, p. 220

⁵⁰ *Ibid*, p. 218 – 219

⁵¹ *Ibid*, p. 221

⁵² Informação fornecida por Rachel Perdigão, engenheira da OR-Empreendimentos, em entrevista realizada de forma virtual, em 10 de Novembro de 2019.

crise no mercado imobiliário, o que ocasionou uma redução drástica no número de empreendimentos lançados na cidade, por isso, o número de beneficiários do Programa, de 2015 para cá, ainda não é tão expressivo, sendo apenas cinco empreendimentos certificados (informação verbal)⁵³.

O Secretário pontua que na discussão com o mercado imobiliário foi criada a Outorga Verde, como um meio de estimular a postulação ao Programa do IPTU Verde pelos empreendimentos (informação verbal)⁵⁴. O instituto prevê descontos de até 40% no valor a ser pago pela outorga onerosa aos empreendimentos que obtiverem, na fase de licenciamento, a Certificação Sustentável IPTU Verde, art. 299 da Lei Municipal nº 9.069/2016.

André Fraga reconhece que, como a maior parte dos empreendimentos imobiliários pleiteiam a concessão da outorga onerosa junto à Prefeitura, os descontos concedidos pela Outorga Verde constituem um fator importante para incentivar os novos empreendimentos a aderirem ao Programa de Certificação Sustentável IPTU Verde (informação verbal)⁵⁵. Atualmente, segundo informação fornecida pela Secis, oito empreendimentos imobiliários já receberam a Outorga Verde que, após finalizadas as obras, se converterão em IPTU Verde (informação verbal)⁵⁶.

Tanto o atual Secretário da Sedur, Sérgio Guanabara, quanto o Secretário da Secis, mencionaram nas entrevistas que o Programa de Certificação Sustentável IPTU Verde, apesar de ainda recente, vem apresentando resultados satisfatórios com o aumento gradativo do número de empreendimentos sustentáveis lançados no município de Salvador, ademais, reconheceram que aos poucos o Programa vem sendo atualizado e modificado de forma a atender melhor seus objetivos (informação verbal)⁵⁷.

Segundo dados fornecidos pela Coelba, desde a implementação do IPTU Verde foram registradas 26 solicitações junto à concessionária para adesão ao Programa, dentre as quais a maioria são empreendimentos novos em processo de licenciamento, sendo poucas as edificações que já possuem outros tipos de certificações sustentáveis e pleiteiam o benefício (informação verbal)⁵⁸.

Tânia Cristina Azevedo⁵⁹ destaca que o Programa de Certificação IPTU Verde implementado no município de Salvador, foi reconhecido pela organização internacional *Sustainian*, em sua publicação *Cities 100* durante a conferência COP21, como uma das 100 soluções apresentadas por 61 cidades do mundo para promoção do desenvolvimento sustentável. A organização reconheceu que o IPTU Verde adotado pela cidade de Salvador está entre as ações que poderão contribuir para a redução das emissões de gás carbônico, através do incentivo ao uso de tecnologias sustentáveis em empreendimentos imobiliários.

⁵³ Informação fornecida por André Fraga em entrevista realizada na sede da Secis, em Salvador-BA, em 10 de setembro de 2019.

⁵⁴ Informação fornecida por André Fraga em entrevista realizada na sede da Secis, em Salvador-BA, em 10 de setembro de 2019.

⁵⁵ Informação fornecida por André Fraga em entrevista realizada na sede da Secis, em Salvador-BA, em 10 de setembro de 2019.

⁵⁶ Informação fornecida por André Fraga em entrevista realizada na sede da Secis, em Salvador-BA, em 10 de setembro de 2019.

⁵⁷ Informação fornecida por Sérgio Guanabara em entrevista realizada por meio virtual, em 05 de setembro de 2019 e por André Fraga em entrevista realizada na sede da Secis, em Salvador-BA, em 10 de setembro de 2019.

⁵⁸ Informação fornecida por funcionário da COELBA em entrevista realizada por meio virtual, em 20 de outubro de 2019.

⁵⁹ AZEVEDO, T. C. *Op. cit.*, p. 172

Sobre o tema, Dantas, de Freitas, de Souza, Ferrúa e Schmitt⁶⁰ observam que o emprego de tecnologias sustentáveis na indústria da construção representa um acréscimo ao custo da obra, que não poderá ser suportado inteiramente pela empresa, sob pena de inviabilizar o empreendimento, daí a importância de o Poder Público conceder incentivos na área. Os autores pontuam que o IPTU Verde adotado pela cidade de Salvador está alinhado com esta premissa, posto que os beneficiários recebem incentivos pelos serviços ambientais prestados à municipalidade, reduzindo os impactos que eventuais despesas com a adaptação às práticas sustentáveis poderiam ocasionar aos empreendimentos.

3.3. Análise crítica

O art. 5º da Lei Municipal nº 8.474/2013 e o art. 5º da Lei Municipal nº 8.723/2014, ao estabelecerem distinções na forma de tributação do IPTU com base em critérios ambientais, estão alinhados com os objetivos constitucionais de promoção da função socioambiental da propriedade urbana e de garantia da preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, art. 170, III e VI, e art. 225 da CFRB/88. Resta saber se a Lei Municipal e a sua norma regulamentadora atendem às limitações impostas pela Constituição ao legislador local para a concessão de isenções e outros incentivos fiscais no âmbito do imposto.

Primeiro, cumpre discorrer acerca da competência. Por se tratar de um incentivo fiscal ambiental, o ente tributante deverá possuir a competência legislativa para instituir o imposto e a competência material para tratar do fato que se busca excluir do alcance da tributação.

Sobre o tema, Guilherme Paes de Barros Geraldí⁶¹ dispõe que o município possui competência legislativa tributária em matéria de IPTU, por força dos art. 30, III, e 156, I, da Constituição, segundo os quais compete aos municípios instituir o imposto relativo à propriedade predial e territorial urbana, bem como, promover a sua arrecadação. Quanto ao aspecto material, o autor pontua que a competência para legislar em matéria ambiental é concorrente entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo que, neste caso, verifica-se o interesse local, uma vez que a norma se refere aos empreendimentos e terrenos urbanos que causam impactos diretos no município. Portanto, o município é detentor das competências legislativa e material para a instituição de incentivos fiscais ambientais no âmbito do IPTU, não existindo qualquer óbice neste ponto.

Em seguida, passa-se à análise do Princípio da Legalidade. O art. 150, §6º, da Constituição é claro ao determinar que qualquer espécie de desoneração tributária deverá ser estabelecida por lei específica que regule a matéria de forma exclusiva. Ademais, os incentivos previstos na lei deverão ter caráter temporário, não podendo se prolongar indefinidamente no tempo.

A Lei Municipal nº 8.474/2013, ao instituir incentivo fiscal ambiental no âmbito do IPTU, prevê a edição de norma específica para regulamentar a forma como ele será concedido. O Decreto Municipal nº 29.100/2017 diz respeito, única e exclusivamente, ao IPTU Verde, seus requisitos e procedimentos, bem como, estabelece o limite temporal de três exercícios financeiros para o gozo do benefício, em consonância, portanto, com o Princípio da Legalidade.

⁶⁰ DANTAS, M. B., SCHIMMITT, G. B., FREITAS, M. D. G. de., FERRÚA, L., SOUZA, M. D. E. de. **Mapeamento de incentivos econômicos para a construção sustentável**: A indústria da construção brasileira em busca da sustentabilidade. Florianópolis, SC: CBIC, 2015. p. 71

⁶¹ GERALDI, G. P. de B. *Op. cit.* p. 250-251

Quanto ao Princípio da Igualdade, Guilherme Paes de Barros Geraldí⁶² explica que, no caso do IPTU Verde, tem-se dois imóveis de idêntico valor venal, o que indica que os proprietários possuem a mesma capacidade contributiva, porém, estão sujeitos a cargas tributárias distintas com a justificativa de garantir a proteção do meio ambiente. De modo que poderá ser questionado até que ponto este critério de discriminação é proporcional e razoável à finalidade ambiental.

Assim, os critérios subjetivos e objetivos previstos pelo Decreto Municipal nº 29.100/2017 para concessão de descontos no âmbito do IPTU passarão a ser analisados à luz da proporcionalidade. Quanto aos sujeitos que poderão ser contemplados pelo benefício, o art. 1º, §2º do Decreto prevê que são empreendimentos novos ou já existentes de uso residencial, comercial, misto, institucional e industrial, sem restrições quanto ao tipo de edificação, se vertical ou horizontal. Assim, pode-se afirmar que, no âmbito subjetivo, o Decreto optou por abranger todos os empreendimentos, sem discriminações com base no tipo ou na destinação do imóvel, em consonância com o Princípio da Igualdade.

No que tange aos requisitos objetivos para obtenção da Certificação IPTU Verde, Tânia Cristina Azevedo⁶³ reconhece que o modelo adotado pelo município de Salvador foi inspirado na certificação internacional de edificações sustentáveis LEED, motivo pelo qual o sistema de pontuação termina por priorizar a postulação de empreendimentos imobiliários específicos, que possuem mais possibilidades, inclusive econômicas, para obter uma certificação deste tipo.

Ademais, a autora observa que, dentre as ações contempladas, poucas visam a melhoria da qualidade urbana nos entornos da edificação, a maior parte das práticas de sustentabilidade contempladas pelo Programa beneficiam de forma direta apenas os empreendimentos. Assim, em paralelo com a “*Tripple Bottom Line*” e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável para as cidades definidos pela ONU (ODS), dentre às ações reconhecidas no ANEXO I, do Decreto Municipal, apenas 8 são voltadas a geração de impactos positivos no ambiente urbano externo⁶⁴.

Segundo o ANEXO I do Decreto Municipal nº 29.1000/2017, dentre as ações de sustentabilidade previstas, 28 ações estão na categoria Eficiência Energética e juntas somam 165 pontos, de modo que o empreendimento que adotar apenas ações deste tipo poderia pleitear o desconto máximo no IPTU na categoria OURO. Em oposição, Tânia Cristina Azevedo⁶⁵ afirma que, caso o empreendimento opte por adotar apenas ações voltadas à melhoria da qualidade urbana nos entornos da edificação, ainda assim não seria suficiente para obter a Certificação Sustentável, devido à baixa pontuação atribuída a este conjunto de ações. Esta discriminação feita pela norma, quanto à distribuição distinta de pontos entre as categorias de ações, não está integrada com os objetivos traçados pela ONU na Agenda 2030, mais especificamente, o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 11, Cidades e Comunidades Sustentáveis, que abrange tanto as tecnologias verdes, quanto as medidas voltadas à promoção de impactos sociais positivos nas cidades.

Por isso, os critérios discriminatórios de caráter objetivo adotados pela norma e seu sistema de pontuação, não passam pelo crivo da proporcionalidade nem da razoabilidade. Existem ações igualmente eficazes para promover a sustentabilidade nos empreendimentos e que se mostram mais acessíveis aos contribuintes, mas que não foram contempladas pela norma ou a elas lhes foi atribuída pontuação inferior, a exemplo das ações voltadas a promoção de impacto social positivo nos entornos das edificações.

⁶² *Ibid, loc. cit.*

⁶³ AZEVEDO, T. C. *Op. cit.* p. 197 - 206

⁶⁴ AZEVEDO, T. C. *Op. cit.* p. 204

⁶⁵ AZEVEDO, T. C. *Op. cit.* p. 205

Quanto ao procedimento adotado, segundo Tânia Cristina Azevedo⁶⁶, o que se observa hoje é que o acesso ao programa se torna restrito aos empreendimentos de classe alta e à alguns tipos de edificações comerciais e institucionais em razão do grande número de exigências e da burocracia dos procedimentos.

Portanto, as ações de sustentabilidade e a distribuição de pontos, conforme disposto no Programa de Certificação Sustentável IPTU Verde, bem como, o procedimento para concessão do benefício, limitam o acesso ao Programa aos empreendimentos imobiliários de grande porte, em oposição ao Princípio da Igualdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, o presente trabalho chegou às seguintes conclusões:

- a) Os tributos, em sua dimensão extrafiscal, são utilizados pelo Estado para a concretização de valores constitucionais, dentre os quais se destaca a Defesa do Meio Ambiente Ecológicamente Equilibrado.
- b) A política de conceder incentivos fiscais na área ambiental, se comparada ao modelo repressivo tradicionalmente adotado pelo Estado, é mais eficaz para a formação de uma consciência ambiental no contribuinte, isto se deve ao seu caráter não coativo, atuação preventiva (antes da ocorrência do dano) e à sua menor onerosidade.
- c) A concessão de incentivos fiscais deve estar condicionada aos limites constitucionais ao poder de tributar, sob pena de o instituto converter-se em um verdadeiro favor fiscal prestado a alguns poucos agentes econômicos, sem uma contrapartida ambiental relevante.
- d) A proteção do meio ambiente é um critério discriminatório reconhecido pela Constituição para justificar a concessão de tratamentos tributários distintos para contribuintes que possuam a mesma capacidade econômica, sem que isso represente uma violação aos Princípios da Igualdade e da Capacidade Contributiva, desde que sejam adequados, necessários e proporcionais à realização de tal fim.
- e) O incentivo fiscal ambiental IPTU Verde é uma importante ferramenta à disposição dos municípios para estimular os proprietários de imóveis urbanos a adotarem condutas sustentáveis em prol da manutenção do equilíbrio ambiental, e, gradativamente, vem contribuindo para a consolidação de um mercado imobiliário “verde” nas cidades.
- f) O Programa de Certificação Sustentável IPTU Verde de Salvador-BA ainda não se consagrou como um instrumento eficaz para promoção da sustentabilidade urbana. Desde 2015, ano em que foi implementado, o Programa apenas concedeu a certificação sustentável à 8 edificações, em sua maioria empreendimentos comerciais.
- g) Os critérios objetivos e a forma de distribuição das pontuações adotados pelo Programa provaram ser um óbice à participação de empreendimentos residenciais de pequeno e médio porte. Ao atribuir pontuações mais altas às ações que demandam um investimento maior para sua implementação, o Programa eleva os custos financeiros para a adoção das práticas sustentáveis, reduzindo seu alcance aos empreendimentos comerciais e residenciais de grande porte. Assim, o modelo de incentivo fiscal atualmente adotado, neste as-

⁶⁶ AZEVEDO, T. C. *Op. cit.* p. 230 -231

pecto, é considerado inconstitucional por violação do Princípio da Igualdade e prevê critérios arbitrários que restringem o acesso ao benefício à um segmento imobiliário específico.

- h) A burocracia que envolve o procedimento repele possíveis postulações ao benefício. Atualmente, o procedimento é realizado em duas fases que tramitam perante três órgãos municipais. A fase de Pré-Certificação poderia ser simplificada uma vez que é apenas a certificação definitiva que gera o desconto no valor do IPTU. Ademais, a análise das postulações poderia envolver menos órgãos municipais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. C. R. de. Uma abordagem estruturada da renúncia de receita pública federal. **Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília**, v. 31, n. 84, p., abr./jun. 2000. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view>. Acesso em: 20 de out. 2019.

ALTAMIRANO, A. C. El derecho tributario ante la constitucionalización del derecho a un medio ambiente sano. In: TÔRRES, H. T. (org). **Direito tributário ambiental**. São Paulo, SP: Malheiros, 2005. p. 445 – 526.

AMARAL, P. H. do. Tributação Ambiental: contributo à política de desenvolvimento sustentável no Brasil. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 50, p. 212 – 234, abr./jun. 2008.

ATALIBA, G. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1999.

ATALIBA, G., GONÇALVES, J. A. L. Crédito-prêmio de IPI – Direito adquirido – Recebimento em dinheiro. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 55, p. 162 – 179, jan./mar.1991.

AZEVEDO, T. C. **Tributação municipal como incentivo ao desenvolvimento sustentável nas cidades: O caso do IPTU VERDE no município de Salvador**. 2017. 299 f. Tese (Doutorado em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social) – Superintendência de Pesquisa e Pós-Graduação, Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2017.

BALEEIRO, A. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. rev. e compl. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro, RJ: Forense. 1997.

BALEEIRO, A. **Uma introdução à ciência das finanças**. 15. ed. rev e atual. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1997.

BORGES, J. S. M. **Isenções tributárias**. 2. ed. São Paulo, SP: Sugestões literárias S/A, 1980.

BRANDÃO, R. F. **Incentivo fiscal ambiental: Parâmetros e limites para sua instituição à luz da Constituição Federal de 1988**. 2013. 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília. **Diário Oficial**. Ano 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 02 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília. **Diário Oficial**. Ano 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.106 de 2 de setembro de 1966. Dispõe sobre os incentivos fiscais concedidos a empreendimentos florestais. Brasília. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5106-2-setembro-1966-368482-norma-pl.html>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, sobre pagamento da dívida representada por Títulos da Dívida Agrária e dá outras providências. Brasília. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9393.htm. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 01 nov. 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília. **Diário Oficial da União**. Ano 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.html. Acesso em: 4 dez. 2019.

COSTA, R. H. Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil. In: TÔRRES, H. T. (org). **Direito tributário ambiental**. São Paulo, SP: Malheiros, 2005. p. 312-332.

CURITIBA. Lei nº 9.806 de 3 de janeiro de 2000. Institui o Código Florestal do Município de Curitiba e dá outras providências. Curitiba. **Diário Oficial do Município**. Disponível em: <https://www.curitiba.pr.gov.br/conteudo/legislacao-smma/347>. Acesso em 5 ago. 2019.

DANTAS, G. T. **O IPTU Verde como instrumento de efetividade da função socioambiental da propriedade privada urbana**. 2014. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2014.

DANTAS, M. B., SCHIMMIT, G. B., FREITAS, M. D. G. de., FERRÚA, L., SOUZA, M. D. E. de. **Mapeamento de incentivos econômicos para a construção sustentável: A indústria da construção brasileira em busca da sustentabilidade**. Florianópolis, SC: CBIC, 2015.

GERALDI, G. P. de. B. O IPTU Verde em São Paulo: Análise crítica do projeto de lei municipal nº 568/2015. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, RJ: Forense, v. 424, p. 235-254, jul./dez. 2016.

GUARULHOS. Lei nº 6.793 de 28 de dezembro de 2010. Dispõe sobre o lançamento, arrecadação e fiscalização do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU e dá outras providências. **Diário Oficial do Município**. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/g/guarulhos/lei-ordinaria/2010/680/6793>. Acesso em: 05 ago. 2019.

GUIMARÃES, L. C. Direito ambiental e extrafiscalidade dos impostos no direito tributário brasileiro. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, n. 5, p. 345-357, jan. 1996/dez. 1997.

MACEDO, P. M. T. de. **Avaliação de sustentabilidade em edifícios: Um estudo de indicadores de água e energia na unidade da FIOCRUZ Pernambuco**. 2011. 146 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil) – Programa de Pós-Graduação em Engenharia Civil, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

MACHADO, H. de B. **Curso de direito tributário**. 38. ed. ver. e atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2017.

MANUAL IPTU VERDE: Manual para aplicação dos requisitos. Salvador: **Prefeitura de Salvador**, 2015.

MIGUEL, L. C., LIMA, L. A. de. A função socioambiental do IPTU e do ITR. **Cadernos de Direito**, São Paulo, SP: Universidade Metodista de Piracicaba, v. 12, n. 23, p. 193-2014, jul./dez. 2012.

MOLINA, P. M. H., VASCO, D. C. Marco conceptual, constitucional y comunitario de la fiscalidad ecológica. In: TÔRRES, H. T. (org). **Direito tributário ambiental**. São Paulo, SP: Malheiros, 2005. p. 96 – 156.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 06 de nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre o meio ambiente e desenvolvimento**. Rio de Janeiro, RJ, 1992. Disponível em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Developpemento.pdf. Acesso em: 15 de out. 2019.

PINTO, K. A. V. S. **Introdução ao direito ambiental tributário**. Campinas, SP: Editora Alínea, 2012.

SALVADOR. Lei nº 8.474 de 02 de outubro de 2013. Altera dispositivos da Lei nº 7.186, de 27 de dezembro de 2006, relativos ao pagamento, à isenção do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU, concede incentivos fiscais, e dá outras providências. Salvador. **Diário Oficial do Município**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=260282>. Acesso em: 10 nov. 2019.

SALVADOR. Lei nº 8.723 de 22 de dezembro de 2014. Altera, acrescenta e revoga dispositivos da Lei nº 7.186, de 27 de dezembro de 2006, relativos à redução de alíquota e de valor do pagamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, concede remissão e incentivos fiscais e dá outras providências. Salvador. **Diário Oficial do Município**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=279291>. Acesso: 10 nov. 2019.

SALVADOR. Decreto Lei nº 29.100 de 07 de março de 2017. Regulamenta o art. 5º da Lei nº 8.474, de 02 de outubro de 2013, e institui o Programa de Certificação Sustentável "IPTU VERDE" em edificações no Município de Salvador, que estabelece benefícios fiscais aos participantes do programa, assim como o art. 5º da Lei 8.723 de 22 de dezembro de 2014 e dá outras providências. Salvador. **Diário Oficial do Município**. Disponível em: [iptuverde.salvador.ba.gov.br > downloads > Decreto](http://iptuverde.salvador.ba.gov.br/downloads/Decreto). Acesso em: 20 out. 2019.

SALVADOR. Lei nº 9.069 de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do Município de Salvador – PDDU 2016 e dá outras providências. Salvador. **Diário Oficial do Município**. Disponível em: www.sucom.ba.gov.br > 2016/07 > LEI-n.-9.069-PDDU-2016.pdf. Acesso em: 01 nov. 2019.

SANTANA, H. J. de. Justiça fiscal e extrafiscal nos tributos ambientais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA/ Faculdade de Direito**, Salvador: EDUFBA, n. 11, p. 37-56, jan./dez. 2004.

SHOUERI, L. E. Normas tributárias indutoras em matéria ambiental. In: TÔRRES, H. T. (org). **Direito tributário ambiental**. São Paulo, SP: Malheiros, 2005. p. 235-256.

TABOADA, C. P. El principio “quien contamina paga” y el principio de capacidad económica. *In: TÔRRES, H. T. (org). **Direito tributário ambiental**. São Paulo, SP: Malheiros, 2005. p. 79-95.*

TÔRRES, H. T. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental – os limites dos chamados “tributos ambientais”. *In: TÔRRES, H. T. (org). **Direito tributário ambiental**. São Paulo, SP: Malheiros, 2005. p. 96-156.*

TUPIASSU, L. V. da C. **Tributação ambiental**: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2006.

VASQUES, D. F., SANTOS, L. C. F., SELLMAN, M. Z. Direito ambiental tributário como garantia da sustentabilidade no Brasil. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre: Lex Magister, v. 76, p. 29-52, fev./mar. 2018.

YOSHIDA, C. Y. M. Ênfase na prevenção. A utilização econômica dos bens ambientais e suas implicações. *In: TORRES, H. T. (org). **Direito tributário ambiental**. São Paulo, SP: Malheiros, 2005. p. 527-564.*

Submetido em: 12 jan. 2020.

Aceito em: 23 jun. 2021.

DA PERIFERIA AO CENTRO: REFLEXÕES SOBRE O LUGAR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA FAMÍLIA E A GUARDA COMPARTILHADA

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará
paulogermano@uni7.edu.br

Letícia Queiroz Nascimento

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará
leticiaqnascimento@gmail.com

RESUMO: O presente artigo objetivou examinar as transformações do papel da criança e do adolescente na família e analisar o instituto da guarda compartilhada na perspectiva da Doutrina da Proteção Integral. Buscou-se responder em que medida o melhor interesse de crianças e adolescentes pode influenciar o regime de guarda e a rotina de pais que se divorciam. Para tanto, a metodologia aplicada foi qualitativa e teórica, uma vez que foram exploradas referências bibliográficas de livros, artigos periódicos das áreas do direito, psicologia e sociologia, enquanto o método utilizado será o hipotético-dedutivo. No primeiro tópico, apresentou-se o processo de transformação do lugar na criança e do adolescente no seio familiar. Posteriormente, foi exposto o avanço da legislação brasileira em matéria de proteção à infância. Por último, exibiu-se o instituto jurídico da guarda compartilhada como instrumento de efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Conclui-se que a guarda compartilhada nada mais é que o reflexo de uma longa trajetória de mudança do entendimento que se tem sobre a infância, notadamente no seu lugar na família, que antes era localizado à periferia desta.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da Criança e do Adolescente. Direito de Família. Guarda Compartilhada.

From the periphery to the center: reflections on the place of children and adolescents in the family and shared custody

ABSTRACT: This article aimed to examine the transformations in the role of children and adolescents in the family and to analyze the institute of shared custody from the perspective of the doctrine of integral protection. We sought to answer to what extent the best interest of children and adolescents can influence the custody regime and the routine of parents who divorce. For that, the applied methodology was qualitative and theoretical, since bibliographical references of books, periodical articles from the areas of law, psychology and sociology were explored, as well as news about the theme, while the method used will be the hypothetical-deductive. In the first topic, the process of transforming the place in children and adolescents within the family was presented. Subsequently, the progress of Brazilian legislation on child protection was exposed. Finally, the shared custody legal institute was shown as an instrument to enforce the rights of the child. In the end, it is concluded that the shared custody is nothing more than the reflection of a long trajectory of changing the understanding we have about childhood, notably in its place in the family, which was previously located on the periphery.

KEYWORDS: Child and Adolescent Rights. Family right. Shared Custody.

INTRODUÇÃO

A proteção irrestrita conferida às crianças e adolescentes nas normas do direito brasileiro, independentemente de qual contexto estejam inseridas, é fruto de uma longa transformação histórica, social e cultural percorrida pela sociedade. A luta pelos direitos da infância aconteceu em nível mundial e suas consequências repercutem continuamente no ordenamento jurídico nacional e orientam todo o processo de elaboração de legislação e sistemas de garantias direitos.

O presente artigo objetivou examinar a emergência do instituto jurídico da guarda compartilhada sob o prisma da Doutrina da Proteção Integral, consolidada pela Constituição Federal brasileira vigente, por meio da análise histórica da transformação do lugar da criança e do adolescente na família contemporânea. Pretende-se com isso responder em que medida a guarda compartilhada de crianças e adolescentes, cujos pais são separados ou divorciados, pode ser considerada um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais destes infantes.

Se, como pretende-se esclarecer, a guarda compartilhada prevista no Código Civil, nos moldes apresentados pela Lei nº 13.058 de 2014, é fruto da transformação do lugar da criança e do adolescente na família ao longo do tempo, trata-se de questão fundamental compreender que estes nem sempre foram entendidos como sujeitos de direitos e colocados no centro da família. A preocupação com o bem-estar do infante, enquanto indivíduo em desenvolvimento, especialmente em um contexto de dissolução da sociedade conjugal, é uma inquietação contemporânea.

Este artigo está dividido em três tópicos. Em um primeiro momento, apresenta-se o processo de transformação do lugar da criança e do adolescente no seio familiar, na perspectiva da sociedade tradicional europeia, com ênfase nos séculos XVII, XVIII e XIX, discutindo-se acerca da modificação da percepção da coletividade e, por consequência, da família sobre a criança e o adolescente.

Posteriormente, é exposta a transformação da legislação brasileira em matéria de proteção à infância e adolescência, desde o período em que era vigente a Doutrina da Situação Irregular, no século XX, até a organização e fortalecimento da Doutrina da Proteção Integral de crianças e adolescentes firmada no final do século XX e início do século XXI, sendo apresentados os princípios que regem os direitos da infância e da adolescência e que são aplicados ao direito de família.

Ainda, são abordados os principais aspectos do instituto jurídico da guarda compartilhada, diferenciando-o do exercício do poder familiar e destacando as modificações na legislação civil, especialmente aquelas oriundas da Lei Federal nº 13.058 de 2014. Por último, apresenta-se a referida modalidade de guarda como reflexo da modificação do lugar de crianças e adolescentes na família, além de ser entendida como um instrumento de efetivação de garantias fundamentais.

1. A TRANSFORMAÇÃO DO PAPEL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO SEIO FAMILIAR

A percepção da infância como período essencial à formação do indivíduo que as sociedades modernas, de modo geral, possuem, é um tanto quanto nova. A própria noção de infância não é um dado natural, mas uma construção histórica e cultural. Cada época irá construir uma noção que corresponda aos ideais e expectativas que animam discursos e práticas que são direcionados às crianças (SOUZA, 2005, p. 91). As sociedades tradicionais da Idade Média não

consideravam a criança como sujeito de direitos, nem levavam em consideração suas peculiaridades, tratando-a como uma miniatura de adulto e desconsideravam as etapas diferentes do desenvolvimento do ser humano. No mundo medieval, crianças e adultos se misturavam. Como afirma Ariès: “Na sociedade medieval (...) o sentimento de infância não existia” (2018, p.99).

Apenas ao longo do desenvolvimento da Modernidade, principalmente a partir do século XIX, crianças e adolescentes foram considerados em suas particularidades físicas, psíquicas e sociais. Até o século XIX, as crianças não ocupavam o centro das relações familiares, elas careciam de direitos na família tradicional, sendo a ideia de consagrar garantias por meio de legislação relativamente recente. Em períodos pré-modernos, as crianças não existiam no interesse delas próprias, mas para a satisfação dos pais, de modo que praticamente não eram reconhecidas enquanto indivíduos (GIDDENS, 2000, p. 64).

Se a própria existência da criança só era considerada em razão do contento de seus genitores, não havia motivo para que se discutissem seus interesses pessoais, tampouco estes poderiam ser considerados legítimos a ponto de serem protegidos por normas jurídicas. As crianças não eram entendidas como indivíduos aptos a terem direitos, o que parece um despropósito para a sociedade contemporânea. Somente uma visão da construção histórica da infância e da adolescência permite compreender como os discursos e práticas jurídicas participaram desse processo.

Antes da Era Moderna, a insensibilidade sobre a criança podia ser percebida nos registros artísticos. Ariès aponta que, ainda por volta do século XII, a arte medieval suprimia a necessidade de representação das crianças com suas características próprias, dado que eram reproduzidas pelos artistas como adultos em escala menor (certamente não por falta de talento), indicando que não existia lugar para a infância no mundo, de modo que não havia necessidade de ilustrá-la em sua peculiaridade. (2018, p.17)

Tal indiferença persistiu ainda no século XIII, período em que os trajes das crianças eram semelhantes aos dos adultos de mesma condição. Somente no século XVII, percebeu-se determinada diferenciação à situação peculiar do indivíduo em suas fases iniciais, não obstante tal consideração da infância ser identificada nas crianças nobres ou da burguesia, que possuíam trajes reservados à sua idade, distinguindo-as dos adultos (ARIÈS, p. 32, 2018). Segundo Ariès, a sociedade tradicional “via mal a criança e pior ainda o adolescente” e será apenas nos séculos XVIII e XIX que irá consolidar-se um “sentimento de infância” que reconhece a importância dos laços afetivos entre pais e filhos. Nesse período, a família passou a se organizar ao redor da infância e dos cuidados necessários ao desenvolvimento infantil e, desta forma, os adultos passaram a lhe dar importância. Na Era moderna, traçou-se uma linha divisória entre adultos e crianças e a família “tornou-se o lugar de uma afeição necessária entre os cônjuges e entre os pais e os filhos, algo que ela não era antes” (ARIÈS, 2018, p. xi)

Apesar da constatação de que o reconhecimento e a tutela da infância entre os séculos XVII e XVIII, enquanto condição diferenciada de indivíduo em desenvolvimento, era garantido apenas às crianças inseridas em família abastadas, com a escolarização obrigatória durante o século XIX na Europa, esse processo de percepção da condição diferente da criança e do adolescente expandiu-se por todas as classes sociais. É importante frisar que antes do século XIX, as crianças e adolescentes ainda não eram consideradas indivíduos passíveis de direitos e obrigações, assim como os adultos, e estavam localizados à margem da família. Na família tradicional, marcada pelo caráter patrimonial e patriarcal, a vida dos infantes era secundária e a vida dos adultos estava voltada, principalmente, para o espaço público. Na esfera privada, as crianças existiam para a manutenção da organização familiar e estavam submetidas a um poder irrestrito, o poder dos adultos.

Também é preciso ressaltar que quando se analisa o desenvolvimento histórico dos sistemas e princípios da proteção de crianças e adolescentes, a questão da privatização da infância, que cada vez mais ocupa o centro da organização da família, não significa a ausência do Estado na regulação das relações entre pais e filhos. Ao contrário, a história da busca pela tutela dos direitos da infância, especialmente no contexto da Modernidade, contou com uma intervenção estatal cada vez maior para inibir determinadas condutas que colocavam crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, ainda que inseridas em um contexto familiar, onde, acreditava-se, estariam a salvo de qualquer violação de direitos.

Uma das características da Era Moderna, segundo Hannah Arendt, é que esta desfaz a antiga linha divisória que o mundo greco-romano tinha traçado entre o espaço público e o espaço privado. Na perspectiva do pensamento grego, a distinção entre vida privada e vida pública correspondia à existência das esferas da família e da política como entidades dicotômicas. A família não era compreendida como núcleo afetivo, mas como lugar das satisfações biológicas, reino da necessidade. Na esfera política, havia a possibilidade da individualidade, reino da liberdade. Concomitante a esse apagamento, a autora apontou a ascensão da esfera social, na qual os assuntos privados da Antiguidade ganham o espaço público (ARENDRT, p. 37, 2007). Na esfera social, o espaço público não é mais marcado pela liberdade e individualidade, mas pelo conformismo. Será no espaço familiar, entendido como lugar da intimidade e das relações afetivas, que as sociedades modernas se sentirão livres das pressões da esfera social.

Depreende-se que, com o advento da Modernidade, a linha que divide o que se entende por público e privado é cada vez mais tênue. Com relação à proteção dos direitos de crianças e adolescentes no ambiente familiar, a subtração da autonomia privada dos genitores por meio da intervenção estatal parece uma condição fundamental da Modernidade. Segundo Brandão (2011, p.88), um dos problemas dessa diluição da fronteira entre espaço privado e espaço público é que o direito de infância “(...) passou a ser forte vetor de intervenção do Estado na vida privada”. Daí o alerta do autor acerca da emergência de um novo paternalismo, agora por parte do Estado, que se utiliza da infância para diluir o direito à intimidade.

Nesse sentido, Bilac aponta um interessante paradoxo sociológico: quanto mais a família se “privatiza”, menor autonomia parece ter em relação à sociedade. Quanto mais se expande a questão da proteção irrestrita do Estado à infância, percebe-se, ao longo dos anos, que o Estado passou a intervir de maneira mais expressiva na esfera privada, notadamente nas relações familiares, independentemente de classe social. (1995, p. 44)

Um dos temas do cruzamento entre a esfera pública e privada na Modernidade é o divórcio. Na perspectiva da criança e do adolescente situados à periferia da família, formação típica da família tradicional, é natural que com o advento do divórcio, que dissolvia a sociedade conjugal, essência da família tradicional, não se tivesse qualquer preocupação quanto à situação do infante inserido nesse contexto.

Quando surgido durante a Revolução Francesa, ainda no ano de 1792, o divórcio era gerido por uma legislação liberal, havendo sete motivos que justificariam o seu requerimento: insanidade; condenação de um dos cônjuges a penas aflitivas ou infamantes; crimes, sevícias ou injúrias graves de um contra o outro; notório desregramento de costumes; abandono por dois anos; ausência sem notícias durante o período de cinco anos e emigração. (PERROT, 1991, p. 37). Nada se dizia acerca das crianças e de seu destino após o divórcio.

Originalmente, o processo de divórcio não contava com atenção específica para a questão dos filhos, uma vez que os infantes não eram entendidos enquanto indivíduos passíveis de direitos e a questão afetiva ainda era desimportante para a construção da família enquanto instituição. O afeto entre os cônjuges e entre pais e filhos não era necessário para a constituição e manutenção

da casa, logo, também seria um aspecto ignorado no que se refere à convivência entre os genitores e sua prole.

Vale ressaltar que, ainda segundo Perrot, após promulgação da referida legislação, os pedidos de divórcio dificilmente resultavam em conflitos pela guarda dos filhos. Por um lado, à época, a maioria dos solicitantes não tinham filhos pequenos. Por outro, nem os tribunais nem os pais os consideravam como partes efetivamente integrantes da família (1991, p. 41). Verifica-se, portanto, que no contexto da vida privada, não havia um interesse no convívio com os filhos como se vislumbra na contemporaneidade, dado que a criança só era vista como um membro da família e não como um indivíduo.

Ora, no Brasil, esse roteiro moderno de transformação da infância e das relações familiares também ocorreu. Como afirma Costa (2004), a família contemporânea brasileira deve ser entendida a partir das transformações históricas da família colonial, organizada ao redor do patrimônio, do poder patriarcal e da vida dos adultos, que produziram a família moderna oitocentista, afetiva e onde a criança estava no centro das atenções e dos cuidados.

Assim como na Europa, somente a partir nos séculos XIX e XX, é que se pôde identificar uma mudança na percepção que se tinha da infância, que repercutiu e influenciou a legislação brasileira moderna. No próximo tópico, analisaremos essas influências e repercussões.

2. A PROTEÇÃO À INFÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As primeiras leis positivadas no Brasil não versavam sobre o tratamento jurídico a ser conferido às crianças e aos adolescentes, evidenciando, mais uma vez, que nem sempre houve preocupação a respeito do trato com estes indivíduos, especialmente aqueles inseridos em um contexto familiar, onde presumidamente, estariam a salvo de qualquer violação de direitos.

Além disso, as normas iniciais que abordavam a infância, somente previam tutelar a situação daqueles indivíduos que estavam inseridos em um contexto de evidente vulnerabilidade, ou seja, aquelas crianças e adolescentes que, na perspectiva do Estado, estavam em situação irregular, tais como: situação de rua, envolvimento em atos infracionais, em circunstância de abandono familiar etc. Assim, não havia qualquer menção ou interferência estatal a respeito daqueles em tenra idade quando estavam estabelecidos em uma família.

Identifica-se no ordenamento jurídico brasileiro, no início do século XIX, a prevalência do raciocínio que previa a regulamentação da situação de crianças e adolescentes em contexto irregular. Segundo Santos, é no Código Criminal do Império que se encontram as primeiras menções à expressão “menor”, definindo as penas aplicáveis nos casos de crimes realizados por menores de idade. A expressão foi consagrada no Século XX por meio da Doutrina da Situação Irregular, marcada pela publicação do Código de Menores em 1927, cujo conteúdo não abrangia a situação da população infantojuvenil de maneira ampla. (2011, p. 47).

A referida doutrina produzia como efeito a geração de uma categoria de crianças e adolescentes que seriam consideradas suspeitas e potencialmente perigosas, sendo estes denominados apenas “menores”, como afirma Santos “na associação entre o perigo e a pobreza” (2011, p. 47). Além disso, como afirmam Santana e Macedo (2015, p.116), essa categoria tinha um sentido pejorativo e era carregada de preconceito.

Posteriormente, publicou-se nova edição do referido código, com a promulgação da Lei nº 6.669 de 1979, pautada na Doutrina da Situação Irregular, reproduzindo muitos dos dispositivos descritos na norma anterior. De acordo Xaud, a doutrina jurídica da situação irregular foi praticada no Brasil de 1927 a 1990, estando presente nos códigos de Mello Matos (1927) e Alyrio Cavallieri (1979), que, ainda segundo a autora, “tiveram como fundamento esta doutrina, cuja característica é dirigir-se a uma categoria sociologicamente indefinida: menores em situação irregular” (1999, p. 88-89).

Ora, essa concepção doutrinária, ao mesmo tempo em que possibilitava a identificação dos menores como objeto jurídico, criava meios que tornavam possível ao Estado atuar sobre os núcleos familiares dessas crianças e adolescentes. (SANTOS, 2011, p. 54).

Quanto à população infantojuvenil, a legislação brasileira contemporânea possui forte influência de movimentos internacionais que buscaram resguardar a universalidade de direitos, incluindo crianças e adolescentes anteriormente desconsideradas em sua existência. O Brasil ratificou diversos documentos internacionais relativos a esses indivíduos na esfera de direitos humanos, que auxiliaram no processo de mudança de paradigma, dentre os quais se destacam: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José de Costa Rica); a Convenção sobre os Direitos da Criança; a Declaração dos Direitos da Criança e a Declaração Universal de Direitos Humanos.

A história da década de 1980 é marcada por um ambiente de democratização, onde os movimentos sociais exerciam o papel de protagonistas na produção de alternativas ao modelo imposto à época. Desta maneira, segundo Custódio, o imperativo discursivo produzido pelo Estado autoritário recebia a contribuição crítica do espaço público (logo, um espaço político) de reflexão acerca das práticas estabelecidas sobre a infância. (2008, p.26).

Inspirado na proteção indicada pelos documentos internacionais supracitados, o legislador constituinte preocupou-se em positivar a tutela à todas as crianças e adolescentes, e não somente aos “menores”. Para o ordenamento jurídico brasileiro, a publicação da Constituição Federal de 1988 é o símbolo da luta pelos direitos fundamentais dos indivíduos, formalizando um processo de evolução histórica de garantia de direitos sociais que estava ocorrendo em nível mundial.

A ruptura formal com a Doutrina da Situação Irregular a partir da publicação da Constituição Federal de 1988 foi um marco significativo no processo de evolução da proteção da infância, momento em que possibilitou a emergência da Doutrina da Proteção Integral, cuja compreensão é pressuposto para o entendimento dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. Significa, acima de tudo, uma mudança de perspectiva, que passou a orientar a compreensão de valores e princípios, com um alcance além das expectativas, não somente na área do direito da criança e do adolescente, como no próprio direito de família.

A redação do artigo 227 do texto constitucional versa que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir, a crianças, adolescentes e jovens, uma série de direitos: à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Tudo isso, dando absoluta prioridade a tais sujeitos. A norma também ressalta a necessidade de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. A tríplice responsabilidade deste artigo impossibilitou a manutenção da Doutrina da Situação Irregular e anunciou a Doutrina da Proteção Integral, na qual crianças e adolescentes deixam o lugar de objetos da intervenção estatal para sujeitos de direitos.

Sendo assim, conforme assevera Custódio, a Constituição Federal de 1988 implicou em uma completa transformação jurídica, política e institucional na atuação do Estado em relação aos direitos das crianças e dos adolescentes:

A Constituição da República Federativa do Brasil e suas respectivas garantias democráticas constituíram a base fundamental do direito da criança e do adolescente, interrelacionando os princípios e diretrizes da teoria da proteção integral, que ocasionou um reordenamento jurídico, político e institucional sobre todos os planos, programas, projetos ações e atitudes por parte do Estado, em estreita colaboração com a sociedade civil, nos quais os reflexos se (re)produzem sobre o contexto sócio-histórico do Brasil. (2008 p. 27)

Desta maneira, a legislação infraconstitucional publicada após 1988 buscou efetivar os ideais expostos na Carta Magna, salvaguardando à infância de maneira irrestrita, nos moldes da Doutrina da Proteção Integral. Pela primeira vez na história da legislação brasileira, crianças e adolescentes passaram a ser, formalmente, sujeito de direitos, tal qual o cidadão maior de 18 (dezoito) anos, porém sendo considerada a condição diferenciada destes enquanto indivíduos em desenvolvimento.

Na trajetória entre a indiferença e a proteção integral de direitos, crianças e adolescentes transitaram desde a desconsideração absoluta de suas situações de vulnerabilidade até a compreensão (nem sempre percebida) de suas condições de pessoas em peculiar estágio de desenvolvimento e sujeitos de direitos. (SARAIVA, 2013 p. 58).

Naturalmente, foi necessária a atuação do Poder Legislativo no sentido de redigir uma norma que contemplasse os novos preceitos vigentes no país, dado que, como visto, o Código de Menores não condizia com os ideais da Doutrina da Proteção Integral. Assim, influenciado pelos acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário, foi instituído o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por meio da publicação da Lei Ordinária nº 8.069 de 1990, consolidando a referida doutrina. Acerca desta transição, dispõe Xaud (2002, p. 90):

A mudança de paradigma advindo da adoção da Doutrina Jurídica da Proteção Integral, a partir da vigência do Estatuto, ampliou o espaço social de crianças e adolescentes, deslocando significativamente o eixo das velhas práticas institucionais e pessoais. Crianças e adolescentes na nova doutrina não são mais meros objetos de intervenção. Tornaram-se sujeitos de direito, num contexto legal garantista e civilizatório que lhes abriu espaço social para o exercício pleno da cidadania

Ressalte-se que a Doutrina da Proteção Integral surge em um contexto no qual o Brasil compromete-se a implementar e defender a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e a Convenção dos Direitos da Criança de 1989. Com isso, tornou-se o primeiro país latino-americano a levar em consideração tais normas internacionais para a elaboração de uma lei específica para a proteção da infância e da adolescência. (SANTOS, 2011, p. 58). Deve-se acrescentar, como afirma Arantes (2016, p. 69), que esses documentos foram influenciados pelas orientações da Convenção de Genebra de 1949 (conjunto de tratados sobre Direito Internacional Humanitário), que entendia os direitos da infância e da adolescência, acima de tudo, como direitos de seres humanos particularmente vulneráveis, pois ainda não autônomos.

Paralelamente ao progresso de direitos da proteção de crianças e adolescentes, a questão da guarda de filhos de relações desfeitas também foi tratada durante muitos anos pelo Código Civil de 1916, sem que a criança fosse colocada como protagonista no processo decisório das circunstâncias oriundas do rompimento do relacionamento de seus pais.

Diante de uma sociedade marcada pelo patriarcalismo, que se caracteriza, como afirma Castells (2010, p.169) pela autoridade “(...) imposta institucionalmente, do homem sobre a mu-

Da periferia ao centro: reflexões sobre o lugar da criança e do adolescente na família e a guarda compartilhada

lher e filhos no âmbito familiar”, os filhos, na domesticidade do lar, estiveram sob responsabilidade e cuidados da figura materna, entendida como “naturalmente” voltada para os cuidados infantis. O mesmo ocorria após a dissolução da sociedade conjugal, de modo que os filhos, por muitas vezes, perdiam a convivência com o progenitor, mesmo porque, frequentemente, não havia o interesse nem a expectativa de estabelecer essa convivência ou a preocupação em garantir que pudessem se relacionar igualmente com ambos os pais.

De modo geral, a família passou, como visto no tópico anterior, por um profundo processo de transformação. Por óbvio, existem variações de uma sociedade para outra, mas o fato é que as mesmas tendências são visíveis em quase toda parte do mundo industrializado. Hodiernamente, somente uma minoria vive no que poderia ser chamado de “família padrão” da década de 1950, cuja realidade seria a existência dos pais morando juntos com os filhos nascidos de seu casamento, sendo a figura materna uma dona-de-casa em tempo integral, enquanto o pai é responsável pelo sustento financeiro. (GIDDENS, 2000, p. 67).

Percebe-se que, durante um longo período, o ordenamento jurídico brasileiro era enviesado quanto à situação da criança e do adolescente, abordando-os somente enquanto “irregulares”, omitindo-se no que diz respeito à proteção destes em contexto familiar. Somente após a consolidação da Doutrina da Proteção Integral, por meio da publicação do texto constitucional vigente e do Estatuto da Criança e do Adolescente, é que se pôde afirmar que a criança está no centro da família, não só na dimensão psicológica e afetiva, mas também no aspecto formal e jurídico. É nesse sentido que se formou um terreno fértil de proteção e tutela de crianças e adolescentes no qual surgiu o instituto jurídico da guarda compartilhada, amparado nos princípios da convivência familiar e comunitária e do melhor interesse da criança.

3. O INSTITUTO JURÍDICO DA GUARDA COMPARTILHA COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Consoante o que foi esclarecido nos tópicos anteriores, na medida em que ocorreram transformações sociais na percepção que se tem sobre a infância e a adolescência, ocasionando uma mudança de paradigma doutrinário, a dinâmica familiar também sofreu modificações, promovendo importantes alterações no ordenamento jurídico brasileiro. Aos poucos, aqueles indivíduos em situação de desenvolvimento, anteriormente desconsiderados em sua vulnerabilidade, passaram a ser a essência da família, ainda que em um contexto de relações matrimoniais desconstituídas.

No Brasil, o Código Civil de 1916, em caráter eminentemente punitivo, determinava que, em caso de desquite judicial, os filhos ficavam sob a guarda do cônjuge “inocente”. Nos casos em que a sociedade conjugal era dissolvida por desquite amigável, seria observado o que os cônjuges acordassem. (BRASIL, 1916) Entretanto, salvo em casos excepcionais, a criação dos filhos costumava ficar a cargo da mãe.

Seguindo o mesmo caminho, a Lei nº 6.515 de 1977, conhecida como “Lei do Divórcio”, regulava os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, privilegiando, da mesma maneira, o cônjuge que supostamente não havia dado causa ao rompimento da relação, no que se referia à guarda e à proteção dos filhos. (BRASIL, 1977)

Conforme o disposto anteriormente, dentre os direitos fundamentais de crianças, adolescentes e jovens previstos pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988, a serem assegurados

com absoluta prioridade, está o direito à convivência familiar e comunitária. Tornou-se necessário, portanto, que a legislação infraconstitucional previsse elementos que auxiliassem a efetivação de tal direito. A partir de então, conforme preceitua Lelis, “a convivência com os pais passa a ser um direito fundamental dos filhos, e não o direito dos pais em relação aos filhos.” (2017, p. 167).

Além de outorgar a instauração a Doutrina da Proteção Integral de crianças e adolescentes, garantindo-lhes o direito à convivência familiar e comunitária, a Carta Magna foi divisora de águas no que se refere à garantia de direitos sociais das mulheres. É nessa perspectiva que, segundo o princípio da igualdade, homens e mulheres passaram a ter os mesmos direitos e deveres na sociedade conjugal, inclusive aqueles inerentes ao exercício do poder familiar em relação aos filhos.

A norma constitucional vigente permitiu a adoção ampla de um conceito de “igualdade” aos personagens que compõem a entidade familiar. O referido conceito passou a exercer a função de princípio de interpretação das normas infraconstitucionais em matéria de família e buscou resgatar a ideia de isonomia. Autorizou também o enfrentamento da matéria de direito de família a partir da busca de um maior humanismo na resolução de questões que eventualmente se apresentam (MARQUES, 1999).

Acrescente-se a isso, a influência dos movimentos feministas do final do século XIX e início do século XX, que se caracterizaram pela busca de “(...) redefinir o gênero feminino em oposição direta ao patriarcalismo” (CASTELLS, 2010, p. 211), as mudanças sociais, culturais e políticas ocorridas na sociedade moderna que possibilitaram, dentre outras coisas, uma inserção mais expressiva da mulher no mercado de trabalho, e por conseguinte (ainda que de maneira tímida), uma maior participação da figura paterna no processo de educação dos filhos. À vista disso, tal realidade trouxe situações passíveis de reivindicações jurídicas.

Em um primeiro momento, após a regulação do divórcio, as primeiras normas jurídicas não faziam menção à questão da situação da prole do casal divorciado, sendo comum que aquela fosse deixada de lado pelo genitor masculino e o dever de guarda e proteção na prática fosse atribuído somente à genitora, que assumia sozinha a tarefa de criação e de educação dos filhos.

Em uma realidade onde se identificam novos arranjos familiares e a criança enquanto principal preocupação dos genitores, que objetivam exercer plenamente (e de forma igualitária) a parentalidade, se tornou necessária a adaptação de normas já existentes às novas organizações familiares. Segundo apontam Amazonas e Braga, apesar de todas essas transformações acontecidas no interior da família, ela ainda se mantém desejada, uma vez que não importa a configuração que assuma, ela continuará a existir, pois é ela, essa família transformada, que pode assegurar à criança, aos novos sujeitos que se apresentam ao mundo, o direito ao amor, ao acolhimento e à palavra (2006, p. 188).

Em concordância ao disposto no texto constitucional e no Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil de 2002 positivou o rompimento com os parâmetros estabelecidos na lei civil anterior. Em atenção ao princípio do melhor interesse da criança, que, segundo Sá e Oliveira, foi previsto pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança e incorporado pela Constituição Federal (2020 p. 183), ele apontou diretrizes para o exercício da guarda unipessoal e regime de visitas.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, assevera Colucci, “deve sempre ser a fundação em que se basear para qualquer decisão que se possa tomar e que envolva

Da periferia ao centro: reflexões sobre o lugar da criança e do adolescente na família e a guarda compartilhada

crianças e adolescentes”. Ainda segundo a autora, o referido princípio tem sua importância evidenciada quando analisado frente a institutos jurídicos que envolvam criança ou adolescente. (2014, p. 31).

Somente após a consolidação de tal princípio, e da quebra com a percepção equivocada de que crianças são adultos pequenos, é que a legislação vigente passou a exigir que a família colocasse os direitos das crianças e adolescentes como prioridade quando do processo de dissolução da relação de seus pais, sobretudo o direito à convivência familiar e comunitária, previsto constitucionalmente.

Desta maneira, nas palavras de Lelis, “a convivência familiar deve ser priorizada ainda que os pais não mais convivam.” (2017, p. 167). O objetivo é pôr fim à quebra do vínculo de convivência com o genitor não detentor da guarda. Continuamente, a autora afirma que a guarda dos filhos é uma das atribuições do poder familiar (2017, p. 167), de modo que se faz necessário apontar as diferenças entre os dois institutos, de acordo com o disposto na legislação vigente.

O poder familiar, que no passado era denominado “pátrio poder”, guarda suas origens no direito romano, época em que era conferido somente ao homem, chefe da família, um poder arbitrário de disposição das pessoas a ele submetidas. Segundo a nova ordem constitucional, a expressão “pátrio poder” foi substituída por “poder familiar”, mais adequada, uma vez que abrange mulheres e homens, evidenciando mais uma vez o princípio da igualdade.

Entretanto, o termo “poder familiar” não demonstra compatibilidade com a lógica da proteção integral, dado que significa principalmente o dever de amparo e sustento, e não tanto o poder sobre a criança efetivamente, que está associado à uma ideia de liberdade dos genitores com os filhos, relembrando o significado original. Segundo Dias, as expressões “autoridade parental” e “responsabilidade parental” parecem mais coerentes com a Doutrina da Proteção Integral (2017, p. 487).

No que diz respeito à guarda, o Estatuto da Criança e do Adolescente não dispõe expressamente sobre o conceito do referido instituto. Porém, em seu artigo 33, referindo-se à colocação do infante em família substituta, versa que a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (BRASIL, 1989). A partir da leitura do referido artigo, percebe-se que a guarda não necessariamente está vinculada ao poder familiar, apesar de não serem excluídos.

O atual Código Civil, por outro lado, em alteração inovadora dada pela Lei nº 11.698 de 2008, reserva o capítulo XI para tratar da proteção dos filhos e estabelece que a guarda será unilateral ou compartilhada. Segundo a norma, a guarda unilateral é aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, enquanto a guarda compartilhada é exercida por meio da responsabilização conjunta e do exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (BRASIL, 2008).

A redação da referida lei, evidencia no ordenamento jurídico brasileiro, um traço característico das relações entre família e Estado na Modernidade, qual seja, a intervenção estatal na família com o objetivo de proteger os interesses e garantias fundamentais dos filhos. Introduce, assim, no ordenamento jurídico pátrio, a modalidade da guarda compartilhada, objetivando assegurar a convivência familiar e comunitária, com base no melhor interesse do infante. A respeito da referida alteração legislativa, Lelis afirma que: “no entanto, a referida norma ainda era muito tímida no que pertinente à implementação real da guarda compartilhada, tendo em vista que sua disposição foi instituída a título de recomendação, e não a título de imposição legal” (2017, p.169).

Hoje, percebe-se, claramente, que a preferência legislativa é pela guarda compartilhada, entretanto, a cessão do vínculo de convivência com os pais não altera a relação destes com os filhos, na perspectiva do poder familiar, que permanece, ainda que não seja estabelecida a referida modalidade de guarda, por qualquer razão. O genitor não guardião possui o direito de ter a prole em sua companhia, assim como esta tem o direito à convivência com o genitor não guardião e, com isso, a possibilidade de desenvolver e aprofundar os vínculos afetivos. Este possui ainda o dever de supervisionar a vida dos filhos, de modo que tem legitimidade para solicitar informações e até prestações de contas (DIAS, p. 548, 2017).

Assim, a nova redação conferida ao Código Civil passou a indicar a preferência pela guarda compartilhada, em que o convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre os genitores, sempre tendo em vista o melhor interesse da prole. O mesmo Código determina que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (BRASIL, 2002). Destaca-se que o poder familiar deve ser exercido de forma igualitária por ambos os genitores.

A compreensão de que a guarda de crianças e adolescentes deve ser conferida em sua modalidade compartilhada aos genitores, também é percebida na “Lei da Alienação Parental”. Em dois momentos distintos, a referida norma reforça que a guarda compartilhada deve ser prioritária, privilegiando não os pais, mas a criança, que possui a necessidade legal e afetiva de ter acesso à tal convivência (BRASIL, 2010).

Nesse sentido, percebe-se o quanto essa alteração legislativa vem ao encontro das transformações pelas quais a família moderna passou, organizando-se agora ao redor dos vínculos afetivos entre pais e filhos.

É na perspectiva de tais transformações da realidade que foi promulgada a chamada “Lei da Guarda Compartilhada” ou “Lei da Igualdade Parental” (Lei 13.058 de 2014), que nada mais é do que um reflexo significativo da mudança de percepção que o Estado e a própria família têm da criança. Esta norma, que passou a vigorar em 22 de dezembro de 2014, realizou modificações relevantes no Código Civil de 2002, no que se refere à guarda e à proteção dos filhos.

Não mais como uma recomendação, mas como regra geral, a última lei determina que deve ser instituída a modalidade de guarda compartilhada. O texto legal prevê que a convivência com os filhos deve ser dividida de maneira equilibrada, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos (BRASIL, 2014). O objetivo principal é garantir o direito à convivência com ambos os genitores. A criança, que na família tradicional não era sequer tida como um indivíduo, passa a ter seus interesses como principais norteadores da conduta de seus genitores e da rotina de uma família, devendo o seu interesse ser privilegiado.

Entretanto, em que pese a alteração legislativa, é preciso haver uma mudança cultural no que se refere ao exercício da paternidade e maternidade de maneira igualitária, por meio da guarda compartilhada. Como afirma Lelis, “Apesar da inserção da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que para a sua implementação é necessário superar a questão cultural envolta na definição dos papéis a serem exercidos pelo pai e pela mãe.” (2017, p. 171)

Os fundamentos da guarda compartilhada possuem raízes constitucionais, porém igualmente sociais e psicológicas, priorizando sobretudo o direito de convivência, porém não somente dos genitores, mas principalmente da criança, reforçando a ideia da importância da presença e da participação dos pais. Percebe-se claramente a aplicação do princípio do melhor interesse da

Da periferia ao centro: reflexões sobre o lugar da criança e do adolescente na família e a guarda compartilhada

criança e do adolescente, demonstrando o resultado da luta em prol de direitos que garantem o bem-estar da criança, outrora subjugado pela família.

A guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura e como o reflexo de uma mentalidade e de uma percepção que não existia na sociedade tradicional. Tal postura, preconiza que pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, que essas relações devem ser preservadas para a garantia do adequado desenvolvimento físico, psíquico e social das crianças ou adolescentes venha a ocorrer (DIAS, 2017).

Ao passo que tornou a guarda compartilhada a regra geral no caso de dissolução da sociedade conjugal, a imposição legislativa (mesmo que tardia) produziu efeitos relevantes na configuração de famílias cujos genitores tiveram sua sociedade conjugal dissolvida, sendo entendida como meio de efetivação de direitos de crianças e adolescentes sob a óptica da Doutrina da Proteção Integral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após um longo período de indiferença em relação à criança, a família moderna aderiu à uma nova forma de organização, em que os filhos são colocados no centro da estrutura familiar, estabelecendo uma mudança de perspectiva, que resultou de uma modificação histórica e social sobre a criança e o adolescente.

Aliados às evoluções dos direitos da criança e do adolescente, a relevância do princípio da convivência familiar e comunitária e do melhor interesse da criança e do adolescente, que se tornaram elementos essenciais à manutenção da família e que juntos, passaram a exercer a parentalidade responsável, são fatores relevantes para o entendimento que se tem da guarda compartilhada e da relação dos filhos com os genitores.

Em um cenário onde o infante se desloca da periferia para o centro da família, os pais separados são induzidos a modificarem suas rotinas para adaptarem-se aos hábitos de seus filhos, objetivando dirimir os possíveis efeitos negativos que uma separação pode causar sem suas vidas. O rompimento da relação entre os genitores não pode significar o afastamento de qualquer um dos dois de sua prole, bem como não deve causar prejuízos à formação da criança e do adolescente que atualmente está no centro de prioridades da família.

Até o início da Modernidade, a infância não era sequer reconhecida, tampouco protegida. No Brasil, somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual foi estabelecida formalmente a Doutrina da Proteção Integral, como reflexo dos movimentos internacionais em busca de tutelar os direitos destes indivíduos, crianças e adolescentes tornaram-se efetivamente sujeitos de direitos.

A partir de então, verifica-se que a interferência necessária e discutível do Estado e da legislação no amparo de crianças e adolescentes não estava relacionada somente àquelas que não estavam inseridas em um contexto familiar, mas também passou a ser percebida nas relações privadas, amparando qualquer criança ou adolescente, que, por definição, são seres vulneráveis independente do contexto em que se encontrem.

Percebe-se que a intervenção do Estado na proteção à infância impôs que pais divorciados passassem a se preocupar eminentemente com a situação da criança, reprimindo violações de seus direitos, inclusive priorizando a convivência equilibrada com ambos os genitores, independentemente de gênero. A promulgação da Lei 13.058 de 2014, que regula o exercício da guarda compartilhada como regra geral, nada mais é que o reflexo de uma longa trajetória de mudança

do entendimento que se tem sobre a infância, notadamente do seu lugar na família, que antes estava localizado na periferia.

Trata-se, sobretudo, de uma mudança de perspectiva. A guarda compartilhada objetiva não somente o exercício equilibrado da paternidade/maternidade e do poder familiar, mas, principalmente, efetivar o direito da criança e do adolescente de manter uma rotina e de conviver com ambos os seus genitores, privilegiando a sua proteção integral, e colocando seus interesses no centro da família.

Assim, pode-se concluir que a guarda compartilhada, conforme estabelecida pela Lei nº 13.058 de 2014, é um dos efeitos ocorridos na mudança da organização familiar ao longo da Modernidade, e que expressa a centralidade do infante, assim como, dos vínculos afetivos entre pais e filhos nessa nova organização, efetivando, desta forma, o direito constitucional à convivência familiar de crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida; BRAGA, Maria da Graça Reis. Reflexões acerca das novas formas de parentalidade e suas possíveis vicissitudes culturais e subjetivas. **Ágora (Rio de Janeiro)** v. IX. n. 2 jul/dez 2006, p. 177-191, 2006.

ARANTES, Esther M.M. Duas décadas e meia de vigência da Convenção sobre os direitos da criança: algumas considerações, p. 53-96. In BRANDÃO, Eduardo Ponte. (Org). **Atualidades em psicologia jurídica**. Nau Editora: Rio de Janeiro, 2016.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2018.

BILAC, Elisabete Dória. Sobre as transformações nas estruturas familiares no Brasil. Notas muito preliminares. In: RIBEIRO, I. (Org.) **Família em processos contemporâneos: Inovações culturais na sociedade brasileiras**. São Paulo: Edições Loyola, 1995.

BRANDÃO, Eduardo Ponte. A interlocução com o direito à luz das práticas psicológicas em varas de família. IN: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (ORG'S). **Psicologia jurídica no Brasil**. Rio de Janeiro: Nau, 2011.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 15 dez 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.515 de 1977, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm. Acesso em: 28 fev 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, e 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 15 dez 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 15 dez 2019.

BRASIL. **Lei nº 11. 698, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

Da periferia ao centro: reflexões sobre o lugar da criança e do adolescente na família e a guarda compartilhada

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em: 28 fev 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 28 fev 2020.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

COSTA. Jurandir Freire. **Ordem médica e norma familiar**. Rio de Janeiro Graal, 2004.

CUSTÓDIO, André. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, p. 22-43, jan. 2008. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657/454>. Acesso em: 18 dez. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolado: o que a globalização está fazendo de nós**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

LELIS, Acácia Gardênia Santos. O instituto da guarda compartilhada: realidade ou utopia jurídica? p. 165-178. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossetin Costa Beber. **Famílias, Psicologia e Direito**. Brasília-DF: Zakarewicz Editora, 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. "Igualdade entre os Filhos no Direito Brasileiro atual – Direito pós-moderno?." **Revista da Faculdade de Direito da UFRS**, v. 16, 1999.

PERROT, Michelle. **História da vida privada: da Revolução Francesa à Segunda Guerra**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

PINHEIRO, Loiany Sá. A desistucionalização de crianças e adolescentes, como direito à convivência familiar. **RJurFA7**, Fortaleza, x. IX, n.1, p. 135-142, abr, 2012.

SANTOS, Érika Piedade da Silva. Desconstruindo a menoridade: a psicologia e a produção da categoria menor. p. 43-72. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte. (Org). **Psicologia jurídica no Brasil**. Nau Editora, Rio de Janeiro: 2011.

SANTANA, Selma Pereira de; MACEDO, Sóstenes Jesus dos Santos. A justiça restaurativa como um novo olhar sobre justiça juvenil brasileira. **RJurFA7**, Fortaleza, v. 12, n. 2, p. 104-126, jul./dez, 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; OLIVERIA, Lucas Costa. A morte como o melhor interesse da criança: uma proposta a partir dos casos de Charlie Gard e Alfie Evans. **Revista de Bioética y Derecho**. n. 48, p. 177-191, 2020.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**. Da indiferença à proteção integral: Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SOUZA, Solange Jobim. Infância, violência e consumo. In: _____ (Org.). **Subjetividade em questão: a infância como crítica da cultura**. Rio de Janeiro: 7letras, 2005.

XAUD, Geysa Maria Brasil. Os desafios da intervenção psicológica na promoção de uma nova cultura de atendimento ao adolescente em conflito com a lei. p. 87-102. In: BRITO, Leila Maria Torraca de. (Org). **Temas de psicologia jurídica**. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1999.

Submetido em: 2 mar. 2020.

Aceito em: 23 jun. 2021.

DA SOBERANIA JURÍDICA À NACIONALIDADE: DA LOCALIZAÇÃO ESTATAL À DESLOCALIZAÇÃO ESPORTIVA

Ramon Negócio

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará
negocioramon@gmail.com

RESUMO: Este trabalho objetiva analisar como conceitos de soberania, cidadania e nacionalidade – tradicionalmente do direito público – são ressignificados pelo direito desportivo. O artigo parte da premissa de que a globalização já transformou a nossa forma de ver o Estado. O Estado e a sua estatalidade passam a conviver também com atores privados. A percepção sobre território, povo e monopólio da sanção ganham novos atores de controle. Com isso, faz-se necessário diferenciar soberania jurídica da soberania política para explicar a validade das decisões de estruturas globais privadas, tal como a *lex sportiva*. Pautada na autonomia privada, a ordem desportiva consegue ser efetiva por causa de seu caráter associativo e de sua hierarquia. A partir de casos concretos e pesquisa bibliográfica, o Tribunal Arbitral do Esporte consegue aplicar, dentro de sua lógica interna, a ideia de soberania jurídica, cidadania e nacionalidade para garantir a igualdade desportiva. As conclusões apontam que alguns conceitos tradicionais do direito público não dão mais conta de explicar a atuação de atores privados globais, necessitando, assim, de uma reatualização.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização. *Lex sportiva*. Soberania. Cidadania. Nacionalidade.

From legal sovereignty to nationality: from state location to sports delocalization

ABSTRACT: This paper aims at analyzing how the concepts of sovereignty, citizenship and nationality – traditionally ascribed to public law - are re-signified in the realm of sports law. The paper starts off with the premise that globalization has already transformed our way of looking at the state. Now the state begins to coexist with private actors. The perception of territory, people and the monopoly of sanction gains, by that token, new controlling actors. Thus, it is absolutely necessary to differentiate between legal sovereignty and political sovereignty in order to explain the validity of decisions made by private global structures such as *lex sportiva*. Resting on private autonomy, the sports order manages to be effective because of its associative character and hierarchy. Based on concrete cases, the Court of Arbitration for Sport manages to apply within its internal logic the idea of legal sovereignty, citizenship and nationality in order to guarantee sports equality. The conclusions suggest that some traditional public law concepts no longer account for the performance of global private actors, thus urging to be updated.

KEYWORDS: Globalization. *Lex sportiva*. Sovereignty. Citizenship. Nationality.

INTRODUÇÃO

A imagem de ex-presidentes da FIFA, como Joseph Blatter e João Havelange, ou do Comitê Olímpico Internacional, como Juan Antonio Samaranch e Jacques Rogge, sendo recebidos como Chefes de Estado nunca foi incomum. Apesar de não representarem um único país, tais representações falavam em nome de mais de duzentos membros (mais do que a ONU, por exemplo). Entidades desportivas como essa são organizações privadas com alto grau de vinculação a

seus membros em torno de suas regras. O tema, mais que se encaixar em uma percepção transconstitucional, exige uma nova reflexão sobre conceitos tradicionalmente do direito público ressignificados pelo direito privado. A partir das ideias de “soberania”, “cidadania” e “nacionalidade”, este artigo visa apresentar como a lógica associativa de atores privados dá nova aplicabilidade a conceitos constitucionalmente estabelecidos.

1. GLOBALIZAÇÃO COMO CONDICIONANTE DA ESTATALIDADE

Não foram poucas vezes que a literatura jurídica tratou da transformação da estatalidade (*Staatlichkeit*) frente a participação internacional, supranacional e de atores privados com papéis estatais. Esse papel do Estado em movimento fragmentário (ou diluído) se associava a uma sociedade mundial (*Weltgesellschaft*), tornando a localidade menos relevante como condição de possibilidade de ver e ouvir (LUHMANN, 2000, p. 220). Em uma sociedade mundial, os Estados se tornam dependentes entre si. A soberania (com sua função de proteção) perde força diante de uma responsabilidade com ordens regionais. Surge uma conexão heterárquica e em rede de comunicações tanto nos níveis de organizações quanto no das profissões – ainda mais aprofundada com a internet (LUHMANN, 2000, p. 221). Todavia, isso não é suficiente para negar a diferenciação segmentária do sistema político – delimitada pelo território –, que serve para introduzir condições de diferenças e semelhanças dos segmentos: “Isto é feito reduzindo a igualdade à ‘estatalidade’ e a estatalidade à competência de comunicação organizada” (LUHMANN, 2000, p. 227). Isso ainda se aprofunda com o poder de regulação e tomada de decisão de atores privados, que também vinculam Estados.

Nesse contexto de mudança da estatalidade, Teubner defende que há um remodelamento das instituições constitucionais nacionais. Porém, isso acaba por ser um campo de possibilidades que promove instituições constitucionais e democráticas em uma nova forma da sociedade mundial diante de “um sistema de negociação transnacional entre atores coletivos globais” e “uma restrição constitucional do poder social nos processos políticos globais” (2012, p. 13). Diferentemente de Luhmann, Teubner é mais radical na percepção da descentralização das funções do Estado, de modo que autoriza o aparecimento de atores globais da sociedade civil, que produzem seu próprio direito em torno de temas como economia global, meio ambiente, tecnologia etc.. Tal radicalidade coloca o Estado numa relação de horizontalidade, isto é, heterárquica com atores privados (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2006, p. 16-19).

Para Teubner, a lógica normativa interna de atores privados transnacionais se desgruda da validade normativa estatal. Isso não nega a possibilidade de construção interna pautada em regras primárias e secundárias, mas, nesse caso, os códigos estatais não servem como base de validade dos códigos privados. Estes teriam sua validade em “uma combinação independente de normas primárias e secundárias no mundo da ordem privada” (2012, 81-82). O direito internacional ainda permanece relevante nesse modelo. Todavia, coloca outros atores não tradicionais como relevantes no discurso jurídico, o que apresentaria três novos desafios para a soberania estatal:

First, supra-national norms and structures (international human rights law, the WTO) impinge upon sovereignty in unprecedented ways. The claim here is not that states have been hermetically sealed up to this point; it is rather that interference in state sovereignty is now being justified in legal terms that carry increasing weight around the world. Second, subnational groups are demanding (and receiving) increasing degrees of autonomy [...]. The third dimension along which sovereignty is under challenge as “transnationalism” – the presence within state borders of communities of non-nationals with significant ties across borders (ALEINIKOFF, 2000, p. 202).

O que se percebe é que a estatalidade está em “uma mudança funcional fundamental nos processos de desagregação dos subsistemas sociais” (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2006, p. 159). Assim, crescem as atividades de organizações paraestatais, exigindo uma nova coordenação com outras fontes não mais tradicionalmente legais (MAYER, 2005, p. 175). O critério hierárquico das fontes do direito é relativizado em um contexto de fortes influxos externos, demandando um alargamento que inclui tanto as regras dentro e fora do Estado (VESTING, 2015, p. 91). O direito do Estado, cada vez mais cognitivo no sentido de uma cooperação, deixa de se tornar de autoridade central, pois cria ligações com diferentes Estados, poderes públicos, associações, economia e ciência (DI FABIO, 1998, p. 145). A unidade estrutural do Estado entre direito e política parece se diluir (DI FABIO, 1998, p. 145), colocando o Estado em uma rede de relações. Assim, não só a soberania passa por mudanças, mas também as relações de direito público e o Estado (VESTING, 2003, p. 42). Em um contexto transnacional, isso resulta em uma mútua influência, que aceita a produção de convenções, regras e padrões descentralizados e autônomos, de modo que haveria uma “concorrência legislativa” (*Gesetzgebungswettbewerb*) que exigiria uma rede flexível de fontes de direito, gerando, também, uma heterarquia de fontes (VESTING, 2015, p. 112). O direito do Estado na sociedade mundial exige uma confrontação com outras esferas globais e suas respectivas ordens normativas, tornando suas relações mais flexíveis ao invés de se seguir uma única lógica territorial (VESTING, 2003, p. 59).

A narrativa sobre a transnacionalização do direito sugere não necessariamente o bloqueio regulatório do Estado, senão um crescente processo de autorregulação ou correção tendo em vista traços legitimatórios¹, mas, contextualmente, inclui e exclui determinados atores estatais e internacionais, para evitar a excessiva politização e burocratização de soluções eminentemente técnicas (BOTZEM, 2005).

A estatalidade está intimamente entrelaçada pelo seu território, povo e concentração do uso da força por parte do Estado: “o povo traduz-se em uma comunidade reunida legal e culturalmente” (KOKOTT, 2003, p. 12); “o território é o âmbito de delimitação do uso da força, sua sanção, entendendo a hierarquia do Estado” (KOKOTT, 2003, p. 14). Essas duas ideias demandam ressignificação, não só pelo contexto do direito comunitário e de integração, mas também pelo fenômeno associativo global. Assim, a concentração da força no Estado passa ser mitigada.

Se já se entende que a globalização e o aparecimento de outros atores condicionam a estatalidade e dá um lugar diferente para os Estados, resta entender, de modo concreto, como a estrutura privada da *lex sportiva* é vinculante. A segmentação do Estado se dilui num processo associativo, cuja regulação de atores privados por meio de códigos desportivos redimensiona o papel de atores estatais e internacionais.

2. ESTRUTURA DA LEX SPORTIVA E VINCULAÇÃO ASSOCIATIVA

O direito desportivo possui uma estrutura autorregulatória que viabiliza retorno concreto de decisões, reduzindo incertezas em função da falta de conhecimento específico do Estado (LEYENS, 2015, p. 614). Cumpre, assim, a função de uma ordem jurídica para estabilizar expectativas normativas e orientar condutas a partir do controle das regras em nome do grupo (LEYENS,

¹ Em outro sentido de co-participação, afirma Perrit: “Criteria for private governance must include standards for determining real consent-and thus activating a contractual matrix for private regulation. When consent is not the legitimating engine of private governance, public legal institutions must specify criteria entitling private regulatory regimes to deference or immunity, and conversely apply standards for civil liability. For private regulatory regimes with direct effect-exercise of private power to exclude persons from desirable resources-private rights of action must allow challenges to impermissible private regulatory decisions. The content of these rights of action should reflect public concerns”, (PERRITT JR., 2001, 216).

2015, p. 615), ou, mais precisamente, nos termos de vinculação que transcendam as partes envolvidas em uma lide. Entre o lance que define o título da Libertadores de 2019 e uma decisão antidopagem da Corte Arbitral do Esporte (TAS ou CAS), existe uma estrutura hierárquica que estabelece os direitos e deveres e identifica quem produz e julga normas. Tal estrutura transcende o campo de jogo, dado que este pressupõe todas as regras pré-estabelecidas.

A vinculação de atores desportivos é dependente da estrutura olímpica² desportiva, que inclui as Federações (ou Confederações) Nacionais de esporte. Estas legitimam um atleta a participar localmente de uma competição, atestando a validade de vitórias, campeonatos e recordes³. A ambição ou a potencialidade de se internacionalizar o esporte faz surgir a necessidade de reconhecimento de uma Federação Internacional, cuja função – além de organizar as competições internacionais – é validar a inclusão de atores desportivos nacionais.

Assim, por mais que a atividade física ou o esporte tenha uma grande aderência ou que um determinado atleta amador possua mais talento do que um federado, o processo vinculatorio só existirá com a formalização e reconhecimento de uma estrutura esportiva (como ocorre no âmbito Olímpico).

Em grande medida, a maioria das organizações esportivas buscam nas Olimpíadas apresentar suas competições e seus melhores atletas em sua plenitude. É nessa competição que há maior visibilidade comercial.

Para uma Federação poder ter seu esporte sendo apresentado mundialmente nesse evento, dependerá de reconhecimento do Comitê Olímpico Internacional (COI), que possui sua dimensão nacional por meio de seus Comitês Olímpicos Nacionais (tal como o Brasileiro, o COB).

As regras do jogo não são apenas garantidas com a organização da competição. É sempre possível que atletas ou federações nacionais tentem interpretar as regras no limite, para que possam conquistar títulos. Não raramente, buscam uma vantagem ilícita, de modo que a igualdade esportiva seja violada. É nesse contexto que aparece o doping de atletas. Para combater essa ilicitude, a estrutura desportiva desenvolveu um Código Antidopagem, cuja administração fica por conta da Agência Mundial Antidoping (WADA). Esta possui uma configuração híbrida: Estados e entes privados esportivos possuem representação na política e na regulação antidopagem. Aqui, Estado e entidades privadas se unem em torno de valores jurídicos como garantia da saúde e igualdade desportiva.

Por fim, como centro da ordem jurídica, participa a Corte Arbitral do Esporte (CAS ou TAS), que determina a validade ou invalidade de seu programa normativo, isto é, dos regulamentos das Federações Internacionais e de contratos internacionais entre atletas e clubes, além de determinar se o comportamento do atleta ou entidade esportiva está em consonância com a regulação da WADA⁴. Como um pressuposto básico para a participação nas Olimpíadas, o COI fez valer as decisões do CAS, exigindo que todos os entes desportivos acatem as decisões e reconheçam, em seus próprios estatutos, essa exigência olímpica (FOSTER. 2019, p. 1).

Se, por um lado, para a vinculação às regras estatais, basta ser cidadão ou estar em território estatal, no caso do esporte, ao contrário, depende-se da autonomia privada de seus participantes, isto é, na aceitação das regras pelos associados (atletas, treinadores, dirigentes etc.) e do

² Há alguns esportes que não estão incluídos na organização olímpica, tais como esportes sem monopólio da administração esportiva (caratê) ou esportes ditos profissionais (boxe) ou esportes/organizações que não possuem interesse em se vincular às regras e estrutura olímpica (MMA/UFC).

³ Um exemplo é a Confederação Brasileira de Vôlei (CBV), que ainda reconhece as federações locais

⁴ Em caso recente, o CAS proibiu a participação da Comitê Olímpico da Rússia em participar das Olimpíadas de Inverno por descumprir as regras da WADA (sentença nº 2020/O/6689 WADA v/ RUSADA, disponível em https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Media_Release_6689_decision.pdf).

estabelecimento de hierarquia entre instituições e de monopólio esportivo (VAN KLEEF, 2014)⁵. Isso inclui o aceite do atleta, que se adequa às regras do jogo e ao entorno profissional exigido para que possa participar das competições (ROTHEL, 2007, p. 757). Ainda que exista algum entrelaçamento, a estrutura privada das entidades desportivas tenta se afastar da apreciação jurídica por atores estatais⁶, tendo em vista não somente o princípio da igualdade, mas também a autonomia da ordem desportiva (FOSTER, 2019, p. 2).

O fato é que a *lex sportiva* é uma ordem jurídica. Em termos da teoria dos sistemas, tal ordem é mediada por um código binário (lícito/ilícito), por programas normativos que geram conteúdo jurídico e estabilizam expectativas normativas. Livros de regras e estatutos foram reescritos no nível nacional ou internacional, reivindicando autonomia e ganhando forma de documento legal (NEGÓCIO, 2014, p. 137). Por esse contexto associativo e dependente das competições desportivas, a *lex sportiva* se torna uma ordem extremamente eficaz na tomada de decisões. E o termo *lex sportiva* representa essa aplicabilidade generalizada de normas jurídicas sem a necessidade de uma vinculação local⁷. Por, não raramente, lidar com problemas transconstitucionais, tal ordem também nos permite repensar conceitos de direito público por uma entidade eminentemente privada.

3. SOBERANIA JURÍDICA

O tratamento de soberania como temática parte, geralmente, de duas vertentes: uma política e outra jurídica. O campo do poder/ não-poder confronta o código do lícito/ilícito no campo da soberania. Um debate tradicional está entre Schmitt e Kelsen. Para Schmitt, soberano é quem decide em um caso limítrofe, isto é, em um Estado de exceção (Schmitt, 2006, p. 7): a ordem jurídica repousa em uma decisão e não em uma norma (Schmitt, 2006, p. 10-11). A decisão nessa situação liberta-se de qualquer vínculo normativo; “torna-se absoluta em sentido real”. Para embasar tal ponto, o autor se apoia no Estado de exceção, em que há a suspensão do Direito em prol da autoconservação (Schmitt, 2006, p. 7). Assim, é somente o soberano que decide, definitivamente, sobre se tal situação “normal é realmente dominante”, tendo, portanto, o monopólio da última decisão (Schmitt, 2006, p. 13-14). O “monopólio decisório” definiria a soberania jurídico-estatal (Schmitt, 2006, p. 14). Consagra, portanto, que a vinculação do poder supremo fático e jurídico é o “problema principal da soberania” (Schmitt, 2006, p. 18). Assim, “a realidade jurídica depende de quem decide, mas surge do aspecto juridicamente concreto” (Schmitt, 2006, p. 32).

Kelsen, em contraponto a Schmitt, pensa que o Estado só pode ser considerado soberano, porque há uma ordem jurídica como ponto de partida (2000, p. 544). Para o autor “apenas uma ordem normativa pode ser ‘soberana’, ou seja, uma autoridade suprema, o fundamento último de validade das normas que um indivíduo está autorizado a emitir como ‘comandos’ e que os outros são obrigados a obedecer” (KELSEN, 2000, p. 545). O poder factual se submete ao dever-ser: o Estado enquanto conceito jurídico está separado do Estado como conceito sociológico (KOSKENNIEMI, 2005, pp. 226-27). A validade (objeto do dever-ser) só pode ser derivada de uma

⁵ É a regra, mas há Federações Internacionais que não possuem controle sobre certas instituições desportivas, muito embora possam ter atletas que participam das competições internacionais. É o que ocorre com a Federação Internacional de Basquete (FIBA) e a National Basketball Association (NBA).

⁶ Isso não exclui que não seja possível ocorrer, dado que, ainda que as instituições sejam transnacionais, elas se submetem a alguma ordem jurídica nacional e/ou supranacional.

⁷ Isso não exclui alguma interferência estatal ou supranacional na organização do direito desportivo, mas o que fica claro é que, apesar de uma organização se estabelecer em um país, pode ela se mudar para algum outro país menos intervencionista.

norma acima, até a norma hipotética fundamental, sendo o Estado dependente disto. Nesta ótica, “soberania” é apenas uma forma de dizer que a ordem legal é válida (KOSKENNIEMI, 2005, pp. 226-27).

Koskenniemi entende utópica a visão de Schmitt quando expressa a rejeição total à ênfase realística, falhando em dar proteção aos Estados que assumiram liberdade e independência inicial; ao mesmo tempo que soa apologista o argumento de Kelsen quando falha em distinguir entre a decisão real e a decisão legítima, além de não conseguir proteger a igualdade de outros Estados e de não explicar a restrição externa ao poder do Estado (2005, pp. 228). Parece, porém, que o debate pode ganhar nova forma e ir além desse espaço territorialmente definido. Para tanto, o conceito de soberania tende a ser “reduzido à dimensão normativo-jurídica, enquanto não-subordinação da ordem ou instituição jurídica” (NEVES, 2008, p. 157).

Aqui, a noção de soberania está conectada ao que se construiu como Estado Democrático de Direito, isto é, sob a ótica dos sistemas político e jurídico. Por um lado, a soberania será compreendida como “autonomia funcional condicionada e territorialmente determinada do sistema político” como forma de proteção a outras interferências sociais (NEVES, 2008, p. 159). Por outro lado, a soberania significará “a autonomia operacional do sistema jurídico” (NEVES, 2008, p. 160). A Constituição poderá ser definida como “mecanismo da soberania do Estado enquanto organização central ou centro de observação de dois sistemas estruturalmente acoplados, a política e o direito” (NEVES, 2008, p. 161). Assim, a Constituição funciona como mecanismo que retira o paradoxo da relação poder e licitude, de modo que entrelaça hierarquias na relação do poder positivado pelo direito, assim como a licitude fica condicionada à alteração permanente da vinculação política (NEVES, 2008, p. 161).

Entendo que o sistema jurídico comporta outras ordens sociais não-estatais (TEUBNER, 2004, p. 999), a soberania jurídica não sentirá necessidade de território para se validar ou fazer uso “de monopólio da força”. Isso também ajuda a explicar a eficácia das decisões de ordens transnacionais, em especial, da *lex sportiva*. O pluralismo legal global, assim, nem sempre vai seguir “fórmulas de unidade legal, nem de ideal teórico de uma norma hierárquica” (TEUBNER, 2004, p. 1003). A soberania jurídica será global, fragmentada e, por vezes, autônoma ao Estado. Uma análise pertinente está na sentença nº 2008/A/1572 ; /1632 ; /1659. – 13 de novembro de 2009. – Gusmão c/ Federação Internacional de Natação (FINA)⁸. Ela apresenta o exemplo de banimento de uma atleta por toda a vida nas competições internacionais esportivas. Esta sentença vai mostrar uma percepção diferente sobre o mesmo problema quando existem duas ordens jurídicas soberanas interessadas: a *lex sportiva* e a ordem jurídica brasileira.

A brasileira Rebecca Braga Gusmão era nadadora de alta performance e de nível internacional. Por isso, era afiliada à Confederação Brasileira de Desportos Aquáticos (CBDA). A atleta recorreu de três decisões da Turma de análise dos casos de Doping da FINA (DP), que determinou violação das regras antidoping. Duas delas se referem à presença de uma substância proibida encontrada na amostra coletada da atleta nos testes antidoping conduzidos em 25 e 26 de maio de 2006 (TAS/A/1632) e em 13 de julho de 2007 (TAS/A/1572), respectivamente. A terceira violação de regra alegada refere-se à adulteração do controle conduzido em 12 de julho de 2007 e outro conduzido em 18 de julho de 2007 (TAS/A/1659).

Durante o campeonato de natação em 2006, a atleta foi submetida a um teste feito pela CBDA em 25 e 26 de maio de 2006. As amostras foram enviadas para um laboratório credenciado pela WADA em Montreal, Canadá. A amostra do dia 26 de maio apresentou testosterona de origem exógena. A FINA recomendou que a CBDA continuasse a ouvir o caso mesmo depois

⁸ Disponível em <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1572.%201632.%201659.pdf#search=2008%2FA%2F1572>.

que o diretor médico tenha sugerido que não havia base para a punição da atleta na primeira amostra. Em audiência realizada pela CBDA em maio de 2007, a atleta confirmou que todas as amostras foram coletadas corretamente e não se opôs ao procedimento. Considerando as diferenças entre CBDA e FINA na interpretação dos resultados laboratoriais, a Turma julgadora da CBDA decidiu não suspender a atleta. A FINA solicitou ao laboratório a análise da amostra B (controle), que confirmou resultados consistentes para testosterona exógena. De acordo com os resultados, a FINA solicitou à CBDA que organizasse uma audiência imediatamente para considerar os resultados desfavoráveis e para emitir uma decisão final o mais rápido possível. Mesmo após a amostra B, a CBDA ainda mantém sua posição, pois não pode garantir a presença de doping e, portanto, não pode punir o atleta. A FINA recorreu ao TAS, que se recusou em julgar, pois as próprias esferas da FINA não foram esgotadas.

A FINA promoveu audiência por meio de sua Turma recursal antidoping. A atleta nomeou o Dr. de Castro como perito. A Equipe Antidopagem da FINA decidiu em sua decisão que os atletas violaram os regulamentos na forma de substâncias proibidas. De acordo com o curso, foi comprovada de forma convincente a existência de testosterona exógena. A partir de 17 de julho de 2008, a atleta foi condenada, não podendo participar da competição de 2 anos. A atleta recorreu à TAS em 12 de agosto de 2008.

A atleta participou da competição de natação dos Jogos Pan-americanos, realizada no Rio de Janeiro de 13 a 29 de julho. Na ocasião, ela se submeteu a dois testes antidoping de 12 a 18 de julho de 2007, que deram suporte ao recurso TAS/A/1659. As amostras foram enviadas a um laboratório credenciado em Montreal, Canadá, para análise. Em 30 de julho de 2007, o laboratório descobriu que a amostra continha testosterona exógena. Isso levou à notificação da FINA de que a atleta será temporariamente suspensa de 2 de novembro de 2007 até a audiência da Turma antidoping da FINA. Após o anúncio da penalidade, a atleta se apresentou ao público da Equipe Antidoping da FINA e, no dia 12 de março, foi julgado que a atleta havia violado as regras antidoping e foi punido com desclassificação de dois anos. Contudo, com o processo anterior correndo, essa poderia ser a segunda punição, resultando na inelegibilidade para toda a vida, o que fez a Turma esperar o resultado do processo anterior para pronunciar se a pena seria para toda a vida.

Ainda no Pan-Americano, ela foi submetida a um teste, fora da competição, conduzido pelo Comitê Organizador dos Jogos. As amostras enviadas ao laboratório, credenciado pela WADA, atestaram negativos para as amostras coletadas no dia 12 de julho. Todavia, o laboratório informou que havia claras indicações de uma elevada alteração, o que sugeriu que uma avaliação mais profunda na amostra (reforçado por um observador internacional da Agência, que requereu ao laboratório o perfil das amostras coletadas nos dias 12 e 18 de julho de 2007, revelando ser de diferentes pessoas). No dia 27 de outubro de 2007, o laboratório SONDA, credenciado pela Justiça brasileira para examinar análises de DNA para a Polícia Federal, relatou à comissão médica da organização dos Jogos que as amostras eram de diferentes doadores. Uma audiência foi realizada em 27 de julho de 2008. No dia 3 de setembro de 2008, a Turma decidiu que ela era inelegível por toda a vida em razão da segunda ofensa às regras antidoping.

A atleta alegou que, devido à extrema diluição e degradação bacteriana das amostras, não seria confiável estabelecer a presença de testosterona exógena. Além disso, a condição patológica da atleta explicaria a alteração. Por fim, a atleta alegou desvios procedimentais. Analisando os méritos, a Turma do TAS concluiu que a análise era confiável e de origem exógena da testosterona. Além de não constatar nenhum problema procedimental, a Turma acatou a tese de que ela cometeu uma violação a uma regra antidoping (inclusa a acusação de adulteração do controle antidoping cometido pela atleta).

O TAS afirmou, ainda, que as investigações da polícia brasileira não tinham nenhum efeito vinculante ou prejudicial. De acordo com o artigo R58 do código do TAS a Turma tem de aplicar as regras da FINA, incluindo as regras e padrões de prova que a Turma aplica em sua decisão. A Justiça brasileira, em carta enviada à Turma, afirmou que não existia evidência suficiente para convicção para prosseguir com a acusação contra a atleta. A Turma, em função de seu próprio programa normativo, não podia aceitar a decisão da Justiça brasileira. Portanto, a conclusão da Justiça não afetou a decisão, dado que a corte brasileira, sob o direito penal brasileiro, aplicou diferentes regras para se chegar àquela decisão.

Na soma de todas as sanções, a Turma decidiu a atleta deveria ser banida por toda a vida do esporte. A sentença apresentou a coexistência de duas soberanias jurídicas em torno do mesmo problema. Ainda que houvesse uma decisão penal que inocentasse a atleta, o TAS fez uso de sua soberania jurídica: não se vinculou ao que foi decidido pela Justiça brasileira, ainda que não excluísse a pertinência do que decidira a Justiça brasileira. Ele dividiu os planos da matéria a serem decididas, ou seja, a Justiça brasileira até poderia condenar a atleta sob os argumentos penais, mas não esportivos. Mesmo entendendo existir pertinência na decisão brasileira, o que reforça a soberania jurídica da *lex sportiva* é a possibilidade de aplicar uma pena de caráter perpétuo à atleta, muito embora a Constituição brasileira, em seu art. 5º, XLVII, “b”, a proíba. Ou seja, em razão de sua soberania jurídica, é fundamental aplicar a legislação transnacional, ainda que exista previsão constitucional contrária. Conclui-se que, antes de se buscar uma horizontalidade entre Estados, é fundamental encontrar uma relação horizontal entre ordens jurídicas, dadas suas respectivas soberanias, que, de fato, não podem ser ignoradas na eficácia de suas decisões.

4. CIDADANIA E O ACESSO AOS PROCEDIMENTOS CONSTITUCIONAIS

A cidadania possui uma conceituação ambígua. Por isso, a leitura que lhe será dada é a de “inclusão de toda a população na ‘prestação dos sistemas sociais’” (NEVES, 1994, p. 259). A cidadania está vinculada “à auto-referência dos sistemas político e jurídico” (NEVES, 1994, p. 259), sendo ela “incompatível com ingerências bloqueantes e destrutivas de particularismos políticos e econômicos na reprodução do Direito” (NEVES, 1994, p. 259).

O núcleo básico é o princípio da igualdade enquanto “mecanismo jurídico-político de inclusão social”, apresentando-se “em uma pluralidade de direitos reciprocamente partilhados e exercitáveis contra o Estado” (NEVES, 2008, p. 175). A crescente constitucionalização de exigências integrativas dos sistemas políticos e jurídicos na sociedade (NEVES, 2008, p. 179) é fruto de três fases: o surgimento da semântica de direitos humanos, orientado na construção e na ampliação generalizada dos direitos de cidadania; o reconhecimento e incorporação estatal da semântica dos direitos humanos em sua Constituição como direito fundamental; por fim, “a concretização das normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais” (NEVES, 2008, p. 182).

O fundamental à cidadania é o “acesso generalizado aos procedimentos constitucionalmente estabelecidos e aos benefícios sistêmicos deles decorrentes nos diversos setores da sociedade” (NEVES, 2008, p. 183). A cidadania deriva da esfera pública para os sistemas jurídico e político, e retorna destes para aquela. Portanto, é possível afirmar:

[...] de um lado, a pluralidade de direitos que constitui a cidadania relaciona-se com a diferenciação sistêmico-funcional da sociedade; de outro, com a heterogeneidade de expectativas, valores e interesses que circulam por diversas formas discursivas na esfera pública e exigem tratamento equânime nos procedimentos constitucionais (NEVES, 2008, p. 183).

Uma das características da cidadania, especialmente no Brasil, é o acesso ao Judiciário. Diante da ordem transnacional desportiva, ele não será mitigado, senão deslocado a um tribunal desvinculado de qualquer Estado. Não somente sob esta óptica, a sentença nº 2007/A/1370 e 2007/A/1376, de 11 de setembro de 2008 – FIFA & WADA c/ Superior Tribunal de Justiça & Confederação Brasileira de Futebol & Mr. Ricardo Lucas Dodô⁹, também contribuirá na compreensão da organização e funcionamento da ordem jurídico-desportiva brasileira.

No dia 14 junho de 2007, o atleta Dodô foi selecionado para exame antidoping no Campeonato Brasileiro de Futebol após a partida entre Botafogo e Vasco da Gama. O teste revelou a presença de substância proibida (Fenproporex), sendo um forte estimulante e precursor da amfetamina. Apesar de trazer provas de um laboratório da USP de que foi contaminado por uma capsula de café produzida em farmácia de manipulação, a Comissão Disciplinar lhe impôs uma suspensão de 120 dias. Entendeu que a explicação do jogador era implausível, especialmente a luz dos fatos de que nenhum outro jogador do Botafogo foi testado positivo em qualquer outro jogo. Todavia, ao julgar recurso do atleta, o Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD), no dia 2 de agosto de 2007, decidiu, por maioria, que o argumento do jogador era válido, sendo ele vítima de contaminação, retirando dele a alegação de que teria sido negligente. Dessa forma, a decisão da Comissão de suspensão do atleta foi reformada.

Não conformadas com a decisão, a CBF, a FIFA e a WADA recorreram da decisão do STJD junto ao TAS, requerendo a suspensão imediata do atleta. Preliminarmente o TAS decidiu que tinha jurisdição para regradar sobre o caso (algo contestado pelo atleta), como também não acatou o pedido de suspensão provisória do atleta. Ainda antes da audiência, manifestando-se por carta, o STJD confirmou sua posição e afirmou que o TAS não tinha jurisdição *rationae personae* sobre o tribunal nacional, embora aceitando que tinha jurisdição *rationae materiae* sobre o caso.

Já na audiência, mesmo reconhecendo a independência do STJD, a FIFA e a Agência Mundial Antidoping reforçaram que o TAS tem jurisdição para julgar o caso, dado que o artigo 61 de seu estatuto mais atualizado prevê essa possibilidade. Nesse caso, seus membros são obrigados a incorporar em suas regulações as provisões de administração do doping e que, em caso de exame positivo para a substância proibida, a primeira ofensa exige o cumprimento da pena de 2 anos de suspensão. De acordo com o Código Mundial Antidoping, o jogador não podia meramente alegar, sem provas, que houve contaminação para se eximir da pena. Além de não conhecer os padrões aplicados pela farmácia de manipulação, a Agência Mundial Antidoping também nega que tenha sido contaminado o produto. Entendendo que o jogador foi negligente, que a substância melhora a performance e que não foi mencionado o uso de qualquer suplemento ou medicamento no exame antidoping, pediram para que o atleta fosse suspenso por dois anos do futebol.

O atleta Dodô negou que o TAS tivesse jurisdição sobre seu caso. Afirmou que o Código Brasileiro de Justiça Desportiva não menciona o TAS como um órgão recursal, mas estabelece que as decisões do STJD são finais, vinculantes e não sujeitas a recurso. O jogador ressaltou a independência do STJD, que não tem nenhuma conexão legal com a CBF, conforme previsto no artigo 217 da Constituição Brasileira, que garante o STJD como um tribunal de esporte autônomo e independente, e na Lei Pelé. Alegou que não há previsão recursal no estatuto da CBF e do STJD para a competência do TAS. Além disso, alegou que o artigo 13 do Código Mundial Antidoping, no Brasil, não era efetiva no tempo da alegada ofensa de doping. Expôs que não teve culpa alguma na ingestão das capsulas, eis que ingeriu as capsulas indicadas pelo médico da

⁹ Disponível em <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1370.%201376-O.pdf#search=2007%2FA%2F1370>.

equipe; ele não questionou a origem das capsulas, pois havia utilizado os serviços da companhia durante dois anos. O atleta afirmou que a pena de dois anos é desproporcional sob as circunstâncias dele, pois não houve culpa. Mesmo no caso de pouca *significância de culpa*, em um pior cenário, a sanção máxima seria de 360 dias, possivelmente reduzida pela metade para o caso de preferência do Código Disciplinar da FIFA.

Para decidir definitivamente sua competência sobre todos os atores envolvidos, o TAS afirmou que a CBF adere aos regulamentos da FIFA, conforme seu próprio estatuto. O Estatuto da FIFA prevê que, quando exauridos todos os recursos internos, a FIFA e a WADA são competentes para recorrer ao TAS contra decisões envolvendo o doping adotados pelos membros da FIFA. Isso torna a CBF legalmente ligada a uma decisão do TAS. Contudo, tendo em vista o Direito brasileiro e as regras esportivas brasileiras, a Turma arbitral opina que o STJD é um órgão de justiça que, embora independente em sua atividade de julgar, deve ser considerado parte da estrutura organizacional da CBF.

Ao verificar o direito brasileiro, observou-se que o artigo 217, §§ 1º e 2º, da CF menciona que a Justiça comum só tem competência quando se tenham exaurido todos os procedimentos. O art. 217 da CF não especifica como os órgãos da justiça desportiva devem ser estruturados nem se eles são independentes ou como é montada interna ou externamente a estrutura organizacional das federações esportivas. O art. 217 deixa a regulação ordinária para tais detalhes ao direito ordinário. Citando o art. 69-71 do estatuto da CBF e art. 23, I, da Lei Pelé, (“Os estatutos das entidades de administração do desporto, elaborados de conformidade com esta Lei obrigatoriamente regulamentar, no mínimo: I- instituição do Tribunal de Justiça Desportiva, nos termos desta Lei”), o TAS entendeu que o STJD é um órgão de Justiça independente e autônomo. Nem por isso o STJD não está obrigado a cumprir as regulações da FIFA de aplicação universal.

Embora admirado com a separação de funções na CBF, que respeitava os julgados do STJD, isso não alterava o fato de que este é instituído pelo Estatuto e dependente de financiamento administrativo da Confederação Brasileira de Futebol. O TAS, ao contrário, não depende da existência, por exemplo, do COI para existir: não depende financeiramente, nem esportivamente, podendo existir somente com a presença de outras Federações Internacionais. Dessa forma, o TAS concluiu que qualquer decisão do STJD deve ser considerada como decisão da CBF, o que a torna responsável em face da FIFA, mesmo pelas decisões de seu Tribunal. Consequentemente, a Turma tem jurisdição *rationae materiae* sobre a decisão recorrida, mas não tem jurisdição *rationae personae* contra o STJD.

Merece consideração a seguinte reflexão: na Justiça desportiva brasileira atualmente, não há um só órgão responsável pelo julgamento de todos os esportes nacionais, mas sim, de forma fragmentada, pelo esporte representado. A única coisa que dá algum parâmetro procedimental, de âmbito nacional, a todos esses tribunais é o Código Brasileiro de Justiça Desportiva – Resolução nº 29 do Conselho Nacional do Esporte; a Lei Pelé – Lei 9.615/98; e a Constituição Federal. Isso implica que as mais diversas legislações transnacionais dos diferentes esportes terão outros tipos de regras recursais que nem sempre seguirão os parâmetros nacionais. Assim, o Código Brasileiro da Justiça Desportiva, conforme o próprio TAS, só é relevante em nível nacional. Mesmo não sendo importante para a fundamentação de sua competência, acrescenta o Tribunal Arbitral do Esporte que a Lei Pelé, em seu artigo 1º, §1º, expressa que a prática desportiva é objeto das regulações nacionais e internacionais. É também por isso que o TAS se afirmou competente a julgar o atleta, dado que ele é registrado pela CBF e, ao assinar seu contrato, sabe explicitamente que se obriga a cumprir suas obrigações constantes no contrato de trabalho registrado na CBF e seus aditamentos, bem como respeitar o regulamento dessa entidade.

Aplicando primariamente as regras esportivas internacionais (ou, mais precisamente, transnacionais) e, subsidiariamente, as regras nacionais, o TAS acatou as razões das entidades transnacionais e acrescentou que o jogador é o responsável pela presença da substância proibida em seu corpo, não sendo necessária a comprovação de culpa ou intenção ou consciência de uso do jogador para estabelecer uma violação antidoping. Como não foi mostrada a ausência de culpa ou culpa insignificante, aplicou-se a pena de dois anos de suspensão ao atleta, não se estendendo aos clubes pelos quais defendeu.

É de se concluir que o acesso generalizado aos procedimentos constitucionais, como característica da cidadania, é deslocado à esfera transnacional, quando referente ao acesso ao Judiciário. Esse deslocamento, uma verdadeira deslocalização, por um lado, limita o conhecimento da Justiça com de recursos oriundos da Justiça desportiva (art. 217, §1º) – reforçada pela proibição das Federações Internacionais – o que também dificulta a aplicação de preceitos constitucionais aos casos nacionais; por outro lado, a deslocalização permite a garantia constitucional, em âmbito global, da concretização multilocalizada do princípio da igualdade, tendo em vista que os casos, principalmente disciplinares, terão considerações iguais. Se não há uma transnacionalização da cidadania por completo¹⁰, seu caráter de acesso aos preceitos constitucionais parece cada vez mais ganhar a qualidade de “espessuras insuspeitas”, ou, mais especificamente, de materialidade não prevista em estudos tradicionais.

5. NACIONALIDADE E UM TERCEIRO CRITÉRIO

Em artigo publicado no jornal *Frankfurter Allgemeine Zeitung* em 1990, Luhmann afirmou que no mundo, apesar de não viver mais fortemente a dualidade capitalismo/socialismo, havia um receio com o “nacionalismo tribal, sem possibilidades econômicas e muitas vezes carregado de combustível religioso” (LUHMANN, 1990). A ideia de nação, todavia, perdia significado na sua força integradora e na sua soberania externa. Esse sentido é reforçado pela fugacidade e velocidade de temas como moda, mercado financeiro e esfriamento/aquecimento de relações políticas, sendo todos mediados por meios de comunicação em massa (e por meios digitais). Para toda onda, porém, existe um refluxo: o sentimento de pertencimento e enraizamento a um local parecem se deslocar a uma esfera legítima do esporte (no caso, o futebol), cujo sistema é sem propósito. Nele se carrega a leveza (e velocidade), que aparece na lógica do jogo e nos componentes de mercado do esporte, ao mesmo tempo em que carrega, também, o peso da estabilidade e identificação com que os torcedores podem se comprometer a sentimentos nacionais. Embora se identifiquem recorrentes discursos nacionalistas, no momento atual, o esporte ainda parece ser o local de legitimidade simbólica do nacionalismo.

A nacionalidade, portanto, não se restringe a considerações das ordens jurídicas nacionais e da ordem internacional (principalmente em temas que tocam na condição do refugiado). Nas ordens nacionais, a nacionalidade vai se diferenciar da cidadania, posto que esta absorverá, em grande medida, o direito de participação política, enquanto aquela se restringirá à ligação jurídica que a pessoa possui com o Estado, não necessariamente incluindo a participação política.

A determinação da nacionalidade válida para a participação de eventos esportivos de grande porte tem sido um dos grandes desafios a serem enfrentados pela *lex sportiva*. Nos últimos anos, foi possível presenciar uma crescente naturalização de atletas que apenas visavam a participação em competições internacionais. Da mesma forma, havia interesse dos Estados em naturalizar atletas com o intuito de angariar melhores resultados nas competições. Com tantas

¹⁰ Mostrando uma tendência desse fenômeno (apesar de possuir uma visão diferente de cidadania), BOSNIAK, 2000.

regras diferentes sobre o tema, era necessário ir além das regras nacionais e internacionais para delimitar o espaço esportivo.

Na sentença da Turma *ad hoc* (J.O. Sydney) nº 00/001, de 13 de Setembro de 2000, United States Olympic Committee (USOC) and USA Canoe/Kayak c/ International Olympic Committee (COI)¹¹, o atleta Angel Perez, que nascera em Havana e competiu por Cuba em 1992 nos Jogos Olímpicos de Barcelona, não retornou ao seu país após uma competição no México em 1993. Ao fugir para os Estados Unidos, pediu asilo sob o direito norte-americano e nunca retornou a Cuba desde então. Em 1994, casou-se com uma cidadã norte-americana, com quem teve um filho em 1995. No mesmo ano, ganhou o status de “Estrangeiro residente” nos EUA.

Respeitando as regras da FI de Canoagem, competiu pelos EUA no mundial de 1997, 1998 e 1999. Neste ano de 1999, o atleta obteve a cidadania norte-americana. Em agosto de 2000, Comitê Olímpico dos EUA requereu que o COI garantisse o direito de participação do atleta nos Jogos Olímpicos de Sydney. O COI negou sob os seguintes argumentos: o atleta já representou Cuba; foram menos de três anos desde que o atleta se tornou um nacional dos EUA; e o CON de Cuba não concorda em reduzir o período de três anos referidos na legislação da Carta Olímpica.

Os requerentes alegaram que a qualidade de “nacional” e “cidadão” poderiam ser iguados como demonstrado pelo direito de imigração dos EUA, que definia um nacional como um cidadão dos EUA, ou uma pessoa que, embora não fosse um cidadão dos EUA, devia permanente fidelidade ao país. Os demandantes arguíram que desde que o atleta abandonou seu país, seus direitos como um nacional cubano se tornaram nulos.

O TAS em suas considerações, afirmou que o demandante não provou que conseguiu o status de nacional por um período de três anos: a condição de “estrangeiro residente” não é suficiente para tal caracterização, pois ele somente obteve a condição de nacional após a obtenção da cidadania em 1999. Afirmou que, em casos assim, o TAS deve olhar para além dos dois direitos nacionais e decidir qual é a nacionalidade predominante. Embora perceba que a distinção entre nacionalidade e cidadania é correta, o Tribunal declarou que apenas ocorreu o estabelecimento de fato da nacionalidade, mas não jurídica. Trazendo para o contexto transnacional, os demandantes não conseguiram provar que seus fundamentos foram definidos pela Carta Olímpica, ou sob o direito internacional, ou sob a ordem norte-americana. A Turma não quis produzir uma regra nova, tendo em vista a existência de uma regra clara. Acrescentou, por fim, que não existem argumentos de “justiça”, para ser derivado da Carta Olímpica, como o reconhecimento que a prática do esporte é um direito humano fundamental, que deveria, sob tais circunstâncias, ser criado um limite de tempo exterior de inelegibilidade olímpica. Para o TAS, esse tipo de caso não merece uma readequação da regra a partir de “valores” estabelecidos em Carta Olímpica.

Wollmann entende que, nos últimos anos, a maioria dos esportes não mudou substancialmente suas exigências de elegibilidade, se mantendo normativo quanto às mudanças externas (leia-se: do direito internacional) relativas à nacionalidade e o aumento do fluxo migratório. Isso porque, além de, por critérios desportivos (no caso, inflar o resultado no quadro de medalhas), os Jogos Olímpicos buscaram criar outras alternativas para os refugiados, tal como disputar medalhas sob a bandeira da Equipe Olímpica de Refugiados (2018). A crescente mobilidade não denuncia apenas uma ausência de exclusividade no que tange à nacionalidade, mas também o crescimento de uma “nacionalidade Olímpica” (KOSTAKOPOULOU; SCHRAUWEN, 2014).

¹¹ Disponível em <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/OG%2000-001.pdf#search=n%C2%BA%2000%2F001%20Canoe%2FKayak>.

Embora o tema não seja necessariamente constitucional em todas as nações, ele se comporta sob o domínio da soberania jurídica. Esta permite a promoção de uma terceira via desnacionalizada e deslocalizada no que se refere à determinação da nacionalidade. O intuito disso não é negar os critérios das ordens estatais, mas permitir que um preceito fundamental das ordens desportivas seja possível: a sinceridade das competições desportivas. A ideia, portanto, é evitar que a competição esportiva seja um mero instrumento de promoção de Estados “vencedores”, que, por vezes, compram a nacionalidade do atleta visando seu alto padrão de performance esportiva. A deslocalização desses critérios não visa a medalha como fruto do país que compra a nacionalidade de um atleta, senão como fruto do atleta, representando regularmente o seu país.

CONCLUSÃO

A percepção sobre soberania enquanto estudo constitucional merece uma divisão de sua observação, isto é, uma separação entre soberania política e jurídica. Dessa forma, verificou-se que entender a soberania jurídica, como autonomia operacional do sistema jurídico, permite dar um lugar coerente às ordens jurídicas transnacionais na sociedade mundial. Isso, igualmente, autoriza novos olhares a respeito de temas dependentes, como o acesso ao Judiciário, a característica cidadã do acesso aos procedimentos constitucionais e o critério de determinação da nacionalidade. Todos esses temas partem de uma premissa localizada, para chegar a uma conclusão deslocalizada. Portanto, reforça-se a necessidade de como um terceiro critério – no caso, privado – pode ser relevante para a determinação de temas originariamente estatais. A conceituação clássica desses temas não permite a inserção de atores transnacionais. Ao compreender que os atores transnacionais estão inseridos na solução desses problemas, os conceitos clássicos tendem a uma readequação.

REFERÊNCIAS

- BOSNIAK, L. “**Citizenship Denationalized**”. In: *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 7, Issue 2 (Spring 2000), pp. 447-510.
- BOTZEM, S.; QUACK, S. Contested rules and shifting boundaries: International standard setting in accounting, WZB Discussion Paper, No. SP III 2005-20.1, 2005.
- DI FABIO, U. **Das Recht offener Staaten**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.
- FICHER-LESCANO, A.; TEUBNER, G. “**Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law**”, in: *Michigan Journal of International Law*, Vol.25, n. 4, 2004, pp. 999-1046.
- FISCHER-LESCANO, A; TEUBNER, G. **Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006.
- FOSTER, K. **Global Sports Law Revisited**. *Entertainment and Sports Law Journal*, 17: 4, 1–14. 2019.
- KELSEN, H. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KOKOTT, J. **Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung**, in: 63 Tagung der VStRL, Berlin: Walter de Gruyter, 2003.

KOSKENNIEMI, M. **From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument.** Reissue with a New Epilogue. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

KOSTAKOPOULOU, D.; SCHRAUWEN, A. **Olympic citizenship and the (un)specialness of the national vest: Rethinking the links between sport and citizenship law.** International Journal of Law in Context, 10(2), 143-162,(2014).

LEYENS, P. C. **Selbstbindungen an untergesetzliche Verhaltensregeln Gesetz, Vertrag, Verband, Publizität und Aufsichtsrecht.** In: Archiv fuer die civilistische Praxis 215(5), 2015, 611-654

LUHMANN, N. **Die Politik der Gesellschaft.** Suhrkamp: Frankfurt am Main, 2000.

LUHMANN, N.. **Der Fußball.** Frankfurter Allgemeine Zeitung, (4.7.1990). Texto em espanhol disponível no site <https://sistemassociales.com/el-futbol-por-niklas-luhmann/>.

MAYER, F. C. **Der Wandel von Staatlichkeit im Prozess der Internationalisierung,** In: Vol. 28, No. 2, April 2005.

NEGÓCIO, Ramon. **Lex Sportiva: Da eficácia jurídica aos problemas transconstitucionais.** Direito. UnB, Brasília v.1, n.2, jul./dez 2014, p. 133-159.

NEVES, M. **Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente.** Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-275, 1994.

NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** [tradução do autor]. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROTHEL, A. H. **Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica — Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates?** In: JuristenZeitung , 10. August 2007, 62. Jahrg., Nr. 15/16, pp. 755-763.

SCHMITT, C. **Teologia política.** Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte : Del Rey, 2006.

TEUBNER, G. **Verfassungsfragmente.** Berlin: Suhrkamp, 2012.

VAN KLEEF, R. **The legal status of disciplinary regulations in sport.** Int Sports Law J 14, 24–45, 2014.

VESTING, T. **Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung,** in: 63 Tagung der VDSStRL, Berlin: Walter de Gruyter, 2003, S. 41-100. *Perritt Jr., Henry H., Towards a Hybrid Regulatory Scheme for the Internet,* In: University of Chicago Legal Forum, Volume 2001, Issue 1 Article 8, 216.

VESTING, T. **Rechtstheorie: Ein Studienbuch. München:** C.H. Beck, 2015.

WOLLMANN, A. S.. **Recent Trends in Nationality Requirements in Olympic Sports.** In: Netherlands International Law Review volume 65, pages359–390 (2018).

Submetido em: 20 dez. 2020.

Aceito em: 25 maio 2021.

EL AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA TERCERA DIMENSIÓN: REFLEXIONES A PARTIR DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA

Carlos E. Peralta

Universidad de Costa Rica (UCR), Costa Rica
carlosperalta07@gmail.com

RESUMEN: El presente trabajo pretende analizar los alcances de la tutela jurídica del entorno natural a partir de la *teoría de los derechos fundamentales*, con la finalidad de que esa protección permita el ejercicio de las libertades y el respeto de los límites biofísicos y la resiliencia de la Naturaleza. Concretamente, se pretende estudiar la tutela constitucional del ambiente en Costa Rica con el objetivo de identificar sus características y realizar unas breves reflexiones sobre su posible fortalecimiento.

PALABRAS-CLAVE: Antropoceno. Tutela jurídica del ambiente natural. Derecho fundamental a un ambiente ecológicamente equilibrado. Costa Rica.

The ecologically balanced environment as a fundamental right of the third dimension: reflections from the constitutional protection of Costa Rica

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the scope of the legal protection of the natural environment based on the theory of fundamental rights, with the aim of ensuring that this protection allows the exercise of freedoms and respect for the biophysical limits and resilience of Nature. Specifically, the aim is to study the constitutional protection of the environment in Costa Rica in order to identify its characteristics and make some brief reflections on its possible strengthening.

KEYWORDS: Anthropocene. Legal protection of the environment. Fundamental right to an ecologically balanced environment. Costa Rica

O ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da terceira dimensão: reflexões a partir da tutela constitucional da Costa Rica

ABSTRACT: O artigo visa analisar a proteção jurídica do ambiente natural a partir da teoria dos direitos fundamentais, com a finalidade de que essa proteção permita o exercício pleno das liberdades e o respeito dos limites biofísicos e à resiliência da Natureza. Especificamente, o trabalho visa estudar a proteção constitucional do ambiente na Costa Rica com o objetivo de identificar as suas características e fazer algumas breves reflexões sobre seu possível fortalecimento.

KEYWORDS: Antropoceno. Tutela jurídica do ambiente natural. Direito fundamental a um ambiente ecológicamente equilibrado. Costa Rica.

INTRODUCCIÓN

Que el nuestro sea un tiempo que se recuerde por el despertar de una nueva reverencia ante la vida; por la firme resolución de alcanzar la sostenibilidad; por el aceleramiento en la lucha por la justicia y la paz y por la alegre celebración de la vida.

(*Carta de la Tierra*)

La crisis ecológica que caracteriza al *Antropoceno* es un problema con una dimensión intergeneracional e inter-especies que pone en riesgo las fronteras de riesgo ecológico y, por ende, la resiliencia del planeta. La problemática ecológica es una característica y al mismo tiempo una consecuencia del modelo de desarrollo que fue adoptado en el *pacto de la modernidad*. El *modus vivendi* de la *sociedad de riesgo* está orientado por una *irresponsabilidad organizada* que desconsidera el valor intrínseco de la Naturaleza y su importancia para la sociedad. Ese modelo pareciera obviar que el entorno natural es el hogar que permite el desarrollo de las libertades humanas y ofrece las condiciones para la subsistencia de la sociedad como sistema auto-poietico.

La actual crisis ecológica impone al Derecho la revisión de su estructura, de sus esquemas conceptuales y de sus respuestas prácticas, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial. La complejidad ecológica exige que el Derecho vaya más allá de la perspectiva cartesiana y disyuntora que le ha caracterizado y que fue heredada de la *primera modernidad*, para poder, a partir de una perspectiva de *Pensamiento Complejo*, establecer diálogos inter y trans-disciplinarios que permitan reestructurar el modelo de desarrollo que caracteriza a la *sociedad de riesgo*; ese modelo de alta entropía compromete la sustentabilidad del Planeta y ha sido incapaz de ser prospectivo y de consolidar una justicia ecológica holística (intra/intergeneracional e inter-especies).

El Estado Constitucional de Derecho debe adquirir una vertiente ambiental, caracterizándose como un *Estado Ecológico de Derecho* capaz de conciliar los derechos liberales, los derechos sociales y los derechos ecológicos en un único proyecto jurídico político para la sociedad. Se deben fomentar/guiar las conductas y actividades que respeten la sustentabilidad ambiental, y desalentar aquellas que no lo hagan. Las normas jurídicas deben albergar los valores e instrumentos que permitan reeducar y transformar la sociedad, apuntando a la sustentabilidad.

El contexto que caracteriza el Antropoceno hizo que el tema ambiental adquiriera, a partir de la segunda mitad del siglo XX, una notable relevancia en la discusión de la *teoría de los derechos fundamentales*; la calidad ecológica constituye un requisito *sine qua non* para asegurar la vida en condiciones de dignidad, permitiendo el pleno desarrollo de las libertades y un estado de bienestar existencial. Así, desde la *teoría de los derechos fundamentales* es posible afirmar que la calidad ambiental está profundamente relacionada con los derechos de la personalidad y con la garantía de los derechos sociales. Al mismo tiempo, es innegable que la calidad ambiental exige ciertas restricciones a la libertad, concretamente en lo que respecta al ejercicio de actividades económicas que no respetan los límites ecológicos de la biosfera.

De acuerdo con esas consideraciones, el presente trabajo pretende analizar los alcances de la tutela jurídica del entorno natural a partir de la *teoría de los derechos fundamentales*, sin por ello negar la posibilidad de tutelar el entorno natural a partir de nuevos paradigmas *-ecocéntricos o biocéntricos-* que amplíen el horizonte de los derechos fundamentales. Concretamente, se pretende estudiar la tutela constitucional del ambiente en Costa Rica con la finalidad de identificar sus características y realizar unas breves reflexiones sobre su posible fortalecimiento.

1. LA CRISIS ECOLÓGICA QUE CARACTERIZA LA SOCIEDAD DE RIESGO DEL ANTROPOCENO:

El ambiente es un elemento constitutivo e indispensable para la vida de los seres humanos. El ser humano tiene una relación de *autonomía/dependencia* dentro de dos niveles de auto organización: (1) la complejidad sociocultural que le proporciona su relativa independencia; y, (2) su complejo entorno natural, del cual es dependiente, y que al mismo tiempo le ofrece esa autonomía. El ser humano participa del entorno natural del cual forma parte, y dentro de él construye un núcleo sociocultural que está capacitado para la autorregulación (VICENTE GIMÉNEZ, 2002).

En esa relación de *autonomía/dependencia* radica la gran paradoja de la crisis ecológica: la independencia del ser humano está sujeta a los límites que le impone su entorno natural. Esta paradoja permite ver por qué muchos de los mayores retos a los que se enfrenta la sociedad actual, de una forma u otra, están relacionados con problemas ecológicos. Las circunstancias que caracterizan la crisis ecológica de la *segunda modernidad* instan a la prudencia y responsabilidad humana con respecto al entorno natural.

Desde la filosofía del racionalismo ilustrado, la relación *homo-sapiens/naturaleza* ha sido una relación tensa y de constante contradicción¹. La sociedad actual se ha desarrollado sin integrar el elemento ecológico en sus procesos de decisión. En el modelo de desarrollo de la *modernidad*, la Naturaleza fue considerada como un *objeto* con utilidad, infinito, y que puede ser explotado sin restricciones. La agenda de desarrollo de los seres humanos se ha caracterizado por la apropiación (desigual) de los sistemas naturales para su propio beneficio, a menudo con un gran costo para otras especies y para el propio bienestar de la humanidad a largo plazo. La idea de desarrollo de la sociedad de la *segunda modernidad* ha perdido de vista que la Naturaleza tiene un valor intrínseco, es nuestro hogar y nuestra fuente de sustento.

Al respecto, François Ost (1997, p. 9) enseña que,

Mientras no sea repensada nuestra relación con la naturaleza y mientras no seamos capaces de descubrir lo que de ella nos distingue y lo que a ella nos vincula, nuestros esfuerzos serán en vano, como lo muestra la tan relativa efectividad del derecho ambiental y la tan modesta eficacia de las políticas públicas en este dominio.²

En las últimas décadas, las evidencias científicas muestran que la acción humana sobre el entorno natural ha provocado una crisis ecológica causada por los patrones de desarrollo económico. La forma e intensidad de la explotación del ambiente, así como las modalidades de producción/consumo/descarte de residuos, han provocado graves consecuencias para la Naturaleza, generando degradación, contaminación, cambio climático, pérdida de biodiversidad, erosión de suelo, sequías, deforestación, pobreza, etc. Actualmente, la huella ecológica de la humanidad es

¹ Vicente Giménez (2002, p. 24) explica que “La explotación humana del medio natural ha existido siempre, el hombre ha incidido constantemente en el medio y provocado su regresión en distinta medida, pero el ecosistema ha ido superando con su propio mecanismo esta regresión, cuya intensidad no era superior a otras causas de regresión naturales. Es actualmente cuando el fenómeno alcanza connotaciones totalmente distintas, debido a que la explotación excesiva del hombre y la no conservación del medio natural determinan un proceso de grave regresión, una destrucción irreversible del ecosistema que llega a cuestionar la sucesión ecológica. En esta etapa civilizatoria, que coincide con la llamada revolución industrial y tecnológica, la explotación adquiere una nueva dimensión. Se trata de la explotación de la humanidad entera del conjunto de la biosfera como una unidad, lo que hace también universal la dispersión de los residuos e introduce como hábitos de vida del hombre moderno una desaforada explotación del medio ambiente del que se alimenta el metabolismo cultural. De este modo los ecosistemas humanizados (aquellos controlados por el hombre) detienen o invierten el proceso de sucesión”.

² Traducción propia del texto original consultado en portugués.

El ambiente ecológicamente equilibrado como derecho fundamental de la tercera dimensión. Reflexiones a partir de la tutela constitucional de Costa Rica

superior a la *biocapacidad* del planeta. De modo que, a pesar del alto grado de desarrollo tecnológico y científico, paradójicamente, estamos viviendo una verdadera crisis ecológica que pone en peligro no solo el actual sistema de desarrollo sino, sobre todo, la resiliencia de la Naturaleza. Las consecuencias de la crisis ecológica del *Antropoceno* tienen un carácter global, transfronterizo y sinérgico y representan un enorme costo para la salud planetaria.

Leff (2003, p. 27) explica que

La crisis ambiental emerge así como la marca de una diferencia, la falta de un conocimiento, el haz en el que temporalizan y convergen los sentimientos pasados de la relación cultura-naturaleza y de donde divergen los sentidos polémicos y antagónicos de los discursos de la sustentabilidad: proyectando hacia un futuro insustentable las inercias del logocentrismo y la racionalidad económica dominante, o introyectando la ley límite de la entropía y los sentidos de la diversidad cultural.

Nuestra *huella ecológica* es la prueba de esta realidad. Según la *Global Footprint Network*, en 2020 rompimos nuestro presupuesto ecológico el 22 de agosto³. A partir de ese día, llegamos al llamado *Día del Sobregiro de la Tierra*. Ese año, utilizamos aproximadamente el 156% de los recursos y servicios ambientales que la naturaleza podía ofrecernos. Es decir, para mantener nuestro estilo de vida global, necesitamos aproximadamente 1,5 planeta al año. En otras palabras, la Tierra tarda un año y cinco meses en regenerar lo que usamos. A este ritmo, a mediados de la próxima década necesitaremos de dos planetas para sostener nuestra “*demanda ecológica*”. Esta *sobrecarga ecológica*, tarde o temprano, comprometerá seriamente la calidad de vida de los seres humanos y de las otras especies, contribuyendo para generar conflictos socioambientales, migraciones masivas, hambre, enfermedades y el aumento de riesgos y catástrofes naturales. Infelizmente, el estilo de desarrollo actual favorece la cultura del despilfarro, de lo desechable. Así, en un círculo vicioso de consumismo, acabamos siendo fetiches de una cultura efímera que descuida el valor intangible de la naturaleza. La actual *crisis ecológica* es parte de un problema mayor: una *crisis civilizatoria* conformada por un complejo engranaje de crisis (sanitaria, intelectual, económica, nacional, etc...)

De manera que, nuestra época está marcada por la necesidad del despertar de una conciencia colectiva ante los riesgos ambientales; esta conciencia debe basarse en el valor de la solidaridad, y debe partir de la noción de dependencia de los seres humanos -y de los seres vivos en general- de su entorno natural.

2. EL AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO: DERECHO Y DEBER FUNDAMENTAL ORIENTADO POR EL VALOR SOLIDARIDAD

2.1. La complejidad de las concepciones de ambiente

Algunos autores señalan, con razón, que el término “*medio ambiente*” está compuesto por términos redundantes y que es más correcto hablar de ambiente o entorno⁴ En cuanto a la delimitación del concepto de ambiente, la tarea no es nada fácil. Existe un intenso e inacabado debate doctrinal sobre lo que debe entenderse por ambiente. El tema no es pacífico ni en el ámbito

³ Cf. Global Footprint Network. Disponible en: <https://www.footprintnetwork.org>. Acceso en: 22 abr. 2021.

⁴ Sobre el debate etimológico, entre otros, puede consultarse al Prof. Ramón Mateo (1991).

jurídico ni en el campo del saber de las otras ciencias; se encuentran diversas opiniones al respecto, algunas definiendo el ambiente de forma más amplia, otras de forma más restringida, según los diversos elementos que se consideren.

La dificultad para delimitar el alcance del término ambiente se deriva de la propia complejidad de la realidad ecológica y del gran número de variables que intervienen. Su complejidad hace que se trate de un concepto inacabado y en constante evolución, siempre abierto a nuevos aspectos.

El término ambiente, por su propio significado, va más allá de cualquier tipo de pretensión simplificadora, no siendo posible señalar una definición global y definitiva. La pluralidad de significados y la amplitud del concepto son, sin duda, un gran reto para el derecho. En el plano de la ciencia jurídica existen innumerables definiciones del término ambiente y criterios encontrados sobre los elementos o aspectos relacionados. Sin embargo, existe un acuerdo sobre el carácter poliédrico y multidisciplinar del concepto jurídico de ambiente.

La posición jurídica sobre el tema debe tener como punto de partida la idea de que la realidad del entorno natural está anclada principalmente en la ecología. El legislador utiliza cada vez con más frecuencia un vocabulario técnico propio de la ecología, como, por ejemplo, equilibrio ecológico, hábitat, ecosistema, servicios ambientales, entre otros.

Con respecto al debate terminológico existente, actualmente se pueden identificar dos corrientes: *la global y la reduccionista* (JIMÉNEZ HERMÁNDEZ, 1998). Los expositores de la primera corriente entienden que el ambiente está conformado por los diversos componentes naturales y por aspectos culturales y artificiales. Los autores que defienden la tesis *reduccionista* restringen el concepto de ambiente a determinados elementos del entorno natural.

Domper Ferrando, citado por Jiménez Hernández (1998, p.19-20), al analizar el concepto de ambiente, realizó una exhaustiva clasificación de las distintas posturas doctrinales, en la que pretende sintetizar los elementos que componen el ambiente y los aspectos que pueden incidir en él.

El autor señala la existencia de cinco grupos; cada uno de ellos, por regla general -pero no necesariamente- incluye los elementos de los anteriores: (1) Un primer grupo considera que el concepto de ambiente comprende los recursos naturales renovables (aire, agua, suelo, flora, fauna, protección de la naturaleza y espacios naturales) y los recursos naturales no renovables; (2) Una segunda postura considera que el concepto debe incluir también los elementos creados por el ser humano, como el patrimonio histórico y artístico, y otros aspectos y bienes culturales; (3) Un tercer sector introduce el urbanismo como parte del concepto; (4) Un cuarto grupo añade el ruido, las vibraciones, los residuos y las radiaciones; y, (5) Finalmente, una última corriente tiene como punto de referencia la vida humana y su entorno.

Según este análisis, en un sentido amplio, se puede afirmar que la comprensión del concepto de ambiente contempla la existencia de tres aspectos: (1) *el entorno natural o físico*; (2) *el entorno artificial o social*, incluidos los valores culturales, el espacio urbano y el entorno laboral; y (3) *los diversos aspectos que inciden en el ambiente*.

La *noción estricta* de ambiente está vinculada a su matriz ecológica, integrada por factores abióticos (agua, aire y suelo) y bióticos (fauna y flora); es el medio físico o natural. Esta posición permite entender el bien ambiental natural como una categoría jurídica unitaria, caracterizada principalmente por la idea de protección y conservación esencial de la diversidad biológica, el respeto de la resiliencia de la Naturaleza y por la interacción humana con el entorno natural dentro de las fronteras de riesgo ecológico, de modo que el impacto antropogénico no sea de tal magnitud que se convierta en daño.

Así, el *ambiente natural* es un *macro-bien* de *interés difuso* o *meta-individual*, que se compone de una serie de *micro-bienes* interrelacionados e interdependientes. El entorno natural, como un todo solo puede comprenderse a partir de la interacción de sus partes, y estas solo pueden ser entendidas a partir del todo del cual son parte.

2.2. Breves reflexiones sobre las formas de protección jurídica del ambiente natural y sobre el fenómeno de constitucionalización de la tutela jurídica del entorno físico

La moderna protección jurídica del ambiente tiene su origen y desarrollo en los instrumentos de derecho internacional. La comunidad internacional comenzó a preocuparse más seriamente por el problema ambiental a finales de los años 60 y principios de los 70. El Informe del *Club de Roma* de 1972 -conocido como *Informe Meadows*- lanzó la primera advertencia sobre los límites del crecimiento. En la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano*, de 1972, se aprobó la *Declaración de Estocolmo*, para muchos el punto de partida del derecho ambiental moderno. Bajo la influencia de la *Declaración de Estocolmo*, la tutela jurídica del ambiente se convirtió en una tendencia internacional.

Con el consenso de la comunidad internacional sobre la importancia del derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado como derecho humano indispensable para vivir en condiciones de dignidad, varios países empezaron gradualmente a proteger el ambiente en sus constituciones políticas.

Los primeros antecedentes pueden encontrarse incluso antes de la Declaración de Estocolmo. Entre finales de los años 50 y principios de los 70, algunas constituciones de los países de Europa del Este comenzaron a proteger el ambiente. La Constitución polaca, (1952) fue pionera en este ámbito, al establecer que toda persona tiene derecho a disfrutar de los valores del ambiente y el deber de defenderlos. Además, constituciones como las de Checoslovaquia (1960), Bulgaria (1971) y Hungría (1972) establecieron el deber del Estado de proteger el ambiente. Posteriormente, la protección constitucional del ambiente apareció en Europa Occidental en constituciones como la suiza (1971), la griega (1975), la portuguesa (1976) y la española (1978).

En América Latina, la preocupación por el tema ambiental se encuentra en varias constituciones, entre ellas: la Constitución de Panamá (1971), la cubana (1976), la chilena (1980), la hondureña (1982), la de El Salvador (1983), la de Haití (1985), la de Nicaragua (1987), la de México (1987), la Constitución Federal de Brasil (1988), la de Paraguay (1992), la de Argentina (con la reforma de 1994), la de Costa Rica (con la reforma de 1994), Ecuador (2008) y Bolivia (2009)

En términos generales, es posible afirmar que, en el siglo XX, la protección del ambiente fue marcada por tres tendencias:

- (1) Un primer grupo de países, como Italia y Estados Unidos, protegen el ambiente incluso sin apoyo constitucional expreso. Italia, por ejemplo, reconoció el derecho al ambiente a través de una jurisprudencia basada en una interpretación extensiva de la Constitución, concretamente del art. 9.2, que se refiere a la protección del paisaje y del patrimonio histórico, y del art. 32, que protege el derecho a la salud.
- (2) Un segundo grupo de naciones, como el caso de Grecia y Alemania (con la reforma de 1994) establecieron la protección del ambiente en sus constituciones como un *objetivo*

del Estado, estableciendo un mandato para las autoridades públicas de proteger el ambiente natural.

- (3) Finalmente, un tercer grupo de países, como Portugal, Brasil y Costa Rica, además de establecer la protección del ambiente como tarea y finalidad del Estado, han reconocido expresamente en sus constituciones el derecho fundamental de todas las personas a disfrutar de un ambiente ecológicamente equilibrado.

Además de esas tres primeras tendencias, en la primera década del Siglo XXI, surgió una cuarta tendencia de constitucionalizar la tutela constitucional ambiental. Ecuador⁵ y Bolivia⁶, en 2008 y 2009, respectivamente, adoptaron en sus Constituciones Políticas, al menos en la teoría, un paradigma *ecocéntrico*, al reconocer los *Derechos de la Naturaleza*. Ambas constituciones adoptan la idea de “*Buen vivir*” como una especie de *Meta-valor* (al que otros valores más comunes deben supeditarse, como los de igualdad, inclusión y equidad social). Incluso el sistema educativo y el nuevo modelo económico deben ser guiados por el principio de *Buen Vivir*.

La discusión sobre el paradigma *ecocéntrico* paulatinamente ha ido ganando destaque, principalmente en los debates del ámbito académico.

Además de lo dispuesto en las Constituciones de Ecuador y Bolivia es posible apreciar el reconocimiento de los derechos de la naturaleza tanto en normas infraconstitucionales como a través del activismo judicial.

Así, por ejemplo, en la legislación de Nueva Zelanda, fue reconocido como sujeto de derechos el *Parque Natural TE UREWERA*, en la Isla Norte (2013) y el río *WHANGANUI*, venerado por los *MAORÍES*, también en la Isla Norte (2017). La legislación neozelandesa reconoció a ese río como una entidad viva⁷.

En lo que se refiere al *activismo judicial progresista en materia ecológica*, es posible encontrar ejemplos del reconocimiento de los derechos de la Naturaleza en la jurisprudencia constitucional colombiana y de la India.

En el caso de Colombia, el Tribunal Constitucional en Sentencia *T-622-16* del 2016, se reconocieron derechos al *Río Atrato*⁸. En esa sentencia el tribunal reconoció la existencia de derechos *bio-culturales*, de los cuales se desprende la conexión inseparable entre biodiversidad y diversidad cultural. Aunado a ello, ese Tribunal Constitucional ofreció una interpretación ampliada del derecho al agua al comprender que el agua posee en sí misma un valor irrefutable como parte esencial del ambiente, cuya existencia es necesaria para la vida de múltiples organismos y especies.

⁵ La Constitución ecuatoriana dispone sobre los Derechos de la Naturaleza en el Capítulo séptimo -arts 71 a 74. Así, por ejemplo, el numeral 71 determina que: “Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.”

⁶ La Constitución boliviana establece: “Capítulo Quinto: derechos sociales y económicos. Sección I: Derecho al Medio Ambiente. Artículo 33. Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.”

⁷ Al respecto puede consultarse el trabajo de Catherine J. Iorns Magallanes (2015)

⁸ Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>. Acceso en: 21 abr. 2021

Además de ese caso, mediante resolución *STC 4360* del 2018, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia reconoció derechos a la Amazonia Colombiana⁹.

En el caso de la India, el Tribunal Regional del Noreste de la India (*Uttarakhand*) emitió un fallo que otorgó protección a los ríos **Ríos Yamuna y Ganges** al concebirlos como sujetos de derechos¹⁰; dicha decisión fue posteriormente revocada por la Corte Suprema de la India.

Independientemente de las observaciones críticas que puedan ser realizadas a la jurisprudencia colombiana e indiana desde el punto de vista del pluralismo jurídico, lo que cabe destacar es la apertura de esas instancias judiciales para discutir nuevos paradigmas para la tutela jurídica del ambiente; concepciones distintas del *antropocentrismo clásico* que entiende a la Naturaleza como recurso a servicio del ser humano. El paso a seguir será que los tribunales consoliden nuevos paradigmas permitiendo una participación más adecuada de las comunidades tradicionales involucradas de forma que puedan conocerse las distintas cosmovisiones existentes a fin de una adecuada protección y efectividad ecológica.

Finalmente, cabe destacar que a nivel internacional la *Opinión Consultiva OC-23-17*, del 15 de noviembre de 2017¹¹ de la Corte Interamericana constituye un referente importante para la *ecologización* del derecho; En ese criterio la Corte entiende que en el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a un ambiente sano está consagrado en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador. En esa Opinión, en síntesis, la Corte entendió que: (1). Toda persona tiene derecho a vivir en ambiente ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos; y, (2). Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. Adicionalmente, este derecho también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana.

Si bien la interpretación de la Corte parte de una *perspectiva antropocentrista*, constituye un antecedente importante para el reconocimiento en América Latina del derecho al ambiente ecológicamente equilibrado como parte de los derechos humanos económicos, sociales, culturales y, ahora, ambientales: *DESCA*.

Aunado a las consideraciones realizadas, cabe indicar que, aunque la protección del ambiente es un fenómeno reciente que se manifiesta de forma diferente en los ordenamientos jurídicos de cada país, esa tendencia refleja la relevancia de la cuestión ambiental en nuestro tiempo y la exigencia de una transformación del modelo de desarrollo implantado a partir de la revolución industrial¹².

Sin duda, la constitucionalización de la protección del entorno natural, en sus diversos grados, pone de manifiesto la incorporación de nuevos valores que provocarán un redimensionamiento del papel del Estado en la sociedad, tanto a nivel económico como político, ético y jurídico. Se acentúa la importancia del valor de la solidaridad, olvidado en el modelo clásico del *Estado liberal*.

Mientras que no se consolide una nueva *racionalidad ecológica* que permita superar el *antropocentrismo vigente*, adoptando paradigmas más holísticos, actualmente es posible reforzar

⁹ Disponible en: <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf>. Acceso en: 21 abr. 2021

¹⁰ Al respecto consultar trabajo de Cano Pecharroman (2018)

¹¹ Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acceso en: 18 abr. 2021

¹² Como destaca el Ministro Antônio Herman Benjamin (2007, p.68): “A experiência comparada parece indicar que, embora não necessariamente imprescindível, o reconhecimento constitucional expresso de direitos e deveres ambientais é, jurídica e praticamente, benéfico, devendo, portanto, ser estimulado e festejado. Um regime constitucional cuidadosamente redigido, de modo a evitar dispositivos nebulosos e de sentido incerto, pode muito bem direcionar e até moldar a política nacional do meio ambiente”.

la tutela del entorno natural a partir de una adecuada aplicación de la teoría de los derechos fundamentales. Así, a partir de esa teoría, podemos entender que, desde una perspectiva objetiva, la calidad del ambiente constituye un objetivo constitucional que determina la obligación del Estado de garantizar el respeto y la protección del ambiente. El Estado deberá desempeñar un papel importante en la adopción de políticas públicas que protejan y garanticen efectivamente el derecho al ambiente, de manera que las diversas actividades antropogénicas respeten los límites biofísicos determinados por el conocimiento científico. Así, la constitucionalización del ambiente natural revela la adopción de una nueva postura ética, en la que la Naturaleza no puede ser vista únicamente desde una perspectiva económica; el bien ambiental no es un recurso al servicio del *Homo Sapiens*.

El Estado moderno debe asumir necesariamente, como una de sus características, una vertiente *ecológica*, y debe aspirar a promover modelos de desarrollo que respeten los límites planetarios. Este modelo de Estado se proyecta axiológicamente sobre el valor de la solidaridad, con una perspectiva esencialmente comunitaria.

Tiago Fensterseifer (2008 p.97) explica que el modelo de Estado Ecológico (Socio-ambiental), al combinar las conquistas positivas (en términos de protección de la dignidad humana) de los modelos de Estado de Derecho anteriores, incorpora también la protección de nuevos derechos *trans-individuales* y, en un paradigma de solidaridad humana (en las dimensiones nacional, supranacional e intergeneracional), pretende proyectar la comunidad humana a un nivel más avanzado en la realización de los derechos fundamentales (especialmente los nuevos derechos de tercera dimensión) y la realización de una vida humana digna y saludable para todos sus miembros.

2.3. El derecho al ambiente ecológicamente equilibrado como requisito *sine qua non* de la calidad de vida y la dignidad humana

Desde la teoría de los derechos fundamentales, los nuevos retos de la *sociedad del riesgo* nos obligan a hablar de una *dimensión ecológica* de la dignidad humana que además, a partir de la idea de alteridad, extiende una responsabilidad del ser humano para con la vida de las otras especies.

El derecho a disfrutar de un ambiente en condiciones ecológicamente equilibradas es uno de los llamados *derechos de la tercera dimensión*, basados en el valor de la *solidaridad -o fraternidad-* que surgen como consecuencia de la contaminación de las libertades.

Los derechos difusos, aunque integran la categoría de derechos fundamentales, como enseña el profesor Ricardo Lobo Torres (2001, p.300), "no son derechos de libertad, clasificándolos más bien como derechos de solidaridad, ya que su cumplimiento depende también de la conciencia de los deberes y del culto a la fraternidad".

El derecho a la calidad ambiental limita la libertad para protegerla¹³. Ese derecho tiene una estrecha relación con el derecho a la salud y el derecho a la vida de las generaciones presentes

¹³ Al respecto, Maria da Gloria F. P. D. (2007, p.485-486) explica: "A proteção ambiental, que é também a proteção da liberdade, corresponde a uma afetação da liberdade, uma sua limitação – proteção da liberdade e afetação da liberdade correspondem-se. Compreende-se, neste contexto, que sempre que juridicamente se procura definir a proteção ambiental, essa definição faça intervir uma reflexão ética, enquanto controlo do homem sobre si próprio, num enquadramento alargado de responsabilidade pelo futuro e num plano de construção de uma justiça funda e alargada, intra e intergeracional. (...) A projeção ambiental envolve, por isso, um controlo do homem sobre si próprio, em razão do

El ambiente ecológicamente equilibrado como derecho fundamental de la tercera dimensión. Reflexiones a partir de la tutela constitucional de Costa Rica

y futuras. El ser humano necesita el ambiente para su salud física y mental, para el desarrollo de su personalidad y para disfrutar de una calidad de vida adecuada. Además, esa calidad ambiental solo es posible si el ser humano respeta los procesos ecológicos esenciales.

El derecho fundamental al ambiente está estrechamente relacionado con los derechos de la personalidad, ya que vivir en un entorno degradado compromete el libre desarrollo de la personalidad humana, especialmente en lo que respecta a la integridad psicofísica del ser humano. El ser humano vive y sobrevive dentro del entorno natural del cual forma parte.

Por otro lado, la idea de sustentabilidad que debe guiar el Estado Ecológico Derecho exige la defensa del ambiente respetando los procesos ecológicos esenciales y la resiliencia de la Naturaleza, así como también requiere considerar aspectos de justicia ecológica distributiva. La protección del ambiente deberá estar directamente relacionada con la garantía de los derechos sociales, ya que el disfrute de estos últimos en los niveles deseables está necesariamente ligado a condiciones ambientales favorables, que garanticen el mínimo vital ecológico, el acceso al agua potable, el saneamiento básico, el derecho a la vivienda y al trabajo en lugares no amenazados por riesgos ambientales, la igualdad de género, el respeto de los pueblos originarios, el derecho a la educación etc. El pleno desarrollo del ser humano y el aumento de su calidad de vida sólo será posible en un ambiente natural adecuado.

De manera que, el derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado es un derecho que parte del vínculo inseparable entre el ser humano y su entorno natural, constituyendo un parámetro fundamental para garantizar la vida en condiciones de libertad, igualdad y dignidad. La calidad del ambiente es un requisito *sine qua non* para una vida plena y saludable. En consecuencia, deben existir normas ambientales mínimas que, orientadas por el principio precautorio y por los principios de progresividad y no regresión, permitan el pleno desarrollo de la existencia humana dentro de un entorno natural de calidad. Existe una relación de correspondencia entre la calidad ambiental y la calidad de vida. La subjetivización de la cuestión ambiental parte del reconocimiento de un derecho fundamental a la calidad de vida de los seres humanos, ya que el ambiente determina y condiciona el concepto de calidad de vida.

2.4. La doble perspectiva del derecho (y del deber) fundamental al ambiente ecológicamente equilibrado

El derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado participa de la doble funcionalidad de los derechos fundamentales: es un derecho fundamental de los ciudadanos y un valor común de la sociedad que orienta la conducta de los individuos y dirige la acción del Estado.

En cuanto a la *dimensión subjetiva*, por su propia naturaleza, el macro-bien ambiental no es susceptible de apropiación individual. En consecuencia, debe entenderse que el derecho al ambiente es de *interés difuso*; en tesis, este derecho es de titularidad *trans-individual* -no pertenece a una persona o grupo claramente determinado-, pertenece a toda la sociedad. Es un derecho de dimensión difusa, que afecta a todas las personas sin distinción. Sin embargo, hay que señalar que el derecho al ambiente, aunque sea de carácter difuso o trans-individual, es un derecho que

próprio homem, (...) Em suma, a liberdade de agir é limitada em razão da proteção da liberdade, entendida em termos de contemporaneidade e em termos de futuro, e entendida também como um momento essencial da proteção ambiental”.

pertenece a todos y a cada uno individualmente¹⁴. En otras palabras, a pesar de su carácter difuso, este derecho tiene también una perspectiva individual y subjetiva, en la medida en que el daño ambiental puede afectar tanto a la comunidad como al individuo, que tiene derecho a defender su *derecho subjetivo*.

Por otra parte, desde una *perspectiva objetiva*, la calidad del ambiente representa un valor para toda la comunidad estatal. Se trata de un mandato constitucional que determina la obligación del Estado de velar por el respeto y la protección del ambiente a través de mecanismos de prevención, de promoción de comportamientos ecológicamente sustentables (como sería el caso de los instrumentos económicos) o de mecanismos sancionadores. Por otro lado, la *dimensión objetiva* también exige el deber de todos los ciudadanos de respetar y proteger el ambiente para vivir en condiciones de libertad y dignidad.

Una característica interesante de este deber fundamental es que su cumplimiento está relacionado con la existencia de la sociedad y no con la existencia del Estado¹⁵. Es un derecho-deber que encuentra fundamento en el valor de la solidaridad y que debe estar orientado por los principios de sustentabilidad, esencialidad ambiental y equidad *intergeneracional*. Esta perspectiva del derecho/deber tiene dos implicaciones importantes:

- (1) Por un lado, permite una proyección particular del carácter *intergeneracional*. Requiere que la sociedad asuma la responsabilidad de conservar las condiciones ambientales que permiten la vida tanto ahora como en el futuro. De este modo, aunque las próximas generaciones no tengan todavía un derecho subjetivo sobre el ambiente, tendrán la posibilidad de vivir en condiciones de calidad ambiental. Nuestros futuros herederos tienen garantizada la titularidad potencial de su derecho subjetivo.

El ambiente es patrimonio común de todas las generaciones, y su protección tiene una dimensión ética de solidaridad con el futuro que apunta a la continuidad del género humano y a la estabilidad de la vida en el planeta. La solidaridad tiene una dimensión *intergeneracional*.

- (2) En segundo lugar, la dimensión objetiva permite, a través de la noción de deber fundamental, *una protección entre especies guiada por una ética de la sustentabilidad -justicia*

¹⁴ Sobre el tema Tiago Fensterseifer (2007, p. 149-150) expresa: “Os direitos fundamentais de terceira dimensão (direitos de solidariedade ou fraternidade) são de titularidade proeminentemente transindividual (difusa e coletiva), revelando um conteúdo altamente humanista e universal. A marca distintiva dos direitos de terceira dimensão, portanto, reside basicamente na sua natureza transindividual, com titularidade muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela especialmente no direito ao ambiente (...)”. No entanto, adverte o autor que, no caso do direito ao ambiente, “pese a habitual presença do interesse coletivo ou difuso, não deixa de objetivar também a proteção da vida e da qualidade de vida do homem na sua individualidade”. Outro aspecto importante destacado pelo autor com relação ao direito fundamental em questão diz respeito à indivisibilidade do seu objeto, toda vez que a qualidade ambiental é um bem de natureza eminentemente difusa, compreendendo o equilíbrio de todo o ecossistema natural”.

¹⁵ José Casalta Nabais (1998, p. 52-53) sobre la simetría existente entre el derecho al ambiente y el deber de protección explica que “a associação destes deveres aos correspondentes direitos é de tal modo forte que justifica a autonomização destes como ‘direitos de solidariedade’, ‘direitos poligonais’ ou ‘direitos circulares’ cujo conteúdo é definido necessariamente em função do interesse comum, pelo menos em tudo quanto ultrapasse a lesão de bens individuais, tendo assim a sua dimensão objetiva um peso bem maior do que é próprio dos direitos fundamentais em geral. Dada esta sua estrutura, tais direitos também são designados ‘direitos boomerang’ ou direitos com efeito ‘boomerang’, já que eles são, por um lado, direitos e, por outro lado, deveres para o respectivo titular activo, ou seja, direito que, de algum modo, acabam por se voltar contra os próprios titulares.

Aqui se devem integrar, a nosso ver, os deveres para com os nossos companheiros da aventura humana – os animais, as plantas e até os rios, os mares – que, ao contrário do que por vezes se ousa afirmar, não constituem direitos (humanos!) dos animais, das plantas, dos rios e dos mares. Evidentemente que em tais domínios se trata dum conjunto de deveres indiretos para com a humanidade, ou mais precisamente, de exigências correspondentes a um equilibrado e adequado ambiente natural necessário à preservação da vida (digna de ser vivida) da espécie humana, integrada esta tanto pela geração atual como pelas gerações futuras”.

El ambiente ecológicamente equilibrado como derecho fundamental de la tercera dimensión. Reflexiones a partir de la tutela constitucional de Costa Rica

*ecológica inter-especies*¹⁶. Por lo que existe el deber de todos los seres humanos de respetar los límites biofísicos del planeta, garantizando su protección y conservación.

Por otro lado, es importante destacar que, en el ámbito de la protección del ambiente natural, cobra especial relevancia la *eficacia inmediata entre particulares (drittwirkung)* irradiada por la *dimensión objetiva* del derecho fundamental al ambiente, ya que buena parte de las actividades contaminantes son realizadas por particulares que se encuadran en las relaciones de carácter vertical. Por lo general, existe una relación desigual con respecto al poder social, económico y técnico que ejerce el empresario privado de las actividades que dañan o pueden degradar el medio ambiente.

A partir de los *deberes ambientales fundamentales* y de la *eficacia horizontal*, el individuo tendrá derecho *-posición jurídica subjetiva-* a exigir la abstención (*perspectiva defensiva*) de la injerencia privada en el ámbito de protección de su derecho fundamental al ambiente; o podrá exigir una conducta positiva (*perspectiva prestacional*) a los actores privados directamente responsables de la vulneración de su derecho fundamental.

El enfoque *derecho-deber fundamental* permite esbozar un modelo de protección del ambiente que aleja al Estado de la condición de único guardián de la naturaleza e inserta a los particulares en las filas permanentes de los defensores del entorno natural, imponiendo una serie de deberes a los individuos, como las obligaciones vinculadas a la *función socioambiental de la propiedad*.

El derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado tiene un *status negativus (aspecto defensivo)* y un *status positivus (aspecto prestacional)*. En su característica negativa, es un derecho que dota a los ciudadanos de los instrumentos jurídicos necesarios para proteger la naturaleza de las acciones que la perjudican, de manera que ni el Estado ni los particulares puedan invadir el ámbito de protección del derecho, comprometiendo o rompiendo el equilibrio ambiental.

Por otro lado, el *estatus positivo* requiere *intervenciones positivas* por parte del Estado para la realización del derecho -ya sea para la protección o la restauración del ambiente- y el deber de los ciudadanos de respetar la calidad del medio ambiente.

Alexy (2001, p.49) considera que el derecho al ambiente es un *derecho fundamental como un todo*: (1) es un *derecho de defensa*, en el sentido de que el Estado debe omitir determinadas intervenciones en el ambiente; (2) es un *derecho de protección* que supone el deber del Estado de proteger a los ciudadanos frente a las intervenciones de terceros; (3) es un *derecho de procedimiento*, que exige información adecuada, participación ciudadana en asuntos relevantes para el ambiente y acceso a la justicia; y (4) es un *derecho prestacional* que se traduce en la adopción de medidas por parte del Estado para mejorar la calidad ambiental.

En resumen, la satisfacción de este *derecho-deber* requiere:

(1) La abstención total de los particulares y del Estado de contaminar y de afectar negativamente el equilibrio ecológico; (2) El deber de proteger el medio natural; (3) El uso racional y equitativo de los recursos ambientales; y (4) Las obligaciones positivas por parte del Estado.

El deber fundamental de proteger el ambiente da lugar a obligaciones negativas y positivas, vinculadas a la *función socioambiental de la propiedad*. Por un lado, se exige la abstención de conductas que dañen el ambiente y, por otro, se imponen comportamientos positivos a los

¹⁶ Sobre la justicia ecológica inter-especies pueden consultarse a Peralta (2011).

actores privados, exigiendo la adopción de conductas específicas para prevenir y reparar cualquier forma de degradación ambiental que esté relacionada con el ejercicio de los derechos de propiedad.

3. DERECHO FUNDAMENTAL AL AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO EN COSTA RICA

En el caso de Costa Rica, en 1994 se introdujeron dos párrafos al artículo 50 de la Constitución para proteger expresamente el derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado. Antes de esta reforma constitucional, la Constitución Política de Costa Rica (CP/49), que data de 1949, no reconocía de manera formal el derecho fundamental al ambiente.

Cabe resaltar que la celebración de la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, celebrada en Rio de Janeiro en 1992, fue determinante para que el Tribunal Constitucional costarricense (*Sala IV*), reconociera, en 1993, la materialidad de ese derecho fundamental. Así, la *Sala IV*, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 21, 50 y 89 constitucionales, en concordancia con las disposiciones de instrumentos internacionales de “*soft law*”, a partir de la visión *antropocéntrica* imperante en la época, reconoció, la calidad ambiental como un derecho fundamental, considerando su importancia para la vida, y para el bien estar físico y psicológico de los seres humanos.

Al respecto, el Tribunal Constitucional de Costa Rica, plasmo las bases para el reconocimiento material del derecho fundamental al ambiente ecológicamente equilibrado en el Voto 3705-93¹⁷, explicando que:

Hasta la década de 1970, la preocupación por el medio ambiente se mantuvo en un nivel bajo, con variantes en ciertos sectores, situación que se reflejó en nuestra legislación; no obstante, a partir de ese año, con el despertar de la conciencia ambiental global, Costa Rica empezó a inquietarse. Nuestro país ha dependido y seguirá dependiendo, al igual que cualquier otra nación, de sus recursos naturales y su medio ambiente para llenar las necesidades básicas de sus habitantes y mantener operando el aparato productivo que sustenta la economía nacional, cuya principal fuente la constituye la agricultura y, en los últimos años, el turismo, especialmente en su dimensión de ecoturismo. El suelo, el agua, el aire, los recursos marinos y costeros, los bosques, la diversidad biológica, los recursos minerales y el paisaje conforman el marco ambiental sin el cual las demandas básicas -como espacio vital, alimentación, energía, vivienda, sanidad y recreación- serían imposibles. De igual modo, nuestra economía también está íntimamente ligada al estado del ambiente y de los recursos naturales; así, por ejemplo, tanto la generación de divisas por explotación agrícola y turística, como el éxito de importantes inversiones en infraestructura dependen, en última instancia, de la conservación de aquéllos. Las metas del desarrollo sostenible tienen que ver con la supervivencia y el bienestar del ser humano y con el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales, es decir, de la calidad ambiental y de la sobrevivencia de las otras especies. Hablar de desarrollo sostenible en términos de satisfacción de las necesidades humanas presentes y futuras y del mejoramiento de la calidad de vida es hablar de la demanda de los recursos naturales a nivel individual y de los medios directos o de apoyo necesarios para que la economía funcione generando empleo y creando los bienes de capital, que a su vez hagan posible la transformación de los recursos en productos de consumo, de producción y de exportación.

(...)

Nuestro país ha suscrito gran cantidad de convenciones en las que se busca la protección de los recursos naturales y que deben utilizarse para integrar la legislación in-

¹⁷ Voto disponible en: <https://vlex.co.cr/vid/-497243742>. Acceso en: 21 abr. 2021

terna y dilucidar, incluso jurisdiccionalmente, los problemas relacionados con la protección ambiental, ya que los instrumentos internacionales, aún los no ratificados, permiten soluciones regionales o mundiales a tales problemas.

V) - **La vida humana sólo es posible en solidaridad con la naturaleza** que nos sustenta y nos sostiene, **no sólo para alimento físico, sino también como bienestar psíquico: constituye el derecho que todos los ciudadanos tenemos a vivir en un ambiente libre de contaminación, que es la base de una sociedad justa y productiva.** Es así como el **artículo 21** de la **Constitución Política** señala: La vida humana es inviolable. Es de este principio constitucional de donde innegablemente se desprende el derecho a la salud, al bienestar físico, mental y social, derecho humano que se encuentra indisolublemente ligado al derecho de la salud y a la obligación del Estado de proteger de la vida humana.

Asimismo, **desde el punto de vista psíquico e intelectual, el estado de ánimo depende también de la naturaleza, por lo que también al convertirse el paisaje en un espacio útil de descanso y tiempo libre es obligación su preservación y conservación. Aspecto este último que está protegido en el artículo 89 constitucional,** el cual literalmente dice: Entre los fines culturales de la República están: proteger las bellezas naturales, conservar y desarrollar el patrimonio histórico y artístico de la Nación, y apoyar la iniciativa privada para el progreso científico y artístico. Proteger la naturaleza desde el punto de vista estético no es comercializarla ni transformarla en mercancía, es educar al ciudadano para que aprenda a apreciar el paisaje estético por su valor intrínseco. (El resaltado no es del original)

Como puede apreciarse, esa resolución, al igual que la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo* y la denominada *Agenda 21 – Programa Global para el desarrollo sostenible en el siglo 21-*, entendió que la protección de la naturaleza y la idea de desarrollo sostenible están ancladas a una perspectiva *antropocéntrica* y a la perspectiva del uso racional de los recursos para permitir el crecimiento económico.

Sobre influencia de esa jurisprudencia constitucional y de instrumentos internacionales ambientales, en 1994, mediante enmienda constitucional, fue formalmente reconocido el derecho fundamental a un ambiente ecológicamente equilibrado, ampliándose lo que estaba dispuesto en el *artículo 50 constitucional*. Originalmente, ese artículo establecía que “El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza” Ese numeral se encuentra en el Título V sobre Derechos y Garantías Sociales.

Con la enmienda constitucional - Reforma introducida a través de la Ley n. 7.412, de 3 de junio de 1994- el artículo 50, ubicado en el Título V sobre derechos y garantías sociales, quedó redactado de la siguiente forma:

ARTÍCULO 50.

El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho.

La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.

(Así reformado por el artículo 1º de la Ley No.7412 de 3 de junio de 1994)¹⁸

¹⁸ Cabe señalar que, en la exposición de motivos del proyecto de reforma constitucional, Expediente n. 10.649 de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, se indicó que: “(...) Los derechos contemporáneos forman la llamada “tercera generación” ... Entre los nuevos derechos – que implican, también deberes – está el de vivir en un ambiente puro, que abarque la protección de todo el entorno natural del hombre... El hombre debe tener la sabiduría de hacer un uso

Además de esa primera reforma, en 2020, mediante enmienda constitucional, la ley N° 9849, de 05 de junio de 2020, introdujo un nuevo párrafo en el citado artículo 50 reconociendo el derecho de acceso al agua para los seres humanos.

Toda persona tiene el derecho humano, básico e irrenunciable de acceso al agua potable, como bien esencial para la vida. El agua es un bien de la nación, indispensable para proteger tal derecho humano. Su uso, protección, sostenibilidad, conservación y explotación se regirá por lo que establezca la ley que se creará para estos efectos y tendrá prioridad el abastecimiento de agua potable para consumo de las personas y las poblaciones.

(Así adicionado el párrafo anterior por el artículo 1° de la ley N° 9849 del 5 de junio del 2020, “Reconocer y garantizar el derecho humano de acceso al agua”)

Consideramos que, si bien esa última enmienda constitucional es relevante, la misma fue tímida, perdiéndose la oportunidad de una reforma más holística que permitiese una tutela y una comprensión multifocal de los recursos hídricos. Esa reforma se limitó al reconocimiento de una perspectiva *antropocentrista* y utilitarista del agua, sin considerar, por ejemplo, aspectos relacionados con la dimensión *bio-cultural* del agua, o la importancia del derecho al saneamiento básico, entre otros.

De las consideraciones realizadas sobre la tutela constitucional del ambiente en Costa Rica es posible concluir que: (1). El ambiente ecológicamente equilibrado como derecho fundamental fue reconocido de manera material en 1993 vía jurisprudencia constitucional; (2). Formalmente ese derecho es reconocido en 1994 en la Constitución de Costa Rica en el Título V sobre derechos y garantías sociales; (3). El artículo 50 tutela el ambiente natural en sentido estricto, al referirse claramente al derecho de los seres humanos a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, es decir, al medio físico o natural, excluyendo el medio artificial -social o construido, y; (4). En Costa Rica no hay un capítulo de garantías ambientales en la Constitución. El artículo 50 que reconoce el derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado y el derecho al acceso al agua potable tienen un carácter marcadamente *antropocentrista* y tiene imprecisiones de técnica legislativa desconsiderando la moderna epistemología ecológica.

En nuestro criterio, es necesario un **capítulo de garantías ambientales en la Constitución costarricense**, elaborando a partir de una perspectiva multifocal y con una técnica legislativa más coherente y consistente, apoyada por el conocimiento científico y el diálogo de saberes. Las dos enmiendas, pese a su buena intención, parecen iniciativas “*casuísticas*”, que dejan el 50 constitucional como una especie de “*Frankenstein normativo*” con pequeñas “*curitas verdes*” en un capítulo dedicado a *derechos sociales*. Ese “*Frankenstein normativo esverdeado*” pareciera estar principalmente orientado por un *antropocentrismo* que objetiva el *crecimiento económico* a partir de la “utilidad” que los recursos naturales tienen para el ser humano. En cambio, una perspectiva multifocal, que integre la complejidad ecológica, exigiría contemplar, en un robusto capítulo ambiental constitucional, por ejemplo, a las comunidades indígenas, el respeto de los procesos ecológicos esenciales, el derecho a la ciudad, los principios del derecho ecológico, la técnica tributaria para la defensa ecológica, la sustentabilidad como criterio para orientar el orden económico, etc.

racional de la naturaleza, sin dañarla o destruirla... Las reformas constitucionales que se presentan tienen como propósito resaltar el derecho de todo habitante de Costa Rica, a disfrutar de un ambiente puro, lo mismo que de un desarrollo ecológico equilibrado y sano, conforme con la ley y los tratados internacionales... Por otra parte, existe una obligación internacional, que cada vez cobra más fuerza en la comunidad de naciones, de establecer una cooperación estrecha para realizar las mismas tareas de proteger el ambiente y los recursos naturales (...).”

Cabe indicar que el tribunal constitucional costarricense, apegado a la literalidad de la norma constitucional, ha tenido una posición conservadora, adoptando en reiterada jurisprudencia un paradigma marcadamente *antropocentrista*, que acepta el débil oxímoron del desarrollo sostenible. Ese oxímoron entiende bienestar como sinónimo de crecimiento económico constante con pequeños parches verdes, de forma que, a partir de una visión utilitarista se puede explotar los recursos naturales en un contexto de *irresponsabilidad organizada*.

La posición del Tribunal Constitucional costarricense puede apreciarse en algunas resoluciones colocadas en el siguiente cuadro:

Cuadro 1. Posición antropocentrista de la Sala IV en materia ambiental

Resolución/voto	Contenido
N° 3705-1993 ¹⁹	"Hablar de desarrollo sostenible en términos de satisfacción de las necesidades humanas presentes y futuras y del mejoramiento de la calidad de vida es hablar de la demanda de los recursos naturales a nivel individual y de los medios directos o de apoyo necesarios para que la economía funcione generando empleo y creando los bienes de capital, que a su vez hagan posible la transformación de los recursos en productos de consumo, de producción y de exportación".
N° 1763-1994. ²⁰	"El desarrollo sostenible es una de esas políticas generales que el Estado dicta para ampliar las posibilidades de que todos puedan colmar sus aspiraciones a una vida mejor, incrementando la capacidad de producción o bien, ampliando las posibilidades de llegar a un progreso equitativo entre un crecimiento demográfico o entre éste y los sistemas naturales. Es el desarrollo sostenible, el proceso de transformación en la utilización de los recursos, orientación de las inversiones, canalización del desarrollo tecnológico, cambios institucionales y todo aquello que coadyuve para atender las necesidades humanas del presente y del futuro. "
N°. 6938-2000. ²¹	"Por ejemplo, se producen problemas ambientales cuando las modalidades de explotación de los recursos naturales dan lugar a una degradación de los ecosistemas superior a su capacidad de regeneración, lo que conduce a que amplios sectores de la población resulten perjudicados y se genere un alto costo ambiental y social que redunde en un deterioro de la calidad de vida; pues precisamente el objetivo primordial del uso y protección del ambiente es obtener un desarrollo y evolución favorable al ser humano. La calidad ambiental es un parámetro fundamental de esa calidad de vida; otros parámetros no menos importantes son salud, alimentación, trabajo, vivienda, educación, etc., (...)"
N° 01594-2013 ²²	"VII. Sobre la alegada violación al principio de desarrollo sostenible y del artículo 50 constitucional. La accionante invoca la violación del principio constitucional de desarrollo sostenible derivado del artículo 50 de la Carta Magna, por prohibir una actividad productiva compatible con el respeto al ambiente y que coadyuva a la creación de riqueza y empleo para el país. Es técnicamente posible que la explotación de la minería metálica a cielo abierto se haga con respeto absoluto al medio ambiente, y que la utilización de compuestos químicos como el mercurio o el cianuro no dañan el ambiente si son manejados adecuadamente. Para la Sala no es casualidad que el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado se haya regulado en el artículo 50 constitucional, numeral que le otorga al legislador las potestades para la organización y estímulo de la producción y para el más adecuado reparto de la riqueza, potestades que de conformidad con la norma deben ser ejercidas en procura de un fin definido constitucionalmente: el mayor bienestar

¹⁹ Voto disponible en: <https://vlex.co.cr/vid/-497243742>. Acceso en: 21 abr. 2021

²⁰ Voto disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-95161>. Acceso en: 21 abr. 2021

²¹ Voto disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-138238>. Acceso en: 21 abr. 2021

²² Voto disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-566169>. Acceso en: 21 abr. 2021

	de todos los habitantes. Dentro del término “mayor bienestar” encontramos no solo una política orientada a un mayor desarrollo económico, sino también una política redistributiva, dirigida a lograr la distribución de la riqueza producto de la cooperación social. Tanto la una como la otra, deben realizarse con absoluto respeto al equilibrio ecológico y la sanidad ambiental, sólo así, la vida y toda actividad humana serán posibles. En ese sentido, el principio 8 de la Declaración de Río de 1992, establece que “Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberán reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas”.
N° 10540-2013 ²³	<p>“... En años más recientes, la evolución del término de desarrollo sostenible ha llevado a poner nuevamente énfasis en el elemento social que se encuentra en él y que, en el fondo, viene a servir de contrapeso al elemento económico predominante hasta hoy. No se pretende afirmar que el elemento social sea un avance novedoso del término desarrollo sostenible. Por el contrario, se puede apreciar que ese ha sido un factor que constantemente ha estado presente en la discusión, pero que ha sido relegado en la práctica a un segundo plano ante la preponderancia de los otros elementos citados. Así, por ejemplo, el informe rendido en 1987 por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo ante las Naciones Unidas señaló que el desarrollo sostenible implica satisfacer las necesidades básicas de todas las personas y proveer a todos de la oportunidad de aspirar a una mejor vida, pues un mundo en el que la pobreza sea endémica será siempre propenso a catástrofes ecológicas y de otro tipo. La satisfacción de las necesidades básicas -nos dice el informe- significa no solo una nueva era de crecimiento económico, sino también asegurarles a las personas en pobreza que van a obtener una parte justa de los recursos requeridos para mantener el crecimiento.</p> <p>El elemento social del desarrollo sostenible se verifica también en el componente de justicia social propio del Estado de Derecho y que ha sido recogido por nuestra Constitución Política. En efecto, el artículo 50 constitucional establece que: “El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.” En un mismo artículo, el legislador constitucional ha incluido los tres elementos del desarrollo sostenible: la estimulación de la producción (elemento económico), el ambiente ecológicamente equilibrado (elemento ecológico) y, además, el reparto más adecuado de la riqueza y el ambiente sano (elemento social). La lectura del artículo también debe hacerse en conjunto con el artículo 74 de la Constitución, que explícitamente establece el deber de procurar una política permanente de solidaridad nacional con asidero en el principio cristiano de justicia social.”</p>

Fuente: Elaboración propia, 2021.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se considera que en Costa Rica existe el desafío de propiciar un intenso debate orientado por una perspectiva de complejidad que permita: discutir la posibilidad, dentro de un marco pluralis, de introducir un sólido y reforzado capítulo de garantías ambientales en Costa Rica. Ese capítulo sería de gran relevancia por tres motivos: (1). Por un lado, daría mayor fundamento y legitimidad a las regulaciones infra-constitucionales en materia ambiental, evitando posibles mareas políticas de flexibilización y retrocesos ambientales. Así, habría control reforzado de decisiones mayoritarias contrarias a minorías en situaciones de injusticia ambiental y contrarias a la sustentabilidad ambiental; (2). Exigiría a la Sala Constitucional y a los tribunales en general, una hermenéutica jurídica ecológica más progresiva, consistente

²³ Voto disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-583694>. Acceso en: 21 abr. 2021

El ambiente ecológicamente equilibrado como derecho fundamental de la tercera dimensión. Reflexiones a partir de la tutela constitucional de Costa Rica

y apegada a los modernos principios del derecho ecológico; y, (3). Permitiría incorporar la protección efectiva de poblaciones tradicionalmente invisibilizadas, sujetas a mayores riesgos ecológicos y situaciones de injusticias ecológicas.

Además de lo indicado, la discusión referente a la introducción de ese capítulo constitucional ambiental podría permitir un profundo análisis sobre las posibilidades de un nuevo paradigma ecológico que supere el marcado *antropocentrismo* vigente en la actual norma constitucional.

La complejidad ecológica del *Antropoceno* exige lo que Winter llama de *sustentabilidad fuerte* en la cual

(...) la biosfera adquiere una importancia "fundamental". La economía y la sociedad son socios más débiles, ya que la biosfera puede existir sin los humanos, pero los humanos ciertamente no pueden existir sin la biosfera. Por lo tanto, el ser humano, a la vez que explota la naturaleza, debe respetar sus limitaciones, necesidad que puede satisfacer al poseer el potencial de la razón y, por lo tanto, las normas alternativas para ponderar el comportamiento (2009, p. 4).²⁴

Según Peralta (2019, p.155)

En síntesis, una pirámide de la *sustentabilidad ambiental fuerte* tiene, en su base, un parámetro precautorio, amparado en el conocimiento científico más adecuado que deberá considerar la capacidad de resiliencia de la Naturaleza de forma que sean respetados sus límites biofísicos. Se trata del pilar inicial, que deberá determinar si, en un segundo momento es posible realizar un análisis de ponderación en el cual sean considerados 5 elementos: Ecológicos (evaluación de posibles impactos), sociales, económicos, políticos, geográficos y tecnológicos. La imagen 1, refleja esa nueva concepción de sustentabilidad.

Los impactos ambientales, inevitablemente causados por las acciones antropogénicas, deberán ser realizados respetando los límites y la capacidad de la Naturaleza, de forma que no sean una amenaza para las futuras generaciones, ni para las otras especies. Lo que es tolerable es el impacto ambiental que respeta las fronteras de riesgo ecológico; por su parte, el daño ambiental, que es irreversible, atemporal, sinérgico, carente de justicia ecológica, ese daño no es aceptable.

La discusión sobre ese nuevo pacto verde en la Constitución Política de Costa Rica podrá ser guiada por la Declaración de la UICN/2016. Conforme indicó Peralta (2019), esa Declaración en su apartado segundo (II) reconoce 13 principios –generales y emergentes- que deberán nortear el *EED*. En síntesis, de acuerdo con Peralta (2019, p. 156) esos principios determinan:

1. El reconocimiento intrínseco del valor de la Naturaleza, más allá de cualquier fin utilitarista. Ese reconocimiento exige el deber de todos –Estado, entidades, ciudadanos- de proteger la Naturaleza, respetando sus límites biofísicos, su capacidad de resiliencia y la evolución de los procesos ecológicos;
2. El derecho humano al ambiente ecológicamente equilibrado, con una dimensión intrageneracional e intergeneracional;
3. La consolidación de un derecho ambiental con una responsabilidad prospectiva capaz de adoptar normas de protección y restauración que permitan mantener y mejorar la resiliencia de los ecosistemas. Se resalta la función ecológica de la propiedad;
4. La aplicación del Principio *In Dubio Pro Natura*, en los diversos procesos de decisión, cuando exista duda sobre el riesgo o peligro ambiental;

²⁴ Traducción propia del texto original consultado en portugués.

5. El carácter integrador, pluralista, multicultural y holístico del *EED*, debiendo promover la igualdad de género, la participación de grupos minoritarios y vulnerables, y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales;
6. La importancia de los principios de no regresión y de progresividad, para garantizar y mejorar las normas jurídicas ambientales y el acceso a la justicia, con el apoyo de los conocimientos científicos más recientes.

Explica Leff (2006, p. 133-134) que la *sustentabilidad ecológica* es un criterio normativo para reconstruir el orden económico; problematiza y cuestiona las formas de conocimiento, los valores sociales y las propias bases de producción. Un nuevo constitucionalismo ambiental debe partir de un pensamiento inclusivo e holístico que respete a las culturas con sus cosmovisiones y filosofías de vida, fundamentado por una ética de la alteridad y de la idea de responsabilidad con la naturaleza y con la dinámica de los procesos ecológicos. En esa nueva concepción la Naturaleza deberá ser vista como potencial de vida y no como un simple costo del desarrollo.

CONCLUSIONES

La protección del ambiente natural es también la protección de la libertad. La dimensión de los problemas ecológicos exige reconocer el derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado como un derecho humano indispensable para vivir en condiciones de dignidad. Se trata de uno de los llamados derechos de tercera dimensión, conocidos como derechos de solidaridad o fraternidad. Los derechos de solidaridad han venido a conformar el contenido de la dignidad humana, ampliando su ámbito de protección. Los derechos de solidaridad pretenden materializar las demandas de la *sociedad del riesgo* de la *segunda modernidad*, y tienen un fuerte contenido humanista que exige responsabilidades de carácter global. Estos derechos se caracterizan por su titularidad difusa. El derecho fundamental al ambiente surge como consecuencia de la contaminación de las libertades; pretende limitar la libertad para protegerla.

La constitucionalización del ambiente es un fenómeno que refleja claramente la relevancia de la cuestión ambiental en nuestro tiempo y la exigencia de una transformación del modelo de desarrollo económico implantado a partir de la Revolución Industrial.

El derecho fundamental a un ambiente ecológicamente equilibrado tiene una doble funcionalidad: subjetiva y objetiva. Se trata de un derecho fundamental de los ciudadanos y un valor común de la sociedad que orienta y guía la conducta de los individuos y dirige la acción del Estado. Este derecho tiene un *status negativus* (aspecto defensivo) y un *status positivus* (aspecto prestacional). Es un derecho-deber basado en el valor de la solidaridad y guiado por los principios de precaución, sustentabilidad, esencialidad ambiental, progresividad, no regresión y justicia ecológica. Esta perspectiva de derecho-deber, por un lado, permite una proyección particular de carácter intergeneracional y, por otro, una protección interespecies guiada por una ética de la sustentabilidad.

El moderno Estado Ecológico de Derecho debe conciliar los derechos liberales, los derechos sociales y los derechos ecológicos derechos y los derechos ecológicos en un único proyecto político jurídico.

En el caso concreto de la Constitución de Costa Rica el derecho al ambiente está expresamente previsto en el artículo 50. No obstante, conforme analizado, se trata de una norma redactada y construida en diferentes momentos históricos, con poca coherencia técnica, anclada en una perspectiva de *sostenibilidad débil* y en un marcado *antropocentrismo*.

El ambiente ecológicamente equilibrado como derecho fundamental de la tercera dimensión. Reflexiones a partir de la tutela constitucional de Costa Rica

En las próximas décadas, Costa Rica tiene el desafío de incentivar un debate, a partir de un paradigma de complejidad, que permita la introducción de un capítulo constitucional ambiental que fundamente y legitime las normas ecológicas infraconstitucionales, las acciones políticas y la ciudadanía ecológica. Ese capítulo ambiental permitirá el desarrollo y consolidación de una jurisprudencia constitucional orientada por una fuerte hermenéutica jurídica ecológica que no deberá estar pautada por la clásica idea antropocentrista de sostenibilidad débil que ha imperado desde 1993.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANO PECHARROMAN, Lidia. Rights of Nature: Rivers That Can Stand in Court. *Resources* 7, no. 1: 13. 2018. Disponible en: <https://doi.org/10.3390/resources7010013>. Acceso en: 22 abr. 2021

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-622/16. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>. Acceso en: 21 abr. 2021

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC 4360-2018 Disponible en: <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf>. Acceso: en 21 abr. 2021

COSTA RICA. ASAMBLEA LEGISLATIVA. Expediente n. 10.649

COSTA RICA. SALA CONSTITUCIONAL. Voto 3705-93. Disponible en: <https://vlex.co.cr/vid/-497243742>. Acceso en: 21 abr. 2021

COSTA RICA. SALA CONSTITUCIONAL. N° 01763-1994. Disponible en: <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-95161>. Acceso: en abr. 2021

COSTA RICA. SALA CONSTITUCIONAL. N°. 6938-2000 Disponible en: <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-138238>. Acceso en: 21 abr. 2021

COSTA RICA. SALA CONSTITUCIONAL. N° 01594-2013. Disponible en: <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-566169>. Acceso en: 21 abr. 2021

COSTA RICA. SALA CONSTITUCIONAL. N° 10540-2013. Disponible en: <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-583694>. Acceso: en 21 abr. 2021

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GARCIA, Maria da Glória F.P.D. **O lugar do direito na proteção do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2007.

GLOBAL FOOTPRINT NETWORK. Disponible en: <https://www.footprintnetwork.org>. Acceso: en 22 abr. 2021.

JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, Jorge. **El tributo como instrumento de protección ambiental**. Granada: Comares, 1998.

LEFF, Enrique (coord.). **La complejidad ambiental**. 2. ed. México: Siglo XXI, 2003.

IORNS MAGALLANES, Catherine J. Nature as an Ancestor: Two Examples of Legal Personality for Nature in New Zealand. **Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement** [Online], Hors-série 22 | septembre 2015. Disponible en: <http://journals.openedition.org/vertigo/16199> Acceso en: 20 abr. 2021.

MATEO, Ramón Martín. **Tratado de derecho ambiental**, v. I, cit., p. 81; *Tratado de derecho ambiental*, v. I, Madrid: Trivium, 1991.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa: Piaget 1997.

PERALTA, Carlos E. El nuevo paradigma de la sustentabilidad fuerte como pilar del Estado Ecológico de Derecho. **Revista Jurídica Da FA7**, Fortaleza, v. 16, n. 2, 2019. Disponible en: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1182> Acceso en: 22 abr. 2021.

PERALTA, Carlos E. A Justiça Ecológica como novo paradigma da Sociedade de Risco Contemporânea. **Revista Direito Ambiental e sociedade**. Caxias do Sul, v. 1, n. 1, p. 251-271, jan./jun. 2011.

TORRES, Ricardo Lobo A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____ (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VICENTE GIMÉNEZ, María Teresa (coord.). **Justicia ecológica y protección del medio ambiente**. Madrid: Trotta, 2002.

WINTER, Gerd. Um fundamento e dois pilares: o conceito de desenvolvimento sustentável 20 após o Relatório Brundtland. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme; KISHI, Sandra Akemi Shimada (org.). **Desenvolvimento sustentável, OGM e responsabilidade civil na União Europeia**. Tradução de Carol Manzoli Palma. Campinas: Millennium, 2009.

Submetido em: 28 abr. 2021.

Aceito em: 25 maio 2021.

SOBRE LA *DENEGATIO ACTIONIS*, *EXCEPTIO IURISIURANDO* Y LA *ACTIO EX IURE IURANDO*

Antonio Villanueva Martínez
Universidad de Vigo, Espanha
avillanueva@uvigo.es

RESUMEN: En este artículo analizamos los diversos medios procesales existentes para hacer efectivo el juramento necesario, una vez decidido el litigio por medio de éste. Partiendo de la fuente fundamental D. 12.2.9 pr, estudiamos los supuestos en los que procedía la denegación de la acción y la excepción del juramento, así como la concesión de la *actio ex iure iurando*. Sostendremos que, en todo caso, los efectos del juramento necesario dependen de su contenido, reconducible a casos típicos.

PALABRAS-CLAVE: *Denegatio actionis*. *Exceptio iurisiurando*. *Actio ex iure iurando*. Juramento necesario. *Res iudicata*.

On the denegatio actionis, exceptio iurisiurando and the actio ex iure iurando

ABSTRACT: In this article we analyse the various procedural means available to give effect to the necessary oath, once the dispute has been settled by means of this oath. Starting from the fundamental source D. 12.2.9 pr, we study the cases in which the denial of the action and the exception of the oath, as well as the granting of the *actio ex iure iurando*, were applicable. We will maintain that, in any case, the effects of the necessary oath depend on its content, which can be extended to typical cases.

KEYWORDS: *Denegatio actionis*. *Exceptio iurisiurando*. *Actio ex iure iurando*. Necessary oath. *Res iudicata*.

Sobre a denegatio actionis, exceptio iurisiurando e a actio ex iure iurando

ABSTRACT: No presente artigo analisamos os diferentes meios processuais existentes para fazer efetivo o juramento necessário, uma vez decidido o litígio por meio deste. Partindo da fonte fundamental D. 12.2.9 pr, estudamos os casos em que ocorriam a negação da ação e a exceção do juramento, assim como a concessão da *actio ex iure iurando*. Sustentamos que, em todo caso, os efeitos do juramento necessário dependem de seu conteúdo, reconduzível a casos típicos.

KEYWORDS: *Denegatio actionis*. *Exceptio iurisiurando*. *Actio ex iure iurando*. Juramento necessário. *Res iudicata*.

INTRODUCCIÓN

Una vez que se presta el juramento necesario¹, el litigio se da por finalizado y el Pretor ha de defender la posición jurídica de quien haya prestado el juramento. Como quiera que el

¹ El criterio de distinción del juramento necesario es su contenido: si éste coincide con la *intentio* de una *actio in ius* o la *nominatio facti* de una *actio in factum*, se trata de un juramento necesario. En caso de que el contenido del juramento, bien sea una cuestión de hecho o jurídica, no coincide con la *intentio* o la *nominatio facti*, el juramento es voluntario. Por otro lado, entendemos que la prestación del juramento necesario exige, como cuestión procedimental, la previa

contenido del juramento favorece al demandado si éste lo presta (“*dare non oportere*”, “*rem suam esse*”, o fórmulas equivalentes), o al demandante, si es él quien jura (“*dare sibi oportere*”, “*rem suam esse*” o fórmulas equivalentes), los recursos procesales derivados del juramento necesario son diferentes en ambos casos.

En primer lugar, examinaremos el supuesto de que el demandado jure que no debe dar, o bien que la cosa reivindicada es suya. Después de este juramento, el demandado debe ser defendido ante el demandante por medio de la denegación de la acción a este último, o bien concediéndole una excepción a favor del demandado: abordaremos en qué supuestos el Pretor deniega la acción al demandante y cuando procede una excepción.

Analizada la posición jurídica del demandado que prestó el juramento, hemos de pararnos en las fuentes relativas a los recursos procesales derivados del juramento prestado por el demandante, cuya conclusión podemos adelantar: el demandante será defendido con una acción dimanante del propio hecho de jurar.

1. JURAMENTO PRESTADO POR EL DEMANDADO: *DENEGATIO ACTIONIS/EXCEPTIO IURISIURANDI*

El juramento necesario que presta el demandado tendrá como contenido la negativa de que debe dar al demandante², o que la cosa es suya³, y ambos contenidos del juramento son decisorios del litigio en la medida en que coinciden con la *intentio* o la *nominatio facti* de las acciones dirigidas en su contra, cuyo resultado es, por tanto, desestimatorio de la pretensión del demandante.

Al igual que sucede cuando la pretensión se desestima por medio de sentencia, el demandado debe ser protegido por el Pretor, ya sea denegando al actor una eventual y futura acción, ya sea por medio de la inserción de una *exceptio* en la fórmula. En caso del juramento necesario, la excepción será la *exceptio iurisiurandi*, y no la *exceptio res iudicata et in iudicium deducta*.

El texto que hace referencia de manera más clara a la relación entre ambos medios procesales, esto son, la *denegatio actionis* y la *exceptio*, es D. 12.2.9 *pr.*

(Ulpianus libro 22 ad edictum): *pr. Nam posteaquam iuratum est, denegatur actio: aut, si controversia erit, id est si ambigitur. An iurandum datum sit, exceptioni locus est.*

Según este pasaje, se deniega la acción después de prestado el juramento. En cambio, si hay dudas de que se haya prestado el juramento, subsistiendo la controversia sobre ese punto,

concesión de la acción y, por tanto, el entablamiento del litigio, produciéndose los efectos ínsitos a la *litis contestatio*. Por otra parte, sólo cabe prestar el juramento necesario en acciones con *intentio certa*.

² V. gr. D. 12.2.26.1 (Paulus libro 18 ad edictum. *Si pater filium dare non oportere iuraverit, Cassius respondit et patri et filio dandam exceptionem iurisiurandi: si pater iuraverit in peculio nihil esse, filius conveniri poterit: sed et pater ita convenietur, ut post adquisitii peculii ratio habeatur*); D. 12.2.28.8 (Paulus libro 18 ad edictum. *Igitur si quis iuravit se non esse condemnatum, etiamsi ex stipulatu iudicatum solvi ob rem iudicatam conveniatur, defendetur per exceptionem. Contra si, cum ex stipulatu iudicatum solvi conveniretur, iuravit se dare non oportere, agenti iudicati non utique obstabit exceptio: potest enim fieri, ut non sit commissa stipulatio, licet res iudicata sit: nisi ideo iurasset, quod nec damnatum se esse diceret*).

³ V. gr. D. 12.2.25 (Ulpianus libro 26 ad edictum. *Sed et si servus meus delato vel relato ei iureiurando, iuravit rem domini esse vel ei dari oportere, puto dandam mihi actionem vel pacti exceptionem propter religionem et conventionem*); D. 12.2.30.5 (Paulus libro 18 ad edictum): *Si iuravero usum fructum mihi dari oportere, non aliter dari debet, quam si caveam boni viri arbitrato me usurum et finito usu fructu restitutum.*

entonces habrá lugar a la excepción. Parece muy clara, por tanto, la relación entre la denegación de la acción y la excepción del juramento si nos atañemos a este único texto.

En su comentario a esta fuente, AMIRANTE considera clara la relación entre la *denegatio actionis* y la *exceptio*. Cuando el contenido del juramento del demandado es “*se dare non oportere*”, los efectos son, o bien la *denegatio actionis* para el actor, o bien la *exceptio iurisiurandi* para el demandado, y la utilización de un recurso procesal en preferencia del otro se basa en si subsiste la controversia sobre el hecho de la prestación del juramento, tal y como se dispone en este texto⁴. Hay que destacar que, para el citado autor, no cabe la distinción entre el juramento voluntario, necesario, extra-procesal e *in iure*, pues todos ellos producen los mismos efectos⁵.

Por su parte, sostiene METRO que la *denegatio actionis* es anterior a la *exceptio*; que, en algunos casos, la denegación ha sustituido a la *exceptio*, como en la fragmento comentado (D. 12.2.9 *pr*); que la *exceptio* se inserta en el curso de la evolución de la *denegatio actionis*; y que se trata de dar al juez la oportunidad de valorar una circunstancia que, examinada *in iure*, daría lugar a la *denegatio actionis*. En concreto, dice este autor, este paso es iluminante por cuanto que, cuando persiste controversia sobre el hecho del juramento, entonces se inserta una excepción: en otro caso, se deniega la acción. Aunque este autor no entiende que la relación entre la *denegatio actionis* y la *exceptio* se pueda plantear siempre en los mismos términos que en D. 12.2.9 *pr*, sin embargo, sostiene que ha habido una evolución, y que las fuentes sólo recogen el punto de llegada. Indica que es muy relevador el hecho de que en D. 44.5, sobre “*quarum rerum actio non datur*”, se contemple, entre otras, la *exceptio*, cuyo origen se encuentra en una cláusula edictal concerniente a la *denegatio actionis*⁶.

Por su parte, BIONDI afirma que el juramento del demandado estaba garantizado por la *denegatio actionis*, y no por la *exceptio*, que, desde un punto de vista abstracto, aparece superflua, porque si se trataba de indagar *an iuratum sit*, y no *an debetur*, el propio Pretor podría llevarla a cabo por medio de la *cognitio pretoria*, y, por tanto, proceder a la *denegatio actionis*. Entiende que la referencia a la *exceptio* es una interpolación, en la medida en que en derecho justinianeo la *denegatio actionis* viene a menos, por lo que se concedía la *exceptio iurisiurandi*, que incluso debía de identificarse con la *exceptio rei iudicatae*⁷.

Para este autor, el juramento voluntario genera a favor del jurante una especial *actio* y *exceptio iurisiurandi*, mientras que el juramento necesario está garantizado mediante una *denegatio actionis* o la concesión de la *actio iudicati* en el caso de que haya sido el demandante el que haya jurado⁸. Si bien estamos de acuerdo con las conclusiones de esta autor, pondremos de manifiesto en este artículo los motivos para sostenerlas.

Por su parte, sobre la posibilidad de denegar la acción al demandante, DE CASTRO-CAMERO señala que el juramento debía prestarse entre la *in ius vocatio* y la *datio actionis*, puesto que “*si el pretor hubiera concedido la acción, no sería adecuado que después la denegara*” (*sic*). En todo caso, la *denegatio* no evitaba que el demandante ejercitase de nuevo la

⁴ L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, Nápoles, 1954, pp. 66-67.

⁵ L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, cit., p. VIII, adelanta en la introducción lo que será la conclusión de su estudio.

⁶ A. METRO, *La denegatio actionis*, Milán, 1972, pp. 80 y ss.

⁷ B. BIONDI, *Il giuramento decisivo nel processo civile romano*, Roma 1970, p. 31.n.4; p. 68.

⁸ B. BIONDI, *Il giuramento decisivo nel processo civile romano*, cit., p. 41.

acción, por lo que es insuficiente para proteger al demandado que ha prestado el juramento. De ahí que el pretor haya comenzado a utilizar una *exceptio* (D. 12.2.9)⁹.

Nosotros no entendemos acertada la razón por la que esta autora indica que el juramento debió de haberse prestado entre la *in ius vocatio* y la *datio actionis*: no es que no sea adecuado (*sic*) que denegase la acción después de concedida, sino que sería imposible y, además, se habría producido los efectos inherentes a la *litis contestatio*, efectos de los que participa también el juramento. Como se ve, el contenido del juramento y su momento de prestación determinan los efectos del mismo y su régimen jurídico: no cabe reiterar la acción cuando el juramento es necesario puesto que coincide con la pretensión procesal, mientras que el Pretor debe conceder una excepción si se ha jurado una cuestión distinta de la pretensión¹⁰.

Por lo tanto, mientras que AMIRANTE sostiene que los efectos del juramento dependen de si ha jurado el demandante o el demandado, para BIONDI sus efectos dependen de si el juramento es necesario o voluntario, produciendo el efecto de la *denegatio actionis* en caso del juramento necesario, o bien la *denegatio*, o una *exceptio* en caso del juramento voluntario. Para DE CASTRO-CAMERO, sin embargo, habría que combinarse ambas vías procesales para proteger el juramento prestado por el demandado.

Si, como sostenemos, es necesario el juramento cuyo contenido coincide con la *intentio* o la *nominatio facti* de la fórmula, entonces los efectos del juramento se derivan del contenido del juramento y, por tanto, del hecho de que se trate o no de un juramento necesario. De ahí la importancia del criterio de distinción que se basa, precisamente, en los efectos jurídicos del juramento, y que se desprenden de los textos que veremos a continuación, esclareciendo la relación entre *denegatio actionis/exceptio iure iurando* referida en D. 12.2.9 *pr*.

Debemos citar el párrafo D. 12.2.9.1, que parece contradecir el texto anterior.

(Ulpianus libro 22 ad edictum): Iureiurando dato vel remisso reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque, actor vero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur, an iuraverit dari sibi oportere vel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit.

De acuerdo con este fragmento, el juramento prestado o remitido al demandado produce una excepción para sí y para otros. Por su parte, el actor adquiere una acción, en la cual se pregunta sólo si se juró “*dari sibi oportere*”, o si se remitió el juramento ante la disposición del demandado a jurar.

Esta fuente no lleva a cabo la misma distinción que el texto D. 12.2.9 *pr* cuando el demandado presta el juramento, sino que éste adquiere una excepción sin una ulterior precisión. Así, los efectos que produce el juramento dependen de quien presta el juramento, de tal manera que si el demandado presta el juramento, tendrá una excepción y, si lo presta el demandante, tendrá una acción.

Por tanto, los efectos del juramento necesario dependen, según este texto, de quién haya jurado, y no de que subsista la duda de si el demandado juró a fin de denegar la acción o conceder

⁹ R. DE CASTRO-CAMERO, *Soluciones in iure a una controversia patrimonial: transacción, juramento y confesión*, Sevilla, 2006, p. 179. Nos sorprende esta opinión en la medida en que el D. 12.2.9 es claro en este sentido: cuando subsiste controversia por la prestación del juramento, se concede una excepción. En otro caso, se deniega la acción.

¹⁰ Los textos que equiparan la prestación del juramento a la cosa juzgada son, entre otros, el D. 12.2.30.3 (consunción por juramento de la acción pública); D. 12.2.9.3 (efecto de la perpetuidad de la obligación que también se produce con la prestación del juramento); D. 12.2.42.3 (el fiador será protegido cuando el deudor jura, porque la cosa juzgada aprovechará a ambos); D. 44.5.1 (dice expresamente que el juramento tiene el efecto de la cosa juzgada).

una excepción. Por ello, debemos analizar otras fuentes con el fin de discernir si el efecto del juramento necesario prestado por el demandado es la *denegatio actionis* o una *exceptio*.

D. 12.2.28.4 (Paulus libro 18 ad edictum): Exceptio iurisiurandi non tantum si ea actione quis utatur, cuius nomine exegit iusiurandum, opponi debet, sed etiam si alia, si modo eadem quaestio in hoc iudicium deducatur, forte si ob actionem mandati negotiorum gestorum societatis ceterasque similes iusiurandum exactum sit, deinde ex isdem causis certum condicatur, quia per alteram actionem altera quoque consumitur.

El supuesto es el siguiente: la excepción de juramento debe oponerse no sólo si se trata del mismo juicio, sino también en el caso de que sea llevada la misma cuestión a otro juicio. Por ejemplo, si se prestó juramento en una acción de mandato, de gestión de negocios, de *societas* o de otras similares, se extingue también la *condictio* que se intenta por la misma causa. La consunción de la que habla el texto es una consunción *ope exceptionis*.

El juramento prestado en las acciones nacidas de un contrato de buena fe no es un juramento necesario, sino un juramento voluntario: no cabe que se jure la pretensión porque ésta es incierta. El juramento necesario sólo cabe cuando se ejercita una acción con *intentio certa*, pues de otro modo el juramento no podía ser un medio de finalización del litigio, ya que las partes desconocen la pretensión, la petición principal, que será valorada por el juez *ex fide bona* tras la práctica de la prueba.

Por consiguiente, en las acciones de buena fe, como se ha dicho, y dado que la *intentio* es incierta, no se puede ofrecer el juramento decisorio, pues la pretensión es, en sí misma, indeterminada, y habría que reproducir el mismo juicio para determinar la pretensión. El proceso no puede finalizar por el juramento de deber o no deber "*quidquid ob eam causam*", sino que el *quantum* debe estar determinado y ser cierto para que se pueda prestar el juramento necesario. Entonces, en este tipo de juicios el juramento es siempre voluntario. Y cuando se presta el juramento voluntario o por una cuestión de hecho, el efecto es, como indica este texto, una excepción.

Aunque refiriéndose al efecto de la excepción tras la prestación de un juramento, esta fuente deja abierta la relación entre la denegación de la acción y la excepción. Hemos de seguir analizando otros textos, en este caso distintos apartados de este mismo fragmento (D. 12.2.28).

D. 12.2.28.5 (Paulus libro 18 ad edictum): Si quis iuraverit se non rapuisse, non debet adiuvare hoc iureiurando in actione furti aut conditione, quia aliud est furtum fecisse, quod vel clam fieri potest.

Si alguien hubiese jurado que no ha habido *rapina*, no debe aprovecharse de este juramento en la acción de hurto o en la condición, porque cometer hurto es una cosa distinta, que se puede hacer incluso ocultamente. Una cosa es la rapiña, que es un hurto cualificado por haberse cometido con violencia; y otra muy distinta es un hurto simple: el no haber robado con violencia no excluye el haber robado. En este caso, el objeto del juramento es claramente una cuestión de hecho, y su efecto es de una excepción procesal.

De nuevo, el efecto de un juramento cuyo contenido es diferente de la pretensión jurídica no es la denegación de la acción, sino la concesión de una excepción cuando se ha jurado que no ha habido *rapina* en la *actio furti*, o bien en la *condictio furtiva*.

Estos dos textos van delimitando mejor las consecuencias jurídicas del juramento necesario. A diferencia del primero de los textos citados, el criterio para la concesión de una excepción o la denegación de la acción es el contenido del juramento y no la subsistencia de la duda de si ha habido o no juramento.

Este criterio del contenido del juramento se aprecia también en los fragmentos siguientes.

D. 12.2.28.6 (Paulus libro 18 ad edictum): Colonus, cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato, si iuraverit se non succidisse, sive e lege duodecim tabularum de arboribus succisis sive e lege Aquilia damni iniuria sive interdicto quod vi aut clam postea convenietur, per exceptionem iurisiurandi defendi poterit.

Si el colono (el arrendatario) ha jurado que no ha talado los árboles en la *actio ex locato*, podrá defenderse por medio de la excepción de juramento cuando se ejercite la acción de tala de la Ley de las XII Tablas, la Ley Aquilia de daños injustos, o el interdicto “de lo que a violencia o clandestinamente”.

En este apartado, la acción que se ejercita es la *actio ex locato*, en la que el demandado jura no haber talado los árboles. De nuevo, ante el ejercicio de una acción de buena fe, el juramento tiene por objeto una cuestión de hecho y su efecto es la concesión de una excepción, que aprovechará al demandado ante el ejercicio de acciones futuras.

Afirma AMIRANTE que, en este caso, la consunción de la acción se produce por la fuerza del juramento prestado, ya que no puede hablarse de concurrencia entre las acciones mencionadas¹¹. En realidad, el fragmento sólo pone de manifiesto la concesión de una excepción para el caso de futuras acciones, y no el resultado de esas acciones futuras y, desde luego, se limita a subrayar que el juramento aprovechará en esas nuevas acciones, y no que estas acciones se consuman por la prestación de un juramento en la *actio ex locato*.

Como se dispone en este texto, el contenido del juramento es una cuestión de hecho (“*se non succidisse*”) y, como cuestión de hecho objeto de un juramento, pasará a los juicios posteriores como un hecho probado y, por tanto, será valorado por el juez por medio de su introducción en la fórmula como una excepción.

BIONDI sostiene que es natural que Paulo entienda que ha de concederse la *exceptio iurisiurandi* en vez de la *exceptio rei iudicatae* en este caso, puesto que se trata de un juramento voluntario que presta el actor a falta de otros medios de prueba¹². Debemos decir que estamos por completo de acuerdo con este autor, porque el contenido del juramento es una cuestión de hecho, se trata de un juramento voluntario y, en consecuencia, no se decide, a su través, el juicio.

Una vez más, las fuentes ponen de relieve que, si el efecto es una excepción, se debe a que se trata de un juramento sobre un hecho, y no sobre la propia pretensión jurídica. Así, se jura “*se non succidisse*”, esto es, si no ha talado los árboles. Por tanto, ese hecho jurado pasa a resultar probado en todas las acciones que pudiesen derivar de la tala de árboles.

D. 12.2.28.7 (Paulus libro 18 ad edictum): Quae iuravit divortii causa rem se non amovisse, non debet defendi per exceptionem, si cum ea in rem agatur, et si contentad suam esse, alio iureiurando opus est: contra si iuraverit suam esse, debet in actione rerum amotarum defendi. Et omnino hoc observandum est, licet per aliam actionem eadem quaestio moveatur, ut exceptio iurisiurandi locum habeat.

En esta fuente, si la mujer jura que no ha robado cosas de su marido con ocasión del divorcio, no quedará protegida por la excepción del juramento cuando se ejercita contra ella la

¹¹ L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, cit., p. 123.

¹² B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, cit., pp. 81-82. L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, cit., n.142, pp. 89-90, objeta a la tesis de BIONDI que no puede tratarse de un juramento *in iudicio*, pues en ese caso se concedería la *exceptio rei iudicatae* y, aunque admite (como nosotros) que pudiera ser que no cupiese la *exceptio rei iudicatae* debido a que no subsiste *eadam res*, lo cierto es que del contexto se infiere que se trata de un juramento prestado *ante litem contestatam*, que se debe inferir del contexto textual. De nuevo, nos parece que antepone sus propias categorías a los hechos, y el hecho es que se trata de un juramento de hecho prestado en juicio que hace prueba del extremo jurado en otros juicios. Esta autor, sin embargo, prefiere decantarse por la opinión de que el juramento se prestaba antes de la *litis contestatio*, con el efecto de que se concedía una excepción en todas las acciones que se ejercitasen después, incluida la *actio ex locato*.

actio reivindicatoria. Para que la mujer quede protegida por la excepción derivada del juramento cuando se ejercita la reivindicatoria, es necesario que jure que la cosa era suya. En ese caso (cuando jura que la cosa es suya), quedará defendida frente a la acción de cosas amovidas.

De acuerdo con AMIRANTE, en este texto aparece clarísima la importancia del juramento en materia de consunción, además del hecho de que un juramento *divortii causa rem se non amovisse* no excluye la *rei vindicatio*, pero que un juramento “*rem suam causa*” excluye la *actio rerum amotarum*¹³. En realidad, este texto pone de relieve que el contenido del juramento es lo más importante hasta el punto de que tal contenido determina sus efectos.

Para nosotros, el texto tiene el siguiente sentido: el juramento de no haber robado no puede paralizar la *rei vindicatio*, porque el objeto litigioso no es el mismo. En cambio, el juramento “*rem suam esse*” paraliza también la *actio rerum amotarum*, pues no cabe hurto sobre las cosas propias.

El juramento tiene la fuerza de fortalecer la afirmación jurada, y fortalecerla a todos los efectos jurídicos. Era, por así decirlo, la fórmula de solemnización para el proceso, equiparable, por ello, a la sentencia. Y es que, tal y como dice el D. 12.2.11.3, el juramento de *hereditatem meam esset*, equivale a *si secundum me de hereditate pronuntiatum esset*¹⁴.

Además del fragmento D. 12.28 en sus distintos apartados, la conclusión de que el juramento voluntario no produce el efecto de la *denegatio actionis* sino una excepción se infiere del siguiente pasaje.

D. 12.2.36 (Ulpianus libro 27 ad edictum): Ulpianus libro 27 ad edictum. Si actor deferat iusiurandum de sola constituta pecunia et reus iuraverit, exceptione utetur, si de constituta conveniatur: sed si de sorte, id est de priore obligatione conveniatur, exceptio cessabit, nisi de hac quoque iuraverit adversario deferente.

Si el actor difiere el juramento de haberse celebrado el negocio “*pecunia constituta*”, y el demandado jura, podrá utilizar la excepción si se le demanda por la acción de *pecunia constituta*. Pero si se le demanda por la obligación constituida a plazo, cesa la excepción, a no ser que pida de nuevo un juramento en este nuevo juicio, cuyo contenido desconocemos. De nuevo, hemos de comentar lo mismo: el juramento sobre el hecho de la *pecunia constituta*, no paraliza la acción por el crédito principal.

A pesar de que en ningún otro texto se establece la relación entre la *exceptio* y la *denegatio actionis* como se lleva a cabo en D. 12.2.9.pr, sin embargo, las distintas fuentes que hemos ido analizando dan noticia de los supuestos en que se concedía la excepción derivada del hecho de jurar. Hemos verificado, así, que la excepción se daba cuando el contenido del juramento no coincidía con pretensión jurídica, de manera que, contrario sensu, no se procedía la excepción ante la juramento de la pretensión jurídica: en el caso de que se prestado el juramento con un contenido coincidente con la pretensión, entonces el Pretor denegaría la acción.

En este sentido, consideramos que no puede acogerse la distinción entre ambos medios procesales habida en D. 12.2.9.pr, porque es inexacta: las dudas que subsisten se deben a que no

¹³ L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, cit., p. 123.

¹⁴ D. 12.2.11.3 (Ulpianus libro 22 ad edictum): Si, cum de hereditate inter me et te controversia esset, iuravero hereditatem meam esse, id consequi debeo, quod haberem, si secundum me de hereditate pronuntiatum esset. Et non solum eas res restituere debes, quas tunc possidebas, sed et si quas postea coepisses possidere, perindeque haberi quod iuratum est atque si probatum esset: idcirco utilis actio mihi competit, quod si ego ex eadem hereditate possiderem tuque coepisses petere eam a me, cum adversus te iurassem, exceptione me uti debere iurisurandi. Plane si alius a me hereditatem petere coeperit, dubium non erit, ut et Iulianus scribit, nihil mihi iusiurandum prodesse.

se ha decidido la cuestión principal por medio del juramento, de manera que el extremo jurado ha de ser valorado en un juicio ulterior con la introducción de una excepción en la fórmula.

En este punto, debemos considerar los siguientes fragmentos, que pueden poner, al menos en apariencia, en duda el efecto principal de denegar la acción cuando se presta el juramento necesario, que comentaremos brevemente: D. 12.2.26.1; D. 12.2.42.1, y D. 44.5.1.3.

D. 12.2.26.1 (Paulus libro 18 ad edictum): Si pater filium dare non oportere iuraverit, Cassius respondit et patri et filio dandam exceptionem iurisiurandi: si pater iuraverit in peculio nihil esse, filius conveniri poterit: sed et pater ita convenietur, ut post adquisiti peculii ratio habeatur.

Se trata de un juramento de derecho, en el que se jura la pretensión (“*dare non oportere*”). Ambos, padre e hijo, podrán oponer la excepción del juramento cuando el padre jura que el hijo no debe dar. Ahora bien, si el padre jura que no hay nada en el peculio (*in peculio nihil esse*), entonces se puede demandar al hijo, y al padre en las adquisiciones futuras para el peculio.

D. 12.2.42.1 (Pomponius libro 18 epistularum): Si fideiussor iuraverit se dare non oportere, exceptione iurisiurandi reus promittendi tutus est: atquin si, quasi omnino idem non fideiussisset, iuravit, non debet hoc iusiurandum reo promittendi prodesse.

Si el fiador jurase que no debe dar, el deudor principal podrá oponer la excepción de juramento. Pero si juró que no había prestado fianza, entonces no debe aprovecharle el juramento al deudor principal.

D. 44.5.1.3 (Ulpianus libro 76 ad edictum): Si fideiussor iuravit, si quidem de sua persona tantum iuravit, quasi se non esse obligatum, nihil reo proderit: si vero in rem iuravit, dabitur exceptio reo quoque.

Si el fiador juró “*se non esse obligatum*”, pero sólo en cuanto a su persona, no aprovechará al reo. Si juró *in rem*, también se le dará al reo una excepción.

En estos tres supuestos, se jura la pretensión y, sin embargo, el efecto del juramento necesario no es la denegación de la acción, sino una excepción en una ulterior acción. A pesar de que, así enunciados, los textos pudieran comprometer nuestra conclusión, lo cierto es que en estas tres fuentes no se produce la triple identidad de persona, objeto y cosa en la acción sucesiva, sino que se ejercita la acción contra un tercero: sea el hijo, o el deudor principal.

Por tanto, el juramento necesario, cuyo contenido coincide con la *intentio* de la fórmula, produce el efecto de la denegación de la acción cuando se verifica la triple identidad de la cosa juzgada. En otro caso, producirá tan sólo una excepción, al igual que en el caso del juramento voluntario.

2. JURAMENTO PRESTADO POR EL DEMANDANTE: *ACTIO EX IURE IURANDO*

Cuando el demandante presta el juramento necesario y, por tanto, jura “*dare mihi oportere*”¹⁵ en las acciones personales, o bien “*rem suum esse*”¹⁶ en las acciones reales, el Pretor le concede una acción por el hecho del juramento ante el incumplimiento del condenado: *actio ex iure iurando*. Sin embargo, la fórmula de la acción, aunque reconstruida por algunos autores, es muy discutida.

De hecho, LENEL intenta solamente la reconstrucción de la *intentio* de la fórmula y advierte que no garantiza que los términos sean exactos. Así, propone dos *intentio*, dependiendo de si el juramento fue o no remitido por el demandado: *S. p. Am Am NoNo sibi sestertium decem milia dare oportere; S.p. Nm Nm Ao Ao, cum is illo deferente paratus esse, iurare illum sibi decem milia dare oportere, iusiurandum remisisse... (sic)*. Añade que, cuando se haya prestado el juramento en las acciones de buena fe, se añadirá a la acción inicial una *demonstratio* «*quod As As ...iuravit se depossuisse*»¹⁷. Por tanto, para LENEL, el juez debía comprobar que se hubiese prestado el juramento o que se hubiese remitido éste cuando el demandante hubiese estado dispuesto a jurar. En otro orden de cosas, como ya hemos indicado, sólo cabía el juramento necesario en acciones con *intentio certa*, de manera que no cabe plantear la fórmula de la acción que se derivase de un juramento prestado en acciones de buena fe, como también hace LENEL, equivocadamente, a nuestro entender.

Destacan VALIÑO y D'ORS las dificultades de LENEL para reconstruir la fórmula de esta acción, por lo que, como precaución metodológica, se debe abandonar la idea de que la *actio ex iureiurando* era una acción amoldada a la acción básica. Señalan que la *actio ex iureiurando* era una acción personal, *in factum conceptae*, tal y como se deduce de CJ 4.1.8¹⁸, y que tenía por causa el juramento mismo o la estimación, en su caso, a los efectos de condena. Deben a AMIRANTE la mencionada precaución metodológica de distinguir los supuestos en los que el recurso procesal derivado del juramento se amolda a la acción básica o da lugar a una acción nueva, que es la *actio ex iureiurando*¹⁹.

En efecto, AMIRANTE distingue tres supuestos derivados de la prestación del juramento por el demandante, que este autor denomina “juramento positivo”, porque su formulación es afirmativa: se afirma la existencia de un derecho. Los tres supuestos son: juramento “*dare sibi oportere*”, del que se deriva una acción en la que únicamente se discute si se prestó el juramento; juramento “*vendidisse me ei rem, societas fecisse, pignori dedisse fundum, rem in dotem dedisse*”, de las que no deriva ninguna acción especial, sino que la fórmula de la acción contractual

¹⁵ V. gr. D. 12.2.9.1 (*Ulpianus libro 22 ad edictum*) *Iureiurando dato vel remisso reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque, actor vero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur, an iuraverit dari sibi oportere vel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit; y D. 12.2.9.6 (Ulpianus libro 22 ad edictum) Iusiurandum defensoris vel procuratoris ei ab adversario delatum prodesse exceptionemque domino parere Iulianus scribit. Idem ergo dicendum erit et si datus ad petendum procurator reo deferente iuraverit dari mihi oportere: nam actionem mihi parit. Quae sententia habet rationem.*

¹⁶ V. gr. D. 12.2.25 (*Ulpianus libro 26 ad edictum*): *Sed et si servus meus delato vel relato ei iureiurando, iuravit rem domini esse vel ei dari oportere, puto dandam mihi actionem vel pacti exceptionem propter religionem et conventionem.*

¹⁷ O. LENEL, *Essai de reconstitution de l'Édit perpétuel*, I, París, 1901, pp. 168 y ss.

¹⁸ CJ. 4.1.8: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Actori delato vel relato iureiurando, si iuraverit vel ei remissum fuerit sacramentum, ad similitudinem iudicati in factum actio competit.* De acuerdo con este texto, Ofrecido o referido el juramento por el actor, si se juró o si fue remitido el juramento, le compete una acción *in factum* similar a la *actio iudicati*.

¹⁹ E. VALIÑO DEL RÍO y Á. D'ORS, *El problema de la <actio ex iureiurando>*, en *Estudios de derecho romano: homenaje al profesor Don Carlos Sanchez del Rio y Peguero*, Zaragoza, 1967, pp. 183-184.

se adapta para evitar que el juez exija la prueba de lo jurado; juramento “*rem suam esse, hereditatem meam esse, usufructum meum esse*”, en el que se ejercita la propia acción real. En cuanto a la *actio ex iureiurando*, que se concede solamente en el primero de los supuestos, este autor considera que la acción sería una *actio in factum*, en la que no se discute el *dare oportere*, sino sólo la prestación o remisión del juramento, tal y como se deduce de I 4.6.11 y CJ 4.1.8, de cuya clasicidad no tiene duda alguna. En CJ 4.1.8 se habla de un acción *ad similitudinem iudicati*, aunque las diferencias entre la *actio iudicati* y la *actio ex iureiurando* serían no poco significativas: en la *actio iudicati*, se presupone siempre una condena pecuniaria, mientras que la *actio ex iureiurando* puede ejercitarse tras un juramento sobre *rem dari sibi oportere*; la *actio iudicati* crece al duplo en caso de *infinitio*, y la *actio ex iureiurando* es una acción por el simple; no hace falta esperar para ejercitar la *actio ex iureiurando* los *dies iusti*, a diferencia de lo que sucede con la *actio iudicati*. La similitud, por tanto, proclamada en CJ.4.1.8 se reduce a que, tanto en un caso como en el otro, no se puede discutir ni el *iudicatum* ni el *iuramentum* ²⁰.

No podemos dejar de estar de acuerdo en esta distinción del juramento, porque se basa en su contenido. Sin embargo, este autor rechaza la distinción entre juramento voluntario y necesario tal y como lo ha llevado a cabo la doctrina, pero no aporta ningún criterio de distinción entre ambos juramentos que, sin embargo, no producen los mismos efectos.

Por otro lado, no podemos coincidir ni con la segunda ni con la tercera diferenciaciones. En cuanto a la segunda diferenciación relativa a los juramentos sobre la existencia de contratos, en realidad, este juramento puede ser un mero requisito de procedibilidad de la acción contractual que exigía el Pretor; o bien una diligencia preliminar²¹ con el fin de asegurarse de la acción que debe conceder o de la legitimación pasiva.

En cuanto al juramento necesario prestado en las acciones reales, el tercer supuesto del autor, no es posible, como dice AMIRANTE, que la acción que se ejercite sea la propia acción real, pues ese efecto supone no haber prestado juramento. Por el contrario, parece más acorde con la naturaleza decisoria del contenido del juramento que la *actio ex iureiurando* esté dirigida a determinar la condena pecuniaria, en el supuesto de que el demandado no haya devuelto la cosa, tal y como sostienen VALIÑO y D’ORS.

Por último, BERTOLINI indica que los efectos del juramento son un *actio in factum ex iureiurando* a favor del actor, que también aparece como acción útil en los textos. En todo caso, se trata de una acción de derecho pretorio, puesto que no aparece en las fuentes ninguna acción de derecho civil que se corresponda con la *actio ex iureiurando*²².

En consecuencia, para este autor no obsta el hecho de que algunos textos se refieran a esta acción derivada del juramento necesario como una acción útil (D. 12.2.29; D. 12.2.11.3; D. 12.2.13.5), fragmentos que analizaremos más adelante.

Los pasajes que citaremos a continuación, aunque no pertenezcan al Digesto, sino a las Instituciones y al Código de Justiniano, sin embargo, han sido citados los autores mencionados, que los consideran clásicos por su contenido: I. 4.6.11; y CJ. 4.1.8.

²⁰ L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, cit., pp. 132 y ss; y pp. 71-72, por este orden.

²¹ Artículos 256 y ss de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

²² C. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, en *Studia Juridica XIII*, Roma, 1967, pp 122 y ss. Dice que se justifica que se dé una acción de derecho pretorio en la medida en que el juramento tiene una carácter contractual; y que se excluye la posibilidad de perjurio.

I.4.6.11: Item si quis postulante adversario iuraverit deberi sibi pecuniam quam peteret, neque ei solvatur, iustissime accommodat ei talem actionem, per quam non illud quaeritur, an ei pecunia debeatur, sed an iuraverit.

De acuerdo con este párrafo, si, pidiendo el juramento el adversario, el actor jura que se le debe el dinero que pide y no se le ha pagado, es muy justo que le dé la acción por la cual no se pide la *pecunia* debida, sino lo que ha jurado.

No cabe ninguna duda de que el contenido del juramento es la pretensión jurídica “*dare sibi pecuniam*”, pero el objeto de la acción derivada del juramento es el propio juramento, y no la deuda pecuniaria. Pero tampoco puede desconocerse que el contenido del juramento es la propia deuda, que pasaría a incontrovertida en la acción derivada del juramento: el juramento convierte en abstracta la obligación anterior.

CJ 4.1.8: Imperatores Diocletianus, Maximianus. Actori delato vel relato iureiurando, si iuraverit vel ei remissum fuerit sacramentum, ad similitudinem iudicati in factum actio competit.

De acuerdo con este texto, si el demandante juró o se le dispensó de jurar, bien por ofrecimiento del demandado bien por la devolución a jurar, le compete una acción *in factum* similar a la *actio iudicati*.

Comenta este fragmento GLÜCK, que sostiene que la acción derivada del juramento es siempre una acción personal pretoria²³. Por su parte, APPLETON considera que la acción que derivada del juramento sería una acción real, *in factum*: para este autor, sería la misma acción que el jurante pretendía ejercitar con una modificación en la fórmula, fórmula que propone: “*Si paret Aulum Agerium, Numerio Negidio deferente, iuravisse fundum Cornelianum suum esse ex iure quiritum, neque is fundus restituetur, quanti ea res erit, Nm Nm A° A° condemna*”²⁴. Según esta reconstrucción, si resulta que Numerio Negidio ofreció el juramento a Aulo Agerio y éste juró que la cosa era suya por derecho civil, que Numedio Negido sea condenado a cuánto valdrá la cosa, si no la restituye.

Sin embargo, a pesar de lo que afirma el autor, la fórmula así propuesta no es real, sino personal, puesto que en la *nominatio facti* se mencionan tanto el demandante como el demandado, y sobre el hecho que deberá conocer el juez es si Aulio Agerio ha jurado previo ofrecimiento de Numedio Negidio. De hecho, al igual que sucede con la sentencia en los juicios reales, el juramento tiene un efecto relativo en las acciones reales, y el juez ha de asegurarse que el juramento haya sido ofrecido por el demandado, de acuerdo con D. 12.2.7²⁵ y D. 12.2.9.7²⁶ En concreto, en este último texto se afirma que se dará acción solamente contra el que defirió el

²³ Autor citado por L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, cit., n. 215, p. 117.

²⁴ C. APPLETON, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, I, París, 1974, pp. 345 y ss. Este autor comienza el análisis de la cuestión con los textos D. 6.2.7.7; D. 12.2.9.7; D. 12.2.11; y D. 12.2.11.1 y, sin embargo, observa en primer lugar que si se juró que había comprado, le corresponderá la *actio ex empto*, y si juró que celebró un contrato de sociedad, le corresponderá una *actio pro socio*. Como se puede inferir, el análisis no tiene en absoluto en cuenta el contenido del juramento, pues, en los casos que el autor destaca, la afirmación de los contratos es jurada, pero el juramento no equivale a un medio de finalización del litigio, sino a una diligencia previa (arts. 256 y ss LEC).

²⁵ D. 12.2.7 (Ulpianus libro 22 ad edictum): Ait praetor: “Eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo.” Eius rei sic erit accipiendum, sive de tota re sive de parte sit iuratum: nam de eo quod iuratum est pollicetur se actionem non daturum neque in eum qui iuravit neque in eos qui in locum eius cui iusiurandum delatum est succedunt.

²⁶ D. 12.2.9.7 (Ulpianus libro 22 ad edictum): Si petitor iuravit possessore deferente rem suam esse, actori dabitur actio, sed hoc dumtaxat adversus eum qui iusiurandum detulit eosque qui in eius locum successerunt: ceterum adversus alium si velit praerogativa iurisiurandi uti, nihil ei proderit.

juramento al actor y contra sus sucesores, lo que excluye que el juramento necesario prestado en un juicio real tengo efectos frente a terceros.

También lleva a cabo la reconstrucción de esta acción MARTÍN MINGUIJÓN, que distingue los supuestos en los que se presta el juramento, sea una acción pecuniaria, o una acción no pecuniaria. Sigue, en este punto, a D'ORS y VALIÑO cuando indican que la acción que se deriva del juramento prestado en una acción real servirá para establecer la cuantía de la condena.

Acción pecuniaria: *Si paret Am Am N° N° deferente iuravisse Nm Nm centum dari oportere, centum Nm Nm A° A° iudex condemnato, si non paret absolutivo.*

Acción no pecuniaria: *Si paret Am Am N° N° deferente iuravisse, quanti, era res est, tantae pecuniae iudex condemnato, si non paret absolutivo*²⁷.

Entre ambas reconstrucciones, de APPLETON y de MARTÍN MINGUIJÓN, la reconstrucción de APPLETON reproduce, en la acción derivada del juramento, la misma acción real de base y, por tanto, con la posibilidad de devolver la cosa y evitar así la condena. Como ya expusimos, la reconstrucción como acción real de esta acción no es tal en la medida en que se mencionan tanto al demandante como al demandado en la *nominatio facti*.

Otra reconstrucción de la *actio ex iureiurando* la lleva a cabo MANTOVANI de esta manera:

Actio (certae pecuniae) ex iureiurando dato. C. Aquilius iudex esto. Si paret A. Agerium N. Negidium condicionem deferente iurasse sibi sestertium X milia dare oportere, C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia condemnato; si non paret, absolutivo.

Actio (certae pecuniae) ex iureiurando remisso. C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidium A. Agerio, cum is illo condicionem deferente paratus esset iurare illum ei sestertium X milia dare oportere, iusiurandum remisit, C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia condemnato; si non paret, absolutivo²⁸.

Esta autor no ha reconstruido la acción derivada del juramento prestado en una acción real previa, sino que se ha centrado en la acción que deriva del juramento por el que se finaliza una acción personal. Así, reconstruye tanto la acción que deriva de una juramento efectivamente prestado, como la acción dimanante de la remisión del juramento.

Puede ayudarnos a discernir el carácter, personal o real, de la *actio ex iureiurando*, el *agere per sponsionem*. De acuerdo con GIOMARO, en Gayo, 4. 93²⁹ las partes provocan una *sponsio*, una promesa, para reivindicar el bien, y de esta *sponsio* nace una acción *in personam*, aunque se indague si la cosa es de propiedad del demandante³⁰. En el mismo sentido se manifiestan LOVATO, PULIATI y MARUOTI³¹.

Así, en caso de haber prestado el juramento necesario en una acción real también nacería una acción *in personam*, si bien con la diferencia de que, por medio del juramento necesario, se determina la propiedad del bien.

²⁷ A.M. MARTÍN MINGUIJÓN, *Fórmulas reconstruidas y acciones in factum conceptae*, Madrid, 2001, p. 610.

²⁸ D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padúa, 1999, pp. 69-70.

²⁹ Gayo, 4.93: *Per sponsionem uero hoc modo agimus: prouocamus aduersarium tali sponsione: SI HOMO, QVO DE AGITVR, EX IVRE QVIRITIVM MEVS EST, SESTERTIOS XXV NVMMOS DARE SPONDES? deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere; qua formula ita demum uincimus, si probauerimus rem nostram esse.*

³⁰ A.M. GIOMARO, *Agere per sponsionem: dal procedimento interdittale al procedimento in rem*, en *Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche* (43),1990/91, pp. 205-206.

³¹ A. LOVATO, S. PULIATTI, L.SS. MARUOTI, *Diritto Privato Romano*, Turín, 2014, sostiene que, de hecho, se constituía un crédito por medio de una *sponsio*, en vez de ejercitar la *legis actio per sacramentum*.

Hemos de considerar a continuación las fuentes del Digesto relativas a la acción derivada del juramento a fin de pronunciarnos acerca de la reconstrucción más fiel a la original.

D. 12.2.9.1 (Ulpianus libro 22 ad edictum): Iureiurando dato vel remisso reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque, actor vero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur, an iuraverit dari sibi oportere vel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit.

Según este texto, dado o remito el juramento, el demandado adquiere una excepción para sí o para otros, y el actor adquiere una verdadera acción, en la cual sólo se cuestiona si se ha jurado “*dari sibi oportere*”, o si, estando dispuesto a jurar, se le remitió el juramento.

Este texto pone claramente el acento en el contenido del juramento: si y sólo si se juró “*dari sibi oportere*”, el actor adquiere una verdadera acción en la que se discutirá únicamente el hecho de haber prestado o remitido el juramento. Al mismo tiempo, diferencia los efectos entre el juramento prestado por el actor y el demandado.

De acuerdo con este párrafo, la acción es una acción por el hecho del juramento y, por tanto, *in factum*. Se discute tan sólo que se haya prestado un juramento con el contenido “*dari sibi oportere*”. Pero en esta acción no sólo se discute que haya prestado el juramento, sino que lo haya prestado por petición de la otra parte, tal y como dispone D. 12.2.9.7.

D. 12.2.9.7 (Ulpianus libro 22 ad edictum): Si petitor iuravit possessore deferente rem suam esse, actori dabitur actio, sed hoc dumtaxat adversus eum qui iusiurandum detulit eosque qui in eius locum successerunt: ceterum adversus alium si velit prerogativa iurisiurandi uti, nihil ei proderit,

El supuesto de este fragmento es el siguiente: el poseedor del bien reivindicado defirió el juramento al demandante, que juró que la cosa era suya. En este caso, se dará acción contra el que defirió el juramento o contra aquéllos que estén en su lugar, pero no podrá usar contra otros la prerrogativa del juramento.

En este caso, la limitación se incluye a propósito de una acción real, en la que se ha prestado el juramento necesario, puesto que las acciones reales se consumen *ope exceptionis* cuando no se produce la triple identidad de cosa, objeto y persona.

Sobre todo, nos interesa que la acción derivada del juramento se da contra el que ofreció el juramento o sus sucesores. Sobre este punto, insiste especialmente el texto D. 12.2.3.

(Ulpianus libro 22 ad edictum): pr. Ait praetor: "Si is cum quo agetur condicione delata iuraverit". Eum cum quo agetur accipere debemus ipsum reum. Nec frustra adicitur "condicione delata": nam si reus iuraverit nemine ei iusiurandum deferente, praetor id iusiurandum non tuebitur: sibi enim iuravit: alioquin facillimus quisque ad iusiurandum decurrens nemine sibi deferente iusiurandum oneribus actionum se liberabit.

Dice el Pretor: “si aquél contra el que se litiga ofrece el juramento”. Por “*eum*”, debe entenderse el reo. Por otro lado, remarca este fragmento la necesidad “*condicione delata*”, esto es, se le debe ofrecer expresamente al demandado la posibilidad de jurar, porque si el demandado jura sin previo ofrecimiento, jura para sí, y no lo ampararía el Pretor: de otro modo, sería muy fácil deshacerse de los gravámenes de la acción si se jurase sin previo ofrecimiento de la parte contraria. Se remarca, de esta forma, la necesidad de que la posibilidad de jurar provenga de la parte contraria.

En consecuencia, la acción derivada del juramento debe darse por el hecho de que el demandante juró a iniciativa de la parte contraria, y no por propia voluntad. Por esta razón, las reconstrucciones de la fórmula de la *actio ex iureiurando* incluyen tanto al actor como al demandado en la *nominatio facti* de la acción.

Nos resulta interesante el siguiente fragmento, en la medida en que hace referencia a la restitución en la *actio ex iurisiurando*.

D. 12.2.11.1 (Ulpianus libro 22 ad edictum): Proinde si, cum possideret, deferente petitore rem suam iuravit, consequenter dicemus amissa quoque possessione, si is qui detulit iusiurandum nactus sit possessionem, actionem in factum ei dandam. Et fructus perceptos ex re, quam meam esse iuravi, restitui mihi placuit: sed et partum editum fetusque pecorum restituendos constat post iusiurandum delatum.

El supuesto de hecho de esta fuente es el siguiente: el demandado por una reivindicatoria (en principio, poseedor no propietario) jura que la cosa es suya. Luego, pierde la posesión a favor del demandante y se da contra el otrora demandante una acción por el hecho: esta acción obligará a restituir los frutos, incluso el hijo de la esclava y la cría de los animales. El demandado que ha jurado que la cosa es suya es protegido por una acción derivada del hecho de jurar, que obliga al demandante en la *reivindicatio* anterior a devolverle la cosa con sus frutos.

En este fragmento, por tanto, se menciona que una prestado el juramento, se dará acción a favor de quien juró que la cosa era suya cuando pierda la posesión, y esta acción conducirá no sólo a la restitución de la posesión, sino también a los frutos. Por tanto, será una restitución *cum sua causa*.

Esta fuente es única en lo que se refiere a la restitución de la cosa con sus frutos. LENEL no refiere interpolaciones en el texto³², de manera que hemos de considerarlo genuino y, en consecuencia, la *actio ex iureiurando* debe posibilitar la restitución de la posesión *cum sua causa*, tal y como destacó APPLETON en su reconstrucción.

Por otro lado, hay textos en los que se hace referencia a que la *actio ex iureiurando* como una acción útil, y por tanto, no se reconoce la existencia de una acción específica derivada del hecho de prestar el juramento. Como ya se dijo, los autores consideran que los textos que hablan de acciones útiles no obstan a la conclusión de que hay una *actio in factum* por el hecho del juramento.

Los textos que tratan la *actio ex iureiurando* como una acción útil son tres: D. 12.2.29; D. 12.2.11.3; D. 12.2.13.5.

D. 12.2.29 (Tryphoninus libro sexto disputationum): Quod si iuravi te deferente non iurasse te dare tibi oportere, et adversus utilem actionem, qua hoc quaeritur, an iuraveris tibi dari oportere, opponenda est exceptio iurisiurandi perementis quaestionem actione comprehensam.

Si, previa la iniciativa del demandante, el demandado jura que el demandante no juró “*dare tibi oportere*”, esto es, que le debía dar, se ha de dar excepción al demandado en la acción útil por la que se comprueba que se ha prestado el juramento.

LENEL no hace una especial consideración a este texto, por lo que ha de tenerse por fiel al original³³. Sin embargo, por lo rebuscado del supuesto, lo hemos de considerar más teórico que la resolución a un caso planteado, ya que, teniendo en cuenta que el juez debía decidir si el demandante había jurado que se le debía dar por iniciativa del demandado y no por su sola voluntad, parece más probable que el eventual juramento en la acción derivada del juramento sería si el demandado ofreció al demandante la posibilidad de jurar “*dare tibi oportere*”, y no, como aparece en el texto, el hecho de que el demandante hubiese jurado.

³² O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Graz, 1960, p. 546.

³³ O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, *cit.*, p. 358.

D. 12.2.11.3 (Ulpianus libro 22 ad edictum): Si, cum de hereditate inter me et te controversia esset, iuravero hereditatem meam esse, id consequi debeo, quod habere, si secundum me de hereditate pronuntiatum esset. Et non solum eas res restituere debes, quas tunc possidebas, sed et si quas postea coepisses possidere, perindeque haberi quod iuratum est atque si probatum esset: idcirco utilis actio mihi competit, quod si ego ex eadem hereditate possiderem tuque coepisses petere eam a me, cum adversus te iurassem, exceptione me uti debere iurisiurandi. Plane si alius a me hereditatem petere coeperit, dubium non erit, ut et Iulianus scribit, nihil mihi iurisiurandum prodesse.

Este paso de Ulpiano dice que, si hay controversia entre dos por una herencia, si uno jura que la herencia es suya (por tanto, contenido jurídico del juramento), entonces debe tener la herencia como si hubiese habido una sentencia favorable. Por tanto, deben ser restituidas no sólo todas las cosas que se poseían en el momento del litigio, sino también las que se empiecen a poseer después, y debe entenderse que lo jurado está como probado (“*quod iuratum est atque si probatum esset*”). El que así jura, tendrá la acción útil, así como la excepción de juramento contra quien ha jurado cuando le reclama la herencia. Pero no le aprovechará el juramento contra cualquier otro.

En realidad, en este texto no aparece un juramento necesario en la medida en que se jura que la herencia es suya, y no que se le debe dar la herencia. La *actio ex testamento* no es una acción real, sino una acción personal, un *dare oportere*: el heredero debe pedir la herencia como un crédito, *in solidum*. De acuerdo con LENEL, “*c`est que l`actio ex testamento avait une intentio basée sur un ex testamento dari oportere*”³⁴. En consecuencia, el juramento no es necesario, porque su contenido no coincide con la *intentio* de la *actio ex testamento*: se jura “*hereditatem meam esse*”.

Para DE CASTRO-CAMERO, hay una contradicción entre el D. 12.2.11.2³⁵ y el D. 12.2.11.3. En este último fragmento, se daría una acción útil, que es una acción ficticia, mientras que en el primer texto (D. 12.2.11.2) sólo se habla de que el pretor dará una acción. Para la autora, las diferentes acciones derivadas del juramento de las que se habla en el D. 12.2.11 (D. 12.2.11.1: *actio in factum*; D. 12.2.11.2: se dará acción; D. 12.2.11.3: acción útil), se pueden explicar en el sentido de que, en todo caso, se trataría de acciones de naturaleza pretoria³⁶.

En cuanto a nosotros, hemos de sostener que las diferencias varían en atención al contenido del propio juramento, de manera que del juramento necesario derivará una acción *in factum* personal.

D. 12.2.13.5 (Ulpianus libro 22 ad edictum): Marcellus etiam scribit, si quis iuraverit ob decem pignori dedisse fundum, non alias eum pigneraticia agere posse, quam si decem solverit: sed et illud adici fortassis eum etiam in decem ex iureiurando suo posse conveniri, quod magis probat. Cui quintus Saturninus consentit argumentoque utitur eius, qui iuravit eam, quae uxor sua fuerit, rem sibi in dotem dedisse: nam et hic uxori ait utilem de dote actionem dandam. Quae non esse extra aequitatem posita non negaverim.

Según este párrafo, Marcelo escribe que si alguien jura “*ob decem pignori dedisse fundum*”, es decir, que ha dado prenda por la cantidad de diez, no podrá ejercitar la acción pigneraticia si no ha pagado los diez, de la misma manera que podrá ser demandado por el crédito de

³⁴ O. LENEL, *Essai de reconstitution de l'Édit perpétuel*, I, cit., p. 274.

³⁵ D. 12.2.11.2 (Ulpianus libro 22 ad edictum): *Item si iuravero usum fructum alicuius rei vel meum esse vel dari mihi oportere, eatenus mihi competit actio, quatenus, si vere usum fructum haberem, duraret: quibus vero casibus amitteretur, non competit mihi actio. Sed si rerum, in quibus usus fructus propter abusum constitui non potest, iuraverit usum fructum se habere vel sibi deberi, effectum iurisiurandi sequendum arbitror ideoque tunc quoque videri eum recte iurasse puto et ex eo iureiurando posse petere usum fructum cautione oblata.*

³⁶ R. DE CASTRO-CAMERO, *Soluciones in iure a una controversia patrimonial: transacción, juramento y confesión*, cit., pp. 182 y ss.

diez. Quinto Saturnino está de acuerdo, y pone el ejemplo de la mujer que jura que ha dado en dote una cosa, pues en este caso le corresponde a la mujer la acción útil de dote.

En este caso, la acción de dote puede ser útil para dejar fuera de la reclamación posterior de la dote un bien determinado, objeto del juramento, fingiendo que ese bien es de la mujer. En la medida en que la devolución de la dote estaba sujeta a la retenciones, podría darse una acción útil si la mujer jura que un bien forma parte de la dote. Pero este juramento no es necesario: no jura la pretensión de la fórmula de la *actio rei uxoriae*.

Como ya hemos comentado, autores como BERTOLINI no consideran que la existencia de estos textos obsten a la conclusión de la existencia de una *actio ex iureiurando*³⁷. Pero tampoco tienen dudas al respecto los demás autores mencionados, como VALIÑO y D'ORS, que incluso titulan su trabajo con el nombre propio de la acción derivada del juramento³⁸.

En todo caso, nosotros no tenemos dudas de que la *actio ex iureiurando* era una acción con entidad propia, por el hecho de que se haya prestado el juramento: hay más fuentes que hacen referencia a la existencia de una acción que se deriva del juramento que textos que indican que la acción que le corresponde al actor será útil: éstos últimos se reducen a los tres citados, de los cuales dos ni siquiera tratan del juramento necesario.

Indica D'ORS que las acciones *in factum* no pueden ser útiles porque no tienen *intentio*, pues las acciones útiles modifican las acciones civiles para alcanzar un determinado resultado, mientras que las acciones *in factum* están pensadas para conductas no contempladas en el derecho civil³⁹. En el mismo sentido se expresa FERNÁNDEZ DE BUJÁN, quien señala que por medio de las acciones ficticias, el Pretor ordenaba al juez que finja que un requisito se ha cumplido en el ejercicio de las acciones civiles y, en cambio, las acciones *in factum* protegen un hecho no previsto por el *ius civile*⁴⁰.

Solamente tres textos se refieren a la acción derivada del juramento como una acción útil, y ni siquiera todos estos textos recogen supuestos de juramento necesario, por lo que sí cabría una acción útil sobre la base de una primera acción que, por no prestarse el juramento necesario, no se ha consumido. Y ésta es la razón principal por la que no cabría una acción útil derivada del juramento necesario: la acción base se consume después de prestado el juramento necesario, y no es posible volver a ejercitarla como útil. Por ello, la acción que se deriva del juramento necesario debía ser una acción por el hecho del juramento.

Una vez descartada que la *actio ex iureiurando* pueda ser útil, hemos de pronunciarnos acerca de la reconstrucción de la fórmula que, en nuestra humilde opinión, resulta más acertada. En primer lugar, ha de hablarse de fórmulas, esto es, de una fórmula para la *actio ex iureiurando* derivada de una acción personal, y una fórmula derivada de una acción real.

En cuanto a la *actio ex iureiurando* por el hecho de un juramento prestado en una acción real, consideramos que la reconstrucción de APPLETON se ajusta más a las fuentes, toda vez que se contempla la posibilidad de que el demandado proceda a la devolución *cum sua causa* (D. 12.2.11.1).

En lo tocante a la acción por el juramento en una acción personal, consideramos que la reconstrucción de MANTOVANI acentúa más el hecho de que se debe probar que el juramento fue prestado “*condicione deferente*”, tal y como se exige en D. 12.2.3, y que por ello se acerca

³⁷ C. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, cit., pp. 122 y ss.

³⁸ E. VALIÑO DEL RÍO y Á. D'ORS, *El problema de la «actio ex iureiurando»*, cit., pp. 181 y ss.

³⁹ D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 2004, Navarra, pp. 135 y ss.

⁴⁰ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, Madrid, 2015, pp. 116-117.

más a la acción que debió de otorgarse cuando el litigio finalizada por el juramento del demandante.

CONCLUSIONES

El Pretor protegía al beneficiado por el juramento necesario por medio de determinados recursos procesales: tales recursos eran los efectos del juramento necesario.

Estos recursos y, en consecuencia, los efectos del juramento necesario iban aparejados al contenido del propio juramento, que coincidía o bien con la *intentio* de las acciones *in ius*, o bien con la *nominatio facti* de las acciones *in factum*. Dada esta coincidencia, la acción base o la correspondiente a la relación jurídica entre las partes se consume y no podía volver a ejercitarse.

En consecuencia, el Pretor protegía al demandado por medio de la denegación de la acción al demandante, ante una eventual petición de acción. La denegación de la acción no se concedía siempre, sino que la acción ejercitada debía ser una acción personal y ser solicitada por la misma parte del litigio anterior.

Por el contrario, se debía conceder una excepción cuando no se producía la triple identidad de la cosa juzgada sobre la cosa, el objeto y la persona, pues en tales casos la acción no se habría consumido y la prestación el juramento habría de tomarse en consideración por medio de la introducción de una excepción en la fórmula. El juramento necesario genera una excepción no sólo en caso de una acción real en el que sea un tercero el que ejercite la acción (sin que verifique, en consecuencia, la triple identidad de la cosa juzgada), sino también en acciones personales cuando haya terceros fiadores o sucesores.

Cuando el demandante jura, que se le debe dar o que la cosa es suya, el Pretor le concede una acción *in factum*, personal, por el hecho del juramento, en el que sólo se discute la prestación del juramento a petición de la parte contraria en el caso de que el juramento haya tenido lugar en una acción personal previa. Por su parte, si el juramento se prestó en una acción real, esa acción personal *in factum* está dirigida a la estimación de la cosa, en el caso de que el demandado no la devuelva *cum sua causa*.

En definitiva, los efectos del juramento necesario se explican considerando el contenido de éste, que se erige, así, como el criterio más apropiado para la distinción entre el juramento necesario y voluntario.

Submetido em: 11 maio 2021.

Aceito em: 25 jun. 2021.

**CRÓNICA DEL CURSO INTERNACIONAL
“EXPERIENCIAS DE INNOVACIÓN DOCENTE E
INVESTIGACIÓN EN LA ERA DIGITAL”,
organizado por las profesoras del área de Derecho
romano de la Universidad de Oviedo, las Dras.
Carmen López-Rendo Rodríguez y María José
Azaustre Fernández, y celebrado los días 23, 24 y 25
de septiembre de 2020.**

Beatriz García Fuego

Universidad de Málaga, España
bgarciaf@uma.es

Este curso internacional tuvo su sede en la Facultad de Derecho de la institución académica asturiana, con una duración de veintidós horas lectivas y celebración formal de las sesiones en el Aula Magna y Salón de Grados del centro docente. Aunque inicialmente estaba previsto que todas las jornadas fueran presenciales, razones sanitarias motivaron que solamente se permitiera el acceso a los miembros de dicha comunidad universitaria, mientras que el resto de participantes se conectaron telemáticamente. Gracias al enorme esfuerzo llevado a cabo por el comité organizador, pionero en este tipo de eventos dentro de la Facultad de Derecho ovetense, todos los asistentes pudieron seguir las sesiones y participar en las mismas con normalidad.

Asistieron al curso más de ciento cuarenta miembros de diversas universidades españolas, europeas e iberoamericanas; fundamentalmente docentes romanistas, pero abierto a otras especialidades jurídicas como Derecho civil, Derecho procesal, Derecho administrativo e Internacional privado. Las sesiones se organizaron -en jornada de mañana y tarde- a través de la plataforma Microsoft Teams con la composición de mesas virtuales, a través de un/a presidente y un/a secretario/a, seguidas del correspondiente coloquio de preguntas sobre lo disertado. Todas las sesiones fueron grabadas y quedaron alojadas en la plataforma; además, se incluyó un innovador formato de “foro abierto”, donde los asistentes pudieron intercambiar sus impresiones en tiempo real.

Tras dar la bienvenida a los participantes, el Dr. Javier Gustavo Fernández-Teruelo Núñez, catedrático de Derecho penal y decano de la Facultad de Derecho destacó que, si bien la Universidad de Oviedo lleva años digitalizando contenidos, se suma a la enseñanza virtual en esta segunda etapa digital a la que asistimos.

La conferencia inaugural corrió a cargo de la Prof^a Emanuela Andreola, de la Universidad de Padua, sobre menores e incapaces en internet. En ella, puso de relieve la validez jurídica de los actos realizados por éstos y el reto que presenta determinar la capacidad del menor. Cuestiones que se unen al problema a la hora de individualizar las medidas a aplicar en caso de fraude, la imputabilidad en la “era de la falsedad”, así como la situación que enfrentan las plataformas donde se realiza la contratación.

A continuación, se pasó al turno de ponencias, que inició el catedrático de Derecho romano de la Universidad de La Coruña, Dr. Julio García Camiñas. El romanista gallego aboga por una enseñanza mixta, donde el profesor realiza una labor de soporte continuado, asistiéndose de complementos virtuales de diversa naturaleza: chats interactivos, vídeos pregrabados y píldoras de conocimiento, entre otros. Asimismo, reivindicó la necesidad de disponer de un manual

de referencia por asignatura, por ser un conocido elemento de fijación de ideas y contextualización del pensamiento a través de las fuentes a pie de página y gracias a su estilo expositivo. En este mismo sentido, el profesor Andrea Trisciunglio, de la Universidad de Turín, explicó cómo integrar la escritura a mano del estudiante en la enseñanza virtual y, más concretamente, a la hora de calificar.

El curso internacional sirvió de punto de encuentro entre numerosos docentes de Universidades Iberoamericanas, como fue el caso de la Dra. Mirta Beatriz Álvarez, Universidad de Buenos Aires, quien disertó sobre *Docencia e investigación en Derecho Romano durante la pandemia en dos universidades argentinas*, la UBA y la de Flores. En esta misma línea, los profesores Marilina Andrea Miceli (Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Abierta Interamericana, quien disertó sobre la “*Enseñanza del Derecho; la importancia de la virtualidad y el aprendizaje significativo*”), Grecia Sofia Munive (Universidad Autónoma de Méjico), Cesar Eugenio Vargas (Universidad Central de Chile), Carmen Meza Ingar (Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima), Daniel Bonjour (Universidad Nacional de la Plata) y Olivia Castro Mascareño (Universidad Autónoma de Baja California) manifestaron el gran esfuerzo que ha supuesto mantener una enseñanza de calidad en un contexto de virtualidad, así como la necesidad de incorporar herramientas digitales de forma permanente, utilizándolas con mesura. La investigadora letona de Derecho Romano Arta Jansone habló sobre cómo dar una orientación práctica a los estudios en esta disciplina, con su ponencia titulada: *AUSCULTĀRE, FĀRĪ, SCRĪBERE - A Practical Approach to Roman Law Studies in the Digital Era*.

Las profesoras Paula Domínguez y Eva María Polo, de las Universidades de Barcelona y Miguel Hernández de Elche, refirieron la experiencia no presencial en sus respectivas instituciones académicas, a través de las plataformas *BBCollaborate* y *Google Meet*. A su juicio, la docencia sincrónica debe estar en consonancia con las competencias asignadas a la disciplina del Derecho Romano, y observaron que el mayor aprovechamiento del Campus Virtual junto a la creación grupos de trabajo virtuales, generaron un clima de confianza, favoreciendo la implicación del estudiante. La profesora Raquel Pérez, de la Universidad de Oviedo, enseñó la planificación de un curso lectivo completo con la integración de muchas de las herramientas mencionadas en este curso.

Muchos participantes manifestaron los retos que surgieron al tener que adoptar medidas telemáticas, de aplicación inmediata, en una situación de pandemia, como la profesora Mariagracia Rizzi, de la Universidad de Milán. Alonso Ortega Giménez, de la Universidad Miguel Hernández, con su comunicación “*Límite 72 horas de adaptación*” destacó los beneficios de la grabación de vídeos (en su caso, entre 60 y 75 minutos), combinados con formularios y textos para comentar. No obstante, la profesora Etelvina de las Casas, planteó la necesidad de adoptar medidas efectivas para eludir la utilización irresponsable del material docente disponible, así como el uso deshonesto de la imagen del profesor por parte de algunos alumnos.

Laura Álvarez Suárez, de la Universidad de Oviedo, habló sobre la metodología *Flipped learning* o aprendizaje invertido, en cuya materia también expusieron la profesora Belén Fernández Vizcaíno, de la Universidad de Alicante, y la doctora Bravo Bosch, de la Universidad de Vigo, con una ponencia intitulada “*Flipped Classroom en Derecho romano*”. En este supuesto, se invierten los papeles y el alumno adopta un papel activo. Su principal ventaja es la flexibilidad adaptativa que presenta, y una mejor monitorización del alumno. Por otro lado, las docentes mencionaron la reticencia de algunos alumnos a trabajar previamente a las sesiones, así como el incremento de la carga de trabajo para el profesor.

Adolfo Díaz-Bautista Cremades, de la Universidad de Murcia, indicó que ya en Roma los niños aprendían cantando las XII Tablas, y planteó la necesidad de impartir conocimientos jurídicos antes de iniciar la etapa universitaria, con el objetivo de formar individuos dotados de pensamiento crítico.

Continuando con la docencia del Derecho para alumnos de diversos grados, la profesora Pilar Pérez, de la Universidad Autónoma de Madrid, habló sobre los cursos MOOC. Se trata de unos cursos de muy variado tipo (comerciales, de aprendizaje conductivo, híbridos), caracterizados todos ellos por ser masivos, abiertos, gratuitos, accesibles a través de la red online y en los que no hacen falta conocimientos previos. La profesora Pérez dirigió el módulo “negocio jurídico”, con la enseñanza de conceptos esenciales, de enorme relevancia para la ulterior formación rigurosa del alumno de primer año de Universidad. Por otro lado, Alejandra Boto Alvarez, profesora titular de derecho administrativo y miembro del comité de innovación docente de la Universidad de Oviedo trató la innovación docente en estudios no jurídicos.

Gran parte de las intervenciones giraron en torno a la tecnología de las TIC (Tecnología de la Información y de la Comunicación) y de las TAC (Tecnología del Aprendizaje y del Conocimiento). A estas últimas se refirió la profesora Patricia Panero, de la Universidad de Barcelona, como un elemento facilitador del aprendizaje, que desarrolla el trabajo colaborativo y la adquisición de habilidades. A su juicio, los alumnos del siglo XXI pueden realizar varias tareas simultáneamente, se guían por enlaces web y aprovechan tutoriales de internet para aprender de forma autónoma, pero carecen de estrategias de filtro a la hora de seleccionar la información. Igualmente, el profesor Xesús Pérez, de la Universidad Rey Juan Carlos, explicó cómo incorporar la tecnología en la investigación terminológica del Derecho Romano.

La profesora López-Rendo Rodríguez señaló que la utilización de los medios audiovisuales no está reñida con la consulta directa de las fuentes y mostró una actividad práctica, consistente en la resolución del caso práctico mediante la simulación de juicios efectuada la *fase in iure* ante el pretor de forma digital, mediante el campus virtual y la fase *apud iudicem ante el Iudex Privatus* en la sala de Juicios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, utilizando el procedimiento civil romano con sus fases incluida la sentencia oral que debía pronunciar el alumno elegido por las partes *iudex privatus* al finalizar el juicio. Mediante la misma, el alumno consulta la jurisprudencia romana, aprende el funcionamiento de las distintas instituciones, utilización de instrumentos procesales y desarrollo y práctica del procedimiento civil romano, a la vez que adquiere dotes de argumentación jurídica. En otra de sus intervenciones, puso de relieve los recursos on-line de que dispone tanto el docente como el alumno, para llevar a cabo la investigación en Derecho romano, imprescindible en este momento de dificultad para el acceso a las bibliotecas. Por su parte, la profesora Emma Rodríguez Díaz se refirió a la motivación del alumno en el estudio del Derecho Comparado, mediante la selección de temas de actualidad de gran interés y obteniendo resultados satisfactorios en la formación de grupos de trabajo colaborativo.

Dentro de las herramientas digitales, adentrándonos en la *gamificación* en el aula, la profesora María José Azaustre Fernández explicó la buena acogida que han tenido entre el alumnado las herramientas *Kahoot* y *Socrative*, donde el estudiante contesta a un cuestionario en su dispositivo móvil, y que este año se vienen utilizando antes de finalizar la clase teórica para repasar contenidos explicados en la misma y controlar la lista de asistentes de forma presencial en el aula. Por otra parte, los profesores de Derecho Civil Clara Gago Simarro e Ignacio Fernández Chacón, ambos de la Universidad de Oviedo, mostraron la utilidad de la herramienta *Socrative*, quizás no tan conocida como *Kahoot*, y sus múltiples aplicaciones en el aula: el *feedback* inmediato que recibe el estudiante, el seguimiento individual y la posibilidad de adaptar los cuestionarios a la metodología que el docente estime más conveniente.

Por su parte, las profesoras de la Universidad de Murcia Isabel Lorente y M^a Asunción Cebrián Salvat explicaron los recursos de gamificación introducidos en la asignatura de Derecho internacional privado, así como la experiencia de *Accursio DIP*, dirigido por el Catedrático de Derecho Internacional Privado D. Javier Carrascosa González <http://www.accursio.com/index.php>; el roscó de pasapalabra, la utilización de redes sociales: Facebook, twitter con fines formativos, etc.

La profesora Teresa Duplá Marín, de la Universidad Ramón Llull-ESADE Law School, disertó sobre el proceso de evaluación, a través del caso práctico online, y de la necesaria utilización del método jurisprudencial romano para asimilar las instituciones. La doctora Olga Gil García, de la Universidad de Burgos, dedicó su reflexión a la evaluación continua, y conveniencia de las aplicaciones móviles, mostrando las ventajas e inconvenientes de ambos sistemas metodológicos. En esta línea se refirieron las profesoras de la Universidad Jaume I de Castellón, Dr^a Carmen Lázaro, Amparo Montañana y M^a del Carmen Colmenar, quienes hablaron sobre *Los relatos digitales personales y casuismo romano*.

Los profesores José Luis Zamora y Silvestre Bello, de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, pioneros en España en la inclusión de herramientas digitales en la docencia universitaria, centraron su intervención en la Inteligencia Artificial y la utilización de metodologías emergentes: *teachbots*. En concreto, destacaron las ventajas de los *chatterbox*, dotados de lógica humana y que simulan una conversación. De esta forma, el alumno puede recibir una respuesta inmediata y se siente acompañado durante todo el proceso de aprendizaje. Sus compañeras, las profesoras Miriam Martín y Tewise Ortega, hablaron sobre recursos visuales gráficos en el ámbito de la docencia del Derecho- *visual thinking*-, tales como mapas conceptuales, muy útiles para la fijación de conceptos, al poder advertir la información simplificada de un solo vistazo.

Al gran potencial de la Inteligencia Artificial también se refirió el profesor José Ruiz Espinosa, de la Universidad Católica de Murcia, quien disertó sobre los beneficios del *case method* para llegar allí donde la clase magistral no puede y la aplicación de la inteligencia artificial al aprendizaje del Derecho.

El profesor Alfonso Murillo Villar, de la Universidad de Burgos, en calidad de presidente de la AIDROM, dio a conocer a todos los congresistas el convenio, recientemente suscrito con el BOE, para digitalizar la mayor parte de las conferencias y comunicaciones presentadas a los congresos anuales de la Asociación Iberoamericana de Derecho romano, desde el inicio de las convocatorias en los años noventa. Se inaugura así una nueva colección intitulada *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, que estará disponible muy pronto, en consulta abierta, dentro de los recursos que ofrece el BOE para cualquier estudioso del ámbito jurídico. Esta colección está dirigida por un director y doce vocales romanistas, hispanos y europeos, incrementando su acervo conforme vayan apareciendo nuestros trabajos en los congresos futuros, sin perjuicio de incorporar monografías inéditas con esta perspectiva de investigación, que estarán sujetas a evaluación crítica, según el modelo científico habitual. En la página web de la Agencia Estatal BOE https://www.boe.es/biblioteca_juridica/consejo_editorial/ se ha incluido la Colección de Derecho Romano, el Director de la misma, así como la composición del consejo asesor y las normas para la publicación.

Podemos concluir felicitando a todos los participantes, y destacar el buen hacer del comité organizador. De esta forma se abre camino para futuras convocatorias de innovación docente, punto de encuentro de diversas disciplinas con retos similares y especialmente en el Derecho Romano, cuya docencia e investigación no debe quedar al margen de la renovación que significan, para mayor eficiencia y formación del alumno universitario.