

Dom Helder

Revista de Direito

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Reitor: Paulo Umberto Stumpf, SJ.

Vice-Reitor: Estevão D'Ávila de Freitas

EDITORA DOM HELDER

Coordenador de Editoria: José Adércio Leite Sampaio

Diretora Executiva: Beatriz Souza Costa

Endereço: R. Álvares Maciel, 628, B. Santa Efigênia, CEP: 30150-250 – Belo Horizonte-MG.

Tel.: (31) 2125-8836. E-mail: revistadomhelder@domhelder.edu.br**Editora Chefe:**

Beatriz Souza Costa

Editores Adjuntos:

Anacélia Santos Rocha

Franclim Jorge Sobral de Brito

Secretários de Edição:

Cristialan Belça da Silva

Rafael Faber Fernandes

Revisão de originais:

Lígia Costa

Editoração, arte-final e capa:

Rômulo Garcias

Periodicidade: quadrimestral**Versão Eletrônica:**<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/dhrevistadedireito>**Ficha catalográfica**

D666 Dom Helder Revista de Direito
v. 1, 2019. Belo Horizonte: Escola Superior Dom
Helder Câmara, 2019.

v. 3, n. 6, Maio/Ago. 2020. (Ed. Dom Helder)

ISSN 2596-0601 (Eletrônico)

1. Direito – periódicos, 2. Escola Superior Dom Helder Câmara
I. Título.

CDU 34 (05)
CDD 340.05

Bibliotecário responsável: Anderson Roberto de Rezende CRB6 - 3904

**Revista dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (Lato Sensu e Stricto Sensu)
da Escola Superior Dom Helder Câmara**

EXPEDIENTE

Editora Chefe: Beatriz Souza Costa

Conselho Editorial

Prof.ª Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – Universidade de São Paulo (São Paulo, SP), Brasil. Prof. Dr. Délton Winter de Carvalho – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo, RS), Brasil. Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo, SP), Brasil. Prof.ª Dra. Helena Regina Lobo da Costa – Universidade de São Paulo (São Paulo, SP), Brasil. Prof.ª Dra. Liziane Paixão Oliveira – Universidade Tiradentes (Aracaju, SE), Brasil. Prof.ª Dra. Mariana Ribeiro Santiago – Universidade de Marília (Marília, SP), Brasil. Prof.ª Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado – Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, CE), Brasil. Prof. Dr. Valmir Cesar Pozzetti – Universidade do Estado do Amazonas (Manaus, AM) e Universidade Federal do Amazonas (Manaus, AM), Brasil. Prof. Dr. Wagner de Oliveira Rodrigues – Universidade Estadual de Santa Cruz (Ilhéus, BA), Brasil.

Conselho Avaliador

Adriane Medianeira Toaldo – Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) – Santa Maria-RS, Brasil. Adriano da Silva Ribeiro – Instituto de Educação Superior Latino-americano (IESLA) – Belo Horizonte-MG, Brasil. Állisson José Maia Melo – Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7) – Fortaleza-CE, Brasil. Ana Carolina Leal da Rocha Bernardes – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS) – Belo Horizonte-MG, Brasil. André Filipe dos Santos – Faculdade de Direito de Vitória (FDV) – Vitória-ES, Brasil. Carlos Alexandre Moraes – Faculdade de Tecnologia e Ciências do Norte do Paraná (Unifatec) – Paranavaí-PR, Brasil. Carolina Ferreira – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) São Paulo-SP, Brasil. Daniel Queiroga – Centro Universitário de Belo Horizonte (UniBH) – Belo Horizonte-MG, Brasil. Davi Jose de Souza da Silva – Estácio Castanhal (Estácio) – Apeú-PA, Brasil. Deilton Brasil – Universidade de Itaúna (UIT) – Itaúna-MG, Brasil. Denise Bitencourt Friedrich – Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) – Santa Cruz do Sul-RS, Brasil. Denise de Andrade – Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) – Fortaleza-CE, Brasil. Edna Hogemann – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UniRio) – Rio de Janeiro-RJ, Brasil. Fulvia Helena de Gioia – Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Mackenzie) – São Paulo-SP, Brasil. Haide Hupffer – Universidade Feevale (Feevale) – Novo Hamburgo-RS, Brasil. Helena Regina Lobo da Costa – Universidade de São Paulo (USP) – São Paulo-SP, Brasil. Janete Rosa Martins – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Santo Ângelo-RS, Brasil. Leila Bijos – Universidade Federal da Paraíba (UFPB) – João Pessoa-PB, Brasil. Luciana Cordeiro de Souza Fernandes – Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) – Campinas-SP, Brasil. Marcelo Buzaglo Dantas – Universidade do Vale do Itajaí (Univali) – Itajaí-SC, Brasil. Marco Antônio Barbosa – Centro Universitário de Brasília (Uniceub) – Brasília-DF, Brasil. Mariana Ribeiro Santiago – Universidade Federal do Pampa (Unipampa) – Bagé-RS, Brasil. Priscila Vasconcelos – Universidade do Estado do Rio de Janeiro – (UERJ) – Rio de Janeiro-RJ, Brasil. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – (FMU) – São Paulo-SP, Brasil.

Sumário

- 6** APRESENTAÇÃO
- 9** COVID-19 E A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS: A ATUAÇÃO DOS ESTADOS EM ZONA DE CONFLITOS ARMADOS
Ana Carolina Santos Leal da Rocha Bernardes
Mário Lúcio Quintão Soares
- 27** A REGULAMENTAÇÃO DA BIOECONOMIA PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA
Virgínia Ramos Castilho
- 49** A ATUAÇÃO DA SOCIEDADE DIANTE DA FALHA DE GOVERNANÇA DO ESTADO NO CASO DA CRISE HÍDRICA DE SÃO PAULO (2013-2015)
André Augusto Giurriatto Ferraço
Bárbara Borges Carvalho Piauilino
Marina Raísa Correia e Castro Figuerôa
Maria Vitória Soldatelli Silva Bastian
- 75** CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA POR CREDOR ESTRANGEIRO EM FAIXA DE FRONTEIRA
Eleandro Granja Costa Vanin e Hochmann
André Lipp Pinto Basto Lupi
- 101** O ICMS ECOLÓGICO NO BIOMA AMAZÔNIA: UM INSTRUMENTO FISCAL (IN)EFICAZ PARA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PROTETOR-RECEBEDOR
Luciano Costa Miguel
Zayne Gil Brito de Souza Souto
- 123** O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O SISTEMA ACUSATORIO IMPLEMENTADO PELA LEI N. 13.964/19
Lícia Jocilene das Neves
Raissa Cupertino Resende
- 143** O ATIVISMO JURÍDICO PURAMENTE CONSEQUENCIALISTA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PENAL BRASILEIRA A PARTIR DE ESTUDOS DE CASOS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF
Victor Minervino Quintiere
- 165** A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FABRICANTES DE ALIMENTOS GENETICAMENTE MODIFICADOS: UMA ABORDAGEM AMBIENTAL E CONSUMERISTA
Elcio Nacur Rezende
Marina Mendes Gasperini
Stela Gomes Ferreira
- 191** VALORAÇÃO DOS DANOS AOS RECURSOS HÍDRICOS EM BRUMADINHO
Alexandra Fátima Saraiva Soares
Paula Santana Diniz
Luis Fernando de Morais Silva

APRESENTAÇÃO

A *Dom Helder Revista de Direito*, com sua linha de pesquisa interdisciplinar “Justiça, Estado e Cidadania nas Sociedades Contemporâneas”, disponibiliza aos autores a possibilidade de desenvolver trabalhos que abranjam todas as áreas do Direito, proporcionando reflexões e abordagens jurídicas e filosóficas.

Em seu pouco tempo de existência, a revista demonstra a qualidade dos trabalhos publicados, e esse fato evidencia o reconhecimento dos pesquisadores pela excelência da Dom Helder Escola de Direito como uma instituição responsável por reverberar conhecimento. Sendo, portanto, este periódico um instrumento de disseminação de informação científica qualificada, por ser resultado de pesquisas profícuas merece ser reconhecido pela CAPES.

Neste exemplar, Ana Carolina S. L. R. Bernardes e Mário Lúcio Q. Soares, ambos da PUC-MINAS, produziram uma pesquisa enfatizando a doença COVID-19, relacionando-a com uma das tragédias humanas mais significativas deste século, ou seja, o problema dos refugiados no mundo.

Tratando de matéria ambiental, Virgínia R. Castilho (UNIMAR), com o artigo “A regulamentação da bioeconomia pela legislação brasileira”, explica o que se entende sobre a bioeconomia para, depois, transversalmente, relacioná-la com os direitos humanos e os instrumentos de proteção dos seres humanos utilizados nacional e internacionalmente, pela exploração excessiva dos recursos biológicos.

Continuando com a discussão ambiental André Augusto G. Ferraço, Bárbara B. C. Piaulino, Marina Raísa C. C. Figuerôa e Maria Vitória S. S. Bastian, acadêmicos da Universidade de Brasília, analisam a atuação da sociedade diante da falha do estado em gerir a questão da crise hídrica entre os anos de 2013 e 2015.

Um tema pouco discutido, mas de grande relevância, é o que examinam Eleandro G. C. V. Hochamann e André L. P. B. Lupi, ambos da UNICURITIBA, ou seja, a possibilidade da consolidação da propriedade fiduciária por credores estrangeiros em terras da faixa de fronteira brasileira, em decorrência da alteração ocorrida na Lei n. 13.986 de 2020.

Em outro giro, Luciano Costa Miguel e Zayne G. B. S. Souto, da Dom Helder Escola de Direito, abordam a perspectiva da cobrança do ICMS ecológico como forma de proteção do bioma amazônico. Com essa perspectiva, também mencionam o que se entende por serviços ambientais da natureza, além de uma análise do princípio do protetor-recebedor.

Com o artigo intitulado “O Código de Processo Penal Brasileiro e o Sistema Acusatório Implementado pela Lei n. 13.964/19”, Lícia Jocilene das Neves (ESDHC) e Raissa C. Resende (ESDHC) analisam o sistema acusatório adotado

e mais: a partir dessa lei, questionam se a figura do juiz de garantias assegurará o sistema acusatório e a efetivação da imparcialidade do juiz julgador, tema que tem causado tanto conflito na área penal.

Victor M. Quintiere (IDP), no instigante texto “O ativismo jurídico consequencialista na jurisdição penal brasileira a partir de estudos de casos na jurisprudência do STF”, indaga sobre os eventuais riscos da utilização dessa teoria pelos juízes, em especial aqueles que desempenham a jurisdição constitucional.

Elcio N. Rezende, Marina M. Gasperini e Stela G. Ferreira, da Dom Helder Escola de Direito, no artigo “A responsabilidade civil do fabricante de alimentos geneticamente modificados: uma abordagem ambiental e consumerista”, discutem sobre o Projeto de Lei n. 4.148/2008, que dispensa a obrigatoriedade de o consumidor ser informado quanto aos riscos inerentes aos produtos e à responsabilidade dos fabricantes de alimentos transgênicos.

Para fechar este exemplar, Alexandra Fátima S. Soares, Paula S. Diniz e Luís Fernando de M. Silva, todos servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, apresentam uma pesquisa aplicada sobre a valoração de dano ambiental aos recursos hídricos ocorrido na tragédia de Brumadinho, Minas Gerais, em 2019.

Pelo exposto, convidamos a todos(as) à leitura desses artigos inéditos com a certeza que serão de grande valia para as carreiras acadêmicas ou profissionais.

Beatriz Souza Costa

*Editora-Chefe da Dom Helder Revista de Direito
Pró-Reitora de Pesquisa da ESDHC*

COVID-19 E A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS: A ATUAÇÃO DOS ESTADOS EM ZONA DE CONFLITOS ARMADOS

Ana Carolina Santos Leal da Rocha Bernardes¹

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS)

Mário Lúcio Quintão Soares²

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS)

Artigo recebido em: 21/07/2020.

Artigo aceito em: 01/10/2020.

Resumo

A crise dos refugiados tem preocupado cada vez mais os Estados, autoridades e organismos internacionais. Em meio a pandemia da Covid-19, doença respiratória transmitida facilmente entre os indivíduos, não podemos negligenciar aqueles que sobrevivem dia após dia em um campo de refugiados. O presente artigo teve como objetivo analisar como os Estados têm enfrentado a crise dos refugiados no contexto da pandemia. A pesquisa foi desenvolvida por meio de análise qualitativa e exploratória e foi aplicado o método dialético. Realizou-se, também, como parâmetro para a mediação do debate, a pesquisa bibliográfica e documental. Pode-se concluir que os refugiados

têm sido cada vez mais negligenciados acerca de seus direitos fundamentais, pois têm se abrigado em campos para refugiados os quais não seguem as orientações de higiene recomendadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS) para evitar a disseminação do vírus. Além disso, atitudes xenófobas têm sido continuamente demonstradas, bem como o fechamento de fronteiras em grande parte dos países do globo, para aqueles que abandonam seus lares em busca de uma vida digna, sem perseguições, ameaças e perigos, em meio à pandemia.

Palavras-chave: Covid-19; Estados; refugiados.

¹ Doutora em Direito Público Internacional pela PUC-MINAS. Mestre em Direito Público Internacional pela PUC-MINAS. Bacharel em Direito pela PUC-MINAS. Professora na PUC-MINAS, com ênfase nas áreas de Direito Internacional Público e Privado, Constitucional, Humano, Administrativo e do Trabalho. Advogada. E-mail: anacarolinar35@gmail.com

² Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pela UFMG. Graduado em Direito pela UFMG. Professor de Direito Constitucional, Teoria Geral de Direito Público, Direito Comunitário e Teoria do Estado do bacharelado, mestrado e doutorado da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MINAS. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3582-3109> / e-mail: mlquintao@yahoo.com.br

COVID-19 AND THE PROTECTION OF REFUGEES: THE STATES PERFORMANCE IN THE AREA OF ARMED CONFLICTS

Abstract

The refugee crisis has increasingly worried States, authorities and international organizations. In the midst of the Covid-19 pandemic, a respiratory disease easily transmitted among individuals, we cannot forget those who survive day after day in a refugee camp. This article aimed to analyze how States have faced the refugee crisis together with Covid-19. The research was developed through qualitative research, using the exploratory research technique and the dialectic method. Procedures for mediation of work, bibliographic research and documentary research were also carried out. It can be concluded that refugees have

been increasingly neglected about their fundamental rights, as they have taken shelter in refugee camps who do not follow the hygiene guidelines recommended by WHO to prevent the spread of the virus. Furthermore, xenophobic attitudes have been continuously demonstrated, as well as the closing of borders in most countries of the globe, for those who leave their homes in search of a dignified life, without persecution, threats and dangers, in the midst of the pandemic.

Keywords: Covid-19; governments; refugees.

Introdução

A questão dos refugiados ganhou relevância no cenário internacional nos últimos anos. Imagens marcantes de refugiados sujeitos ao abandono, sofrimento, maus tratos e até mortes são manchetes diárias na mídia.

Todavia, deve-se ter em mente que o conceito de refugiado remete a pessoas que foram forçadas a abandonar seus lares, buscando uma expectativa de uma vida digna, segura e sem perseguições em outras cidades ou países.

Esse conceito traz consigo várias características, tais como: expectativa do uso da força, erupção repentina de conflitos, o não desaparecimento definitivo destes, ocorrência de tréguas em determinados momentos e a necessidade de respostas rápidas ao conflito em situações de agravamento de sua intensidade.

Com o advento do Protocolo Relativo aos Refugiados, de 1967, ocorreu uma atualização ao classificar um refugiado. São consideradas as pessoas que se encontram fora de seu país em razão do temor de perseguição, violação de direitos humanos e conflitos armados.

O princípio do *non-refoulement*, com previsão na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967, aduz que nenhum país deve expulsar ou “devolver” (*refouler*) um refugiado, contra a vontade do mesmo, em quaisquer ocasiões, para um território onde ele ou ela sofra perseguição.

Estudo realizado pela Harvard Medical School apontou o aparecimento do vírus entre outubro e novembro de 2019, na China (LIMÓN, 2020). Assim sendo, o ano de 2020 seria a segunda onda da Covid-19, nomeado pela OMS de SARS-CoV-2, que causa a doença Covid-19 (*Corona Virus Disease*), a qual vem apresentando altos índices de mortalidade, decorrentes de síndromes respiratórias agudas. Muitos dos sintomas vêm sendo diagnosticados, além de sequelas diversas no organismo. A Covid-19 infectou milhares de pessoas ao redor do mundo e, possivelmente, surgiu em Wuhan, uma província chinesa.

Medidas como isolamento, distanciamento social, quarentena e testes rápidos são tentativas realizadas no intuito de reduzir a disseminação do vírus. Porém, com o espalhamento deste globalmente, a situação agrava-se nos países em desenvolvimento, os quais possuem sistemas de saúde descompassados. Regiões em que os índices de mortalidade vêm alcançando patamares preocupantes, pois as medidas de contenção vêm demonstrando menor aplicabilidade e, portanto, menor eficácia.

O surto da Covid-19 expande a preocupação dos Estados, não só para com nacionais, mas em relação àqueles que se encontram em situação migratória nos territórios, em busca de uma melhor condição de vida para si e seus familiares.

Xenofobia e discriminação são vocábulos frequentes quando se trata de refugiados. A responsabilidade de proteção dos Estados em face de seus cidadãos urge em tempos de pandemia. No entanto, se há uma desatenção por parte daqueles responsáveis por resguardar os direitos básicos, os refugiados sofrerão tais efeitos de maneira agudizada.

Organizações internacionais alertam para a possibilidade de eventuais surtos de Covid-19 em campos de refugiados, uma vez que vivemos um momento de intensos intercâmbios migratórios gerados por conflitos territoriais de ordens diversas, sobretudo no Oriente Médio, e a capacidade dos referidos campos já chegou ao limite, consequentemente, há a dificuldade de se colocar em prova as recomendações advindas da OMS no que tange a higiene.

O presente artigo visa examinar a maneira como os Estados têm enfrentado a pandemia e a garantia de direitos aos refugiados. Tal análise ocorreu por meio de pesquisa qualitativa e exploratória e o método aplicado foi o analítico dialético. Realizaram-se, também, procedimentos para a mediação do trabalho, como pesquisa bibliográfica documental.

1 O conceito de refugiados

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) foi criado com missão de assegurar aos refugiados a aplicação dos protocolos internacionais, bem como a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967.

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados vislumbrou como refugiado a pessoa que residia na Europa ou outros territórios e com marco temporal aduzido antes dos acontecimentos de 1º de janeiro de 1951.

A referida restrição tornou-se muito simplista e reduzia a definição de refugiado. Era preciso mais. Fazia-se necessária uma definição que abarcasse todas as pessoas que se encontravam fora de seus lares por algum motivo e que não houvesse lapso temporal e geográfico.

Em 1967, com o advento do Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados, o conceito de refugiado trouxe uma ampliação em sua definição.

Para os fins do presente Protocolo, o termo “refugiado”, salvo no que diz respeito à aplicação do §3 do presente artigo, significa qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo primeiro da Convenção, como se as palavras “em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e...” e as palavras “...como consequência de tais acontecimentos” não figurassem do §2 da seção A do artigo primeiro. O presente

Protocolo será aplicado pelos Estados Membros sem nenhuma limitação geográfica; entretanto, as declarações já feitas em virtude da alínea “a” do §1 da seção B do artigo 1 da Convenção aplicar-se-ão, também, no regime do presente Protocolo, a menos que as obrigações do Estado declarante tenham sido ampliadas de conformidade com o §2 da seção B do artigo 1 da Convenção (ONU, 1967, p. 1).

Desse modo, houve a consolidação do conceito de refugiado com o advento do Protocolo Relativo ao Estatuto de Refugiados, datado no ano de 1967 e com aplicação da definição: são as pessoas encontradas fora de seu país de origem em razão de fundados temores de perseguição relacionados a questões em matéria de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou opinião política e, além da grave e generalizada violação de direitos humanos e conflitos armados (ONU, 1967, p. 1).

Por tal motivo, o conceito de refugiado, trazido pela Convenção de 51, não conferia efetiva proteção a muitas pessoas que se evadissem de seus países em virtude de perseguições estatais. Mesmo com tais restrições, a Convenção de 1951 trouxe consigo uma definição razoável de refugiado, uniformizou os requisitos para reconhecimento da condição de refugiado em âmbito mundial, e realçou o princípio do *non-refoulement* (SOARES, 2015, p. 162).

Presente em ambos os documentos internacionais, o princípio do *non-refoulement* estabelece que a segurança e a integridade física e psíquica do refugiado devem ser salvaguardadas e, portanto, nenhum refugiado pode ser devolvido ao seu país anterior ou encaminhado para um território onde possa sofrer perseguição, correr risco de vida ou reencaminhado a um terceiro território onde sua vida ou integridade possam vir a ser ameaçadas.

[...] o sofrimento inarrável vivenciado por milhões de criaturas humanas que sobreviveram à grande catástrofe do século XX, a Segunda Guerra Mundial (que ceifou a vida de mais de quarenta milhões de pessoas), levou as Nações Unidas a elaborar uma das mais importantes convenções internacionais, que regula a situação jurídica dos refugiados (BARBOSA; SAGRADO DA HORA, 2007, p. 17).

De acordo com o direito interno de cada Estado ou continente, a definição de refugiado poderá ser alterada, mas todas possuem um mesmo denominador comum: a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo

Relativo aos Refugiados de 1967. Insta salientar o comprometimento dos Estados com a cooperação internacional, realizada por meio de tratados, os quais exercem força constitucional, acordos e convenções para assegurar direitos e garantias individuais.

No Brasil, no que tange aos direitos e garantias fundamentais, ambos são considerados cláusulas pétreas, quais sejam: forma federativa de Estado; voto direito, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais, previstos pela Constituição Federal de 1988. Ou seja, não podem ser objeto de deliberação do referido tópico para proposta de emenda.

Em 2016, o Brasil participou da Cúpula de Líderes sobre Refugiados e assumiu o compromisso humanitário de receber os refugiados sírios e incluí-los na sociedade por meio de programas sociais e agências de fomento, tais como o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC) e o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), respectivamente.

Com o advento da Lei n. 13.445/2017, atualmente conhecida como Lei de Migração, a regularização migratória passou a ser a regra. Todos os estrangeiros, com propósito de migração, que ultrapassarem as fronteiras nacionais terão de se apresentar perante a Polícia Federal para regularizar sua situação.

Aqueles integrantes de grupos vulneráveis e os indivíduos que forem constatados possuidores de hipossuficiência econômica serão isentos do pagamento das taxas e emolumentos consulares para concessão de vistos ou para obtenção de documentos para regularizar a situação migratória.

Ao tratarmos a questão dos refugiados em âmbito regional, há de se falar sobre a Declaração de Cartagena das Índias. O Colóquio de Cartagena foi celebrado sob os auspícios do Governo da Colômbia. A crise política em diferentes países da América Central havia causado a saída de refugiados em números sem precedentes nessa parte do mundo em direção a países vizinhos da América Central e também a países da região centro-americana (TRINDADE; PEYTRINET; RUIZ DE SANTIAGO, 1996).

Em observância aos debates realizados no aludido Colóquio, levaram-se em consideração para a criação do conceito de refugiado na América Central a busca de uma vida digna e segura, a concessão de asilo, bem como a valorização dos direitos humanos e das diligências multilaterais em prol da manutenção da paz.

Nos anos de 1991 a 1994, a Organização dos Estados Americanos enviou esforços para adotar diretrizes sobre os refugiados em reuniões da Assembleia Geral, no intuito de garantir melhores condições e direitos para os indivíduos provenientes de países localizados na América Central.

Na Declaração de San José e Pessoas Deslocadas, ocorrida entre 5 e 7 de

dezembro de 1994, visou à cooperação internacional, entre Estados da América Latina e Caraíbas, em face dos refugiados e deslocados internos. Ressalta-se, ainda, o aprofundamento entre o Direito Internacional e os direitos humanos, uma vez que visivelmente existem pontos convergentes entre a declaração e os documentos internacionais. Barichello (2009, p. 60) disserta sobre os principais desafios acerca da proteção dos refugiados:

Com o objetivo de analisar conjuntamente os principais desafios que enfrentava a proteção dos refugiados e de outras pessoas necessitadas de proteção internacional na América Latina e de identificar linhas de ação dentro dos princípios da Declaração de Cartagena, foram realizadas quatro reuniões consultivas preparatórias: em San José, Costa Rica, nos dias 12 e 13 de agosto; em Brasília, Brasil, nos dias 26 e 27 de agosto; em Cartagena das Índias, Colômbia, nos dias 16 e 17 de setembro e em Bogotá, Colômbia, nos dias 6 e 7 de outubro. Como resultado desses encontros, nos quais foi analisada a problemática dos refugiados em cada região, foram elaborados informes aprovados por consenso, que serviram de base para a elaboração da Declaração e do Plano de Ação do México, firmados em 16 de novembro de 2004, na cidade do México, por vinte países latino-americanos.

Durante a celebração dos 20 anos da Declaração de Cartagena das Índias, em novembro de 2004, foi admitida a Declaração e o Programa de Ação do México para fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina. As medidas deliberadas na referida celebração foram a conceituação dos refugiados, a proteção e a superação dos obstáculos enfrentados por aqueles que abandonaram seus países e buscam uma vida digna e segura em outro território (ACNUR, 1984).

Por conseguinte, o direito dos refugiados e a obrigação dos Estados em assegurar-lhes direitos e garantias além dos que se encontram previstos na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967, se estendem para documentos internos e regionais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que abarca uma legislação de aprimoramento para aquelas pessoas que se encontram em busca de uma vida digna fora de seu território.

Negar o acolhimento a refugiados pode acarretar consequências potencialmente mortais, por isso é importante esse reconhecimento internacional, para que tenham acesso a assistência dos Estados, do ACNUR e de organizações relevantes (UNHCR, 2020; ONU, 1967).

A imigração possui as mais diversas causas: muitos deixam seus países pela ocasião de conflitos armados, ocorrem perseguições em virtude de raça, cor, sexo, nacionalidade além dos imigrantes provenientes de desastres naturais, também protegidos pelo ACNUR.

Quando um refugiado adentra em um território distinto do seu, alguns Estados fornecem prerrogativas como a da não expulsão; outros consentem em aplicar toda a legislação referente aos refugiados; outros apenas permitem a estadia dentro das tendas do ACNUR para que aguardem os trâmites da solicitação de refúgio.

A cada minuto milhares de pessoas são obrigadas a deixarem seus lares por causa de conflitos e perseguições. Tais atos evidenciam a necessidade de um aprimoramento das respostas humanitárias advindas dos Estados.

Por abandonarem suas casas em busca de um lugar seguro, onde sejam capazes de ter proteção e o mínimo necessário de higiene e segurança, os refugiados têm sido um ponto relevante para a comunidade internacional. Com a Covid-19, muitos estão marginalizados e alijados de um local limpo, sem aglomeração e com água limpa para higiene básica. Os refugiados clamam por socorro.

2 A Covid-19 e seu surgimento na comunidade internacional

Em 31 de dezembro de 2019, a OMS fora alertada sobre diversos casos de uma pneumonia na província da Wuhan, na China. Após uma semana, no dia 7 de janeiro de 2020, as autoridades chinesas confirmaram que haviam identificado um novo tipo de vírus (OMS; OPAS, 2020). No dia 11 de março de 2020, a OMS, por intermédio de seu diretor-geral Tedros Adhanom, declarou que a pandemia do coronavírus e os Estados deveriam ser capazes de detectar, proteger, tratar e reduzir a transmissão do vírus.

Desde então, iniciou-se uma corrida contra o tempo em busca de uma vacina capaz de prevenir a contaminação pelo vírus. A contaminação desenfreada, a severidade dos casos e o impacto negativo na área da saúde afetam os países, principalmente os mais carentes em recursos, em suas esferas sociais e econômicas.

Percebemos os efeitos desproporcionais em determinados países, como o aumento do discurso de ódio, a segregação de grupos vulneráveis e os riscos de respostas de uma segurança pesada prejudicam a saúde coletiva. Na crescente onda do nacionalismo, do populismo e do autoritarismo, que vem sendo uma ameaça com a finalidade de desestabilizar os direitos humanos em determinados Estados, a crise pode fornecer um pretexto para

adoção de medidas repressivas para questões não relacionadas à pandemia. E isso é inaceitável (ONU, 2020, tradução livre)³.

Com a instauração da pandemia, cabe salientar o fechamento de fronteiras, a necessidade de repatriação de nacionais por seus respectivos estados e o aumento da xenofobia e discriminação contra os estrangeiros. Necessário lembrar daqueles que vivem em países localizados em zonas de conflitos armados, pois estes não podem usufruir de distanciamento social, isolamento, água corrente e cuidados básicos de higiene, conforme já mencionado e recomendado pela OMS.

2.1 A Covid-19 e os países em zona de conflito

A pandemia do coronavírus sobrecarregou inclusive países que possuem aparatos médicos e sistema de saúde dos mais avançados, como os Estados Unidos, França e demais países da Europa, que possuem tecnologia e aparato médico o suficiente para suportar as demandas diárias em seus hospitais. Porém, com a chegada do coronavírus, estes passaram por escassez de UTI (Unidade de Terapia Intensiva) e equipamentos de proteção. Porém, países afetados por conflitos armados diários sequer têm o mínimo para começar o atendimento de seus habitantes.

A falta de suprimentos médicos para esses países não é o único desafio. Síria, Iêmen e Sudão do Sul, por exemplo, enfrentam diariamente questões que perpassam desde os reflexos da crise sanitária proveniente do Covid-19 até conflitos e instabilidade política e econômica provocados pela pandemia.

Enquanto muitas zonas de conflito ainda não sentiram a força total do coronavírus, o tempo tem sido cada vez mais escasso. A seguir, veremos o exemplo de cinco estados, os quais convivem com a realidade diária da pandemia e dos conflitos armados. Esses Estados podem ser devastados pela Covid-19 caso medidas não sejam tomadas.

No Oriente Médio, os sírios presenciam momentos de tensão desde 2011 com a centralização do poder nas mãos do ditador Bashar Al-Assad e a atuação de grupos do Estado Islâmico que geram instabilidade no território e no cotidiano da população. A cada dia, milhares de nacionais abandonam a Síria em busca de um Estado seguro. Atualmente, com a disseminação do coronavírus na Síria pode ocorrer um dos mais graves surtos do mundo.

³ We see the disproportionate effects on certain communities, the rise of hate speech, the targeting of vulnerable groups, and the risks of heavy-handed security responses undermining the health response. Against the background of rising ethno-nationalism, populism, authoritarianism and a pushback against human rights in some countries, the crisis can provide a pretext to adopt repressive measures for purposes unrelated to the pandemic. This is unacceptable (ONU, 2020).

Nove anos de conflitos internos deixaram o sistema de saúde da Síria em ruínas, com 85 unidades de saúde atacadas no norte do país apenas no ano passado. No Noroeste, onde os combates recentemente levaram ao maior deslocamento de civis de toda a guerra, existem apenas 105 leitos de UTI e 30 ventiladores adultos para uma população de 1,5 milhão. Quase todos já estão em uso. [...] A falta de comida, água potável e exposição ao clima frio já deixaram centenas de milhares de pessoas com problemas de saúde, tornando-as ainda mais vulneráveis a uma doença que podem se espalhar tão rapidamente quanto a Covid-19”, diz Misty Buswell, diretor regional de política e advocacia do Comitê Internacional de Resgate (International Rescue Committee – IRC)⁴ (IRC, 2020, tradução livre).

Também localizado no Oriente Médio, após cinco anos de conflitos armados, o Iêmen enfrenta a maior crise humanitária do mundo. Em tempos de pandemia, apenas metade dos hospitais do Iêmen funcionam em sua totalidade e 18 milhões de cidadãos iemenitas não têm sequer acesso a higiene, água e saneamento adequados.

Enquanto a coalizão liderada pela Arábia Saudita no Iêmen propôs recentemente um cessar-fogo de duas semanas, é urgentemente necessária uma cessação total da violência. [...] “Duas semanas não são tempo suficiente para preparar este país para os impactos devastadores que a Covid-19 terá, nem para alcançar os necessitados e aliviar seu sofrimento”, disse Tamuna Sabedze, diretora do Comitê Internacional de Resgate (International Rescue Committee – IRC) no país. “Não podemos controlar uma pandemia global entre bombas e ataques aéreos”⁵ (IRC, 2020, tradução livre).

Noutro giro, situado no Continente Sul-Americano, a Venezuela enfrenta um cenário de fome, instabilidade e violência, o qual levou mais de 4,7 milhões

4 “Nine years of conflict have left Syria’s health care system in ruins, with 85 health facilities attacked in the north of the country just last year alone. In the northwest, where fighting recently led to the largest displacement of civilians of the entire war, there are just 105 ICU beds and 30 adult ventilators for a population of 1.5 million. Nearly all are already in use. [...] “A lack of food, clean water and exposure to cold weather has already left hundreds of thousands of people in poor health, making them even more vulnerable to a disease that can spread as quickly as COVID-19,” says Misty Buswell, Middle East regional policy and advocacy director for the International Rescue Committee (IRC) (IRC, 2020).

5 While the Saudi-led coalition fighting in Yemen recently proposed a two-week ceasefire, a full cessation of violence is desperately needed. “Two weeks is not enough time to prepare this country for the devastating impacts COVID-19 will have on the country, nor to reach those in need and alleviate their suffering,” said Tamuna Sabedze, the IRC’s Yemen country director. “We cannot control a global pandemic amongst bombs and airstrikes” (IRC, 2020).

de pessoas a deixar seu território desde 2014 – entre elas, metade dos médicos do país.

Noventa por cento dos hospitais venezuelanos carecem de suprimentos básicos e existem apenas 84 leitos de UTI para uma população de 32 milhões de venezuelanos. “Dentro da Venezuela, a situação é terrível”, diz Marianne Menjivar, diretora do IRC na Venezuela e na Colômbia. Com as fronteiras agora fechadas para a Colômbia, outras turbulências econômicas ameaçam a vida de milhões de venezuelanos⁶ (IRC, 2020, tradução livre).

O Sudão do Sul, país localizado ao centro do Continente Africano, vive mergulhado em um cenário de guerra e fome. Organizações Internacionais como a Unicef e o ACNUR foram acionados para ajudar a contornar a situação humanitária desastrosa ilustrada pela fome e os habitantes que diariamente abandonam seus lares.

“O povo do Sudão do Sul já sofreu seis anos de terríveis guerras, fome e uma economia em colapso”, diz Caroline Sekyewa, diretora do IRC no país. Menos da metade das unidades de saúde do país estão em pleno funcionamento e muitas em operação estão mal equipadas e com falta de pessoal. Com uma população de 11,7 milhões de pessoas, o país possui apenas quatro ventiladores e 24 leitos de UTI. A interrupção dos programas humanitários que salvam vidas pela Covid-19 pode levar à fome no Sudão do Sul e em outros países com altos níveis de desnutrição⁷ (IRC, 2020, tradução livre).

País da África Ocidental, Burkina Faso, similar aos países localizados na África, possui um histórico de violência e conflitos armados. Seus nacionais se viram compelidos a abandonar suas casas, enquanto grupos armados lutam para consolidar sua presença no pequeno país. Burkina Faso, em meio a pandemia da Covid-19, possui apenas 11 ventiladores para sua população de 20,9 milhões de pessoas.

6 Ninety percent of Venezuelan hospitals lack critical supplies, and there are only 84 ICU beds for a population of 32 million. “Inside of Venezuela, the situation is dire,” says Marianne Menjivar, the IRC’s country director for Venezuela and Colombia. With borders now closed to Colombia, further economic turmoil threatens the lives of millions of Venezuelans” (IRC, 2020).

7 “The people of South Sudan have already endured six years of terrible war, famine and a collapsed economy,” says Caroline Sekyewa, South Sudan country director for the IRC. Less than half of the country’s health facilities are fully functioning, and many in operation are poorly equipped and understaffed. With a population of 11.7 million people, the country has only four ventilators and 24 ICU beds. Disruption of lifesaving humanitarian programs by COVID-19 could lead to famine in South Sudan and other countries with high levels of malnutrition” (IRC,2020).

“O aumento que Burkina Faso viu nos ataques de grupos armados no ano de 2019, agrava a dificuldade de mitigar a propagação de uma doença em uma área ativa de conflito, como vimos com o ebola na República Democrática do Congo”, diz Bob Kitchen, vice-presidente de emergências e ações humanitárias do IRC. Uma nova análise pelo IRC do potencial impacto do coronavírus em zonas de crise mostra um quadro terrível. “A escala, gravidade e velocidade do surto de COVID-19 serão ampliadas em países frágeis”, diz o presidente e CEO do IRC, David Miliband, das conclusões do relatório⁸ (IRC, 2020, tradução livre).

Miliband (apud IRC, 2020) ressalta, ainda, duas ações essenciais para o combate à pandemia, em conjunto com estes passos urgentes primeiro, a atividade imediata para impedir a propagação da doença é imperativa. Sem instalações de lavagem das mãos, a doença se enraíza – e sem a triagem eficaz das pessoas, ela é abundantemente transmitida. Segundo ele, os elos mais fracos da cadeia global de saúde são uma ameaça à saúde em todos os lugares. Devemos fortalecer os esforços de prevenção em países devastados pela guerra e garantir que os refugiados e outras pessoas vulneráveis não sejam deixados para trás.

Caso haja uma falha advinda dos Estados, não somente os mais vulneráveis estarão sujeitos a consequências desastrosas, mas toda uma comunidade internacional, e os efeitos serão sentidos ao longo de décadas.

3 O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) e as medidas de ingresso nos Estados em tempos de Covid-19

A necessidade de proteção e garantia dos direitos fundamentais tornou-se maior em tempos de combate à Covid-19. Ao mencionarmos as dificuldades de aplicação dos métodos de higiene preconizados pela OMS, não podemos negligenciar a proteção aos refugiados, deslocados internos, apátridas e migrantes. Essa população é vulnerável à contaminação pelo vírus.

Em face à pandemia, o ACNUR, cujo mandato de proteção que inclui não somente os refugiados, mas aqueles grupos citados anteriormente, publicou um informativo para orientar os países acerca do acesso por aqueles que têm diariamente seus direitos violados e buscam uma vida digna.

8 “The major increase Burkina Faso has seen in attacks by armed groups over the past year compounds the difficulty of mitigating the spread of a disease in an active conflict area, as we’ve seen with Ebola in the Democratic Republic of Congo,” says Bob Kitchen, IRC vice president of emergencies and humanitarian action. New analysis by the IRC of the potential impact of the coronavirus in crisis zones paints a dire picture. “The scale, severity and speed of the COVID-19 outbreak will be magnified in fragile countries,” says IRC president and CEO David Miliband of the report’s findings. “The double crisis needs a double response” (IRC, 2020).

Tal documento atém-se ao fato de que tais grupos necessitam de proteção e assistência internacional em razão dos riscos de contaminação durante a pandemia. Ressalta também a autonomia dos Estados em realizar a triagem daqueles interessados a adentrar em seu território. A medida não pode negar a solicitação de asilo ou resultar na expulsão do território em comento.

Medidas razoáveis para determinar e gerenciar riscos à saúde pública que possam surgir em conexão com pessoas que chegam de outros países podem incluir limitações temporárias de movimento por um período limitado. Tais restrições devem, contudo, estar em conformidade com a lei, necessárias para o propósito legítimo de gerenciar o risco à saúde identificado, proporcional e sujeito a revisão regular⁹ (UNHCR, 2020, tradução livre).

Quando tais restrições equivalem à detenção, esse ato arbitrário ou discriminatório deve estar autorizado por lei, conforme as salvaguardas processuais aplicáveis, por um período de tempo limitado e em conformidade com os padrões internacionais. As preocupações com a saúde não justificam o uso sistemático de detenção de imigração contra indivíduos ou grupos de requerentes de asilo ou refugiados (UNHCR, 2020).

Embora essas medidas de saúde pública possam não visar especificamente as pessoas que procuram proteção internacional, elas podem ter consequências de longo alcance para essas pessoas. Criar medidas para proteger a saúde pública pode afetar pessoas que buscam proteção internacional. Essas ações podem ser o resultado de uma triagem de saúde, quarentena ou isolamento social.

Ressalta-se a necessidade de conformidade com o Direito Internacional, pois negar a entrada ao território poderia contribuir ainda mais para a disseminação do vírus.

Em 17 de março de 2020, o Governo Federal publicou a portaria n. 120, a qual restringe, excepcional e temporariamente, em tempos de pandemia, a entrada de venezuelanos em território brasileiro, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), sob a justificativa de agravar os riscos de contaminação pelo coronavírus.

O art. 6º da portaria preconiza, em caso de descumprimento, a responsabilização civil, administrativa e penal do agente infrator, a deportação imediata do agente infrator e a inabilitação de pedido de refúgio.

⁹ Reasonable measures to ascertain and manage risks to public health that could arise in connection with people arriving from other countries could include temporary limitations on movement for a limited period. Such restrictions must however be in accordance with the law, necessary for the legitimate purpose of managing the identified health risk, proportionate, and subject to regular review (UNHCR, 2020).

A referida legislação salienta a dificuldade do Sistema Único de Saúde (SUS) em receber tais estrangeiros infectados e contribuir na proliferação da Covid-19. Apesar do mundo inteiro reunir esforços para combater o coronavírus, não podemos negligenciar as necessidades dos milhares de refugiados e migrantes, não só venezuelanos, mas aqueles presentes ao redor de todo o globo.

Conclusão

Especialistas de saúde pública, bem como a OMS, concordam acerca da diminuição de circulação para frear a circulação do coronavírus. Entretanto, o fechamento de fronteiras nacionais não pode ser observado sob a ótica de uma proteção mais efetiva.

Os direitos humanos não podem ser deixados à mercê da comunidade internacional, uma vez que cabe aos Estados a adoção de políticas públicas inclusivas para refugiados, migrantes, deslocados internos e todo aquele grupo de pessoas as quais necessitam de uma efetiva proteção advinda de organizações internacionais em conjunto com os países.

A supressão desses direitos colocou-se em voga dada a pandemia da Covid-19 e evidenciou ainda mais a falta de estrutura em termos médicos e hospitalares em diversos países do globo.

A permissão para viverem em campos de refugiados, onde existem apenas lonas brancas, com o símbolo do ACNUR e da ONU, com milhares de pessoas aglomeradas sob elas, não configura uma proteção efetiva aos refugiados. Em um cenário em que a recomendação da OMS é evitar o deslocamento e manter o distanciamento social, os refugiados não têm o mínimo de acesso a cuidados essenciais destinados a higiene básica.

A pandemia se alastrou por todos os continentes. Fronteiras têm sido recorrentemente fechadas e países se negam receber aqueles que buscam o ínfimo no que tange a sua proteção.

Por fim, salienta-se a necessidade de saúde pública para todos os grupos já mencionados: apátridas, deslocados internos, migrantes e refugiados. Com o passar dos dias, os campos de refugiados têm trabalhado com sua lotação máxima. Caso a Covid-19 adentre um desses campos e infecte os refugiados, os estados terão de lidar com essa conta. Os direitos humanos são direitos de todos. E cabe aos países signatários garantirem sua eficácia para todos e em prol de todos.

Referências

ACNUR – ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. *Declaração de Cartagena*. Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários. Cartagena das Índias, 22 nov. 1984. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1. Acesso em: 1 jul. 2020.

ACNUR – ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. *Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas*. San José, 5-7 dez. 1994. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/asilos-refugiados-e-apatridas/declaracao-de-sao-jose-sobre-refugiados-e-pessoas-deslocadas-1994>. Acesso em: 20 out. 2020.

BARBOSA, L. P. SAGRADO DA HORA, J. R. *A polícia federal e a proteção internacional dos refugiados*. Brasília, DF: ACNUR, 2007.

BARICHELLO, S. E. F. M. *Direito Internacional dos refugiados da América Latina: o plano de ação do México e o Vaticínio de Hannah Arendt*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a lei de migração. *Diário Oficial da União* – Seção 1 – 25/5/2017. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-publicacaooriginal-152812-pl.html>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. *Portaria n. 120, de 17 de março de 2020*. Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros oriundos da República Bolivariana da Venezuela, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 mar. 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-120-de-17-de-marco-de-2020-248564454>. Acesso em: 30 jun. 2020.

Declaração de San José de 1994. Disponível em:

IRC – INTERNATIONAL RESCUE COMMITTEE. 5 crisis zones threatened by a coronavirus double emergency. *Rescue.org*, 9 abr. 2020. Disponível em: <https://www.rescue.org/article/5-crisis-zones-threatened-coronavirus-double-emergency>. Acesso em: 30 jun. 2020.

JOHNS HOPKINS UNIVERSITY. Coronavirus Resource Center. *COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU)*. Baltimore: JHU, 2020. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em 30 jun. 2020.

LIMÓN, R. Estudo de Harvard indica que o coronavírus começou a circular em Wuhan em agosto, meses antes de surto. *El País*, 9 jun. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/ciencia/2020-06-09/estudo-de-harvard-indica-que-o-coronavirus-comecou-a-circular-em-wuhan-em-agosto-meses-antes-do-surto.html>. Acesso em: 21 out. 2020.

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; OPAS – ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Folha informativa – COVID-19*. Brasília, DF: OMS/OPAS, 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:Covid19&Itemid=875. Acesso em: 2 jul. 2020.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre o Estatuto do Refugiado*. [S.l.]: ONU, 1951. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1. Acesso em: 4 jul. 2020.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados*. [S.l.]: ONU, 1967. Disponível em: <http://www.adus.org.br/protocolode-1967-relativo-ao-estatuto-dos-refugiados/>. Acesso em: 4 jul. 2020.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *COVID-19 and human rights: we are all in this together*. New York: ONU, 2020. Disponível em: <https://www.un.org/en/un-coronavirus-communications-team/we-are-all-together-human-rights-and-Covid-19-response-and>. Acesso em: 24 set. 2020.

SOARES, M. L. Q. A saga dos refugiados sob a égide do direito internacional, em tempo de globalização. *Revista Duc In Altum – Cadernos de Direito*, Recife, v. 7, n. 13, set./dez. 2015.

TRINDADE, A. A. C.; PEYTRIGNET, G.; RUIZ DE SANTIAGO, J. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados*. San José; Brasília: ACNUR/CICV/ IIDH, 1996.

UNHCR – UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. Key legal considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the COVID-19 response. *Refworld*, 16 mar.

2020. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/5e7132834.html>. Acesso em: 1 jul. 2020.

A REGULAMENTAÇÃO DA BIOECONOMIA PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Virgínia Ramos Castilho¹

Universidade de Marília (UNIMAR)

Artigo recebido em: 04/05/2020.

Artigo aceito em: 01/10/2020.

Resumo

Este artigo tem como objetivo estudar a regulamentação dada pelos instrumentos jurídico-normativos nacionais e internacionais aos temas correlatos à bioeconomia, especialmente no que tange à sua preocupação com a proteção aos direitos humanos. O estudo foi construído por meio de pesquisa bibliográfica, nos referenciais pertinentes, e documental, nos instrumentos normativos nacionais e internacionais aplicáveis à espécie. No que concerne à escrita, optou-se por utilizar o procedimento dedutivo. O trabalho foi dividido em três partes. Na primeira, foram tratados conceitos basilares acerca do conceito de *bioeconomia*. A seguir, foram estudados os instrumentos internacionais relacionados à bioeconomia.

Na sequência, foi estudada a regulamentação da bioeconomia no Brasil e a legislação brasileira em vigor acerca da matéria. O presente trabalho se justifica, especialmente em decorrência da necessidade atribuída ao direito de prevenir os seres humanos dos potenciais malefícios da exploração dos recursos biológicos bem como da necessidade de regulamentação da bioeconomia, especificamente, sob o exemplo alemão e demais instrumentos internacionais relacionados à bioeconomia para preservação e atenção aos direitos humanos.

Palavras-chave: bioeconomia; direitos humanos; recursos biológicos; regulamentação.

¹ Mestranda em Direito pela UNIMAR. Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-5917-9151> / e-mail: virginia.mestrado@gmail.com

REGULATION OF BIOECONOMY BY BRAZILIAN LEGISLATION

Abstract

This article aimed to study the regulation given by national and international legal-normative instruments to themes related to the bioeconomy, especially regarding its concern with the protection of human rights. The study was built through bibliographic research, in the relevant references, and documentary, in the national and international normative instruments applicable to the species. With regard to writing, we chose to use the deductive procedure. The work was divided into three parts. In the first, basic concepts about the concept of bioeconomy were treated. Next, the international instruments related to the bioeconomy

were studied. Following, the regulation of the bioeconomy in Brazil and the current Brazilian legislation on the subject were studied. The present work is justified, especially due to the need attributed to the right to prevent human beings from the potential harms of the exploitation of biological resources as well as the need to regulate the bioeconomy, specifically, under the German example and other international instruments related to the bioeconomy for preservation and attention to human rights.

Keywords: *bioeconomics; biological resources; human rights; regulation.*

Introdução

O objetivo do presente trabalho é estudar a regulamentação dada pelos instrumentos jurídico-normativos nacionais e internacionais aos temas correlatos à bioeconomia, especialmente no que tange à sua preocupação com a proteção aos direitos humanos.

O estudo é construído por meio de pesquisa bibliográfica, nos referenciais pertinentes e documentais, nos instrumentos normativos nacionais e internacionais aplicáveis à espécie. No que concerne à escrita, optou-se por utilizar o procedimento dedutivo.

O trabalho divide-se em três partes. Na primeira, serão tratados conceitos basilares acerca do conceito de *bioeconomia*, sua origem e suas diferenças em relação à chamada *economia de base biológica*, assim como o antropocentrismo no contexto da exploração do patrimônio biológico.

Além disso, abordar-se-á a necessidade de regulamentação da bioeconomia, especificamente no exemplo alemão. São estudados os instrumentos internacionais relacionados a esse conceito, bem como a necessidade de preservação e de atenção aos direitos humanos.

No mesmo sentido, serão abordadas a Convenção sobre Diversidade Biológica de 1992 e as decisões da Convenção sobre Diversidade Biológica de 2002. Na sequência, serão estudadas a regulamentação da bioeconomia no Brasil e a legislação brasileira em vigor acerca da matéria, tendo em vista a importância que vem ganhando no âmbito jurídico, pois suas consequências refletem diretamente na esfera dos direitos humanos, dos direitos individuais e na economia.

Ainda nesse tópico, será estudada uma agenda jurídica para a bioeconomia brasileira. O presente trabalho justifica-se, pela necessidade atribuída ao direito de prevenir os potenciais malefícios da exploração dos recursos biológicos aos seres humanos.

1 Conceitos basilares relacionados ao tema

Este tópico tem como objetivo a explanação acerca de conceitos relacionados à bioeconomia, desde suas origens, bem como algumas diferenças conceituais trazidas pelos estudiosos e por instrumentos legais, para que seja possível esclarecer a necessidade de melhor regulamentação de matérias afeitas a tal ramo da economia.

O conceito de *bioeconomia* é historicamente recente, tendo surgido para se adequar questões relacionadas à biotecnologia e à exploração do patrimônio

genético, bem como às necessárias limitações dessas práticas, nas searas preventiva e repressiva.

Nesse sentido, o termo *bioeconomia* foi criado pelos professores Juan Enriquez e Rodrigo Martinez. Volta-se a analisar as *ciências da vida*, especialmente a genética, a biologia molecular e celular, que afetam e transformam produtos, negócios e a indústria mundial (CNI, 2013). Muitas das vezes, essas alterações causam problemas de saúde, quando o ser humano é exposto por muito tempo a determinado tipo de produto, sem que ele perceba a origem desses malefícios.

Trata-se de um setor da economia que, de acordo com a Organização de Cooperação de Desenvolvimento Econômico (OCDE), movimentará, no ano de 2030, 300 bilhões de euros. Seu maior mercado atual é o de biocombustíveis, bioquímicos e bioplásticos, nesta ordem (CNI, 2013).

Nota-se, assim, tratar-se de um ramo da economia mundial que cresce rapidamente e que abocanha significativa fatia do capital em circulação no mundo. Desse modo, o conceito é tratado por estudiosos ao redor do mundo que, inclusive, criam definições pareadas.

Imperioso salientar que o conceito de bioeconomia é recente. Surgiu a partir das discussões sobre as mudanças climáticas, a partir do século XX. Com diversos estudos relacionados ao meio ambiente, recursos naturais, mudanças climáticas e como essas questões impactam diretamente na economia e no desenvolvimento de tecnologias alternativas capazes de aumentar a produção e manter a capacidade de maneira sustentável, a Organização das Nações Unidas (ONU) propôs o termo “desenvolvimento sustentável”, apresentando um relatório elaborado pela Comissão Mundial para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento.

Nesse relatório, o termo ficou assim definido: “desenvolvimento sustentável é aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades” (ONU, 1963). Nesse contexto, a bioeconomia começa a ser delineada como uma ciência que almeja o desenvolvimento econômico de maneira sustentável. Embora recente, vem se mostrando como uma ciência transdisciplinar.

Uma ciência transdisciplinar é capaz de produzir uma interação entre disciplinas, relacionando várias disciplinas e promovendo sua interação, diferente de uma ciência interdisciplinar que apenas atinge duas disciplinas diferentes (TRANSDISCIPLINAR, 2018).

Um dos primeiros estudiosos a observar a relação entre a economia e a biologia foi Nicholas Georgescu-Roegen, chamando a atenção para o crescimento desordenado e insustentável e apontando que os recursos naturais disponíveis na Terra não seriam suficientes para o padrão que vinha sendo estabelecido (GEORGESCU-ROEGEN, 1971).

Por se tratar de um relevante ramo da economia mundial, questões relacionadas ao patrimônio biológico e genético encontram-se refletidas em estudos, documentos oficiais e instrumentos normativos, de modo que conceitos similares possam surgir.

Em decorrência disso, algumas das agendas utilizam conceitos diferentes: algumas se referem à *bioeconomia*, enquanto outras se referem a uma *economia de base biológica*, de maneira que não é raro serem citados os dois termos de maneira idêntica (STAFFAS; GUSTAVSSON; MCCORMICK, 2013)

Nesse mesmo sentido, uma definição mais recente para a economia de base biológica foi conferida pela União Europeia, que supera as anteriores no que concerne à sua clareza, afirmando que, nesse novo conceito, há a integração do conjunto de recursos biológicos naturais e renováveis, tanto terrestres quanto marítimos, o que incluía biodiversidade de plantas, animais e micro-organismos, e a transformação e o consumo desses recursos biológicos (STAFFAS; GUSTAVSSON; MCCORMICK, 2013, p. 2752).

Trata-se de um conceito um pouco mais específico do que o de bioeconomia. De acordo com o parágrafo acima, relaciona-se às *ciências da vida*, notadamente à genética e à biologia molecular e celular e à maneira como atingem e transmudam produtos, negócios e a indústria global. Nesse sentido, de acordo com Staffas, Gustavsson e McCormick, 2013, p. 2752):

The transition from a fossil fuel-dependent development paradigm towards a development path that takes advantage of bio-based resources and new innovations within biochemistry and the life sciences is prompting the formulation of new strategies and policies. With increased research and innovations on bio-based energy forms, chemicals and materials, the use of the terms bioeconomy (BE) and bio-based economy (BBE) has evolved. Interestingly, there is a slight difference between the meanings of these two terms and also in how they are used, although this difference is neither obvious nor outspoken [...]. The use of the two terms in this article will, as often as possible, be used stringently, but when mentioned as a general concept, the term bioeconomy also comprises the bio-based economy. Until now, many countries have published separate strategies and policies related to biotechnology and bio-based products and industries, but more and more countries are developing strategies that collect all these separate topics under the conceptual umbrella of the BE. A shift towards a larger and more advanced bioeconomy will

imply effects on many aspects of the economy, society in general, and the environment. With a strategy for a BE, a nation declares its intentions in a more coordinated way, sometimes including the aspects of protecting biodiversity, food quality and quantity, preservation of rare biotopes, and climate change mitigation. The fact that some of the world's largest countries and economies have adopted national strategies and visions for such a bioeconomy is relevant for all actors in research and economic arenas.²

Geralmente, os países que utilizam o conceito *bioeconomia*, a exemplo do Brasil, da África do Sul, dos Estados Unidos e do Canadá, referem-se a um setor econômico específico, diferente daqueles que utilizam a expressão *economia de base biológica* (STAFFAS; GUSTAVSSON; MCCORMICK, 2013). Nesse sentido, o relatório da *Harvard Business Review Brasil* faz menção acerca da bioeconomia:

A bioeconomia surge como resultado de uma revolução de inovações aplicadas no campo das ciências biológicas. Está diretamente ligada à invenção, ao desenvolvimento e ao uso de produtos e processos biológicos nas áreas da saúde humana, da produtividade agrícola e da pecuária, bem como da biotecnologia (CNI, 2013, p. 15).

Nesses Estados, como Alemanha, Suécia e Suíça, a expressão é utilizada para conceituar a economia baseada nas matérias-primas biológicas e renováveis, que permitem a independência em relação às matérias-primas fósseis (STAFFAS; GUSTAVSSON; MCCORMICK, 2013). Mesmo que se relacione intimamente à vida como um todo, enquanto conceito notadamente econômico, a bioeconomia é estudada e trabalhada como uma ciência dirigida ao progresso e ao aumento da riqueza, focando-se, portanto, no homem e em suas necessidades e desejos.

2 A transição de um paradigma desenvolvimentista depende de combustíveis fósseis para um modelo que valoriza recursos biológicos e inovações da bioquímica e ciências humanas está incitando a formulação de novas políticas e estratégias. Com a pesquisa crescente e as inovações de fontes de energia renováveis, químicas e materiais, o uso dos termos bioeconomia e economia de base biológica evoluiu. Curiosamente, há uma sutil diferença entre os significados desses dois termos e como são utilizados, embora essa diferença não seja nem óbvia e nem posta em evidência [...]. O uso desses dois termos, neste artigo, será criterioso sempre que possível, mas quando o conceito for mencionado de maneira geral, o termo bioeconomia compreenderá o conceito de economia de base biológica. Até agora, muitos países vêm publicando separadamente sobre as estratégias e políticas nos produtos e indústrias de biotecnologia e economia de base biológica, mas mais e mais países estão desenvolvendo maneiras para concentrar todos esses assuntos na mesma chave conceitual da bioeconomia. Uma mudança para uma prática baseada na bioeconomia mais abrangente e avançada vai implicar efeitos em muitos aspectos da economia, da sociedade em geral e no meio ambiente. Com uma estratégia para bioeconomia, uma nação declara suas intenções de maneira mais coordenada, algumas vezes incluindo medidas protecionistas em relação à biodiversidade, qualidade alimentar, preservação de espécies em extinção e maior preocupação com as mudanças climáticas. O fato de algumas das maiores economias e países mais importantes estarem adotando estratégias nacionais e deslocando olhares para a bioeconomia é relevante para todos os atores relacionados à pesquisa e aos setores econômicos (livre tradução da autora).

Desse modo, trata-se, em um mundo com oito bilhões de pessoas, de um necessário modelo econômico, dirigido a amenizar impactos ambientais e se adaptar às várias mudanças sociais e econômicas (STAFFAS; GUSTAVSSON; MCCORMICK, 2013).

A constatação da necessidade de atuar em prol da regulação entre o consumo e a preservação ambiental torna indispensável a discussão e o tratamento de novos métodos e marcos regulatórios, tanto pelos governos locais como pela comunidade internacional, em um sentido que respeite as legislações e os aspectos culturais nacionais, em conformidade global.

Essa tarefa do governo e dos serviços públicos deve permitir a participação do cidadão e, ao mesmo tempo, influenciar nas decisões que são referentes a eles, tornando as decisões democráticas, também no caso da bioeconomia, na qual as políticas e leis relacionadas a vários aspectos afetam diretamente a vida dos cidadãos, local, nacional e internacionalmente (MUSTALAHTI, 2018).

Natureza e meio ambiente, todavia, pela perspectiva civilizatória, são especialmente entendidos como provedores de recursos. E o meio ambiente, com a constatação do possível esgotamento de recursos naturais, consequência da ausência de regulação entre desenvolvimento e sustentabilidade, passou a ser visto como um desafio ou como algo que precisa ser salvaguardado, o que pode ser feito com a ajuda da bioeconomia. Além disso, há certos direitos ambientais que constituem questões básicas de justiça (MUSTALAHTI, 2018).

Cada vez mais, biotecnologia e bioeconomia andam de mãos dadas. O uso do termo bioeconomia tem sido entendido por um vínculo mais estreito com os conhecimentos associados à biotecnologia, e com suas diversas técnicas (JUMA; KONDE, 2001).

Afirma Aragão (2003) que os avanços da biotecnologia podem ser utilizados como uma das principais ferramentas para avanços na bioeconomia. Sendo considerado que “biotecnologia é o uso de seres vivos e seus componentes na agricultura, alimentação e saúde, além do emprego na produção ou modificação de produtos em processos industriais” (ARAGÃO, 2003, p. 17).

Um dos maiores obstáculos das pesquisas sobre biotecnologia e, consequentemente, para a bioeconomia, é a falta de conhecimento, bem como a falta de fatores que limitem até onde se pode avançar, por exemplo.

Foi na década de 1990, a despeito dos avanços da biotecnologia que se realizou a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), originando um acordo internacional de direito ambiental, que fora assinado pelos países signatários durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992.

Entre os assuntos tratados pela Convenção, destacam-se os objetivos estabelecidos, quais seja, a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado a esses recursos, e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, instituídos pela Lei 11.105 de 24 de março de 2004. Assim, a CDB deixa clara a complexa ligação entre economia e biologia por meio dos objetivos ora citados, pois não se pode negligenciar da interação e da importância de ambas.

Outro tema fortemente tratado pela CDB foi a biossegurança, mostrando a necessidade do estabelecimento de políticas de biossegurança, a fim de garantir, entre outros, a segurança alimentar e ambiental dos produtos geneticamente modificados. Nesse sentido:

Biossegurança é o conjunto de medidas voltadas para a preservação, a minimização ou a eliminação de riscos inerentes às atividades de pesquisa, produção, ensino, desenvolvimento tecnológico e prestação de serviços, que podem comprometer a saúde do homem, dos animais, do meio ambiente ou a qualidade dos trabalhos desenvolvidos (TEIXEIRA; VALE, 1998, p. 13).

Apesar disso, assim como toda atividade econômica, especialmente aquelas que alcançam grande vulto monetário, deve ser observada pelas ciências jurídicas, por tratar diretamente da vida, tem de ser devidamente regulamentada pelo direito.

Em decorrência da necessidade de regulamentação das atividades econômicas que envolvem recursos biológicos, os instrumentos jurídicos de contenção, limitação, prevenção e governança devem ser criados, e aqueles já existentes devem ser constantemente aprimorados. Isso porque as formas de alienação, expropriação e desinvestimento se relacionam à “cultura de inovação biotecnológica”, mas as subjetividades e cidadanias individuais e coletivas acabam por ser moldadas e conscritas por essas tecnologias, já que respeitam à vida em si (SUNDER RAJAN, 2006).

Note-se, todavia, que essa regulamentação tem de estar voltada à sustentabilidade e, por consequência, ao futuro da humanidade, sob pena de demonstrar-se inconsequente. Um exemplo desse tipo de regulamentação sustentável deu-se na Alemanha.

O referido país estruturou uma agenda nacional denominada *National Research Strategy 2030: our route towards a biobased economy* (Estratégias de Pesquisa Nacional 2030: nossa rota para uma economia de base biológica) (BMBF, 2011), que se embasa nas recomendações dadas pelo Conselho de Bioeconomia,

constituído, por sua vez, por agentes governamentais, estudiosos e industriais (STAFFAS; GUSTAVSSON; MCCORMICK, 2013).

Esse conselho surgiu para fazer que a Alemanha se tornasse referência na economia de base biológica, por meio de tecnologias disruptivas e apesar de ser uma política voltada ao país, demonstra um entendimento global acerca da temática (STAFFAS; GUSTAVSSON; MCCORMICK, 2013).

O documento alemão é objetivo e claro. Seus objetivos são bem determinados e os meios de alcançá-los também são abertamente mencionados, e apesar de se analisar as vantagens globais da economia de base biológica, o foco é em nível nacional (STAFFAS; GUSTAVSSON; MCCORMICK, 2013).

O plano de metas inclui normas de regulação sobre segurança alimentar, o cultivo e armazenamento de alimentos, levando em consideração o beneficiamento agrícola em larga escala, a indústria alimentar, a comercialização dos produtos e o setor de serviços, além de produção de recursos energéticos como a biomassa, a indústria de papel e celulosa, a extração de recursos naturais, como a pesca, além de repensar a indústria farmacêutica e reconsiderar todas essas atividades de maneira aliada à proteção ambiental e mudanças climáticas.

Demonstra-se, assim, que o referido país se encontra extremamente evoluído no concernente à regulamentação da utilização de recursos biológicos para fins econômicos. Nesse sentido, referida legislação se encontra à frente dos instrumentos internacionais regulamentadores da bioeconomia.

2 Os instrumentos internacionais relacionados à bioeconomia

O presente tópico tem por objetivo estudar a regulamentação dada no foro internacional à exploração de recursos biológicos, especialmente no que concerne à necessidade de proteção aos seres humanos, posteriormente, a discussão permitirá compreender os instrumentos nacionais voltados a tal regulamentação.

Apesar de ser um conhecimento historicamente recente, há importantes instrumentos internacionais de regulamentação da exploração do patrimônio biológico que, no entanto, não se voltam necessariamente à sustentabilidade ou à proteção aos seres humanos.

A análise dos vários documentos indica que há um crescente debate acerca de como a bioeconomia pode impactar diversos aspectos. Ocorre que as recentes estratégias bioeconômicas e o direito não enfatizam essas questões (MUSTALAH-TI, 2018).

Em sentido contrário, o papel da bioeconomia no crescimento econômico é

mais enfatizado pela legislação (MUSTALAHTI, 2018), em detrimento de aspectos protetivos indispensáveis para a preservação dos seres humanos que se utilizam dos recursos biológicos.

Os instrumentos internacionais relacionados à exploração de recursos biológicos dirigem-se, enfaticamente, a questões econômicas e, em especial, à lucratividade dessas atividades, não se preocupando, suficientemente, com questões relacionadas a direitos humanos.

O relacionamento entre países economicamente centrais, portadores das matrizes de grandes multinacionais, com países do terceiro mundo baseia-se na exploração dos recursos naturais, na propriedade intelectual sobre as comunidades e recursos genéticos, de modo que os países subalternos sofrem constantes tensões devidas à exploração dos recursos naturais (GONZÁLEZ LOTERO; MONTAÑO SOTO, 2017).

As multinacionais, frequentemente, violam ou superam aquilo que é preestabelecido. O maior problema, todavia, é a violação dos direitos humanos dos indivíduos membros das comunidades mais afetadas pela exploração. É a estes que a bioeconomia, a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico buscam resguardar (GONZÁLEZ LOTERO; MONTAÑO SOTO, 2017). As entidades administrativas e legislativas, dada sua esmagadora corrupção institucional, geralmente, negligenciam a execução das medidas necessárias de controle, prevenção e correção, medidas que visam garantir que continuem sendo países de grande riqueza natural e intelectual (GONZÁLEZ LOTERO; MONTAÑO SOTO, 2017).

São constantemente violados os direitos humanos e a preservação da biodiversidade. Assim, os estados soberanos nos quais essas empresas trabalham são forçados a desenvolver sistemas e instrumentos para proteger direitos inerentes à pessoa e às sociedades (GONZÁLEZ LOTERO; MONTAÑO SOTO, 2017)

São criados tratados ou acordos que servem como diretrizes para a extração de recursos, a instalação, a operação, o desenvolvimento, a pesquisa, a inovação e o uso de matéria-prima ou propriedade intelectual por multinacionais em países estrangeiros (GONZÁLEZ LOTERO; MONTAÑO SOTO, 2017).

As referidas convenções internacionais, apesar de precisarem evoluir naquilo que se relaciona aos direitos humanos e à proteção em relação à exploração de recursos biológicos, trazem alguns dispositivos relevantes no concernente a essa temática.

Um dos tratados internacionais mais relevantes acerca da exploração de recursos biológicos é a Convenção sobre Diversidade Biológica, de 1992, que se encontra em vigor no Brasil, um dos países signatários, nos termos do Decreto Presidencial n. 2.519, de 1998.

desperdício e a ostentação deveriam ser desestimulados e, em contrapartida, deveriam ser incentivadas medidas para o controle de natalidade (GEORGESCU-ROEGEN, 1975).

Seria imperiosa a propagação da alimentação saudável, baseada em alimentos orgânicos, frutos de uma agricultura que recuse a utilização de pesticidas. Para além, é imperiosa a utilização racional da energia, mediante controle de desperdício e regulamentação estrita (GEORGESCU-ROEGEN, 1975).

Sugere também a necessidade de viabilizar, o mais rápido possível, a utilização de fontes de energia limpa, como a solar. No mesmo sentido, seria indispensável o controle da fusão termonuclear e seria também imperioso o desestímulo ao consumo desenfreado, especialmente quanto aos *gadgets* (GEORGESCU-ROEGEN, 1975). Deveria ser incentivada a durabilidade dos produtos, em detrimento da “cultura da moda”. Sendo necessária a adoção de políticas de valorização de mercadorias duráveis, reparáveis e reutilizáveis. Assim, a mentalidade ecológica deve se desvencilhar do capitalismo neoliberal.

Nesse diapasão, deveria ser reduzido o tempo de trabalho mundial em prol do lazer, como direito fundamental e indispensável à dignidade (GEORGESCU-ROEGEN, 1975). Notável, portanto, a ligação direta entre a referida teorização e os direitos humanos. Cechi e Veiga, ao analisar o pensamento do autor, assim entendem:

Ao focar na quantidade de materiais e energia processados pela economia, percebe-se que a atividade econômica de uma geração tem influência na atividade das gerações futuras. Isso ocorre devido à utilização dos recursos energéticos e materiais terrestres e à acumulação dos efeitos prejudiciais da poluição no ambiente. E é este o cerne do problema ecológico da humanidade. A depleção de recursos e o despejo de resíduos, consequências inevitáveis da atividade econômica de uma geração, afetarão em algum momento a possibilidade das gerações seguintes terem qualidade de vida igual ou maior. Para Georgescu-Roegen (1976), a Economia não pode lidar com esse problema, por restringir sua análise onde a circulação de valores monetários pode ser observada. Por isso um dia deverá ser englobada pela mais ampla Ecologia. Todavia isso só ocorrerá quando a humanidade tiver que se preocupar com a distribuição intertemporal dos escassos recursos terrestres, e não apenas com a alocação de recursos relativamente escassos de uma geração apenas (CECHIN; VEIGA, 2010, p. 446).

Nota-se, aqui, uma maior preocupação com a proteção aos seres humanos, inclusive, com questões relacionadas à soberania dos países em desenvolvimento e, até mesmo, naquilo que concerne à igualdade entre os povos do mundo, em consonância, portanto, com o direito internacional dos direitos humanos.

3 A regulamentação da bioeconomia no Brasil

O presente tópico se dirige ao estudo da legislação brasileira em vigor relacionada à exploração de recursos biológicos e, conseqüentemente, à bioeconomia, bem como às diretrizes propostas pela *Confederação Nacional da Indústria* em 2013.

Na legislação nacional, os principais diplomas voltados à questão da exploração de recursos biológicos são: a Lei n. 11.105, de 2005; a Lei n. 13.123, de 2015; e o Decreto n. 8.772, de 2016. Esses instrumentos, por sua vez, trazem alguns dispositivos voltados à proteção dos seres humanos.

O art. 6º da Lei n. 11.105/2005 proíbe a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano e a clonagem humana, punindo-as como crimes em seus arts. 24 (utilização de embriões humanos), 25 (prática de engenharia genética em célula germinal humana, zigoto ou embrião humano) e 26 (clonagem humana) (BRASIL, 2005).

O art. 5º da Lei n. 13.123/2013 veda “[...] o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado para práticas nocivas ao meio ambiente, à reprodução cultural e à saúde humana e para o desenvolvimento de armas biológicas e químicas” (BRASIL, 2015).

O § 4º do art. 1º do Decreto n. 8.772, que regulamenta a Lei n. 13.123 de 2015 inclui, no patrimônio genético, “[...] a seleção natural combinada com seleção humana no ambiente local” (BRASIL, 2016). Nota-se, portanto, a insuficiência dos referidos dispositivos para a proteção dos seres humanos no contexto da bioeconomia.

E fica evidente que a legislação nacional acerca da exploração de recursos biológicos necessita de aprimoramentos, há estudos que comprovam essa necessidade.

Nesse sentido, o relatório da *Confederação Nacional da Indústria* e da *Harvard Business Review Analytic Services* afirma que o marco regulatório relacionado à bioeconomia deve ser aprimorado, adequando-se à totalidade da legislação nacional acerca do tema com impacto direto sobre os setores industriais (CNI, 2013). De acordo com a referida agenda: o patrimônio genético é um, bem de uso comum do povo, de modo que a União deve gerir o patrimônio genético e o acesso ao conhecimento tradicional. Isso porque tem valor econômico potencial, que só se

torna real quando convertido em insumos, produtos ou processos (CNI, 2013).

Os benefícios decorrentes da exploração econômica desse produto ou processo relacionado ao patrimônio genético devem ser partilhados. Sua exploração, contudo, deve ser realizada de maneira sustentável, para garantir a conservação da diversidade biológica e o equilíbrio dos ecossistemas (CNI, 2013).

No mesmo sentido, a legislação de biossegurança associada à pesquisa, produção e comercialização de organismos geneticamente modificados deve ser utilizada de maneira eficiente (CNI, 2013).

A *Genetic Use Restriction Technologies* (GURTs – Restrição do Uso de Tecnologias Genéticas) deve ser cautelosa, pois esse setor é uma importante ferramenta biotecnológica no controle do fluxo genético de culturas transgênicas (CNI, 2013), o que pode demonstrar uma maior preocupação com a economicidade do que com a humanidade. Nesse sentido, de acordo com o referido estudo:

O nacionalismo genético tem pouco futuro num mundo conectado em redes. Países que afastam pesquisadores e com processos de concessão de vistos burocráticos deixam de atrair cérebros brilhantes para trabalhar e alavancar o campo das ciências e, nesse mesmo sentido, políticas que visem manter os dados da biosfera brasileira como “patrimônio exclusivo” é um suicídio, pois os meios de comunicação global dificilmente permitirão isso. Essas medidas apenas servirão para garantir que estes cérebros brilhantes, que novas pesquisas, que novas descobertas, e que empresas, se mudem para outros países. Existem muitos motivos pelos quais o Brasil pode e deve ser um líder nas ciências da vida. Antes de mais nada, conta com uma população jovem, inteligente e trabalhadora. Com um enfoque mais seletivo, treinamento, apoio, conectividade e imigração, essa população pode tornar-se um eixo fundamental em pesquisas e implantação dessas novas tecnologias. Mas com a burocracia é muito mais fácil dizer “não”. É muito mais fácil ter medo de tomar decisões firmes por ações promissoras e negligenciar os custos por não agir no momento correto. Isso é uma realidade constante em economias emergentes diante de novos riscos e desafios. E, assim, quando chegar a hora em que todos esses erros se mostrarem fatais e quando as ciências da vida se estabelecerem como a principal linguagem do Século 21, será tarde demais. Os novos *hubs* globais de tecnologia, os vencedores, aqueles que anteviram o surgimento dessa nova linguagem e a absorveram e a aplicaram inteligentemente, estarão em um estado tecnológico muito distante para serem alcançados.

As sementes de uma comunidade científica das ciências da vida já estão brotando no Brasil, mas ainda é uma comunidade que precisa de ajuda, amor, apoio, paciência, recursos e orientação. Há poucas empresas que, apesar dos obstáculos, saíram-se bem; [...] Mas um, dois, três, uma dúzia de empreendedores e empresas de sucesso é muito pouco, dada a importância para a economia brasileira de produtos que sejam naturais e orgânicos. Naturais e orgânicos no sentido de serem feitos pela natureza, por química orgânica, por diversas empresas processadoras de alimentos, rações, fibras, produtos químicos para uma infinidade de usos. Portanto, prestem atenção aos estudos de casos, propostas e oportunidades apresentadas neste documento. Foram escritos por pessoas [...] que querem que seu país crie e seja líder em uma nova economia. Pessoas que querem apostar naquilo que é o mais difícil de alcançar: a mudança. O mais fácil, em um país abundante em tantos recursos e oportunidades como o Brasil, seria ignorar a controvérsia, a complexidade, e os meios abstratos que permeiam os temas relacionados às ciências da vida (CNI, 2013, p. 7).

Apesar de a sustentabilidade ser uma preocupação presente nos instrumentos legais, regulamentos e pesquisas referentes à exploração de recursos biológicos e à proteção dos direitos humanos ainda aparecem em um plano secundário, situação que deve ser modificada nos âmbitos nacional e internacional.

A despeito disso, é necessária uma legislação capaz de assegurar o comprometimento do organismo, responsável por todo e qualquer tipo de exploração de recursos naturais e biológicos, como a segurança e a sustentabilidade do meio ambiente como um todo, para, assim, evitar desastres que dizimam vidas humanas e biológicas, espécies animais, a fauna e a flora, garantindo uma vida digna para as gerações atuais e futuras.

Nesse sentido, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, junto ao Serviço Florestal Brasileiro, lançou, em 2019, um documento denominado “Bioeconomia da floresta: a conjuntura da produção florestal não madeireira no Brasil” (BRASIL, 2019a), no qual trata do extrativismo florestal como atividade bioeconômica relevante.

De acordo com o documento, faltam informações precisas quanto à produção florestal não madeireira no mundo. As que existem, entretanto, apontam a importância dessa atividade quanto à segurança alimentar, geração de renda e do aumento da diversidade nutricional para uma a cada cinco pessoas no mundo (BRASIL, 2019a).

Essa produção florestal requer florestas conservadas e devidamente manejadas, que “[...] mantêm as funções de sequestro de carbono, regulação do ciclo hidrológico, controle de erosões, mitigação dos processos de mudança climática, entre outros. Dessa forma, a atividade incentiva à conservação e até mesmo à recuperação florestal” (BRASIL, 2019a, p. 14).

Além disso, a produção florestal não madeireira contribui para a geração de renda nas comunidades locais, além de promover a conservação das florestas e a mitigar os efeitos da mudança climática, mas “[...] carece do estabelecimento de políticas públicas que promovam o desenvolvimento da atividade” (BRASIL, 2019a, p. 63). Além disso:

As diversas ações e programas implementados, associados ao aumento da demanda pelos produtos não madeireiros da floresta ou produtos da biodiversidade no mercado nacional e internacional nos últimos anos, não somente permitiu, como também exigiu o aperfeiçoamento e ampliação das políticas públicas brasileiras. No mundo, o conceito de bioeconomia vem sendo cada vez mais utilizado. Estando basicamente relacionado às atividades e relações econômicas que envolvem inovação no uso dos recursos naturais. Parte dessas relações está diretamente ligada à utilização dos produtos não madeireiros que é realizada pela agricultura familiar, povos e comunidades tradicionais (BRASIL, 2019, p. 64).

Nesse sentido, faz-se imperiosa a regulamentação bioeconômica da referida produção, com vistas à sua lucratividade e à preservação ambiental. Em decorrência disso, o Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento lançou em junho de 2019 o Programa Bioeconomia Brasil Sociobiodiversidade.

A regulamentação do referido programa deu-se por meio da Portaria 121 de 2019 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Seu art. 2º determina que seu objetivo é promover a articulação de parcerias entre o Poder Público e os extratores, “[...] visando a promoção e estruturação de sistemas produtivos” (BRASIL, 2019b).

Tais parcerias, entretanto, devem basear-se “[...] no uso sustentável dos recursos da sociobiodiversidade e do extrativismo, assim como na produção e utilização de energia a partir de fontes renováveis que permitam ampliar a participação desses segmentos nos arranjos produtivos e econômicos que envolvam o conceito da bioeconomia” (BRASIL, 2019b).

Para tanto, foram estabelecidos cinco eixos: estruturação produtiva das cadeias do extrativismo (pró-extrativismo); ervas medicinais, aromáticas, condimentares, azeites e chás especiais do Brasil; roteiros da sociobiodiversidade; potencialidades

Um dos itens do Preâmbulo da Convenção determina “[...] a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica fortalecerão as relações de amizade entre os Estados e contribuirão para a paz da humanidade” (BRASIL, 1998).

O art. 2º do referido Pacto, que concerne à utilização de termos para os propósitos desta Convenção, incorpora, entre os recursos biológicos todos aqueles que tenham “[...] real ou potencial utilidade ou valor para a humanidade” (BRASIL, 1998).

Já o art. 8º do instrumento, relacionado à Conservação *in situ*, afirma a necessidade de se estabelecer ou manter meios de regulamentação, administração ou controle de liberação de organismos vivos modificados, “[...] levando também em conta os riscos para a saúde humana” (BRASIL, 1998).

Note-se que a Convenção de 1992, assim como as demais, volta-se à questão econômica relacionada à exploração dos recursos biológicos, pouco se preocupando com a preservação da integridade dos seres humanos que se utilizam desses produtos. Portanto, a legislação brasileira deve avançar, no sentido de colocar-se à disposição da população atingida por essas atividades e mecanismos de controle jurisdicional, a fim de preservar direitos e limitar de maneira sustentável a exploração dos recursos biológicos disponíveis.

O *United Nations Environment Programme* (UNEP – o Programa Ambiental das Nações Unidas) nas *Decisions Adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity at its sixth meeting* (Decisões adotadas na Conferência dos partidos para a Convenção da Diversidade Biológica, em seu sexto encontro), ocorrida no ano de 2002, regulamentou algumas disposições da Convenção Sobre a Diversidade Biológica.

Entre os objetivos, destaca-se a necessidade de contribuir para aliviar a pobreza e apoiar a segurança alimentar humana, saúde e integridade cultural, especialmente nos países em desenvolvimento, menos desenvolvidos e pequenos Estados insulares em desenvolvimento (UNEP, 2002).

Georgescu-Roegen, considerado o patrono da bioeconomia, em 1975, fixou alguns pontos essenciais para o desenvolvimento desse ramo de estudos. Considerou, inicialmente, a necessidade de se adotar uma mentalidade pacifista mundial, caracterizada pelo fim das guerras e do consequente encerramento da produção gerado por esses conflitos (GEORGESCU-ROEGEN, 1975).

Seria necessário um acordo internacional, dirigido ao fim do desperdício de matérias primas na produção. Além disso, seriam imperiosas a inclusão e a justiça social para todos os seres humanos, mediante o incentivo à existência digna, notadamente nos países subdesenvolvidos (GEORGESCU-ROEGEN, 1975). Para tanto, é necessária a partilha internacional dos custos da ajuda humanitária. O

da agrobiodiversidade brasileira; energias renováveis para a agricultura familiar (BRASIL, 2019b).

Demonstra-se, portanto, a tentativa do governo brasileiro de regulamentar uma atividade bioeconomicamente relevante, em consonância não apenas com a preservação ambiental, como, também, em relação aos direitos humanos das populações que habitam os biomas florestais do país.

Não se pode esquecer que, embora o avanço tecnológico e produtivo de um setor da economia, no caso, trate da bioeconomia, tende-se a observar muitas vezes, os avanços econômicos em detrimento da segurança e sustentabilidade da vida e da dignidade da vida humana. No entanto, ambos andam de mãos dadas, de um lado a economia que gira a roda da vida e, de outro a vida humana que deve ser preservada dentro de moldes correlatos ao desenvolvimento integral.

Conclusão

A definição de *bioeconomia* é historicamente recente. Surgiu para se adequar a questões relacionadas à biotecnologia e à exploração do patrimônio genético em geral, assim como para explicar a necessidade de limitações preventivas e repressivas a tais práticas.

Trata-se de um ramo da ciência econômica em escala mundial, que evolui rapidamente e que se apropria de gigantesca fatia do capital mundial, de maneira que o conceito é trabalhado por estudiosos de todo o mundo que, inclusive, constroem definições que se relacionam.

Por ser um relevantíssimo ramo da economia mundial, diversas questões relacionadas ao patrimônio biológico e genético se refletem nos estudos, nos documentos oficiais e instrumentos normativos a ele concernentes, de maneira que conceitos similares podem surgir.

Uma definição para a economia de base biológica foi dada pela União Europeia, com um conceito um pouco mais específico do que o de bioeconomia, que se relaciona às *ciências da vida*, notadamente à genética e à biologia molecular e celular, bem como ao modo como atingem e modificam produtos, negócios e a indústria global.

Mesmo se relacionando à vida como um todo, por ser um conceito notadamente econômico, a bioeconomia é estudada e trabalhada de maneira dirigida ao progresso e ao aumento da riqueza, concentrando-se, desse modo, no homem e em suas necessidades e desejos.

Assim, são indispensáveis seus conhecimento e tratamento por governos locais e pela comunidade internacional sejam aliados a questões diversas condizentes

ao respeito quanto aos governos e legislações de ordem nacional. Ocorre que o estudo desse ramo científico se dirige ao crescimento da riqueza humana e como toda atividade econômica, a bioeconomia deve ser tratada pelas ciências jurídicas.

A necessidade de regulamentação das atividades econômicas que envolvem recursos biológicos faz que os instrumentos jurídicos de contenção, limitação, prevenção e governança devam ser criados ou, se já existentes, devam ser constantemente aprimorados. Tal regulamentação deve se voltar à sustentabilidade e ao futuro da humanidade. Exemplo desse tipo de regulamentação deu-se na Alemanha, que demonstra ter evoluído no que concerne à regulamentação da utilização de recursos biológicos para fins econômicos.

Existem importantes instrumentos de regulamentação da exploração do patrimônio biológico no âmbito internacional. No entanto, não se voltam especificamente à sustentabilidade e à proteção aos seres humanos.

Dispõe sobre o crescimento, desenvolvimento e aumento da riqueza, em detrimento dos aspectos protetivos necessários à preservação dos recursos biológicos, relacionados aos direitos humanos.

Um dos tratados internacionais mais relevantes acerca da exploração de recursos biológicos é a Convenção sobre Diversidade Biológica, de 1992, que se volta a questões econômicas relacionadas à exploração dos recursos biológicos, muito pouco se preocupando com a integridade dos seres humanos que se utilizam dos referidos produtos.

Nesse sentido, a *United Nations Environment Programme* (UNEP), nas *Decisions Adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity at its sixth meeting*, ocorrida no ano de 2002, regulamentou algumas disposições da Convenção Sobre a Diversidade Biológica.

É cediço, ser de suma importância o tema ora discutido, considerando que não havendo controle sobre a extração de recursos naturais, essa prática desmedida e descontrolada causa impacto negativo sobre o solo, vegetação, qualidade da água, entre outros. A consequência de uma exploração desenfreada dos recursos biológicos e sem o devido planejamento é a perda da biodiversidade, incluindo no conceito de biodiversidade biológica a totalidade dos recursos vivos e genéticos.

As diretrizes resultantes dessa reunião demonstram maior preocupação com a proteção aos direitos humanos, especialmente no que tange a questões direcionadas à soberania dos países em desenvolvimento e à igualdade entre os povos.

Nessa esteira, e com respeito à soberania dos países, a agenda 2030 da ONU traz ODS (Objetivo de Desenvolvimento Sustentável) de número 15, segundo o qual, “proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter a perda da

biodiversidade”, é importante para interromper a perda e o desgaste da biodiversidade.

O relatório da *Confederação Nacional da Indústria* e da *Harvard Business Review Analytic Services* corrobora essa afirmação, já que se preocupa mais com a economicidade do que com a humanidade, conformando aquilo que dispõe os instrumentos internacionais relacionados à temática.

No Brasil, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, junto ao Serviço Florestal Brasileiro, lançou, em 2019, as diretrizes para a Bioeconomia da floresta, em relação à produção florestal não madeireira no Brasil, que trata do extrativismo florestal como atividade bioeconômica relevante.

Em decorrência da necessidade de regulamentação dessas diretrizes, foi elaborado o Programa Bioeconomia Brasil Sociobiodiversidade, na tentativa de regulamentar uma atividade bioeconomicamente relevante, em consonância com a preservação ambiental e os direitos humanos das populações que habitam os biomas florestais brasileiros.

A sustentabilidade é uma preocupação presente nos instrumentos legais, regulamentos e pesquisas referentes à exploração de recursos biológicos, porém, a proteção aos direitos humanos ainda aparece em um plano secundário, situação que deve ser modificada nos âmbitos nacional e internacional.

Referências

ARAGÃO, F. J. L. *Organismos transgênicos: explicando e discutindo a tecnologia*. Barueri: Manole, 2003.

BMBF – FEDERAL MINISTRY OF EDUCATION AND RESEARCH. *National Research Strategy Bioeconomy 2030: our route towards a biobased economy*. Berlin: Druck Vogt, 2011. Disponível em: http://biotech2030.ru/wp-content/uploads/docs/int/bioeconomy_2030_germany.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998*. Promulgada a Convenção sobre Diversidade Biológica. Brasília: Casa Civil, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm. Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASIL. *Lei n. 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 – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de

agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, [2005]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015*. Regulamenta o inciso II do §1º e o §4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para a conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm. Acesso em: 9 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 8.772, de 11 de maio de 2016*. Regulamenta a Lei n. 13.123, de 20 de maio de 2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. Brasília: Casa Civil, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8772.htm. Acesso em: 9 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Serviço Florestal Brasileiro. *Bioeconomia da floresta: a conjuntura da produção florestal não madeireira no Brasil*. Brasília, DF: MAPA, BRASIL, 2019a. Disponível em: <http://www.florestal.gov.br/publicacoes/1727-bioeconomia-da-floresta-conjuntura-da-producao-florestal-nao-madeireira-no-brasil>. Acesso em: 1 set. 2020

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. *Portaria n. 121.2019*. Institui o Programa Bioeconomia Brasil – Sociobiodiversidade, definindo objetivos e eixos temáticos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 jun. 2019b. p. 4. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-121-de-18-de-junho-de-2019-164325642>. Acesso em: 17 ago. 2020.

CECHIN, A. D.; VEIGA, J. E. V. A economia ecológica e evolucionária de Georgescu-Roegen. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 30, n. 3, p. 438-454, jul./set. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rep/v30n3/a05v30n3.pdf>. Acesso em: 1 set.2020.

CNI – CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Bioeconomia: uma*

agenda para o Brasil. Brasília, DF: CNI, 2013. Disponível em: http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_18/2013/10/10/5091/20131010163955256865u.pdf. Acesso em: 1 set. 2020.

GEORGESCU-ROEGN, N. *The Entropy Law and the economic process*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

GEORGESCU-ROEGEN, N. Energía y mitos económicos. *El Trimestre Económico*, v. 42, n. 168(4) oct./dic. 1975. Disponível em: <https://www.jstor.com/stable/20856519>. Acesso em: 1 set. 2020.

ZÁLEZ LOTERO, N.; MONTAÑO SOTO, A. F. Bioeconomía y derechos humanos en América Latina en el marco de los tratados de libre comercio. *Documentos de Trabajo Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Libre de Cali*, v. 2, n. 2, p. 1-16, 2017. Disponível em: <http://revistasoj.s.unilibrecali.edu.co/index.php/doctd/article/view/896/1039>. Acesso em: 1 set. 2020

JUMA, C.; KONDE, V. The new bioeconomy: industrial and environmental biotechnology in developing countries. *In: UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD)*, 2001, Genève. *Proceedings [...]*. Genève: United Nations, 2001.

MUSTALAHTI, I. The responsive bioeconomy: the need for inclusion of citizens and environmental capability in the forest based bioeconomy. *Journal of Cleaner Production*, n. 172, p. 3781-3790, 2018.

STAFFAS, L.; GUSTAVSSON, M.; McCORMICK, K. Strategies and policies for the bioeconomy and bio-based economy: an analysis of official national approaches. *Sustainability*, v. 5, n. 6, p. 2751-2769, 2013.

SUNDER RAJAN, K. *Biocapital: the constitution of postgenomic life*. Durham: Duke University Press, 2006.

TEIXEIRA, P.; VALE, S. *Biossegurança: uma abordagem multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1998.

TRANSDICPLINAR. *Dicio – Dicionário Online de Português*. Matosinhos: 7Graus, 2018. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/transdisciplinar>. Acesso em: 9 jun. 2020.

UNEP – UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Decisions adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity at its sixth meeting*. 2002. Disponível em: <https://www.cbd.int/doc/decisions/COP-06-dec-en.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

A ATUAÇÃO DA SOCIEDADE DIANTE DA FALHA DE GOVERNANÇA DO ESTADO NO CASO DA CRISE HÍDRICA DE SÃO PAULO (2013-2015)

André Augusto Giuriatto Ferrazo¹

Universidade de Brasília (UnB)

Bárbara Borges Carvalho Piauilino²

Universidade de Brasília (UnB)

Marina Raísa Correia e Castro Figuerôa³

Universidade de Brasília (UnB)

Maria Vitória Soldatelli Silva Bastian⁴

Universidade de Brasília (UnB)

Artigo recebido em: 21/05/2020.

Artigo aceito em: 01/10/2020.

Resumo

O objetivo do artigo é analisar a atuação da sociedade diante das falhas de governança do poder público estatal em situação de crise hídrica. Para tanto, utiliza-se o estudo de caso da crise hídrica de São Paulo, entre os anos de 2013 e 2015, amparado pelo método dedutivo e a técnica de análise normativa nacional de modo dialogado com a jurisprudência, a revisão bibliográfica e os relatórios sobre o caso

de São Paulo. Constatadas as principais falhas de governança do Poder Público estadual, investiga-se quais as formas de organização e atuação da sociedade para o enfrentamento de crise e, do mesmo modo, quais as principais contribuições do Direito para o tratamento da crise hídrica. Como resultados da investigação, destacam-se a necessidade de aperfeiçoamento do modelo participativo de gestão da água, tendo

1 Doutorando e mestre em Direito pela UnB, na Linha Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade, com ênfase em Sustentabilidade, Meio Ambiente e Direitos Humanos. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor voluntário na Faculdade de Direito da UnB. Membro do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade, da Universidade de Brasília (GERN/UnB), atuando nas pesquisas de mudanças climáticas e recursos hídricos. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0229-1190>. E-mail: andreaugusto.gf@gmail.com

2 Graduanda em Direito na UnB. Membro do Centro de Pesquisa *Percursos, Narrativas, Fragmentos: História do Direito e Constitucionalismo* (UnB) e do Centro Acadêmico de Direito (UnB). Estagiária no Superior Tribunal de Justiça. E-mail: barbaraborgescp@gmail.com

3 Graduanda em Direito na UnB. Membro do Grupo de Pesquisa e Estudos de Processo Civil (UnB). Estagiária no escritório Maneira Advogados. E-mail: marinacorreiaf@gmail.com

4 Graduanda em Direito na UnB. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Segurança Internacional (UnB). E-mail: mavisoldatelli@gmail.com

em vista a necessidade de cooperação e transparência na relação entre os atores sociais, econômicos e políticos, a fim de que se garanta o acesso à água. Nesse contexto, o aperfeiçoamento da regulação para que se assegure o direito à informação, transparência e de acesso à água, bem como a atuação

do Ministério Público em defesa do meio ambiente, são essenciais para o enfrentamento da crise hídrica.

Palavras-chave: crise hídrica; governança hídrica; Política Nacional de Recursos Hídricos; São Paulo.

SOCIETAL ACTION CONCERNING THE FAILURE OF STATE GOVERNANCE IN THE CASE OF THE SÃO PAULO WATER CRISIS (2013-2015)

Abstract

The objective of the article is to analyze societal action regarding the governance failures of the state in a water crisis situation. To this end, the research is based on the study of the São Paulo water crisis case, between 2013 and 2015, supported by the deductive method and the national normative analysis technique in connection with jurisprudence, literature review and reports on the São Paulo case. Once the main governance failures of the State have been noted, it is investigated how society can organize itself and act to deal with the water crisis and, likewise, what are the main contributions of the Law to the treatment of the crisis. The results

of the investigation highlight the need to improve the participatory model of water management, bearing in mind the need for cooperation and transparency in the relationship between social, economic and political actors, in order to guarantee access to water. In this context, the improvement of regulation to secure the right to information, transparency and access to water, as well as the action of the Public Prosecutor's Office in defense of the environment, are essential to face the water crisis.

Keywords: *National Water Resources Policy; São Paulo; water crisis; water governance.*

Introdução

O acentuamento das crises hídricas revela fragilidades na proposta de gestão integrada dos recursos hídricos, uma vez que, nesse cenário, as múltiplas esferas de governança da água passam a atuar de maneira centralizada e não participativa. Diante dessa configuração, o que se verifica é o acentuamento dos problemas acarretados pela crise e, em alguns casos, o estabelecimento de conflitos pelos usos da água para o abastecimento humano e o uso setorial, principalmente o industrial, o de irrigação e o de geração de energia elétrica (FERRAÇÃO, 2019).

Nesse cenário, a proposta da governança hídrica é a de superar a representação do Estado como o único encarregado da gestão da água, permitindo que os demais atores sociais sejam incluídos nos espaços de tomada de decisões relacionadas à água. É a maneira como atores públicos, privados e sociedade civil, compartilhando responsabilidades, administram esses recursos. Portanto, ocorre a partir da articulação de diversos grupos, conectando as reivindicações da sociedade às ações governamentais, de maneira a construir uma governança participativa que envolve o engajamento de ambos os setores, conjuntamente, na gerência de recursos naturais comuns (JACOBI; CIBIM; LEÃO, 2015).

Na gestão hídrica brasileira, essa perspectiva teve como precursora a Política Estadual de Recursos Hídricos de São Paulo (PERH-SP), implementada pela Lei n. 7.663 de 1991, que tinha como princípios o gerenciamento descentralizado, participativo e integrado da água; a adoção da bacia hidrográfica como unidade físico-territorial de planejamento e gerenciamento; e o reconhecimento do recurso hídrico como um bem público com valor econômico. Mais tarde, em 1997, foi instituída a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) pela Lei Federal n. 9433, que, com inspirações na PERH-SP, estabeleceu que a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e da comunidade. Desse modo, consolidou-se o fortalecimento de governança hídrica multinível, refletida nos fundamentos da legislação estadual e federal sobre recursos hídricos.

Diante da configuração multinível da governança hídrica, torna-se relevante investigar eventuais falhas do Poder Público para com esta, a exemplo da falta de planejamento e investimentos adequados. Como consequência dessas falhas, a sociedade civil passa a encontrar meios de suprir a insuficiência estatal, com a finalidade de mitigar os efeitos da crise. A partir dessa configuração, o objetivo deste artigo é o de analisar a atuação da sociedade mediante as falhas de governança do poder público estatal em situação de crise hídrica.

O conceito de sociedade civil utilizado neste artigo encontra fundamento na teoria de espaço público de Habermas. A sociedade civil se diferencia das esferas da economia e do Estado e atua não somente de modo defensivo em relação a essas estruturas sistêmicas, mas também pode influenciar o Estado e a economia na

manutenção de direitos que constituem a condição *sine qua non* de sua existência (ARATO; COHEN, 1994). A sociedade civil sob uma perspectiva habermasiana é considerada sociedade civil social, em que prepondera o papel dos novos movimentos sociais (a exemplo das ONGs) em relação às representações políticas e sociais tradicionais como os partidos políticos e os sindicatos. No contexto do caso da crise hídrica de São Paulo, a sociedade civil analisada neste estudo é composta pelas instituições não estatais, sejam elas institutos de estudo e pesquisa, organizações do terceiro setor, organizações privadas ou até mesmo a população paulista.

Nesse sentido, investiga-se qual a responsabilidade do poder público em relação às falhas de execução no gerenciamento hídrico, e, mais além, como a sociedade civil passa a atuar diante da incapacidade estatal, por ação ou omissão, ao desempenhar o papel fundamental e centralizado no contexto da governança hídrica.

Um importante caso nacional, capaz de fornecer o substrato necessário para essa análise, foi a crise hídrica que assolou o estado de São Paulo, entre os anos 2013 e 2015. A diminuição das chuvas no estado de São Paulo ao final de 2013, estendendo-se pelos anos de 2014 e 2015, provocou a redução da oferta de água nas bacias hidrográficas que abastecem a Região Metropolitana de São Paulo (RMSP), composta por 39 municípios que compreendem uma população de mais de vinte milhões de habitantes.

Entretanto, não se pode abordar a crise exclusivamente pela perspectiva climática, uma vez que o descaso das autoridades e instituições públicas para com a governança da água está no centro do problema (JACOBI; CIBIM; LEÃO, 2015). Muitos fatores políticos e institucionais contribuíram para a magnitude da crise que se instaurou na região, de tal modo que a análise jurídica dessas questões possibilita trazer resposta para um melhor enfrentamento de crises semelhantes.

Para cumprir esse fim, o presente artigo analisa o caso da crise hídrica de São Paulo, situada temporalmente entre os anos de 2013 e 2015, com o amparo do método dedutivo. A técnica de pesquisa empregada nesta investigação é a análise normativa nacional de modo dialogado com a jurisprudência, e a revisão bibliográfica, junto aos relatórios sobre o caso de São Paulo. A partir da análise realizada, num primeiro momento, buscou-se demonstrar as falhas de planejamento e gestão para a prevenção da crise hídrica e, em seguida, foram apresentadas as formas de organização e ação social para o enfrentamento de crise a partir da atuação da sociedade civil. Por fim, destacaram-se as contribuições do Direito para o tratamento da crise hídrica, a partir do caso de São Paulo.

A pesquisa aponta para a necessidade de aperfeiçoamento do modelo participativo de gestão da água no cenário de governança no enfrentamento da crise hídrica. Entre as principais falhas de atuação do Poder Público Estatal, destaca-se a necessidade de cooperação e transparência, a fim de que se garanta o acesso à água em detrimento dos interesses políticos e econômicos. Nesse contexto, o Direito apresenta um papel de destaque, aprimorando a regulação hídrica para que se assegure o direito à informação, à transparência e ao acesso à água, bem como pela atuação do Ministério Público em defesa do meio ambiente.

1 A fragilidade do planejamento e gestão do abastecimento de água no estado de São Paulo como determinante para a crise hídrica

A diminuição das chuvas no estado de São Paulo provocou a redução da oferta de água nas bacias hidrográficas que abastecem a Macrometrópole Paulista (MMP). No entanto, a crise não deve ser abordada somente por sua faceta climática, sendo necessário que a discussão seja direcionada para a responsabilidade do poder público em relação à implementação da política de gestão dos recursos hídricos.

Os incidentes relacionados ao clima têm atingido as cidades brasileiras com uma regularidade crescente, mas continuam, invariavelmente, sendo aludidos pelas autoridades como fatalidades, catástrofes e tragédias, resultado de fenômenos climáticos incomuns. O repertório de termos utilizados para reduzir esses eventos a situações imprevisíveis e inevitáveis é extenso. Contudo, há pouco de imprevisível ou inevitável nos desastres: são consequências da fragilidade institucional do poder público, que perpetua um padrão de gestão urbana no qual o planejamento é substituído por operações emergenciais (RIBEIRO, 2011).

Nesse sentido, apesar de revestida por novos elementos, a crise de abastecimento que atingiu a região de São Paulo tem raízes muito mais profundas que o período de 2013 a 2015, em que a estiagem chegou a seu ápice – documentos históricos demonstram que a insegurança hídrica assombra o estado há pelo menos três séculos. Desde então, crises foram constantes. A atuação dos governantes, todavia, manteve-se aquém do adequado para solucioná-las, na maioria das vezes ocorrendo sem o planejamento necessário (CUSTÓDIO, 2015).

É importante, destarte, analisar como se deram as ações dos agentes envolvidos na gestão dos recursos hídricos nos anos que precederam sua crise mais recente, denotando sua insuficiência e contrapondo tais ações às recomendações apresentadas por especialistas na área. O mesmo deve ser feito em relação à resposta imediata do poder público quando a crise eclodiu, abalada pela proximidade do período eleitoral, e ao tardio e controverso plano de contingência apresentado pelo estado.

1.1 A lógica de operação da Sabesp e sua responsabilidade pela insuficiência de investimentos no sistema de captação nos anos que precederam a crise

A necessidade de mudanças no sistema de abastecimento na Região Metropolitana de São Paulo (RMSP) já vinha sendo evidenciada por documentos oficiais, que a caracterizavam como vulnerável à escassez de água (JACOBI; CIBIM; LEÃO, 2015). A vulnerabilidade é uma condição determinada não somente por forças da natureza, mas também pelos sistemas sociais (WISNER *et al.*, 2003).

Por sua vez, a escassez hídrica é determinada pela indisponibilidade da água, consequência da redução acentuada na precipitação pluviométrica por período de tempo prolongado, provocando um desequilíbrio hidrológico crítico (CASTRO *et al.*, 1998).

Nesse viés, variações de precipitação podem resultar em riscos ao sistema de abastecimento de regiões urbanas que dependem excessivamente de uma quantidade mínima de chuvas para mantê-las. É importante ressaltar que a precipitação média histórica, parâmetro estabelecido a partir de uma medição mensal que registra a média de chuvas de um período definido, oferece somente uma expectativa, mas não há como garantir que esta perdurará sem variações (SORIANO *et al.*, 2016).

Pela análise desses fatores, a saída para a insegurança hídrica na região Sudeste do Brasil requer o planejamento preventivo em situações extremas de escassez hídrica e falhas nos sistemas de abastecimento, devendo ser “permanente, abrangente e prever um conjunto de ações para cada estado hidrológico e as respectivas responsabilidades, a fim de reduzir os impactos” (BICUDO *et al.*, 2015, p. 15). As medidas de prevenção para situações de escassez de água precisam ser empregadas de maneira continuada e definitiva, contando com planos de preparo para o enfrentamento desses eventos, assim como o estabelecimento de responsabilidades dos agentes e instituições envolvidas.

No caso de São Paulo, o governo foi alertado pelo Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE), ainda em 2004, sobre a imprescindibilidade de se diminuir a dependência em relação ao Sistema Cantareira, cuja concessão era pleiteada pela Sabesp, indicando que o crescimento populacional na metrópole paulista havia limitado a capacidade do reservatório para abastecê-la. Contudo, entre 2008 e 2013, menos investimento do que o previsto foi destinado pela empresa às obras para expandir a oferta hídrica (JACOBI; CIBIM; LEÃO, 2015).

Esse fato foi de encontro à situação financeira da Sabesp – uma das 20 mais rentáveis do Brasil e uma das 25 maiores empresas de saneamento do mundo –, que, durante os sete anos que antecederam 2014, lucrou quase 10 bilhões de reais. Somado a isso, a empresa é extremamente generosa na distribuição de dividendos a seus acionistas: enquanto o valor mínimo legal de pagamento corresponde a 25% do lucro obtido, a quantia partilhada superou-o em 48%, como revelou Figueiras (2014), segundo a qual o governo de São Paulo, acionista majoritário da companhia, estando em posse de 50,3% das ações, foi o maior beneficiado pelo grandioso retorno em dividendos (FIGUEIRAS, 2014).

Os cerca de 1,7 bilhão de reais restantes para investimentos anuais foram gastos, em grande parte, para a expansão dos negócios da empresa, buscando aumentar sua clientela, ultrapassando 1 milhão de novas ligações em um período de cinco anos (FIGUEIRAS, 2014). Operando a partir de uma lógica de obtenção de lucros, quanto mais água fornecida, maior seria seu rendimento – mesmo que isso

signifique a utilização desenfreada de suas reservas de água. Isso foi evidenciado especialmente pelos contratos de *demand a firme* firmados pela Sabesp desde 2002 com estabelecimentos industriais e comerciais que consumissem mais de 500m³/mês de água que, em função dos altos custos do abastecimento, utilizavam o serviço da empresa de maneira mínima (CUSTÓDIO, 2015).

Para fidelizá-los, a companhia fornecia planos de consumo mínimo, que seriam pagos integralmente mesmo que a quantidade utilizada fosse mais baixa. Se a ultrapassasse, somente pagaria a diferença. Na prática, as empresas que economizassem água eram penalizadas, operando em uma lógica contrária à imposta à população (CUSTÓDIO, 2015). Enquanto isso, os gastos com a redução de perdas e investimentos em novas fontes de captação foram muito menores, resultando em uma taxa de desperdício no sistema na casa dos 36%, cerca de 435 bilhões de litros por ano (FIGUEIRAS, 2014).

Existe uma questão de injustiça em termos de equidade ambiental (BEDER, 2000) nas ações da Sabesp em relação a seus diferentes contratos direcionados para diferentes tipos de consumidores. Embora a equidade ambiental possa se relacionar à adoção de medidas para garantir a sustentabilidade, os mecanismos de mercado utilizados pela Sabesp reforçaram desigualdades entre os destinatários finais da água.

A equidade ambiental reforça a ideia de que tais políticas devem ser aplicadas de modo imparcial, equilibrado e equânime para a configuração da garantia de acesso e oportunidade do recurso. Há, pois, no caso da Sabesp, o racionamento de água para alguns e a manutenção privilegiada dos níveis de consumo para outros. Do mesmo modo, aqueles que utilizam água para abastecimento humano e consumo próprio estavam pagando mais do que aqueles que utilizam a água para atividades de fins comerciais (FERRAÇO, 2019).

Portanto, as condições de concessão do Sistema Cantareira não foram cumpridas pela Sabesp, não sendo realizados os investimentos estipulados para diminuir a dependência da região em relação ao sistema, o que, segundo os Ministérios Públicos Estadual e Federal, levou à grave crise de abastecimento na região. Além disso, a forma de operação da companhia, voltada para o aumento do lucro em detrimento do investimento em obras necessárias, tornou a situação ainda mais dramática (SORIANO *et al.*, 2016).

Assim, a dependência em relação a uma quantidade pluviométrica mínima para evitar o colapso do sistema de abastecimento foi mantida, não havendo como prepará-lo para o período de estiagem que atingiu São Paulo no final de 2013. Além disso, o quadro político-institucional à época da eclosão da crise foi determinante para a lentidão nas respostas por parte do governo. Como será explorado no tópico seguinte, com a proximidade das eleições de 2014, a tentativa desesperada de evitar a perda de eleitores comprometeu o enfrentamento à crise hídrica que seu instaurou.

1.2 O cenário político-institucional como óbice à mitigação da crise

A evolução tecnológica ainda não permite que situações climáticas extremas possam ser totalmente evitadas, mas a magnitude de seus resultados pode ser atenuada de maneira substancial por medidas de mitigação, entendidas como a redução ou minimização dos impactos adversos de um evento perigoso (UNISDR, 2009). São estratégias dirigidas para enfrentar cenários mais agressivos, nos quais as medidas de prevenção adotadas não são mais suficientes para evitar o cenário de crise (SORIANO *et al.*, 2016). Em São Paulo, a elaboração de medidas de mitigação para o iminente surto de escassez de água sofreu com a fragilidade do cenário político-institucional brasileiro.

As chuvas até 30% acima da média entre 2008 e 2013 sustentaram por um longo tempo um sistema que operava no limite, mas sua fragilidade foi exposta em poucos meses de período seco: em março de 2014, o nível do Sistema Cantareira chegou a 14,6%, o mais baixo desde sua criação (BARIFOUSE, 2014). Em maio, relatórios da Agência Nacional de Águas (ANA), do Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE) e do Comitê das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (PCJ) alertavam que o fornecimento de água nas taxas de consumo da época só estaria assegurado até novembro daquele ano. Entretanto, o Governador Geraldo Alckmin, acompanhado pelo Secretário de Saneamento e Recursos Hídricos, continuava a afirmar que não existia necessidade de racionamento de água (SORIANO *et al.*, 2016).

A insistência dos gestores em omitir a dimensão da crise hídrica se manteve mesmo quando a população passou a questioná-los. Muitas regiões da Grande São Paulo passaram a ser afetadas pela escassez de água, atingindo cerca de 35% de sua população, ainda que o governo negasse que estivesse executando racionamentos. A divulgação desses dados, obtidos por um levantamento do Instituto Data Popular, levou o partido de Alckmin a declarar que a justiça eleitoral seria notificada sobre a pesquisa, uma vez que, por tratar-se de um ano de eleições, a publicação de tais informações poderia ter impactos negativos na campanha do então governador à reeleição (SORIANO *et al.*, 2016).

Em contraste com as ações do poder público, especialistas afirmam que reconhecer publicamente e conscientizar a população sobre a magnitude da crise é um dos componentes estratégicos a seu enfrentamento. Uma situação como esta afeta não somente o abastecimento público, mas a saúde da população e a economia como um todo, uma vez que a qualidade da água e sua disponibilidade estão severamente reduzidas. Nesse contexto, o direito ao acesso à informação deve ser assegurado aos cidadãos, devendo esta ser disponibilizada de maneira franca e integral, contendo dados atualizados. A transparência é essencial para evitar uma maior instabilidade social nas regiões afetadas (BICUDO *et al.*, 2015).

É importante denotar que um sistema de governança hídrica necessita, também, da participação integrada da população no combate à crise, de maneira a

mobilizá-la para reduzir o consumo e apoiar as ações executadas pelo poder público, atendendo as demandas sociais (JACOBI; CIBIM; LEÃO, 2015). Além disso, em vez de racionamento, medidas de racionalização de água poderiam ser implementadas, sendo algumas delas:

[...] redução da oferta para uso agrícola (acompanhada de compensações aos agricultores), restrições para calçadas e lavagem do carro, e para outras empresas que requerem uso intensivo de água (com compensação aos empresários), os incentivos financeiros (isenções fiscais, financiamento facilitado, etc) para a implementação de sistemas individuais para o uso de água da chuva e reuso da água, incentivos para a investigação, desenvolvimento e implementação de sistemas para a redução do consumo de água (SORIANO *et al.*, 2016, p. 32).

Em São Paulo, para evitar o racionamento, a Sabesp implantou, em fevereiro de 2014, um desconto na conta de água para os clientes que reduzissem seu consumo, concedido proporcionalmente ao percentual de diminuição (ECONOMIA DE ÁGUA..., 2015). O desconto foi ampliado em outubro do mesmo ano, quando o nível do Sistema Cantareira chegou a 3% de sua capacidade (SABESP AMPLIA..., 2014), somente um mês antes do que a ANA, DAEE e Comitê CNJ alertaram ser o limite para o abastecimento normalizado na região.

O bônus, aliado à utilização de válvulas redutoras de pressão, levou a uma diminuição de 20% na demanda por água (PORTO, 2015). Entretanto, a estratégia recebeu críticas, uma vez que, além de trazer o risco da Sabesp ser descapitalizada, “a utilização de um prêmio por uma ação paliativa foi uma alternativa questionável ao racionamento, porque a redução do consumo não foi suficiente” (SORIANO *et al.*, 2016, p. 32).

Nota-se que a capacidade do estado de São Paulo em mitigar a crise hídrica foi duramente comprometida pela proximidade das eleições, sendo a magnitude da crise hídrica omitida da população devida ao receio quanto aos impactos negativos à campanha de Geraldo Alckmin à reeleição. As medidas adotadas, ainda que contassem com forte engajamento da população, não foram suficientes para gerar a economia de água necessária, obrigando o poder público a elaborar um plano de contingência, o qual foi apresentado com meses de atraso.

1.3 A preparação e a resposta do poder público à crise hídrica

A capacidade de preparação e resposta do poder público é crucial para o enfrentamento de uma crise hídrica, especialmente quando considerada a magnitude da crise que atingiu São Paulo. Construir e implementar um plano

de contingência imediatamente é crucial para o gerenciamento da crise, devendo ocorrer de maneira urgente, contando com medidas emergenciais que atinjam todos os usuários de maneira equitativa (BICUDO *et al.*, 2015). No âmbito de uma situação de seca, a elaboração de um plano de contingência pode ser entendida como uma medida de preparação, que, de acordo com a Organização das Nações Unidas, é definido como:

O conhecimento e as capacidades desenvolvidas por governos, resposta profissional e organizações de recuperação, comunidades e indivíduos a antecipar de forma eficaz, responder e de recuperar, os impactos de eventos ou condições de perigos prováveis, iminentes ou atuais (UNISDR, 2009, p. 21).

Nesse sentido, o governo do estado demonstrou, novamente, a incapacidade do poder público em atuar em situações extremas, especialmente em razão da falta de estrutura e planejamento para gestão dos recursos hídricos, além do quadro político-institucional brasileiro. São Paulo apresentou o Plano de Contingência de maneira assustadoramente tardia, uma vez que a crise já havia se estabelecido no estado, vindo a apresentar o plano somente em novembro de 2015 (LEITE, 2015).

O plano considerava ações em três níveis, respectivamente: atenção, alerta e emergência. O primeiro, a ser adotado quando houver sinais de estiagem prolongada, que configura uma situação de risco elevado de não ser atendida a demanda de água. O segundo, nível 2, deve ser adotado quando os sistemas de abastecimento alcançarem níveis críticos, podendo comprometer a curto prazo o atendimento à demanda de água da Região Metropolitana de São Paulo, ou seja, o risco de não atendimento é elevado. O nível 3, adotado na iminência do não atendimento da demanda, quando um ou mais sistemas de abastecimento estejam sob elevado risco de esvaziamento crítico, comprometendo o abastecimento de parte da população com grau de severidade significativo (CCH, 2015).

Em resumo, no nível de atenção são apontadas as áreas que correm risco de serem atingidas pela escassez de água, sendo intensificados os esforços para a realização de adaptações no sistema de abastecimento para reduzir o desperdício, assim como um aumento da fiscalização de ligações irregulares e de vazamentos nas instalações. O nível de alerta tem como objetivo intensificar as ações do primeiro nível, assim como a implantação do plano de contingência setorial. Por fim, no nível de emergência são feitos os cortes sistemáticos no abastecimento hídrico, medida para impedir a falência total de um ou mais dos sistemas produtores de água (CCH, 2015).

A execução do plano de contingência foi feita a partir da redução da pressão na rede de distribuição, além da diminuição da captação de água do Sistema Cantareira para possibilitar a recuperação de seus níveis durante o período de chuvas (SORIANO *et al.*, 2016). Essa ação pode ser entendida como uma fase

de resposta, cujo foco, majoritariamente, destina-se às necessidades imediatas e de curto prazo para enfrentar a situação de crise. São medidas adotadas “durante ou imediatamente após um desastre para salvar vidas, reduzir impactos na saúde, garantir a segurança pública e atender à subsistência básica, necessidades das pessoas afetadas” (UNISDR, 2009, p. 28).

Enquanto o plano não era posto em prática, o estado de São Paulo respondeu à crise com a utilização do volume morto – quando o nível do reservatório fica abaixo das comportas da barragem que o forma – do Sistema Cantareira, cuja captação passou a ser a diminuída com o uso de outros reservatórios, como o Sistema Guarapiranga, em melhor situação hídrica, reduzindo em quase 3 milhões a quantidade de pessoas atendidas pelo primeiro. Além disso, adotou o sistema de racionamento, com a diminuição parcial da oferta de água distribuída, no regime de rotação ou restrições de horários e/ou fluxos de abastecimento, sem implicar a escassez na íntegra a qualquer grupo, por um período superior a três dias (SORIANO *et al.*, 2016).

2 A atuação da sociedade civil diante da falta de governança hídrica pelo Estado

Em um contexto de crise hídrica, diante da falha por parte dos gestores públicos em dar respostas ao problema e em pôr em prática formas de governança hídrica, várias iniciativas surgiram a partir da organização da sociedade. Diante das falhas de gerenciamento do governo de São Paulo, foi essencial a atuação direta da sociedade, por meio de medidas de enfrentamento à crise. Nesse sentido, atores privados e os próprios cidadãos paulistas reclamaram o direito à informação, transparência e de acesso à água, aos quais a população foi privada durante o período de crise hídrica em São Paulo, bem como apresentaram medidas de curto, médio e longo prazo para o enfrentamento da questão hídrica.

2.1 A atuação da sociedade civil para o acesso à informação no cenário de crise hídrica

Entre as iniciativas que surgiram diante da falta de transparência e informação, a organização não governamental Instituto Democracia e Sustentabilidade (IDS), em conjunto com o Programa de Pós-Graduação em Ciência Ambiental do Instituto de Energia e Ambiente da Universidade de São Paulo (Procam/IEE/USP), criaram o projeto *A crise hídrica e a mídia*, por meio do qual se realizou um levantamento de notícias veiculadas sobre a crise nos principais jornais do estado de São Paulo com o intuito de verificar como foi a comunicação sobre a crise em São Paulo, suas causas, soluções e agentes envolvidos (IDS, 2014b). Durante sua primeira fase, realizada em 2014, a pesquisa mostrou que, de um total de

196 notícias avaliadas, a maioria reproduz o discurso oficial, fazendo referência a organizações públicas, tais como a Sabesp, a Agência Nacional de Águas e o Governo do Estado de São Paulo, enquanto a sociedade civil, a academia e instituições privadas são consultadas com frequência consideravelmente menor (IDS, 2014b).

Além disso, verificou-se que a estiagem é apresentada como a causa principal da crise na maioria das notícias, e questões como má gestão e planejamento, negligência, desperdício e desmatamento são pouco abordadas. Quanto às soluções, poucas notícias analisadas apresentaram propostas, e entre as que expuseram, 46% tratavam de medidas imediatas e urgentes e 28% de planejamento (IDS, 2014b). Esses resultados demonstram como a imprensa abordou o problema da seca de maneira limitada, deixando de lado atores importantes para a solução da crise hídrica e não dando a devida importância para a questão da governança.

A mesma iniciativa também chegou a realizar uma mesa redonda intitulada *Políticas públicas e escassez hídrica no estado de São Paulo: governança, transparência e alternativas para a crise*, cujo objetivo era de “identificar atores que deveriam ter papel relevante nesse contexto e identificar as soluções de curto, médio e longo prazo que devem ser tomadas e por quais instituições, além de se pensar nas melhores estratégias para a sensibilização da população” (IDS, 2014b).

Já o Artigo 19 é uma organização não governamental que atua a favor da transparência e prestação de contas, avaliando as práticas de transparência governamental e seus dispositivos de acesso à informação, e realizando campanhas pela divulgação de informação de interesse público. No que diz respeito à seca em São Paulo, o Artigo 19 lançou em 2014, no auge da crise, o relatório *Sistema Cantareira e a Crise da Água em São Paulo: a falta de transparência no acesso à informação*, no qual foi analisado o grau de transparência no acesso e no conteúdo das informações disponíveis sobre a crise da água nos sites oficiais das instituições e órgãos envolvidos com a problemática. A análise realizada foi qualitativa, feita a partir do tipo de informação encontrada nos sítios digitais (como documentos/informativos técnicos, documentos oficiais, boletins de notícias, atas de reuniões) e baseada em três critérios: acessibilidade, qualidade e compreensibilidade da informação. Observou-se que o site do governo do Estado de São Paulo não apresentava nenhuma informação acerca da crise da água, enquanto as informações disponíveis sobre o sistema Cantareira no site da Sabesp se resumiam a dados técnicos sobre o volume de água remanescente nas médias do sistema e de chuva (ARTIGO 19, 2014).

Posteriormente, em 2016, o Artigo 19 lançou outro relatório sobre o problema *Sistema Cantareira e a Crise da Água em São Paulo: falta de transparência, um problema que persiste*, mostrando que, apesar de haver melhora em relação a 2014, o óbice ainda persistia. Esse relatório utilizou o mesmo método de análise que o de 2014, e observou que alguns órgãos aumentaram a transparência de seus sites, tais como a Sabesp e o do Governo do Estado de São Paulo, que passaram a

fornecer mais informações. Esse aumento de transparência se deu principalmente após a atuação do Ministério Público. No entanto, o relatório apontava para um esforço do Governo do Estado em minimizar a gravidade da questão por razões de interesses políticos (ARTIGO 19, 2016).

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) atuou em meio à crise hídrica lançando a campanha *Tô sem água*, com o intuito de verificar os locais em que estava faltando água e cobrar mais transparência do governo em relação ao racionamento. O Instituto também acionou o Ministério Público contra a Sabesp, diante de situação em que a companhia não enviou o mapa da diminuição noturna da pressão da água. Além disso, em seu site, o IDEC (2014) mantinha informações sobre os direitos dos cidadãos face à falta de água e caminhos a percorrer para exercê-los.

Uma vez que é necessário garantir a transparência e o acesso à informação para a sociedade para que seja possível o efetivo engajamento da população nos processos de tomada de decisão, percebe-se a extrema importância da atuação das organizações civis para o acesso à informação sobre a crise hídrica de modo acessível e crítico. A resposta das organizações perante a insuficiência de informação pública, representa uma importante alternativa. As informações coletadas e analisadas pelas instituições possibilitam o acesso e compreensão das informações sobre a conjuntura geral da crise, assim como a maneira cuja crise afeta diretamente a população e o que pode ser feito para melhorar esse cenário.

Segundo Jacobi, Cibim e Leão (2009), um dos maiores desafios na governança hídrica atualmente é garantir uma abordagem aberta e transparente. Nesse sentido, os projetos citados servem como garantia de melhora da governança hídrica, visto que esta apresenta como fator de qualidade a participação pública, a qual depende diretamente de transparência e acesso a informações.

2.2 As propostas da sociedade civil para o enfrentamento da crise hídrica

Outra organização da sociedade civil que promoveu iniciativas diante da crise de água foi o Instituto Socioambiental (ISA), o qual é composto por coletivos, movimentos sociais, ONGs e ativistas que defendem a água como um bem comum global e um direito humano. Esse Instituto iniciou o projeto *Água@SP*, que pretendia mapear atores e propostas que pudessem contribuir para enfrentar a crise da água em São Paulo. O projeto apresentou em 2014 um estudo que reunia 196 propostas de ações de curto prazo, de caráter emergencial, e outras 191 ações de longo prazo, pautadas nos princípios de cuidar, reduzir, tratar e reutilizar; e de transparência, apresentando um novo modelo de gestão da água que garanta segurança e sustentabilidade hídrica.

Como desdobramento desse projeto, foi criada a Aliança pela Água, uma

articulação da sociedade civil que propõe uma nova cultura de cuidado com a água e cujo objetivo era contribuir com a garantia da segurança hídrica no estado. Nas eleições municipais de 2016, o grupo elaborou o projeto de lei Política de Segurança Hídrica Municipal, com a campanha #VotePelaÁgua, cujo intuito era de inserir o tema água no debate eleitoral. Além disso, como parte da campanha, foi lançado um manifesto pela água, intitulado *Nova Cultura de Cuidado com a Água*, ao qual diversas pessoas, entidades, movimentos, ONGs e institutos aderiram (ALIANÇA PELA ÁGUA, 2016).

Outra iniciativa foi a realização da Assembleia Estadual da Água, que reuniu coletivos, movimentos sociais, ONGs e ativistas para discutir a crise e meios de solucioná-la por meio da mobilização social. Em uma das Assembleias foi questionada a falta de transparência do governo de São Paulo no que diz respeito à crise hídrica e às obras autorizadas sem o devido conhecimento e controle dos cidadãos.

No mesmo sentido, o Instituto Akatu, uma organização não governamental sem fins lucrativos, buscou oferecer respostas por meio da educação ambiental. O instituto atua na conscientização e mobilização da população para o consumo consciente e a mudança para estilos mais sustentáveis de vida, priorizando a educação e a comunicação, a partir do desenvolvimento de campanhas, pesquisas e eventos (Livro branco da água, 2018). Uma das formas de atuação do Instituto foi a promoção, em parceria com a Braskem (empresa química e petroquímica brasileira), da plataforma Edukatu, uma rede *online* de aprendizagem sobre consumo consciente e sustentabilidade, que trouxe como um dos temas a crise hídrica. Durante a seca o Instituto também lançou a campanha #águapedeágua, que buscava mobilizar a sociedade para o consumo consciente da água (EDUKATU DISPONIBILIZA..., 2016).

Nesse aspecto, importa ressaltar que, embora o consumo consciente e a racionalização do uso da água pela população desempenhem um importante papel diante das limitações impostas pela escassez, a responsabilidade pelo gerenciamento dos recursos hídricos, a fim de que seja assegurada água em quantidade e qualidade, é do Poder Público. Diante disso, a PNRH, em seus arts. 11 e 12, prevê o regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos como importante instrumento de racionalização dos usos da água, cuja concessão é de competência do Poder Público, a fim de assegurar o efetivo exercício dos direitos de acesso à água.

Durante o período de seca surgiu também o Movimento Cisterna Já, uma iniciativa da sociedade civil, com cidadãos preocupados em propor uma alternativa emergencial para a crise, e cuja atuação era a de ensinar as pessoas a fazerem suas próprias cisternas, promovendo a capacitação para a captação e aproveitamento da chuva (ZOROWICH, 2014). No mesmo contexto também atuou o Movimento Gota D'Água, que promovia divulgação de informações e alternativas de solução para a crise da água em São Paulo.

Outra entidade que vem atuando para enfrentar a crise da água é o Instituto

de Pesquisas Ecológicas (IPE), por meio do Atlas dos Serviços Ambientais do Sistema Cantareira, que indica que, atualmente, 61,6% da área do Sistema é dominada por ações antrópicas, como áreas urbanas e pastagens em pequenas propriedades. Nessa área, a água da chuva não é devidamente absorvida e, assim, não abastece os lençóis freáticos. Diante desse problema, a Sabesp mantém o programa de reflorestamento Cinturão Verde dos Mananciais Metropolitanos que, nos últimos anos, plantou milhões de mudas.

Diante disso, o Instituto IPE criou um projeto que atua com medidas a longo prazo, como é caso do programa Semeando Água, com o objetivo de disseminar práticas sustentáveis junto aos produtores rurais da região, de modo a ampliar a conservação dos recursos hídricos e também aumentar a renda desses produtores. O projeto atua em cinco frentes: restauração florestal, educação ambiental, manejo de pastagem ecológica, políticas públicas e comunicação (PRIZI-BISCZKI, 2019).

Todas essas iniciativas privadas mostram a capacidade de articulação e mobilização da sociedade civil na busca de cooperação com o governo. A ampliação desses tipos de práticas fortalece a corresponsabilização dos atores, estimulando o desenvolvimento de práticas que tragam alternativas e soluções para os problemas que surgem em torno de bens comuns, como é a água (JACOBI; CIBIM; LEÃO, 2015). Além disso, a atuação organizada da sociedade civil nesse contexto de crise hídrica em São Paulo representa uma possibilidade de mudança da lógica de gestão e da administração pública, uma vez que frequentemente os entes públicos protagonizam os acontecimentos e a população é deixada de lado, tanto em ter acesso a informações efetivas e detalhadas acerca da situação, quanto no que diz respeito a assumir responsabilidades diante do problema. Assim, abre-se espaço para a participação da sociedade, com maior integração entre governo, população e organizações privadas, a fim de garantir maior governança hídrica.

3 O equacionamento da crise hídrica a partir da proteção jurídica do meio ambiente no caso de São Paulo

O Direito apresenta importantes contribuições para o equacionamento de cenários de crise hídrica, por meio da regulação ou, posteriormente, da reparação ao dano causado, diante da insuficiência das medidas administrativas para a realização satisfatória da gestão hídrica. Verificando-se o não atendimento dos parâmetros legais para o gerenciamento dos recursos hídricos, seja por falhas de gestão ou por violação a direitos fundamentais relacionados ao acesso à água, a crise pode ser abordada tanto pelos instrumentos de regulação hídrica quanto por meio da Ação Civil Pública ambiental.

3.1 A regulação como instrumento democrático de governança hídrica

Quanto à regulação hídrica no Brasil, e principalmente no estado de São Paulo, há de se destacar a importância da democratização, durante sua criação e atuação, dos planos diretores como instrumentos de planejamento juridicamente vinculantes. A Política Nacional de Recursos Hídricos engloba os Planos de Recursos Hídricos de maneira multinível, interligando as gestões das bacias, estaduais e nacional.

Tais planos, por sua força normativa capaz de limitar a discricionariedade administrativa, serve de instrumento para tomadas de decisões políticas. Desse modo, a importância da atuação social em sua elaboração e fiscalização, deve ser de modo a combater a utilização de bens de domínio público a partir de interesses de grupos politicamente ou economicamente favorecidos, de modo a prezar pela efetivação das prioridades nacionais constitucionalmente estabelecidas.

O outro ponto a ser observado diante da administração dos recursos hídricos nacionais é a importância da integração entre gestões e suas responsabilidades compartilhadas. Para isso, a Política Nacional de Recursos Hídricos prevê uma governança descentralizada e participativa, porém, na prática, os esforços não têm sido suficientes para a integração entre os atores competentes e interessados para a gestão do recurso, seja entre si ou com a sociedade (FERRAÇO, 2019).

A PNRH demarca a sustentabilidade dos recursos hídricos por meio da disponibilidade, utilização racional e integrada da água, a fim de que sejam garantidos os usos múltiplos de modo equitativo. Para isso, o art. 3º da Lei das Águas formula diretrizes a serem observadas em sua implementação, demonstrando que os recursos hídricos não podem ser geridos de maneira isolada em relação ao meio ambiente. Portanto, para que os gestores cumpram com a legislação em questão, deve haver um planejamento ambiental que compreenda a fauna (aquática e terrestre), as florestas, o uso do solo e de agrotóxicos, a instalação de indústrias, a renovação das antigas indústrias e o zoneamento ambiental das bacias hidrográficas

Do mesmo modo, devem ser feitos os planos estaduais, os quais devem, ainda, absorver as prioridades apontadas nos Planos das bacias hidrográficas que cruzem seu território. No entanto, o controle desse patrimônio público não tem êxito se a sociedade civil não for capaz de acompanhar a elaboração do Plano de Recursos Hídricos e a utilização dos outros instrumentos da Política Nacional dos Recursos Hídricos.

Infelizmente, pôde-se observar uma falha por parte da gestão estadual de São Paulo nesse quesito. Em Campinas, por exemplo, a falta de transparência por parte da SANASA sobre aspectos de gestão dos recursos hídricos municipais e de prestação de contas pública, se tornou um óbice para a plena participação da população. Segundo Paulo Antunes em *Direito Ambiental*, o direito ambiental,

em seus aspectos regulatórios, depende da administração pública, a qual tem no princípio da publicidade administrativa um de seus alicerces, uma vez que o princípio democrático assegura aos cidadãos o direito de participar das discussões para a elaboração das políticas públicas ambientais e de obter informações dos órgãos públicos em relação à defesa do meio ambiente e de empreendimentos utilizadores de recursos ambientais (ANTUNES, 2017).

Como visto anteriormente, a falta de informação adequada à população se deu por interesses de grupos específicos, o que acabou impedindo o acesso qualitativo e quantitativo das águas do estado. Demonstra-se então, mais uma vez, que a presença do Poder Público no setor hídrico tem que traduzir um eficiente resultado na política de conservar e recuperar as águas independentemente de interesses políticos ou econômicos que sirvam ao lucro de uma pequena parte da população (MACHADO, 2013).

Há, ainda, os confrontos institucionais em razão dessa gestão compartilhada dos recursos hídricos. A partir da crise hídrica de São Paulo, o estado anunciou a transposição de águas entre o Rio Jaguari, afluente do Rio Paraíba do Sul, para o Sistema Atibainha-Cantareira. No entanto, por esse rio ser a principal fonte de captação do estado do Rio de Janeiro, afetando a qualidade da água nele fornecida, o MPF fluminense ajuizou duas ações civis públicas requerendo que a ANA não autorizasse a realização da transposição antes que o IBAMA realizasse estudos ambientais que comprovassem a possibilidade de risco ao meio ambiente (FERRAÇO, 2019).

Passando pelo STF, as ações levaram a uma tentativa de acordo entre os estados em 2015, estabelecendo condições de operação do Sistema Hidráulico Paraíba do Sul, compreendendo os reservatórios então instalados na bacia, e referendando a viabilidade hidrológica da transposição das águas da bacia para o Sistema Cantareira, em São Paulo. Ainda assim, a Procuradoria-Geral da República apontou que ainda havia divergências entre os entes envolvidos que não haviam sido abarcadas no acordo e o STF remeteu as ações à instância originária por compreender que o conflito não apresentava lesividade ao pacto federativo (FERRAÇO, 2019).

Esse caso demonstra não apenas o impacto da falta de integração horizontal da gestão dos recursos hídricos, como a atuação dos institutos jurídicos de modo a resolver conflitos acerca desse bem. Em seguida, veremos melhor como isso se dá por meio da atuação do Ministério Público como representante social garantidor dos direitos ambientais.

3.2 O papel do ministério público na defesa na questão hídrica de São Paulo

A responsabilidade civil ambiental no Brasil compreende algumas teorias e princípios a fim de evitar vácuos sancionadores em relação aos danos ambientais.

O princípio da responsabilidade baseia-se em várias declarações das Nações Unidas sobre o meio ambiente, como a seguinte: “as administrações locais e nacionais, e suas respectivas jurisdições são as responsáveis pela maior parte do estabelecimento de normas e aplicações de medidas em grande escala sobre o meio ambiente” (Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, 1972, preâmbulo, item 7).

Tendo isso em vista, a legislação brasileira prevê, na Constituição e na Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), a tríplice responsabilização objetiva do poluidor pelo dano ambiental, seja a pessoa de Direito Público ou Privado.

No caso de São Paulo, diversas foram as injustiças ambientais verificadas. A Sabesp apresentava tratamento distinto aos consumidores e à indústria, ferindo a equidade ambiental, a qual deve se basear na adoção de medidas que garantam a sustentabilidade, por causa dos níveis de escassez que o recurso natural apresenta. Isso comumente se dá por meio de mecanismos de mercado, mas tais medidas devem ser aplicadas de modo imparcial, equânime e equilibrado para garantir o acesso ao bem (FERRAÇO, 2019).

Compreendendo que qualquer cidadão eleitor pode intentar uma ação popular, focaremos na atuação do MP na garantia dos direitos ambientais, pelo dever de intervir na proteção de interesses sociais ou individualmente indisponíveis, como previsto, principalmente, nos arts. 129 e 225 da Constituição Federal.

A falta de água e os demais problemas enfrentados pela população paulista já geraram mais de 50 inquéritos civis no Ministério Público (MP) e ações civis públicas protocoladas pelos promotores na Justiça. Alguns dos casos também vêm sendo acompanhados pelo Ministério Público Federal (MPF) e uma grande parte ainda está em andamento ou resultou na resolução de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) (MPSP, 2015).

Para a formulação dos inquéritos, o Ministério Público Federal (MPF), além do Ministério Público, o Ministério Público de Contas, o Ministério Público do Trabalho e a Defensoria Pública, todos a nível estadual, fizeram uma audiência pública para reunir provas e saber como a sociedade vinha enfrentando problemas como a falta de água, esgoto e saneamento básico, a adoção das sobretaxas, ausência de transparência e informações sobre a crise, aplicação de rodízio informal, racionamento implícito e redução da pressão nas regiões mais carentes do estado, e dificuldade de acesso ao monitoramento da qualidade de água.

Dos inquéritos civis analisados, 4 foram arquivados, um deles se deu justamente pela falta de elementos que indicassem lesão a direito coletivo ou difuso que justificasse a continuidade das investigações, outro porque, uma vez que as metas estabelecidas foram superadas, o MP entendeu que o prosseguimento da investigação era desnecessário (MPSP, 2015).

Entre os outros 46 inquéritos apurados, 5 resultaram no firmamento de Termos de Ajustamento de Conduta antes do ajuizamento da ação. Insta salientar

que, por não ter homologação judicial, qualquer outro legitimado que não tenha intervindo no acordo pode propor ação civil pública (MPSP, 2015). Esse firmamento não significa transigência no cumprimento das obrigações legais, uma vez que o MP não pode renunciá-las ou fazer concessões diante de “interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, caput, da CF).

Ainda, qualquer acordo que admita o descumprimento dessas obrigações não tem eficácia, podendo ter sua nulidade declarada pelos próprios intervenientes que tenham assinado o termo. Assim, os compromissos firmam o cumprimento de obrigações discricionárias, as quais permitem sua análise quanto à sua conveniência e oportunidade por parte da Administração Ambiental ou do Ministério Público.

No que se refere às Ações Civas Públicas (ACP), as demandas foram ajuizadas tendo o objetivo da defesa do meio ambiente e do consumidor, de modo que as ações propostas pelo MPSP podem ser divididas quanto aos interesses lesados e à natureza do bem lesado. O primeiro diz respeito principalmente às ações que tratavam da lesão ao patrimônio público, à qualidade da água e a falta dela.

Na defesa do meio ambiente e à saúde dos jurisdicionados, os principais dispositivos utilizados em sua defesa foram os arts. 196, 200 e 225 da CF, que preveem o direito à saúde, ao saneamento básico, à água de qualidade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os arts. 2º e 3º da Política Nacional de Recursos Hídricos, quanto à disponibilidade intergeracional de água (MPSP, 2015).

Já quanto à falta de transparência de informações e dos serviços prestados ao consumidor, as ACPs foram fundamentadas nos arts. 5º e 60 da CF, que dispõem sobre o acesso à informação de órgãos públicos, de interesse particular, coletivo ou geral; os arts. 5º, 6º, 8º e 21 da Lei de Acesso a Informações públicas (Lei n. 12527/2011), quanto ao acesso à informação por meio de procedimentos objetivos e ágeis, de maneira transparente e em linguagem de fácil compreensão; no art. 1º, I, da Política Nacional de Recursos Hídricos, uma vez que tratam de dados e informações relativos à água, que é um bem de domínio público; e no art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, quanto à informação adequada sobre os produtos e serviços.

Dessas ações, 80% ainda estão em andamento ou em grau de recurso, porém a eficácia das ações depende que elas sejam propostas de modo amplo e coordenado, afirmando a presença social do Poder Judiciário para que se possa trazer a melhoria e a restauração dos bens e interesses defendidos (MPSP, 2015). Nesse ínterim, importa ressaltar que as indenizações e multas processuais não vão para as vítimas diretas ou indiretas, por não visarem ressarcir as vítimas pessoais da agressão ambiental, mas recuperar ou tentar recompor os bens e interesses em seu aspecto supraindividual. Por isso, a quantia vai para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), nos casos em que a ação apresente abrangência nacional, ou, se a ação for perante a justiça dos estados, para os Conselhos Estaduais, ambos

os integrados pelo Ministério Público e por representantes da comunidade (MACHADO, 2013).

Considerações finais

Durante a crise hídrica que ocorreu em São Paulo no período de 2013 a 2015, houve a participação de diversos atores, tais como o governo, os meios de comunicação, empresas, organizações privadas e a própria sociedade civil. A análise do contexto hídrico que se estendeu durante esse período deixa perceptível a falha do governo do estado na maneira de tratar a crise hídrica, uma vez que houve pouca transparência quanto ao que estava acontecendo, a gravidade da situação, as medidas a serem tomadas e sobre como a população foi afetada pelo período de escassez.

A segurança hídrica requer o planejamento preventivo a situações extremas de escassez e a falhas nos sistemas de abastecimento a ser desempenhada de modo contínuo, de acordo com a competência dos atores estatais responsáveis. A discussão sobre a crise em São Paulo deve ser direcionada para a responsabilidade do poder público na gestão dos recursos hídricos. Crises hídricas não são situações imprevisíveis ou inevitáveis, são consequências de um padrão de gestão urbana estatal que substituiu o planejamento por operações emergenciais.

O reconhecimento da crise hídrica paulista e a adoção de medidas de mitigação pelo Poder Público diante do iminente surto de escassez de água foram diretamente influenciados pelo cenário político-institucional brasileiro. Em um cenário de governança hídrica, esse quadro reforça a necessidade do aprimoramento da gestão participativa e descentralizada em relação à sociedade civil como um importante ator no combate à crise hídrica.

Em 2013, e até antes disso, já havia indícios da iminência de uma crise de água. Contudo, por se tratar de período muito próximo ao das eleições, a situação não foi tratada com a clareza e a emergência devidas. Somente em 2014, no auge da crise, é que os meios de comunicação começaram a dar mais enfoque ao problema, assim como somente a partir de então o governo do estado e a Sabesp passaram a esclarecer a situação, as causas e medidas a serem tomadas, o que ainda ocorreu de modo pouco transparente e sem abertura para participação popular. As respostas dos gestores públicos à seca ficaram limitadas a medidas técnicas, como a utilização dos dois volumes mortos, rodízios, racionamento, programa ônus/bônus e a transferência da reserva de outros sistemas.

Nesse sentido, diante da falta de transparência dos órgãos públicos e ausência de medidas que envolvessem participação da população, muitas iniciativas de organizações e movimentos privados surgiram com propostas de enfrentamento da crise. Considerando as falhas do estado na promoção de uma governança hídrica, fez-se necessária a atuação direta da sociedade civil na reparação do problema.

No que tange à transparência e informação, foram adotadas medidas para o levantamento de notícias veiculadas sobre a crise a fim de desmistificar as causas do período de escassez e identificar os atores públicos responsáveis para a gestão da crise. Uma das iniciativas da sociedade civil resultou em um relatório que analisou a transparência no acesso e no conteúdo das informações disponíveis sobre a crise nos sites oficiais das instituições e órgãos envolvidos. Observou-se que o site do governo paulista não apresentava nenhuma informação acerca da crise da água e que as informações disponíveis sobre o sistema Cantareira no site da Sabesp se resumiam a dados técnicos sobre o volume de água remanescente nas médias do sistema e de chuva. Outra iniciativa de grande relevância foi o levantamento dos locais afetados pela falta de água, o que possibilitou cobrar mais transparência do governo em relação ao racionamento, além de subsidiar a atuação do Ministério Público em relação à Sabesp, quando a companhia não enviou o mapa da diminuição noturna da pressão da água.

No que se refere às soluções e estratégias para o enfrentamento da crise, a sociedade civil buscou apresentar medidas propositivas de ação e de mobilização da população para o consumo consciente da água. Entre as principais medidas, destacam-se o mapeamento de atores e a apresentação de propostas de ação de curto prazo e de longo prazo para a mitigação da escassez hídrica, a proposta legislativa para inserir o tema água no debate eleitoral e a Assembleia Estadual da Água para discutir a crise e meios de solucioná-la por meio da mobilização social. Além disso, foram adotadas respostas por meio da educação ambiental, promovendo uma plataforma online de aprendizagem sobre consumo consciente e sustentabilidade e para a captação e aproveitamento da chuva.

Por fim, houve um aprofundamento das pesquisas sobre a crise hídrica, buscando-se informações e alternativas de solução para a capital paulista e destacando os efeitos das ações antrópicas que impedem a devida absorção das chuvas para o lençol freático no Sistema Cantareira, o que levou à criação de um projeto para disseminar práticas sustentáveis junto aos produtores rurais da região.

Em paralelo, é importante destacar o papel do Direito diante de conflitos ambientais, em especial na questão da regulação como meio democrático de governança hídrica. Nesse contexto, a atuação das instituições democráticas do Estado de Direito, como o Ministério Público, contribui para o acesso às informações pela sociedade, uma vez que vários dados só foram fornecidos à população depois de exigências feitas pela Justiça.

Nesse quesito, a falta de transparência se tornou um óbice para a plena participação da população no caso da crise hídrica de São Paulo. A publicidade das informações é um dos alicerces da Administração Pública, intimamente relacionada com o Direito Ambiental, na medida em que garante aos cidadãos o direito de participar das discussões sobre políticas públicas ambientais e possibilita a tomada de decisão pública informada.

O cenário em questão deixou claro que há necessidade de um modelo de gestão que permita a cooperação e corresponsabilização entre os diversos atores sociais, econômicos e políticos para assegurar o acesso à água. Assim, as iniciativas propostas pela sociedade civil indicam a necessidade de melhora do cenário de governança hídrica, destacando o aspecto fundamental da adoção de uma nova estratégia de gestão integrada e participativa da água, a fim de que se confira maior espaço de atuação da sociedade tanto na tomada de decisão como no controle social das decisões que serão implementadas.

Referências

ALIANÇA pela Água lança campanha #VotePelaÁgua. Leia o Manifesto e saiba como aderir. *Akatu*, 12 set. 2016. Disponível em: <https://www.akatu.org.br/noticia/alianca-pela-agua-campanha-votepelaagua-manifesto-adesao/>. Acesso em: 14 fev. 2020.

ALIANÇA PELA ÁGUA. *Quem somos*. 2014. Disponível em: <https://www.aliancapelaagua.com.br/>. Acesso em: 14 fev. 2020.

ALIANÇA PELA ÁGUA. *Manifesto por uma nova cultura de cuidados com a água*. 2016. Disponível em: <https://www.aliancapelaagua.com.br/manifesto-por-uma-nova-cultura-de-cuidados-com-a-agua/>. Acesso em: 14 fev. 2020.

ANA – AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Sistema Cantareira*. Brasília, DF, 7 out. 2015. Disponível em: <http://www2.ana.gov.br/Paginas/servicos/outorgaefiscalizacao/sistemacantareira.aspx>. Acesso em: 13 jan. 2020

ANTUNES, P. B. *Direito Ambiental*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ARATO, A.; COHEN, J. Sociedade civil e teoria social. In: AVRITZER, L. *Sociedade civil e democratização*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ARTIGO 19. *A Organização*. Disponível em: <https://artigo19.org/a-organizacao/>. Acesso em: 14 fev. 2020.

ARTIGO 19. *Sistema Cantareira e a crise da água de São Paulo: a falta de transparência no acesso à informação*. São Paulo, 2014. Disponível em: <https://artigo19.org/old/wp-content/uploads/2014/12/Relat%c3%b3rio-Sistema-Cantareira-e-a-Crise-da-%c3%81gua-em-S%c3%a3o-Paulo-%e2%80%93-a-falta-de-transpar%c3%aancia-no-acesso-%c3%a0-informa%c3%a7%c3%a3o.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2020.

ARTIGO 19. *O Sistema Cantareira e a crise da água em São Paulo: falta de transparência, um problema que persiste*. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2016/06/Sistema-Cantareira-e-a-Crise-da-%c3%81gua-em-S%c3%a3o-Paulo-2.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

ARTIGO 19. *Relatório avalia transparência dos órgãos responsáveis pela crise hídrica em São Paulo, 2016*. Disponível em: <https://artigo19.org/blog/2016/06/28/relatorio-avalia-o-que-mudou-na-transparencia-dos-orgaos-responsaveis-pela-crise-hidrica-em-sao-paulo/>. Acesso em: 28 jan. 2020.

BARIFOUSE, R. Maior crise hídrica de São Paulo expõe lentidão do governo e sistema frágil. *BBC*, 22 mar. 2014. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/03/140321_seca_saopaulo_rb. Acesso em: 20 jul. 2020.

BEDER, S. Costing the earth: equity, sustainable development and environmental economics. *New Zealand Journal of Environmental Law*. v. 4, p. 227-243, 2000.

BICUDO, C. *et al.* Carta de São Paulo. Recursos hídricos no Sudeste: segurança, soluções, impactos e riscos. *Revista USP*, São Paulo, n. 106, fev. 2015. pp. 11-20.

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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. *Lei n. 9.433 de 08 de janeiro de 1997*. Política Nacional de Recursos Hídricos. Disponível em: <https://bit.ly/2qhZy3P>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. *Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Lei de Acesso a Informações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 23 jul. 2020.

CASTRO, A. L. C. *et al.* Glossário de defesa civil, estudos de riscos e medicina de desastres. Brasília, DF: Ministério da Integração Nacional, 1998.

CCH – COMITÊ DE CRISE HÍDRICA. *Plano de contingência para o abastecimento de água da região metropolitana de São Paulo*. São Paulo: CCH, 2015. Disponível em: <http://www.sigrh.sp.gov.br/public/uploads/news//1318/planodecontingencia.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2020.

CUSTÓDIO, V. A crise hídrica na região metropolitana de São Paulo (2014-2015). *Geosp – Espaço e Tempo (Online)*, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 445-

463, 6 dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/geousp/article/view/102136>. Acesso em: 21 jul. 2020.

ECONOMIA DE ÁGUA na grande São Paulo fica estagnada em maio. 2015. *O Estado de São Paulo*, 19 jun. 2015. Disponível em: <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,economia-de-agua-na-grande-sp-fica-estagnada-em-maio,1709943>. Acesso em: 14 jan. 2020.

EDUKATU DISPONIBILIZA novos conteúdos sobre reciclagem e crise hídrica. *Braskem*, 7 jun. 2016. Disponível em: <http://braskem.com.br/detalhe-noticia/edukatu-disponibiliza-novos-contudos-sobre-reciclagem-e-crise-hidrica>. Acesso em: 14 fev. 2020.

FERRAÇO, A. A. G. A insuficiência de integração na gestão nacional dos recursos hídricos brasileiros como óbice estrutural ao desenvolvimento sustentável. Dissertação (Mestrado) –Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2019.

FIGUEIRAS, M. L. Sabesp é generosa com acionistas, mas não com investimentos. *Exame*, 26 nov. 2014. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/revista-exame/nao-da-nem-para-acionar/>. Acesso em: 14 jan. 2020.

GIFE – GRUPO DE INSTITUTOS FUNDAÇÕES E EMPRESAS. *Instituto Akatu lança campanha “águapedeágua”*. São Paulo: GIFE, 2015. Disponível em: <https://gife.org.br/instituto-akatu-lanca-campanha-aguapedeagua/>. Acesso em: 14 fev. 2020.

IDEC – INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Crise hídrica*. São Paulo: IDEC, 2014. Disponível em: <https://idec.org.br/conquista/crise-hidrica>. Acesso em: 14 fev. 2020.

IDS – INSTITUTO DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE. *Relatório de atividades*. São Paulo: IDS, 2014a. Disponível em: https://issuu.com/idsbrasil/docs/ids_relatorio_2014_simples. Acesso em: 14 fev. 2020.

IDS – INSTITUTO DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE. *Mesa redonda reúne especialistas e imprensa para discutir abordagens e alternativas para a crise hídrica em SP 2014*. São Paulo: IDS, 2014b. Disponível em: <http://www.idsbrasil.org/multimedia/70/>. Acesso em: 14 fev. 2020.

IDS – INSTITUTO DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE. *Segurança hídrica*. São Paulo: IDS, 2019. Disponível em: <http://www.idsbrasil.org/iniciativa/2/>. Acesso em: 14 fev. 2020.

JACOBI, P. R.; CIBIM, J.; LEÃO, R. S. Crise hídrica na macrometrópole paulista e respostas da sociedade civil. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 29, n. 84, p. 27-42, ago. 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142015000200027&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 20 jul. 2020.

LEITE, I. Governo de São Paulo apresenta plano contra crise hídrica com 5 meses de atraso. *GI*, 19 nov. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/11/governo-de-sp-apresenta-plano-contr-a-crise-hidrica-com-5-meses-de-atraso.html>. Acesso em: 14 fev. 2020.

MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOTTA, L. E. O conceito de Estado e de sociedade civil na perspectiva relacional: conflitos e relações de poder nas arenas públicas. In: III ENCONTRO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GOVERNANÇA, 3., 2008, Salvador. *Anais [...]*. Maringá: Anpad, 2008. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/EnAPG89.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2020.

MPSP – MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Crise hídrica ações e inquéritos*. São Paulo: MPSP, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/comunicacao/Newsletter/imagens_newsletter/Crise%20H%C3%ADrica_a%C3%A7%C3%B5es%20e%20inqueritos_2015_03_20.xlsx. Acesso em: 14 fev. 2020.

PORTO, G. Não há decisão sobre rodízio exclusivo para o Cantareira diz Alckmin. *O Estado de São Paulo*, 5 fev. 2015. Disponível em: <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,nao-ha-decisao-sobre-rodizio-exclusivo-para-o-cantareira-diz-alckmin,1630063>. Acesso em: 14 fev. 2020.

PRIZIBISCZKI, C. Após 5 anos da crise de abastecimento, SP ainda busca alcançar segurança hídrica. *O Eco*, 29 set. 2019. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/reportagens/apos-5-anos-da-crise-de-abastecimento-sp-ainda-busca-alcançar-seguranca-hidrica/>. Acesso em: 28 fev. 2020.

REZENDE, F. A crise hídrica na Região Metropolitana de São Paulo em 2013-2015: origens, impactos e soluções. In: BUCKERIDGE, M.; RIBEIRO, M. C. (coords.). *Livro branco da água*. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/ebooks/livro-branco-da-agua/view>. Acesso em: 21 jul. 2020. [E-book].

RIBEIRO, L. C. Q. Desastres urbanos: que lição tirar? *Observatório das Metrópoles*, 30 jan. 2011. Disponível em: observatoriodasmetrolopes.net.br/desastres-urbanos-que-licao-tirar. Acesso em: 14 fev. 2020.

SABESP AMPLIA faixa de bônus para quem economizar água em São Paulo. *GI*, 21 out. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/10/sabesp-amplia-faixa-de-bonus-para-quem-economizar-agua-em-sp.html>. Acesso em: 14 jan. 2020.

SÃO PAULO. *Lei n. 7.663, de 30 de dezembro de 1991*. a Política Estadual de

Recursos Hídricos de São Paulo (PERH-SP). Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1991/lei-7663-30.12.1991.html>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

SILVA, J. L.; SAMORA, P. R. Os impactos da crise hídrica sobre a população do município de Campinas/SP (2012-2016). *Urbe. Rev. Bras. Gest. Urbana*, Curitiba, v. 11, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-33692019000100242&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 jul. 2020.

SORIANO, E. *et al.* Crise hídrica em São Paulo sob o ponto de vista dos desastres. *Ambiente & Sociedade*, São Paulo, v. XIX, n. 1, p. 21-42, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/asoc/v19n1/pt_1809-4422-asoc-19-01-00021.pdf. Acesso em: 14 fev. 2020.

UNISDR – UNITED NATIONS INTERNATIONAL STRATEGY FOR DISASTER REDUCTION (UNISDR). *Recovery*. UN/ISDR – UN Office for DRR. 2009. Disponível em: <http://preventionweb.net/go/499>. Acesso em: 14 fev. 2020.

WISNER, B. *et al.* *At Risk: natural hazards, people's vulnerability and disasters*. London: Routledge, 2003.

ZOROWICH, A. C. *Cisternas Já*. São Paulo: Ecoeficientes – Escritório de arquitetura especializado em sustentabilidade, 2014. Disponível em: <http://www.ecoeficientes.com.br/movimento-cisterna-ja/>. Acesso em: 14 fev. 2020.

CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA POR CREDOR ESTRANGEIRO EM FAIXA DE FRONTEIRA

Eleandro Granja Costa Vanin e Hochmann¹
Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

André Lipp Pinto Basto Lupi²
Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Resumo

Este trabalho tem como propósito examinar a possibilidade da consolidação da propriedade fiduciária por credores estrangeiros em terras da faixa de fronteira brasileira, em vista da recente alteração empreendida pela Lei n. 13.986/2020 (Lei do Agro), especialmente em relação à Amazônia Legal. Em um primeiro momento, examinar-se-á a história da regulação da aquisição da propriedade rural por estrangeiros no ordenamento nacional. Em segundo lugar, o instituto da alienação fiduciária de bem imóvel em garantia será objeto de análise, tal como previsto na Lei n. 9.514/1997. Segue uma discussão sobre a faixa de fronteira no direito brasileiro: sua previsão normativa, funções e importância para o país. No quarto e último

capítulo, objeto específico do trabalho, será examinada a possibilidade da consolidação do bem imóvel dado em alienação fiduciária pelo credor estrangeiro quando situado na faixa de fronteira, trazendo a discussão sobre seus reflexos para o desenvolvimento econômico-social destas regiões. Em conclusão, defende-se que as recentes alterações normativas permitiram a consolidação da propriedade em favor do credor estrangeiro. Foi empregado o método lógico-dedutivo, apoiado por pesquisa da bibliografia jurídica e de ciências sociais nacional e da legislação pertinente.

Palavras-chave: alienação fiduciária de coisa imóvel; estrangeiros; faixa de fronteira; Lei do Agro; Amazônia legal.

1 Doutorando em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Mestre em Direito pela UNIMAR. Mestrando em Direito pelo UNICURITIBA. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Mato Grosso (UNEMAT). Tábélão de Protesto de Títulos em Belém-PA. Presidente do Instituto de Protesto de Títulos do Brasil, Seção Pará. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1835-5574> / e-mail: granja8519@gmail.com

2 Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Privadas pela Universidade de Lisboa (ULISBOA). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Professor de Direito Empresarial na UFSC. Presidente da Comissão de Direito Empresarial da OAB/SC. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5574-1736> / e-mail: <https://orcid.org/0000-0001-5574-1736>

THE POSSIBILITY OF CONSOLIDATION OF FIDUCIARY OWNERSHIP BY THE FOREIGNER CREDITOR IN LANDS OF THE BRAZILIAN BORDER ZONE

Abstract

This work aims to examine the possibility of consolidation of fiduciary property by foreign creditors in lands of the Brazilian Border Zone, given the recent alterations by Federal Law no 13.986/2020 (Agrobusiness Act), especially with regard of the Legal Amazonia. In a first moment, the article describes the history of regulations concerning the acquisition of land by foreigners in Brazil. Afterwards, the institution of chattel mortgage will be analyzed, as provided in Federal Law no 9.514/1997. A discussion on the Brazilian Border Zone follows, regarding its legal provision, its functions and overall importance. In the fourth and last chapter, main object of this article, we analyze

the possibility of consolidation of fiduciary ownership given as chattel mortgage by foreign creditors in the Brazilian Border Zone, bringing the discussion about its reflexes for the economic and social development of the regions. In conclusion, it is argued that the recent normative changes have allowed the consolidation of property in favor of the foreign creditor. The employed methodology is logical-deductive, supported by national research on National bibliographical legal and social sciences when necessary.

Keywords: *Chattel mortgage as guarantee; foreigners; border zone; Brazilian Agrobusiness Act; Legal Amazonia.*

Introdução

A concepção tradicional de Estado elenca como seus três elementos fundamentais a soberania, o povo e o território (STRECK; MORAIS, 2014). Trata-se de uma definição que funciona bem em situações clássicas: assim, segue a teoria tradicional, um povo institui um Estado para governar sobre um território. Contudo, a descrição se complexifica nas situações-limite, como no contato entre diferentes Estados ou, então, no convívio entre cidadãos de diversas nacionalidades no mesmo território, entre outras possibilidades. Subitamente, as respostas concebidas para o direito puramente interno passam a exigir qualificações para dar conta da realidade. Em outras palavras, quando elementos nacionais distintos entram em contato, põem-se em evidência alguns problemas não facilmente respondidos pelas soluções teóricas tradicionais.

A dificuldade acima elencada, posta de lado como curiosidade interessante em décadas passadas, dominadas por um acentuado paradigma nacionalista e soberanista, torna-se cada vez mais premente no contexto de uma economia de mercado globalizada. Para dar apenas um exemplo, nota-se como o fluxo incessante de capitais, que não raro ultrapassa fronteiras nacionais, representa um aspecto de importância crucial para a economia contemporânea. É frequente que investidores de países ricos se estabeleçam nos países em desenvolvimento com o escopo de gerar riqueza em regiões com potencial econômico ainda pouco explorado; por sua vez, os países destinatários dos investimentos beneficiam-se da captação de recursos para o desenvolvimento de sua economia (KURTISHI-KASTRATI, 2013).

Uma das principais maneiras como o investimento estrangeiro ocorre consiste na oferta de crédito para os agentes econômicos do país em desenvolvimento. A oferta de crédito, por sua vez, depende em grande medida das garantias disponíveis para os credores em caso de inadimplemento dos mutuários. No Brasil, um marco essencial sobre o tema se deu com a instituição da alienação fiduciária de bens imóveis, a partir da Lei n. 9.514/1997. Esse diploma atraiu investimentos internacionais, na medida em que atribuiu mais segurança às garantias dos credores; além disso, contribuiu para a expansão do crédito para as classes menos abastadas.³

O presente artigo pretende abordar um tema que se situa exatamente nessa zona de intersecção entre economia globalizada, por um lado, e as limitações da concepção tradicional da teoria do Estado, por outro. Procurar-se-á discutir

³ “Por se tratar de garantia especial, a alienação fiduciária constitui-se, portanto, em um estímulo à celebração de negócios, ficando os agentes econômicos mais seguros contra inadimplementos. Por isso ela seria importante fator de estímulo ao mercado, cujo funcionamento se dá naturalmente por meio de trocas voluntárias que são contratos” (TIMM; DRUCK, 2007, p. 10). Referência bibliográfica fundamental para o tema é a obra de CHALHUB (2006).

a tratativa conferida ao estrangeiro pelo ordenamento brasileiro quanto ao tema da aquisição de propriedade imobiliária fiduciária, em particular nas terras pertencentes à faixa de fronteira nacional, em especial naquelas situadas na denominada Amazônia Legal (Mato Grosso, Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará e Amapá),⁴ que experimentam os efeitos positivos e negativos da expansão do agronegócio.⁵

A razão motivadora da pesquisa é a aprovação da Lei do Agro – Lei n. 13.986 (BRASIL, 2020) – que reformou disposições restritivas da Lei n. 5.709 (BRASIL, 1971) no tocante à aquisição de propriedade rural no Brasil por empresas brasileiras controladas por estrangeiros. O tema suscita dúvida quanto a sua extensão também à área caracterizada como faixa de fronteira pela Lei n. 6.634 (BRASIL, 1979). É que essa última lei, embora tenha tido parte da redação alterada pela Lei do Agro, estabelece restrições especiais à aquisição de imóvel rural por pessoas naturais ou jurídicas estrangeiras, uma consequência possível do procedimento de alienação fiduciária no caso de inadimplemento do devedor-fiduciante. A questão, portanto, aparenta representar um caso de antinomia normativa.

Assim, num primeiro momento o artigo se deterá sobre a história do regimento referente à aquisição de imóvel rural por estrangeiros. Em seguida, abordar-se-á o instituto da alienação fiduciária de bem imóvel, tal como regulado pela Lei n. 9.514 (BRASIL, 1997). Para além das particularidades legislativas da alienação fiduciária, analisa-se também sua dinâmica a partir da ciência econômica. Já a terceira parte abordará aspectos geográficos e jurídicos da faixa de fronteira no Brasil, tal como instituída pela Lei n. 6.634 (BRASIL, 1979). Por fim, a quarta e última parte do artigo abordará a pergunta central deste estudo: é possível no ordenamento jurídico atual a consolidação da propriedade fiduciária por estrangeiros na faixa de fronteira brasileira? Será o caso de analisar em detalhe algumas das principais linhas de argumentação possíveis para respondê-la. Paralelamente, também se questiona sobre os reflexos positivos e negativos de termos investimentos estrangeiros em faixa de fronteira, em especial na Amazônia Legal.

Um estudo do gênero justifica-se em vista da importância da concessão de crédito para a atividade agropecuária na economia brasileira. A depender da resposta haurida no presente artigo, pode-se abrir margem a uma nova fonte de financiamento privado para milhões de brasileiros que detenham bens imóveis na faixa de fronteira. Ainda, tendo em vista a novidade do tema, não parece ter havido

4 A definição do território englobado pela Amazônia Legal consta da Lei n. 5.173 de 27 de outubro de 1966: “Art. 2º A Amazônia, para os efeitos desta lei, abrange a região compreendida pelos Estados do Acre, Pará e Amazonas, pelos Territórios Federais do Amapá, Roraima e Rondônia, e ainda pelas áreas do Estado de Mato Grosso a norte do paralelo de 16º, do Estado de Goiás a norte do paralelo de 13º e do Estado do Maranhão a oeste do meridiano de 44º”.

5 A respeito dos benefícios do agronegócio, sobre a renda e o IDH, e a menor importância do fator terra para a produção, nessa região vide Prates e Bacha (2010).

até o momento estudo pormenorizado sobre o assunto (embora especialistas na matéria já se tenham atentado para a existência da problemática),⁶ o que ressalta o ineditismo de uma análise verticalizada sobre as questões aqui discutidas.

Para o desenvolvimento do estudo, utilizou-se do método lógico-dedutivo. Partiu-se, sobretudo, dos textos legais e sua interpretação dogmática, para validá-la com apoio de pesquisa doutrinal (i.e., de bibliografia jurídica) e de críticas oriundas de outras searas das ciências sociais aplicadas.

1 Aquisição de imóvel rural por estrangeiros: notícia histórica

Costuma-se indicar no art. 153 da Constituição de Weimar a origem da limitação do caráter absoluto dos direitos reais privados, mediante a célebre expressão alemã “*Eigentum verpflichtet*” (a propriedade obriga).⁷

Referida limitação inaugurada pela Constituição de Weimar relacionava-se mais a questões referentes à afirmação dos direitos sociais e à funcionalização da propriedade em favor de interesses metaindividuais, em iniciativa inspirada em parte pela Encíclica “*Rerum Novarum*” do Papa Leão XIII.⁸ Mas nem toda limitação ao livre uso da propriedade tem necessariamente esse escopo. É costumeiro vislumbrar-se no regime jurídico atinente à propriedade privada dos bens imóveis uma matéria de interesse estratégico para qualquer país, haja vista a profunda interrelação entre terra e alimentação, habitação, estrutura fundiária e segurança nacional. Não por outro motivo, os Estados nacionais costumam regular com cautela a aquisição de bens imóveis por cidadãos ou agentes econômicos estrangeiros.

A questão da limitação da titularidade dos direitos reais por estrangeiros no direito brasileiro se trata de matéria já antiga na história legislativa brasileira. Um primeiro momento da temática verifica-se no art. 153, § 34 da Emenda Constitucional n. 1 (BRASIL, 1969b).⁹ Nos termos desse dispositivo, o Estado estaria autorizado a estabelecer limitações e exigências para a aquisição da propriedade rural tanto por brasileiros quanto por estrangeiros residentes no Brasil, tendo em vista os valores da integridade do território, a segurança nacional e a justiça social.

Também sob a égide da EC n. 1/1969, instaurou-se o marco legislativo ainda em vigor a respeito do tema: a Lei n. 5.709 (BRASIL, 1971). É o diploma que prevê a regulação expressa dos casos de aquisição de imóvel rural por pessoa

6 Por exemplo, cf. FREITAS, 2020.

7 Cf. Sarlet (2019).

8 Cf. Cury (1998, p. 83-104).

9 Art. 153, § 34: “A lei disporá sobre a aquisição da propriedade rural por brasileiro e estrangeiro residente no País, assim como por pessoa natural ou jurídica, estabelecendo condições, restrições, limitações e demais exigências, para a defesa da integridade do território, a segurança do Estado e justa distribuição da propriedade”.

estrangeira. A racionalidade da lei não obedece à lógica tradicional de liberdade implícita ao direito privado, disciplinando especificamente as maneiras como os cidadãos estrangeiros¹⁰ poderão adquirir imóveis rurais no Brasil.¹¹

Entre as várias limitações previstas no âmbito da Lei n. 5.709 (BRASIL, 1971), encontra-se a vedação à aquisição de imóveis rurais superiores a 50 módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua (art. 3º, § 1º), a necessária submissão a regulamento do Executivo para a aquisição de imóvel com área compreendida entre 3 e 50 módulos (art. 3º, § 2º), a necessidade de assentimento prévio da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional nos casos de aquisição de imóvel situado em área “considerada indispensável à segurança nacional” (art. 7º), o registro da aquisição por escritura pública ser da essência do ato (art. 8º), bem como a previsão de um cadastro especial das terras nos Cartórios de Registros de Imóveis (art. 10), com remissão trimestral à Corregedoria de Justiça dos Estados e ao Ministério da Agricultura (art. 11). A faixa de fronteira veio a ser delimitada pela Lei n. 6.634 (BRASIL, 1979a), com extensão de 150 quilômetros.¹²

Tendo entrado em vigor na época do regime militar, a Lei n. 5.709 (BRASIL, 1979b) necessitou passar por um exame de controle de constitucionalidade, tendo em vista a aprovação da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988). É fato que a nova Constituição prevê a necessidade de regulação e limitação da aquisição ou do arrendamento de imóveis rurais por pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras em seu art. 190.¹³ A previsão do artigo constitucional, contudo, não deixou de suscitar dúvida quanto a sua compatibilidade com o conteúdo substantivo da referida Lei.

A questão teve sua importância ainda mais acentuada quando o art. 23 da Lei n. 8.629 (BRASIL, 1993) (promulgada, portanto, já na vigência da Constituição de 1988) regulou a hipótese de arrendamento por estrangeiros, fazendo remissão justamente à Lei n. 5.709 (BRASIL, 1971). O Congresso Nacional, ao fazê-lo, acabou por ratificar entendimento em favor de sua legalidade diante do novo ordenamento constitucional.¹⁴

10 Situação peculiar e digna de nota diz respeito ao cidadão português, que possui tratamento privilegiado na aquisição de imóvel rural, eis que dispensa-se a obtenção de autorização quando observados os seguintes requisitos: a) não se localize o imóvel em área indispensável à segurança nacional; b) tenha residência regular no Brasil; e c) haja reciprocidade de tratamento. Tal tratamento não é automático, dependendo de reconhecimento pela autoridade competente.

11 Art. 1º: “O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei”.

12 “Art. 1º. – É considerada área indispensável à Segurança Nacional a faixa interna de 150 Km (cento e cinquenta quilômetros) de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, que será designada como Faixa de Fronteira”.

13 Art. 190: “A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional”.

14 Art. 23: “O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica autorizada a funcionar no Brasil só poderão arrendar imóvel rural na forma da Lei n. 5.709, de 7 de outubro de 1971. § 1º Aplicam-se ao arrendamento todos os limites, restrições e condições aplicáveis à aquisição de imóveis rurais por estrangeiro, constantes da lei referida no caput deste artigo”.

Suscitou-se, em tais condições, o exame da constitucionalidade do art. 1º, § 1º da Lei n. 5.709 (BRASIL, 1971), que conferia às pessoas jurídicas brasileiras controladas por estrangeiros o mesmo regramento conferido aos estrangeiros residentes no Brasil ou às pessoas jurídicas estrangeiras em funcionamento no Brasil. O exame iniciou-se pela Consultoria-Geral da União, órgão da Advocacia-Geral da União encarregado de produzir pareceres para o assessoramento jurídico do Presidente da República.¹⁵

O primeiro parecer a respeito do tema foi o GQ-22, de 1994.¹⁶ Nele, o Advogado-Geral da União Geraldo Quintão consignou que o art. 1º, § 1º da Lei n. 5.709 (BRASIL, 1971)¹⁷ não teria sido recepcionado pela Constituição de 1988 por conta do teor do art. 171, I, da nova Carta. Para justificá-lo, a Advocacia-Geral da União (AGU) entendeu (BRASIL, AGU, 2010) que o conceito constitucional de empresa brasileira, ainda que com controle acionário de estrangeiros, não admitia as várias restrições à aquisição ou ao arrendamento de imóveis rurais no Brasil previstas na Lei n. 5.709 (BRASIL, 1971), do que decorreria sua inconstitucionalidade.

Contudo, o art. 171 da Constituição foi revogado pela Emenda Constituição n. 6/1995, o que suscitou nova atuação da AGU para examinar a questão da constitucionalidade daquela Lei. O exame redundou no Parecer GQ-181, de 1998 (BRASIL, AGU, 1998). Nesse documento, a AGU entendeu ser impossível interpretar que o art. 1º, § 1º da Lei n. 5.709 (BRASIL, 1971) teria sido repristinado pela Emenda Constitucional n. 6/1995, de modo tal que retomasse vigência jurídica.¹⁸ Portanto, uma vez mais afirmou-se o entendimento pela inconstitucionalidade do artigo.

O tema foi levado novamente a exame da Advocacia-Geral da União em 2010, quando da publicação do Parecer n. LA 01, de 19 de agosto de 2010 (BRASIL, AGU, 2010). Neste caso, o Advogado-Geral da União Luis Inácio Adams efetuou uma reversão do entendimento anterior. Para justificá-lo, entendeu que a restrição da aquisição de imóveis por estrangeiros não contrariaria o comando do art. 171 da Constituição Federal, que admitiria a previsão de restrições à atuação

15 É como dispõe o art. 10 da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar n. 73/1993): “À Consultoria-Geral da União, direta e imediatamente subordinada ao Advogado-Geral da União, incumbe, principalmente, colaborar com este em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição”.

16 Deixa-se de fazer remissão expressa ao Parecer n. GQ-22 pelo fato de ele não ter sido publicado pela própria AGU, como explica o Parecer n. GQ-181, que lhe sucedeu.

17 Art. 1º: “O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei. § 1º – Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior”.

18 “A Emenda Constitucional n. 6, de 15 de agosto de 1995, em seu art. 3º, revogou o art. 171 da Constituição. Essa revogação, pura e simples, qualquer que seja a interpretação que se dê, para outros fins, ao dispositivo constitucional, não tem o condão de repristinar a norma que se entendera revogada. Desse modo, continua revogado o § 1º do art. 1º da Lei n. 5.709/71, permanecendo inalterada a conclusão do referido Parecer n. AGU/LA-04/94” (BRASIL, 1998).

de empresas brasileiras controladas por estrangeiros (BRASIL, 2010). A restrição tampouco contrariaria princípios como a soberania nacional (art. 170, I, da Constituição), ou como a isonomia entre brasileiros e estrangeiros (art. 5º). Assim, seria necessário concluir que o art. 1º, § 1º da Lei n. 5.709 (BRASIL, 1971) nunca foi incompatível com a redação originária da Constituição da República, de modo que permaneceria válido na opinião da AGU.

O tema voltou a adquirir proeminência no fim dos anos 2010. Em específico, passou a tramitar no Senado o Projeto de Lei n. 2.963/2019, que propõe novos critérios para a aquisição e o uso de imóveis rurais por estrangeiros no Brasil como meio de possibilitar o “ingresso de agroindústrias transnacionais” no país (BRASIL, 2019).

A inovação legislativa mais importante, contudo, foi a Lei n. 13.986 (BRASIL, 2020), que converteu em lei a Medida Provisória n. 897/2019.¹⁹ Referido diploma, apelidado de “Lei do Agro”, trouxe importante inovação redacional ao art. 1º, § 2º da Lei n. 5.709 (BRASIL, 1971), após emenda do Deputado Alceu Moreira, que visou alterar as restrições para oferta de garantias reais a credores estrangeiros interessados em financiar o agronegócio, justificada pela necessidade de facilitação do crédito, a igualdade entre instituições financeiras nacionais e estrangeiras e a alteração já antes trazida pela Lei n. 13.907/15 (CAMARA DOS DEPUTADOS, 2019).²⁰

A emenda trouxe duas alterações. A primeira, já mencionada, é a alteração do art. 1º, § 2º da Lei n. 5.709/1971. Já a segunda, complementar àquela, altera o § 4º do art. 2º da Lei n. 6.634 (BRASIL, 1979):

[...] § 2º As restrições estabelecidas nesta Lei não se aplicam: I – aos casos de sucessão legítima, ressalvado o disposto no art. 7º desta Lei; II – às hipóteses de constituição de garantia real, inclusive a transmissão da propriedade fiduciária em favor de pessoa jurídica, nacional ou estrangeira; III – aos casos de recebimento de imóvel em liquidação de transação com pessoa jurídica, nacional ou estrangeira, ou pessoa jurídica nacional da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e que residam ou tenham sede no exterior, por meio de realização de garantia real, de dação em pagamento ou de qualquer outra forma.

É dizer, passou-se a possibilitar expressamente a constituição de garantia real

¹⁹ Em 20 de agosto de 2020 foi promulgada a parte vetada da Lei, após a rejeição do veto presidencial. Os trechos relativos aos vetos não afetam, contudo, os temas em estudo neste trabalho.

²⁰ Do texto da Emenda para a redação final da Lei, houve apenas alteração de “instituição financeira” para “pessoa jurídica nacional ou estrangeira, ou de pessoa jurídica nacional da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e que residam ou tenham sede no exterior”.

e a transmissão da propriedade fiduciária em favor de pessoa jurídica estrangeira (inc. II), bem como o recebimento de imóvel em liquidação de transação ou por meio da realização de garantia real (inc. III).

A Lei do Agro insere-se num movimento político de modernização da institucionalidade brasileira, incentivando-se a desburocratização do aparato regulatório e o fomento à atividade econômica.²¹ Associa-se, por exemplo, a racionalidade do diploma àquela da Lei de Liberdade Econômica (BRASIL, 2019).²² Lida sob essa perspectiva, a Lei do Agro parece instanciar uma hermenêutica *pro libertatem* também à atividade agroindustrial brasileira, que estimula a realização de mais investimentos e a entrada de novos participantes no mercado nacional, inclusive estrangeiros.²³

Em tais condições, não há dúvida de que a recente alteração legislativa abriu um importante canal de investimentos na economia brasileira, o que foi tornado possível por meio do acesso a recursos de estrangeiros no mercado de crédito garantido por bens imóveis situados no território brasileiro.

Uma maneira essencial de possibilitá-lo, como a própria Lei dispõe, consiste na previsão da garantia real. Comenta-se abaixo o caso da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, cuja recente alteração legislativa teve enorme repercussão para o incremento da eficiência da economia nacional.

2 Alienação fiduciária: natureza, funcionamento e análise econômica

Embora o instituto da alienação fiduciária já exista no ordenamento brasileiro desde a Lei n. 4.728 (BRASIL, 1965), a regulação específica da alienação fiduciária de coisa imóvel deu-se apenas com a promulgação da Lei n. 9.514 (BRASIL, 1997).²⁴ O propósito da Lei foi recuperar o dinamismo do mercado imobiliário, estimulando-se a captação de investimentos pelo mercado de capitais e trazendo mais segurança jurídica aos investidores (PONTES; CAMINHA, 2016).

21 Ademais, a Lei está em consonância com o Plano de Valorização Econômica da Amazônia (Lei 5.173, de 27 de outubro de 1966), que objetiva justamente promover o desenvolvimento autossustentado da economia e o bem-estar social da região amazônica, de maneira harmônica e integrada na economia nacional (art. 3º). Não por outro motivo, o Plano deve adotar intensiva política de estímulos fiscais, creditícios e outros, com o objetivo de atrair investimentos nacionais e estrangeiros para o desenvolvimento da Região (art. 4º, “i”, II).

22 A favor dessa interpretação, cf. VOLTARELLI (2020). Vide, ainda, LUPI (2019).

23 “A positivação da regra da interpretação *pro libertatem* é assim uma forma de tentar mitigar o desrespeito à livre-iniciativa, ao contrato e à propriedade, cuja proteção existe muito mais na lei escrita que no direito efetivamente praticado no País. Por um lado, busca “lembrar” que mesmo a constituição prevê a liberdade de iniciativa como um de seus fundamentos; por outro, por ser voltada nesse contexto às *atividades econômicas privadas*, determina que nessas se privilegie a escolha dos objetivos particulares, deixando objetivos públicos para a esfera pública e permitindo que o direito privado se torne mais privado” (ACCIOLO apud MARQUES NETO; RODRIGUES JR.; LEONARDO, 2020, p. 41).

24 Art. 22: “A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”.

A alienação fiduciária em garantia constitui modalidade do negócio fiduciário pelo qual “uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprido esse encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário” (CHALHUB, 2006, p. 38).

Já a propriedade fiduciária se trata, ainda, de modalidade do instituto da propriedade resolúvel. Como explica Orlando Gomes, *resolúvel* é toda propriedade cujo título constitutivo já estipula em si mesmo a previsão de sua extinção. A causa da extinção – seja ela condição ou termo – vem explícita no título aquisitivo em favor do *proprietário diferido*, que passa a ter expectativa de direito de aquisição da propriedade do bem, desde que implementada a causa extintiva (GOMES, 2012).

O gênero “propriedade resolúvel”, para além de institutos como a retrovenda, o fideicomisso e a venda a contento, contempla a *propriedade fiduciária*. Trata-se de propriedade resolúvel constituída com o propósito de “garantir uma obrigação assumida pelo alienante em prol do adquirente” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 530). Insere-se, assim, dentro do rol de direitos reais com escopo de garantia, como outros já previstos no ordenamento. Como toda garantia, estipula-se em favor do credor-fiduciário, que procura assegurar-se de seu ressarcimento em caso de descumprimento de contrato por parte do devedor-fiduciante.

Na abalizada opinião de Orlando Gomes, a alienação fiduciária caracteriza-se por ser o negócio de garantia no qual “o devedor transmite ao credor a propriedade de mercadorias, admitindo que, se não pagar a dívida, possa ele vendê-las e aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito, ou que, paga, lhe volte a propriedade das mesmas mercadorias”.²⁵

O devedor-fiduciante transfere, como garantia do crédito, sua propriedade plena sobre determinado bem ou sua titularidade sobre determinado direito ao credor-fiduciário.²⁶ Este, por sua vez, promete restituí-lo na propriedade do bem (ou na titularidade dos direitos alienados) tão logo implementada a condição acordada entre as partes; por exemplo, em caso de contratos de mútuo, tão logo pago o valor mutuado.

Assim, a “fidúcia” característica do instituto, na opinião de Paulo Sérgio Restiffe e Paulo Restiffe Neto, consubstancia proteção dúplice. Ao credor fiduciário, garante-se a segurança de poder satisfazer seu crédito com um bem que já integra sua propriedade, em caso de inadimplemento por parte do devedor. Por outro lado, o fiduciante tem a proteção jurídica de reaver o bem ao adimplir a obrigação

25 Ou, ainda: “Em sentido lato, a *alienação fiduciária* é o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, *em confiança*, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição” (GOMES, 2012, p. 357).

26 Assim, podem ser objeto de alienação fiduciária também os direitos de uso especial para fins de moradia (art. 22, § 1º, inc. II) e direitos reais de uso (inc. III).

acordada, cuja propriedade se resolverá ao fim do contrato, retornando a si (RES-TIFE NETO; RESTIFE, 2009).

A alienação fiduciária representa garantia mais forte do que outras modalidades tradicionais. Isso porque negócios jurídicos como o penhor, caução, anticrese e hipoteca são constituídas na propriedade do *devedor* (i.e. em coisa alheia), podendo ser objeto de execução em caso de inadimplemento. Mas a propriedade persiste sendo devedor, que só a perde quando efetivada a expropriação judicial em processo executivo. Já a alienação fiduciária em garantia é diferente na medida em que, por meio dela se transfere a *propriedade mesma* da coisa que servirá de garantia ao contrato, conquanto resolúvel (GOMES, 2012). Assim, não se trata de garantia sobre *coisa alheia*, mas sobre coisa própria, que passa efetivamente para a titularidade do credor.²⁷

No caso da alienação fiduciária de bem imóvel, sua constituição engendra o desdobramento da posse, de modo que o credor-fiduciário se torna o possuidor direto e o devedor-fiduciante o possuidor indireto da coisa imóvel – art. 23, parágrafo único da Lei n. 9.514 (BRASIL, 1997). Também nesse caso, o pagamento da dívida e de seus encargos implica a resolução da propriedade fiduciária, retornando à esfera do devedor fiduciante (art. 25).

Como qualquer outra, a obrigação garantida por alienação fiduciária de bem imóvel pode ser tanto adimplida quanto inadimplida, prevendo a Lei n. 9.514 (BRASIL, 1997) procedimentos distintos em cada caso. No primeiro deles, uma vez concluído o pagamento, passa a correr o prazo de trinta dias para o credor-fiduciário entregar o termo de quitação ao devedor-fiduciante, sob pena de multa (art. 25, § 1º). O termo de quitação é relevante, pois sua apresentação perante o agente titular do Registro de Imóveis competente é o que possibilitará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária, com o consequente retorno em definitivo do bem imóvel dado em garantia para o patrimônio jurídico do devedor fiduciante (art. 25, § 2º).

Por outro lado, se decorrido o prazo para pagamento da dívida sem pagamento, de modo a vencer, iniciar-se-á o procedimento para consolidação da propriedade em nome do credor-fiduciário (art. 26), momento no qual o fiduciante ou seu procurador será intimado para satisfazer a dívida no prazo de quinze dias (art. 26, § 1º). Se ainda assim não for adimplida a obrigação acordada, passa a correr novo prazo de quinze dias, agora para que o credor promova leilão público para a alienação do imóvel (art. 27).

27 Afrânio Carlos Camargo Dantzger (2020, p. 181) assevera a importância de não se esquecer “que os dois institutos de garantia – hipoteca e propriedade fiduciária – são diametralmente diferentes entre si, porque, enquanto a hipoteca é apenas um ônus real que grava o imóvel dado em garantia, cuja propriedade permanece no patrimônio do devedor, sendo, portanto, um direito real de garantia sobre coisa alheia ao credor, a propriedade fiduciária é direito real que recai sobre coisa própria do credor, pois a propriedade fiduciária lhe é transferida pelo devedor, fiduciante, por meio do contrato de alienação fiduciária, mediante registro no respectivo Serviço de Imóveis [...]”.

A Lei n. 9.514 (BRASIL, 1997) prevê dois leilões. O primeiro exige, para seu sucesso, a oferta de lance com valor igual ou superior ao do imóvel dado em garantia (art. 27, § 1º). Já o segundo requer apenas a oferta de lance com valor igual ou superior ao da própria dívida, acrescida de despesas, encargos, tributos e eventuais contribuições condominiais (art. 27, § 2º). Por fim, nas situações em que também o segundo leilão venha a se revelar frustrado por causa da não oferta de lance suficiente, extingue-se a dívida e o credor se torna proprietário do bem (art. 27, § 5º).

À semelhança do que ocorre com outras hipóteses de direito real, a Lei n. 9.514 (BRASIL, 1997) veda na alienação fiduciária a instituição do chamado pacto comissório²⁸. É dizer, o credor não pode acordar com o devedor que ficará com a coisa adquirida, devendo antes vendê-la para satisfazer o crédito frustrado. Entretanto, a consolidação final da propriedade da coisa imóvel na esfera jurídica do credor é possível quando frustrados ambos os leilões previstos. Em tais condições, conquanto não desejada pelo ordenamento (daí a vedação do pacto comissório), essa consolidação final na titularidade do credor é admitida.²⁹ Prevalece aí o direito ao crédito do credor fiduciário, o qual, aliás, já era proprietário do bem dado em garantia, de modo que passa apenas a ter a propriedade plena (e não mais apenas resolúvel) da coisa.³⁰

Não se duvida dos importantes benefícios econômicos decorrentes do instituto da alienação fiduciária em garantia da coisa imóvel. A criação de modalidades mais eficientes de garantia incentiva uma mais intensa concessão de crédito pelos investidores aos agentes econômicos, pois os credores passam a ter mais segurança quanto à possibilidade de recuperação de seu montante em caso de descumprimento do contrato.

E mais do que isso. Ted Luiz Rocha Pontes e Uinie Caminha (2016) explicam que a alienação fiduciária representa uma alternativa mais interessante para os agentes econômicos do que a garantia hipotecária tradicional. Isso porque, à diferença do que ocorreria com a hipoteca, frequentemente tolhida em sua eficácia por conta da atuação ativista e politizada do Poder Judiciário, a alienação fiduciária parece ter sua dinâmica interna mais respeitada em juízo, o que acarretaria a diminuição na inadimplência dos devedores, verificada empiricamente.

28 “Mas, do mesmo modo que nos direitos pignoratícios, o proprietário fiduciário não pode estipular *pacto comissório* para ficar com a coisa adquirida. Tem de vendê-la para se satisfazer no produto da venda. Em consequência, jamais adquire a propriedade *plena* do bem adquirido fiduciariamente, salvo quando, por sentença judicial, a *consolidação* é determinada” (GOMES, 2012, p. 358).

29 “Uma vez concluído o leilão, se não tiver havido lance vencedor, permanecerá o imóvel no patrimônio do credor sem qualquer ônus, devendo o auto de leilão ser averbado na matrícula do imóvel, no Registro de Imóveis” (CHALHUB, 2006, p. 294).

30 Como argumenta Marcelo Terra (1998, p. 56), “na alienação fiduciária em garantia, o credor (fiduciário) já é seu proprietário, o que não ocorre na hipoteca, nem no penhor ou na anticrese; ora, a disposição proibitiva do art. 765, do Código Civil, veda que o credor hipotecário (por exemplo) se torne o proprietário do bem, mas não proíbe sua permanência como seu titular de domínio”.

Como uma possível consequência da aprovação da Lei n. 9.514 (BRASIL, 1997) –embora não se trate de uma relação monocausal, havendo, ainda, vários outros fatores para explicar o fenômeno, os financiamentos imobiliários tanto pelo SBPE (Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo) quanto pelo SFH (Sistema Financeiro de Habitação) com recursos do FGTS, bem como os créditos imobiliários captados em operações de securitização, tiveram expressivo aumento nos anos subsequentes à promulgação da lei (PONTES; CAMINHA, 2016).

A consolidação do panorama normativo da Lei n. 9.514 (BRASIL, 1997), nesse sentido, teria o efeito de diminuir os custos transacionais incorridos pelos credores quando da concessão de crédito. A menor taxa de inadimplência dos devedores-fiduciários, em comparação aos devedores de garantias hipotecárias, sinalizaria ao mercado uma maior certeza do sucesso da operação financeira, estimulando o aporte de recursos para operações de crédito garantidas pela alienação fiduciária. Igualmente, a inadimplência do devedor-fiduciário seria menos problemática para o credor, ante a maior certeza da recuperação do crédito concedido.

E assim se chega ao cenário denominado por Juliano J. Assunção, Efraim Benmelech e Fernando S. S. Silva de “democratização do crédito”.³¹ Referidos autores analisaram as reformas empreendidas no âmbito da Lei n. 10.931 (BRASIL, 2004), que atualizou o Decreto-Lei n. 911 (BRASIL, 1969a) para facilitar aos credores a retomada da posse e a revenda de automóveis financiados no caso de inadimplemento dos devedores fiduciários. Como consequência da reforma legislativa, devedores com uma maior probabilidade de tornarem-se inadimplentes passaram a ter maiores chances de obter um financiamento de seu automóvel, desde que garantido por alienação fiduciária.³²

Embora a análise dos autores se dê no contexto da alienação fiduciária de bens móveis, é plausível supor que os mesmos resultados se verifiquem também no âmbito da alienação de bens imóveis. O essencial a se destacar é que o mecanismo da alienação fiduciária representa uma garantia eficiente – ou, ao menos, *mais eficiente* do que as outras disponíveis – para o credor. Assim, o risco da operação, internalizado pelos agentes econômicos como custos transacionais associados à incerteza da recuperação do crédito em caso de inadimplência, tende a diminuir,³³

31 “Perhaps the most important legal feature of debt contracts is the lender’s right to repossess assets when borrowers default on promised payments. The legal right to repossess collateral is critical to the provision of credit because it allows creditors to recover, at least partially, the value of their loans” (ASSUNÇÃO; BENMELECH; SILVA, 2014, p. 2661).

32 “Taken together, our results suggest that, after the reform, The Bank expanded financial services to higher-risk and self-employed borrowers and, in some circumstances, also to lower-income borrowers. The evidence shows that the improvement in banks’ ability to foreclose and repossess collateral leads to broader access to finance” (ASSUNÇÃO; BENMELECH; SILVA, 2014, p. 2679).

33 Chalhoub (2018, p. 491-531) alerta para certa instabilidade trazida por algumas decisões judiciais: “Algumas das decisões aqui referidas evidenciam que, apesar de as normas legais sobre esse negócio guardarem fidelidade à dogmática da propriedade resolúvel e à função de garantia a ela atribuída, sua afirmação como novo paradigma no sistema de garantias do direito brasileiro, ainda depende da superação de algumas controvérsias, no processo de construção

fator que tende, por sua vez, a estimular a expansão do mercado de crédito, especialmente para os devedores antes impedidos de obter financiamentos.

3 Faixa de fronteira: aspectos geográficos e econômicos

Como antes anotado, a faixa de fronteira no Brasil encontra-se atualmente regulada pela Lei n. 6.634 (BRASIL, 1979). O diploma define como “área indispensável à Segurança Nacional” a faixa interna de 150km paralela à linha divisória terrestre do território nacional.³⁴ Trata-se, nas palavras de Renata Furtado, de “área legalmente estabelecida pelo Estado para direcionar um tratamento político diferenciado em relação ao restante do país” (FURTADO, 2015, p. 81-89): uma área sobre a qual paira especial atenção do Estado, por força de seu interesse estratégico na região.

O escopo contemporâneo do especial interesse nas terras da faixa de fronteira pode resumir-se a dois principais fundamentos: a defesa nacional e o desenvolvimento da região. Por um lado, trata-se de território obviamente indispensável à defesa da integridade nacional em vista de sua proximidade com Estados estrangeiros. Já o propósito do desenvolvimento, mais recente, encontra justificativa no fato de que “a faixa de fronteira é atualmente vista como um espaço de integração, um ponto de contato com outros países latino-americanos, como um canal de comunicação entre as diferentes culturas, línguas e costumes” (ANTUNES, 2015, p. 60).

Uma visão tradicional da faixa de fronteira se detinha apenas nas funções de garantia de segurança e defesa do território nacional (CARNEIRO FILHO, 2019). Assim, é indubitável que qualquer Estado deva cuidar de suas fronteiras como meio de assegurar a proteção do território nacional em caso de invasões dos países vizinhos, por exemplo. Mas também há fatores essenciais relacionados à segurança pública. Para entendê-lo, basta atentar-se para o fato de que o Brasil serve de rota do narcotráfico para produtores de drogas ilícitas sediados em outros países sul-americanos (MEDINA; ALVES, 2018, p. 7-14). É necessária a passagem pela faixa de fronteira para que tais rotas se operacionalizem; ato contínuo, é do interesse da segurança pública nacional o fortalecimento do aparato policial na região para impedir a entrada das substâncias, o que já deixa evidente a essencialidade da faixa de fronteira.

jurisprudencial. Nesse contexto, avulta o questionamento sobre a constitucionalidade do procedimento extrajudicial de consolidação da propriedade e leilão instituído pelos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/1997, suscitado no final do ano de 2017 no Recurso Extraordinário 860.631-SP, com repercussão geral, de cujo desfecho dependerá a entronização da propriedade fiduciária de bem imóvel no direito positivo brasileiro”.

34 Art. 1º: “É considerada área indispensável à Segurança Nacional a faixa interna de 150 Km (cento e cinquenta quilômetros) de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, que será designada como Faixa de Fronteira”.

Para além das sempre presentes questões atinentes à defesa nacional (conquanto de importância diminuída em tempos de integração política latino-americana), trata-se de área com importância geográfica e econômica inegável e crescente. A região tornou-se foco de maior atenção por parte do governo federal a partir do início do século XXI, com a criação de políticas públicas como o Programa de Desenvolvimento Social da Faixa de Fronteira (PDFF), concebido com o propósito de intensificar o desenvolvimento da região como centro de integração e contato com outros países da América do Sul (CARNEIRO FILHO, CAMARA, 2019).

Como consequência da visão renovada sobre a faixa de fronteira, a região passou a assumir nova importância para a economia brasileira. A título de exemplo, registre-se que, do volume total de exportações brasileiras, 3,05% envolviam municípios fronteiriços. O percentual mais que dobrou, passando para 6,5% no ano de 2013 (ANTUNES, 2015).

Além disso, ao contrário do que se possa imaginar, a exportação da faixa de fronteira não se destina apenas aos países vizinhos. Embora alguns dos principais parceiros comerciais dos municípios fronteiriços sejam o Paraguai e a Argentina, os principais parceiros de exportação no ano de 2013 foram o Panamá, a China, os Países Baixos e Hong Kong (ANTUNES, 2015). É dizer: a faixa de fronteira brasileira encontra-se vinculada à economia global e não apenas regional, comerciando rotineiramente com países de diversos continentes.

O território da faixa de fronteira brasileira possui extensão total de 17.000km, compreendendo 588 municípios do país, entre os quais 432 se situam inteiramente dentro da faixa e 156 apenas parcialmente. Isto é, são mais de 10% do total de 5.570 municípios da Nação. Em termos de área, incluem-se na faixa aproximadamente 16,6% do território brasileiro (entre os quais, 77% do território do Estado do Acre)³⁵ (AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS, 2020).

A maior área em termos absolutos está no norte do país, com impactos relevantes em 7 estados da Amazônia legal (Mato Grosso, Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará e Amapá), territórios estes que experimentam as externalidades positivas e negativas dos investimentos no agronegócio.

Já em termos relativos a região Sul pode ser considerada a mais afetada, haja vista que a faixa compreende uma parcela significativa dos municípios dos três Estados sulistas.³⁶

Veja-se que, dos 399 municípios do Paraná, 138 encontram-se dentro dos limites territoriais da faixa de fronteira, ou 34,5% da quantidade total. Já o Estado

35 Fonte: <https://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2019/04/01/ibge-aponta-que-acre-tem-77percent-do-territorio-na-faixa-de-fronteira.ghtml>. Acesso em: 23 jun. 2020.

36 Daí por que, na imagem acima, haver uma densidade muito maior dos pontos representativos dos municípios nas regiões oeste dos Estados sulistas.

de Santa Catarina tem 82 municípios dentro da faixa dos 295 totais, o que representa num percentual de 9,4%. É o Rio Grande do Sul, contudo, o Estado mais afetado da região, pois possui fronteiras tanto ao sul (com o Uruguai) quanto ao oeste (com a Argentina). Assim, 195 municípios, ou 39,2% do total de 497, se situam dentro dos limites territoriais da faixa de fronteira.

A regulação especial atinente à área de fronteira com outros países também não é recente no direito brasileiro. Vanderlei Borba registra que a primeira previsão a respeito do tema foi inaugurada pela Lei n. 601/1850, por meio da qual se estabelecia uma zona de dez léguas (ou 66km) como destinada ao estabelecimento de colônias militares (BORBA, 2013). Provisões com a mesma dimensão foram feitas também sob a égide da Constituição de 1891. A Constituição de 1934 expandiu a faixa para 100km ao longo das fronteiras, tendo havido ulterior aumento da faixa de fronteira para 150km pela Constituição de 1937. Ainda segundo Vanderlei Borba, o tema foi desconstitucionalizado a partir da Carta de 1946. Em qualquer caso, manteve-se disciplina especial quanto ao mesmo limite territorial, agora pela Lei n. 2.597/1955. O diploma legislativo que regula a matéria na atualidade é a Lei n. 6.634/1979, que mantém a extensão de 150km da faixa de fronteira estabelecida desde 1937.³⁷

A Lei n. 6.634 (BRASIL, 1979) prevê regulação especial da aquisição de bens imóveis, em especial com relação a estrangeiros. Assim, o art. 2º do diploma condiciona as “transações com imóvel rural, que impliquem a obtenção, por estrangeiro, do domínio, da posse ou de qualquer direito real sobre o imóvel” (inc. V) e a “participação, a qualquer título, de estrangeiro, pessoa natural ou jurídica, em pessoa jurídica que seja titular de direito real sobre imóvel rural” (inc. VI), ao assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional,³⁸ nome antigo do atual Conselho de Defesa Nacional (renomeado pelo art. 91 da Constituição de 1988). Em não havendo assentimento prévio do órgão, contudo, os atos citados na lei são vedados. O capital das empresas na faixa de fronteira também deve pertencer majoritariamente a brasileiros (art. 3º, I). A Lei ainda encontra posterior regulamentação pelo Decreto n. 85.064/1990.

Por fim, registre-se que a Lei n. 8.183 (BRASIL, 1991), que regula as atividades do Conselho de Defesa Nacional, órgão composto pelos Presidentes do Executivo, da Câmara dos Deputados e do Senado, para além de militares e ministros de Estado, ressalta a função do estudo da ocupação da faixa de fronteira para o planejamento e a condução política da estratégia para a defesa nacional.³⁹

³⁷ Para um histórico sobre o tema da regulamentação da faixa de fronteiras, vide LACERDA (2012, p. 769-776).

³⁸ Art. 2º “Salvo com o assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional, será vedada, na Faixa de Fronteira, a prática dos atos referentes a: [...]” (g.n.).

³⁹ Art. 5º: “O exercício da competência do Conselho de Defesa Nacional pautar-se-á no conhecimento das situações nacionais e internacionais, com vistas ao planejamento e à condução política e da estratégia para a defesa nacional.

4 Consolidação da propriedade fiduciária pelo credor estrangeiro em faixa de fronteira brasileira: exame da possibilidade jurídica

Feitas as necessárias considerações nos tópicos anteriores, passa-se a examinar a questão central do presente trabalho. Conquanto a Lei do Agro tenha alterado expressamente a redação da Lei n. 5.709 (BRASIL, 1971), norma que concerne à aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente ou pessoa jurídica estrangeira no País, ela silenciou sobre a eventual possibilidade da consolidação final da propriedade fiduciária pelo estrangeiro na faixa de fronteira. Eis a nova redação do art. 2º, § 4º da Lei n. 6.634 (BRASIL, 1979), tal como alterada pela Lei n. 13.986 (BRASIL, 2020):

[...] § 4º Excetuam-se do disposto nos incisos V e VI do *caput* deste artigo a hipótese de constituição de garantia real, inclusive a transmissão da propriedade fiduciária, em favor de pessoa jurídica nacional ou estrangeira, ou de pessoa jurídica nacional da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e que residam ou tenham sede no exterior, bem como o recebimento de imóvel rural em liquidação de transação com pessoa jurídica nacional ou estrangeira por meio de realização de garantia real, de dação em pagamento ou de outra forma (BRASIL, 2020).

O art. 2º, § 4º, consigna, portanto, as seguintes exclusões à norma restritiva: (1) a constituição de garantia real; (2) a transmissão da propriedade fiduciária e (3) o recebimento de imóvel rural em liquidação de transação com pessoa jurídica nacional ou estrangeira por meio da realização de garantia real, de dação em pagamento ou de outra maneira.

Entretanto, a transmissão da propriedade fiduciária para credores estrangeiros não equivale à consolidação final da propriedade do bem dado em garantia na esfera de titularidade dos mesmos credores.

Como já explicado acima, a propriedade fiduciária reveste-se de natureza resolúvel, de modo que usualmente jamais se torna plena em favor do fiduciário. Não por outro motivo, o mecanismo usual da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel prevê a realização de dois leilões extrajudiciais, cujo propósito é vender o bem imóvel e pagar o credor pela dívida garantida, devolvendo, ainda, eventual excedente para o devedor.

Parágrafo único. As manifestações do Conselho de Defesa Nacional serão fundamentadas no estudo e no acompanhamento dos assuntos de **interesse da independência nacional e da defesa do estado democrático**, em especial aos que se refere: II – **quanto à ocupação e à integração das áreas de faixa de fronteira**” (g.n.).

Mas a alteração legislativa nada dispõe a respeito do caso em que não se oferecem ofertas suficientes nos leilões. De acordo com o procedimento padrão da Lei n. 9.514 (BRASIL, 1997), a propriedade deveria permanecer em definitivo com o credor estrangeiro. Nesse caso, permanece pouco claro se a consolidação final da propriedade pelo credor estrangeiro seria possível na faixa de fronteira.

Abrem-se aí duas linhas possíveis de interpretação. Pode-se, por um lado, considerar que a alteração do art. 2º, § 4º, da Lei n. 6.634 (BRASIL, 1979) afirmou a validade do instituto da alienação fiduciária na íntegra, incluindo-se aí a possibilidade de o credor estrangeiro permanecer proprietário do bem dado em garantia após a frustração dos leilões extrajudiciais. Por outro lado, pode-se argumentar que persistiria em qualquer caso impossível a consolidação da propriedade pelo credor estrangeiro, haja vista o interesse público concernente à faixa de fronteira, para além da falta de permissão expressa para tanto. Comenta-se brevemente a respeito de cada uma das linhas interpretativas abaixo.

Como primeira linha argumentativa, contrária à possibilidade de consolidação da propriedade de imóvel em faixa de fronteira em favor de credor estrangeiro, poder-se-ia vislumbrar na controvérsia um caso clássico de antinomia normativa. É dizer, haveria um conflito da vigência de normas aparentemente a dispor de maneiras diferentes e incompatíveis sobre uma mesma situação de fato: a aquisição da plena propriedade por estrangeiro na faixa de fronteira brasileira. Assim, far-se-ia necessário um esforço hermenêutico para superar a percebida incompatibilidade.

Nesse sentido poder-se-ia sugerir a resolução da questão mediante a aplicação do critério hermenêutico “*lex specialis derogat legi generali*”. Tendo em vista “duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda (BOBBIO, 2014, p. 97). É dizer, elimina-se a aparente antinomia por meio da mais atenta verificação do suporte fático objeto de cada norma. Como explica Eros Roberto Grau, em tais casos a antinomia acaba por revelar-se apenas aparente, pois as situações reguladas não são as mesmas. Prossegue o mesmo autor:

Ninguém contesta que a *lex specialis* prevalece sobre a *lex generalis*. Trata-se de chave de abóbada do sistema jurídico, indispensável a sua lógica: a lei especial deve prevalecer sobre a geral porque disciplina de forma diferenciada situações específicas que, por algum motivo, devem ser afastadas da incidência da regra geral. Tratando-se de dois suportes fáticos diversos (um da regra geral e outro da regra específica), não há contradição entre eles; uma situação fática subsumir-se-á a uma ou a outra hipótese normativa, jamais às duas, concomitantemente (GRAU, 2005, vol. 28/2005).

Também na clássica opinião de Carlos Maximiliano, a norma especial tem preferência por se relacionar de maneira mais imediata à matéria regulada que a norma geral, devendo ser prestigiada pelo hermenêuta.⁴⁰ Neste caso particular, portanto, a Lei n. 6.634 (BRASIL, 1979) deveria ser considerada especial com relação à Lei n. 9.514 (BRASIL, 1997) em todas as partes nas quais se verificasse incompatibilidade entre as normas, prevaleceria a especial.

E em que consiste referida incompatibilidade normativa? Ela reside no confronto do art. 27, §§ 5º e 6º da Lei n. 9.514 (BRASIL, 1997)⁴¹ com o art. 2º, V, da Lei n. 6.634 (BRASIL, 1979).⁴² Ao considerar-se extinta a dívida da alienação fiduciária, com a expedição de termo de quitação para o devedor-fiduciante, o credor fiduciário estrangeiro acabaria por obter o domínio sobre o imóvel em território da faixa de fronteira, o que permaneceria vedado pela Lei n. 6.634 (BRASIL, 1979).

É certo que houve alteração normativa do art. 2º, § 4º, da Lei n. 6.634 (BRASIL, 1979). Mas o texto não resolveria a questão, pois ele se refere apenas à transmissão da *propriedade fiduciária* e não a toda e qualquer propriedade. Assim, o que se pretendeu viabilizar foi apenas a constituição da alienação fiduciária, mas não a consolidação da propriedade plena na mão do credor. Quanto a essa última, permaneceria vigente o regramento especial da Lei n. 6.634 (BRASIL, 1979): estrangeiros dependem de assentimento prévio do Conselho de Defesa Nacional para obtê-la na faixa de fronteira, assentimento sem o qual ela permaneceria vedada. Portanto, prevaleceria a proibição da lei especial.

Assim, confrontado o suporte fático das duas Leis, ocorre situação de aparente antinomia. Enquanto uma não oferece óbice à aquisição de imóveis rurais por estrangeiros por via da realização de uma garantia dada por alienação fiduciária, a outra o condiciona ao assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional, fator que afeta, na prática, a viabilidade do negócio ante o caráter imprevisível do ato, decisão discricionária do órgão (FURTADO, 2010).

A isso se poderia adicionar que a disciplina atinente à faixa de fronteira constitui matéria de segurança nacional, revestindo-se da qualidade de ordem pública. Como se sabe, via de regra a autonomia privada recua diante de ditames da ordem

40 “Se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem a supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionem mais direta e especificamente com o assunto que se trata: *in toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* – em toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie” (MAXIMILIANO, 2018, p. 123).

41 “§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

§ 6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio”.

42 Art. 2º: “Salvo com o assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional, será vedada, na Faixa de Fronteira, a prática dos atos referentes a: V – transações com imóvel rural, que impliquem a obtenção, por estrangeiro, do domínio, da posse ou de qualquer direito real sobre o imóvel”.

pública, que fornecem limites objetivos à liberdade negocial (ALMEIDA, 2005). Também nesse caso se daria da mesma maneira: se o Estado brasileiro tem o poder de condicionar o exercício da liberdade por interesse da segurança nacional, com muito maior razão o poderá fazê-lo diante de cidadãos estrangeiros. Tampouco seria medida inédita na história jurídica brasileira, haja vista os vários precedentes legislativos já examinados neste trabalho.

Na linha oposta, um primeiro e mais óbvio argumento favorável invocará a recente alteração engendrada pela Lei do Agro. Uma das modificações engendradas pelo diploma foi a nova redação do art. 2º, § 4º da Lei n. 6.634 (BRASIL, 1979), que passou a admitir expressamente a transmissão da propriedade fiduciária para credores estrangeiros. Ao fazê-lo, consignou a aplicabilidade da Lei n. 9.514 (BRASIL, 1997) em toda a sua extensão. E é indubitoso que faz parte da lei de alienação fiduciária a previsão dos dois leilões extrajudiciais, ao fim dos quais, inexistente lance em valor suficiente para arrematar o bem dado em garantia, este se transmite em definitivo para o credor. O ato de transmissão definitiva ao credor, portanto, compõe o próprio instituto da alienação fiduciária, de modo que não se poderia negar ao credor estrangeiro que consolidasse a propriedade nessa hipótese.

Além disso, a alteração do texto da Lei n. 6.634/1979 excetua a necessidade de assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional, “o recebimento de imóvel rural em liquidação de transação com pessoa jurídica nacional ou estrangeira por meio de realização de garantia real, de dação em pagamento ou de outra forma”. Assim, poder-se-ia interpretar que a consolidação da propriedade fiduciária materializaria a “liquidação de transação” por meio de “realização de garantia real” (no sentido de excuti-la; usando a expressão “realização” no mesmo sentido que a “realização do ativo” na liquidação de sociedade ou na Lei de Falências) ou de “outra forma” (no sentido da adjudicação pela falta de interessados nos leilões).

Como argumento adicional, de caráter axiológico, poder-se-ia observar que o direito brasileiro se encontra em momento de incentivo à livre iniciativa e ao fomento da atividade econômica, como representado pela recente aprovação da Lei de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019). Vista sob a perspectiva favorável à livre iniciativa, o ingresso de agentes econômicos estrangeiros no mercado tenderia a ser visto como algo positivo, devendo ser estimulado pelo direito e não obstaculizado. Isto se coadunaria com as justificativas da emenda parlamentar que introduziu o dispositivo no Projeto de Lei de Conversão.

Conclusões

Neste artigo, procurou-se abordar o tema da aquisição de bem imóvel por estrangeiros na faixa de fronteira brasileira, especialmente em vista das alterações empreendidas pela recente promulgação da Lei do Agro. Como a Lei não trouxe disposição expressa a respeito do tema, primeiro, cabe à comunidade jurídica estudar o tema, mesmo como meio de enriquecer o debate que inevitavelmente se travará no contexto judicial.

Não se pretende dar respostas definitivas sobre um tema ainda em ebulição. Qualquer que seja a resposta da doutrina, deve-se sempre ter em mente as importantes implicações econômicas dela decorrentes. Há de se avaliar, por exemplo, os relevantes custos econômicos incorridos pelos Estados que possuem território situado na faixa de fronteira, que verão restrito um importante mecanismo de concessão de crédito para a atividade econômica. Há muito que se discutir também o possível anacronismo da instituição da faixa de fronteira na atualidade (ou ao menos de sua visão como exclusivamente área de defesa nacional) (FURTADO, 2015), especialmente em vista do fenômeno da integração latino-americana.

Por outro lado, se as repercussões da interpretação negativa ainda não parecem sobremaneira graves, é porque o mercado de crédito no Brasil ainda se encontra bastante fechado à economia internacional. O mercado financeiro no Brasil, em especial o bancário, é objeto de uma regulação extremamente protecionista operada pelo Banco Central, o que acarreta a concentração do mercado na mão de poucos e grandes instituições bancárias.⁴³

Todavia, caso ocorra uma abertura do mercado de crédito para instituições financeiras estrangeiras questão muito propalada, mas ainda não realizada na prática –, os impactos da limitação imposta pela Lei n. 6.634 (BRASIL, 1979) serão sentidos com muito maior intensidade. É possível que aumente a diferença entre os mercados de crédito para a faixa de fronteira com relação ao restante do território brasileiro. E aí ocorrerá uma intensificação potencialmente injustificada das desigualdades regionais, o que pode inclusive vir a comprometer o “objetivo fundamental” da República de eliminar desigualdades regionais.⁴⁴

Nestes termos, parece mais adequada à *mens legislatoris* e à interpretação sistemática do ordenamento jurídico a conclusão de que as alterações trazidas pela Lei do Agro admitem a consolidação da propriedade em favor do credor estrangeiro, constituindo esse ato uma “outra forma” de “realização da garantia real”, nos termos da Lei n. 6.634/79, tal como alterada pela Lei do Agro.

⁴³ Sobre o tema, cf. o excelente estudo de Maiquel Guilherme Zimann (2017) no contexto do direito concorrencial.

⁴⁴ Art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Referências

- ACCIOLY, J. C. de A. U. Hermenêutica *pro libertatem*. In: MARQUES NETO, F. P.; RODRIGUES JR., O. L.; LEONARDO, R. X. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica* – Lei n. 13.874/2019. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 39-53.
- ALMEIDA, R. R. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo 2005.
- ANJOS, P. C. O novo estatuto do estrangeiro e a impossibilidade da aquisição de terras em região de fronteira por estrangeiros: um novo caso de expulsão. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 1, p. 407-422, jul./dez. 2011.
- ANTUNES, E. M. *A faixa de fronteira brasileira sob o contexto da integração econômica*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.
- ASSUNÇÃO, J. J.; BENMELECH, E.; SILVA, F. S. S. Repossession and the democratization of credit. *The Review of Financial Studies*, v. 27, n. 9, p. 2661-2689, 2014.
- BOBBIO, N. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- BORBA, V. Fronteiras e faixa de fronteira: expansionismo, limites e defesa. *Historia*, Rio Grande, v. 4, n. 2, p. 59-78, 2013.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer n. GQ-181, de 17 de dezembro de 1998*. Reexame do Parecer n. AGU/LA-04/94, diante da revogação do art. 171 da Constituição de 1988. Disponível em: <https://www.sistema.planalto.gov.br/aspweb/exec/parecer/parecerAGU181.html>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer n. LA 01 de 19 de agosto de 2010*. Aquisição de terras por estrangeiros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AGU/PRC-LA01-2010.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição [1988]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <https://bit.ly/3jM4h7M>. Acesso em: 6 out. 2020.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969a*. Altera a redação do art. 66, da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/30PPGkr>. Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969b*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <https://bit.ly/34JLT9k>. Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004*. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3nvwLFb>. Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n. 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/34CLaHe>. Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. *Lei n. 13.986, de 7 de abril de 2020*. Institui o Fundo Garantidor Solidário (FGS); dispõe sobre o patrimônio rural em afetação, a Cédula Imobiliária Rural (CIR), a escrituração de títulos de crédito e a concessão de subvenção econômica para empresas cerealistas e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3j2dA2u>. Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965*. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Disponível em: <https://bit.ly/3df9zq7>. Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 5.709, de 7 de outubro de 1971*. Regula a Aquisição de Imóvel Rural por Estrangeiro Residente no País ou Pessoa Jurídica Estrangeira Autorizada a Funcionar no Brasil. Disponível em: <https://bit.ly/2SFQK5T>. Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 6.634, de 2 de maio de 1979*. Dispõe sobre a Faixa de Fronteira, altera o Decreto-lei n. 1.135, de 3 de dezembro de 1970, e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3lA9iBb>. Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 8.183, de 11 de abril de 1991*. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3jLuKT8>. Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993*. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: <https://bit.ly/3iSTmIx>. Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997*. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/2SI229W>. Acesso em: 6 out. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Emenda na Comissão n. 112/2019 MPV 89719*. 08 out. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3lGJH9N>. Acesso em: 20 set. 2020.

CARNEIRO FILHO, C. P.; CAMARA, L. B. Políticas públicas na faixa de fronteira do Brasil: PDF, CDIF e as políticas de segurança e defesa. *Revue Franco-Brésilienne de Géographie*, v. 41/2019, n. 41, p. 1-17.

CHALHUB, M. N. *Negócio fiduciário*. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHALHUB, M. Alienação fiduciária de bens imóveis: 20 anos de vigência da Lei 9.514/1997. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 84, p. 491-531, jan-jun/2018.

CURY, C. R. J. A constituição de Weimar: um capítulo para a educação. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 19, n. 63, p. 83-104, ago. 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73301998000200006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 30 jun. 2020.

DANTZGER, A. C. C. *Alienação fiduciária de bens imóveis: aplicação prática e suas consequências*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil: direitos reais*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

FREITAS, G. Lei n. 13.986/2020 autoriza a constituição de propriedade fiduciária de imóveis rurais em favor de estrangeiros. *Migalhas*, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324628/lei-13986-2020-autoriza-a-constituicao-de-propriedade-fiduciaria-de-imoveis-rurais-em-favor-de-estrangeiros>. Acesso em: 25 jun. 2020.

FURTADO, R. 35 anos da Lei da Faixa de Fronteira: avanços e desafios à integração sul-americana. *Revista Brasileira de Inteligência*, Brasília, DF, n. 9, p. 81-89, maio 2015.

FURTADO, R. S. O assentimento prévio do Conselho de Defesa Nacional na faixa de fronteira. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 897/2010, p. 21-46, jul. 2010.

GOMES, O. *Direitos Reais*. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GRAU, E. R. Transporte aéreo de passageiros; dano moral causado a passageiro: prevalência do Código Brasileiro de Aeronáutica sobre o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 28/2005, p. 22-26, abr./jun. 2005.

HAGE, F. A. S.; PEIXOTO, M.; VIEIRA FILHO, J. E. R. *Aquisição de terras por estrangeiros no Brasil: uma avaliação jurídica e econômica*. Brasília, DF: Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, 2012. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-114-aquisicao-de-terras-por-estrangeiros-no-brasil-uma-avaliacao-juridica-e-economica>. Acesso em: 23 jun. 2020.

KURTISHI-KASTRATI, S. The effects of foreign direct investments for host country's economy. *European Journal of Interdisciplinary Studies*, v. 5, n. 1, p. 26-38, 2013.

LACERDA, M. L. O domínio da União na faixa de fronteiras, o controle das zonas de defesa do País e os novos conceitos de segurança nacional. *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, v. 1, p. 769-776, fev. 2012.

LUPI, A. L. P. B. Os contratos comerciais na declaração dos direitos de liberdade econômica (MP n. 881/19). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 9, n. 1, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6003>. Acesso em: 14 out. 2020.

MARINANGELO, R. Critérios para solução de antinomias do ordenamento jurídico. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 15/2015, p. 216-240, jan./jun. 2015.

MEDINA, T. R.; ALVES, J. Segurança pública na faixa de fronteira entre o Brasil e a Bolívia: o caso de Rio Branco/AC. *Arigó: Revista do Grupo PET e Acadêmicos de Geografia da UFAC*, Rio Branco, v. 1, n. 1, p. 7-14, jul./dez. 2018.

PONTES, T. L. R.; CAMINHA, U. Uma análise econômica da alienação fiduciária em garantia dos bens imóveis. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p. 221-248, abr. 2016.

PRATES, R. C.; BACHA, C. J. C. Análise da relação entre desmatamento e bem-estar da população da Amazônia Legal. *Revista de Economia e Sociologia Rural*, Brasília, DF, v. 48, n. 1, p. 165-193, jan./mar. 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-20032010000100008>. Acesso em: 14 out. 2020.

SARLET, I. W. Os direitos e deveres fundamentais na Constituição da República de Weimar. *Consultor Jurídico*, 16 ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-16/direitos-fundamentais-direitos-deveres-fundamentais-constituicao-weimar>. Acesso em: 20 set. 2020.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TERRA, M. *Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia (Lei n. 9.514/97, primeiras linhas)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

TIMM, L. B.; DRUCK, T. A alienação fiduciária imobiliária em uma perspectiva de direito e economia. In: *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*. Berkeley, 2007.

VOLTARELLI, V. S. Nova Lei do Agro é grande passo para desburocratização do crédito agrícola. *Consultor Jurídico*, 16 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/vitoria-voltarelli-impactos-lei-agro>. Acesso em: 25 jun. 2020.

ZIMANN, M. G. *O problema da concentração bancária e o desafio da concorrência*. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

O ICMS ECOLÓGICO NO BIOMA AMAZÔNIA: UM INSTRUMENTO FISCAL (IN)EFICAZ PARA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PROTETOR-RECEBEDOR

Luciano Costa Miguel¹

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Zayne Gil Brito de Souza Souto²

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Artigo recebido em: 30/03/2020.

Artigo aceito em: 10/07/2020.

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo apresentar o ICMS ecológico, investigando se suas principais características o tornam de fato um instrumento eficaz para a efetivação do princípio do protetor-recebedor, especialmente para o rico Bioma Amazônia. Com essa finalidade, serão estudados os conceitos propedêuticos que permeiam o tema, como o princípio do protetor-recebedor, a compensação por serviços ambientais e o próprio Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Em seguida, será verificado o sistema de repartição do referido imposto estadual, que tem o condão de beneficiar os municípios que passarem a agir de maneira protecionista ao meio ambiente, bem como atuar como meio

de compensação por serviços ambientais. Ao fim, serão verificadas as experiências de 2 (dois) estados da nossa federação que abrangem o bioma amazônico, a saber, Pará e Amazonas, com o fim de verificar se há políticas públicas tributárias que têm se aproveitado das potencialidades preservacionistas reveladas pelo ICMS ecológico. Para isso, será seguido o método de pesquisa hipotético-dedutivo, com foco no aspecto qualitativo e explicativo, por meio de coleta de dados bibliográfica e estudo de dois casos concretos.

Palavras-chave: compensação por serviços ambientais; experiência amazônica; ICMS ecológico; princípio do protetor-recebedor.

¹Doutorando e mestre em Direito Ambiental pela ESDHC. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera Uniderp. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). Procurador da Fazenda Nacional. Professor de Direito Tributário da graduação da ESDHC e da pós-graduação em Direito Tributário do Centro de Estudos em Direito e Negócios (CEDIN) e da Faculdade Arnaldo/Pro Labore. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8565-944X> / e-mail: lucianocmiguell@hotmail.com

²Especialista em Direito Processual Civil pela Estácio de Sá/RJ. Graduada em Direito pela ESDHC. Advogada. E-mail: zaynegil@hotmail.com

ECOLOGICAL ICMS IN THE AMAZON BIOME: AN (IN) EFFICIENT FISCAL INSTRUMENT FOR EFFECTIVENING THE PROTECTOR-RECEIVER PRINCIPLE

Abstract

The aim of this paper is to present the Ecological ICMS, investigating whether its main characteristics make it an effective instrument for the effectiveness of the protector-recipient principle, especially for the rich Amazon biome. To this end, the propaedeutic concepts that permeate the theme will be studied, such as the protector-recipient principle, compensation for environmental services and the Tax on the Circulation of Goods and Services – ICMS. Then, the system for allocating the aforementioned state tax will be verified, which has the power to benefit municipalities that start to act in a protectionist way to the environment, as well as to act as a form of compensation for

environmental services. In the end, the experiences of 2 (two) states of our federation covering the Amazon biome, namely Pará and Amazonas, will be verified, in order to verify whether there are public tax policies that have taken advantage of the preservation potentialities revealed by the Ecological ICMS. For this, the hypothetical-deductive research method will be followed, focusing on the qualitative and explanatory aspect, through the collection of bibliographic data and the study of two concrete cases.

Keywords: Amazon experience; compensation for environmental services; ecological ICMS; protector-recipient principle.

Introdução

Este artigo tem como intuito apresentar os principais elementos caracterizadores do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação com finalidade ambiental (conhecido como ICMS ecológico) e demonstrar as razões pelas quais ele se tornou um instrumento eficaz, ou não, de efetivação do princípio do protetor-recebedor na realidade brasileira, para tanto, vamos utilizar o caso do bioma Amazônia.

Como será verificado, o referido princípio do protetor-recebedor tem por objetivo compensar aquele que se priva de exercer atividades econômicas a favor de uma maior preservação do meio ambiente e promoção da saúde e da qualidade de vida de toda a coletividade.

A questão que se busca responder é se o ICMS ecológico tem se revelado um instrumento de concretização do princípio do protetor-recebedor ou tornou-se somente mais um instrumento ineficaz na busca de proteção ao meio ambiente. Para isso, optou-se pelo método de pesquisa hipotético-dedutivo, com foco no aspecto qualitativo e explicativo, por meio de coleta de dados bibliográficos e estudo de dois casos concretos.

Assim, pretende-se demonstrar que o ICMS ecológico tem sido na atualidade, um importante instrumento de fortalecimento do princípio ambiental aqui tratado, buscando, assim, de maneira preventiva, a preservação do meio ambiente.

O tema do presente trabalho encontra-se situado no ponto de intersecção dos ramos do Direito Tributário, do Direito Financeiro e do Direito Ambiental. A relevância do tema se revela na necessidade em reconhecer as potencialidades de articular os princípios dos direitos tributário e financeiro para a proteção dos bens ambientais e, por conseguinte, da própria efetividade do Direito Ambiental. O direito tem a função de acompanhar e regular com eficácia as questões mais atuais, e o ICMS ecológico é uma ferramenta legal ainda a ser implementada em alguns estados, e em evolução quanto a sua abrangência e resultados práticos.

Na atual sociedade de risco, tem-se observado a crescente necessidade de preservar o meio ambiente e o grande desafio tem sido justamente encontrar instrumentos eficazes de incentivo para essa preservação. Desse modo, o ICMS ecológico tem se revelado um grande aliado e guarda estreito vínculo com o princípio do protetor-recebedor, porquanto ambos têm como finalidade beneficiar aqueles agentes econômicos que preservam os sistemas e recursos naturais, obedecendo às regras estabelecidas por cada estado em suas respectivas leis.

É necessário estudar todos esses institutos de maneira conjunta, para que

se possa induzir os agentes a alcançar a maior preservação ambiental possível, demonstrando, assim, que o protetor imediato, que se priva dos benefícios de exploração do meio ambiente, pode e deve receber benefícios; no caso, um maior repasse do valor do ICMS destinado aos municípios.

Ao final do presente trabalho, serão verificadas as experiências de dois importantes estados brasileiros situados na região amazônica, a saber, Pará e Amazonas. Neste momento, será analisado se esses dois entes federativos têm efetivado este importante instrumento fiscal ou se há uma omissão quanto às políticas públicas tributárias de implementação do ICMS ecológico.

1 O princípio do protetor-recebedor e a compensação por serviços ambientais

O princípio do protetor-recebedor estabelece que pessoas físicas ou jurídicas, responsáveis por melhores práticas ambientais, devem receber, de alguma maneira, uma compensação, gratificação, prêmio ou pagamento, pois o fazem em benefício de toda a coletividade, porquanto o meio ambiente é bem de todos, sendo um direito fundamental usá-lo e gozá-lo de maneira ecologicamente equilibrada.

É importante que se reconheça que, geralmente, quem garante a proteção ambiental, o faz com alguns sacrifícios individuais a favor de toda a coletividade. De todo modo, o que se verificou ao se compulsar o tema, é que alguns autores colocam o princípio do protetor-recebedor como a antítese do princípio do poluidor-pagador, pois no primeiro, recebe-se por garantir a proteção ambiental e, no segundo, paga-se por poluir e degradar dentro dos limites permitidos.

Para Bechara (2010), contudo, o princípio do protetor-recebedor tem como finalidade tanto o desestímulo às práticas predatórias, quanto o incentivo às condutas preservacionistas, garantindo todo tipo de realização de benefícios ambientais.

Tal princípio teve sua positivação expressa no art. 6º, II, da Lei n. 12.305, de 2010, que trata da Política Nacional de Resíduos Sólidos. Foi também tratado, com grande importância, no Código Florestal (Lei n. 12.651, de 2012). Entretanto, o aludido princípio já existia e já era aplicado antes de sua previsão expressa.

Assim, fica claro que:

Este princípio visa remunerar todo aquele que, de uma forma ou de outra, deixou de explorar algum recurso natural em benefício do meio ambiente e/ou da coletividade, seja um agente público ou privado. Ao mesmo tempo serve como símbolo de justiça socioeconômica e ambiental, à medida que valoriza os serviços

ambientais prestados, seguindo a lógica de que, se há valor econômico, é justo que se receba por ele (OLIVEIRA; SOUZA-LIMA, 2014, p. 92).

Observa-se, então, que, a partir do princípio do protetor-recebedor, não se pode continuar pensando somente no valor que os bens naturais têm para a exploração e produção, mas deve ser reconhecido o valor econômico dos bens naturais conservados, porquanto se trata de um direito da coletividade ao meio ambiente saudável e equilibrado e, aquele que o preserva em favor de toda a coletividade deve ser compensado por isso.

Assim, o referido princípio se relaciona estreitamente com a ideia de compensação por serviços ambientais. Em uma verdadeira crítica à sociedade atual, materializando uma profunda e pragmática análise da realidade vivida no mundo, segue arguta lição de Erika Bechara:

É bem verdade que, no melhor dos mundos, não seria preciso recorrer ao expediente compensatório-remuneratório para que as pessoas atuassem em prol dos serviços ambientais. No melhor dos mundos, elas fariam-no espontaneamente, sem nada receber em troca. Mas o melhor dos mundos não é aqui. Infelizmente a sociedade não atingiu grau de maturidade e consciência ambientalista que dispense instrumentos repressivos e instrumentos de incentivo. Some-se a isso o fato de que, para muitos, as florestas e a natureza em geral são sua fonte de renda ou o oposto, i.e., empecilhos à obtenção de renda. Logo, hoje, é preciso, sim, que a preservação da natureza não seja apenas um dever ético, mas também um bom “negócio” (BECHARA, 2010, p. 160).

A partir da análise de Bechara, nos elementos mais básicos do princípio do protetor-recebedor, é importante verificar como se dá a funcionalidade por meio da compensação por serviços ambientais.

A compensação, gratificação, premiação ou pagamento por serviços ambientais são mecanismos econômicos intimamente ligados ao princípio do protetor-recebedor, uma vez que atuam como instrumento de sua efetivação. Por isso, será apresentada uma visão geral da compensação por serviços ambientais e de como esta se relaciona com o ICMS ecológico.

Registre-se que serviços ambientais são aqueles prestados pelo próprio meio ambiente natural, como por exemplo, regulação de processos climáticos, controle de erosão, geração de oxigênio e manutenção da biodiversidade. Serviços estes que tornam a vida humana possível, saudável e equilibrada.

Erika Bechara (2010, p. 158) cita quatro tipos específicos de serviços ambientais prestados pela natureza:

- i) de provisão: fornecimento de bens naturais, como peixes, frutas, sementes, águas, madeiras, fibras vegetais etc.
- ii) de regulação: manutenção das chuvas, manutenção da quantidade e qualidade das águas, regulação do clima etc.
- iii) de suporte: ciclagem de nutrientes, formação de solos, polinização, manutenção da biodiversidade etc.
- iv) culturais: manutenção das paisagens, das atividades educacionais e recreativas no ambiente natural etc.

Todavia, o próprio homem, um dos maiores beneficiários, pode e vem intervindo negativamente nessa prestação de serviços naturais. Em contrapartida, há diversas outras situações, em que a sociedade pode e tem garantido ou otimizado sua execução.

Alguns agentes econômicos cuidarão de garantir a proteção da natureza por imposição legal, já outros o farão por livre espontânea vontade, ultrapassando a esfera de deveres legais. Nada mais justo que aqueles que têm práticas conservacionistas espontâneas sejam gratificados de alguma maneira. Remanesce, todavia, o debate se os que contribuem para a proteção ambiental de modo compulsório, ou seja, obedecendo às exigências legais, devem também receber algum pagamento por serviços ambientais.

A doutrina majoritária sustenta que, para fazer jus ao pagamento, as ações protecionistas devem ir além da obrigação legal que a todos vincula: de proteger o ambiente de maneira individual, além de gerar um benefício que ultrapasse a esfera particular, gerando uma utilidade à coletividade. Este debate subsiste pelo fato de a obrigação de maior proteção ser exigência de apenas alguns agentes econômicos, como os proprietários de terra.

Em esclarecedora síntese, Daniela Roberta Slongo (2010, p. 179), coloca que

O sistema parte do princípio de que multar ou cobrar taxas de quem degrada o meio ambiente não é suficiente. Mais que isso, é necessário destinar recursos a quem garante a oferta de serviços ambientais, ou seja, pagar para quem preserva o meio ambiente.

Exemplos de compensações por serviços ambientais pelo poder público no Brasil são o Bolsa Floresta (instituído pelo estado do Amazonas), a isenção de ITR para áreas das propriedades rurais cobertas de vegetação protegidas e o próprio ICMS ecológico, já adotado por mais de dez estados.

Cabe ressaltar, contudo, que a compensação por serviços ambientais não tem que ser necessariamente de cunho financeiro. Deve-se a isso a preferência

de alguns em adotar os conceitos de gratificação, premiação ou compensação no lugar de pagamento ou remuneração.

Rubens Harry Born e Sergio Talocchi sugerem uma série de benefícios oferecidos ao responsável pela manutenção dos serviços ambientais, a saber: i) favorecimento na obtenção de créditos; ii) isenção de taxas e impostos; iii) aplicação (alocação) de receitas de impostos em programas especiais; iv) fornecimento preferencial de serviços públicos; v) disponibilização de tecnologia e capacitação técnica; vi) subsídios a produtos; vii) garantia de acesso a mercados ou programas especiais (BECHARA, 2010, p. 165).

Pode-se identificar, então, que a espécie de compensação utilizada no caso do ICMS ecológico é a citada no item três acima, pois se trata de uma espécie de redistribuição do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, beneficiando aqueles que têm práticas conservacionistas – tema que mais à frente será desenvolvido.

Quanto à legislação brasileira, não há ainda um instrumento único que regule a compensação por serviços ambientais, embora existam alguns projetos de lei em tramitação. Entretanto já existem algumas políticas públicas que utilizam este instrumento econômico dentro das especificidades de cada região, adotando, assim, os diversos tipos de gratificação supraelencados.

Pode-se, ainda, mencionar outros importantes programas que se utilizam da compensação por serviços ambientais como o Proambiente (Programa de Desenvolvimento Socioambiental da Produção Familiar Rural) e o Mercado de Carbono. Além desses, a Lei do SNUC³ previu que aqueles que se beneficiam da proteção ao sistema hídrico, devem contribuir financeiramente, conforme regulamentação específica, para a proteção e a implementação das respectivas unidades de conservação.

Não somente no Brasil têm surgido políticas públicas que visam à aplicação da compensação. Em outros países do mundo, como Costa Rica, México, Bolívia, França e Estados Unidos há experiências com o pagamento por serviços ambientais que têm demonstrado que essa pode ser uma alternativa eficaz na busca do desenvolvimento com sustentabilidade.

Por fim, vale transcrever a síntese feita por Slongo (2010, p. 192-193) sobre o tema da compensação por serviços ambientais:

3 SNUC é o Sistema Nacional das Unidades de Conservação. Sua lei é a de número 9.985 de 18 de julho de 2000.

[...] minimizar os inúmeros riscos ambientais. Desta forma, faz-se necessário uma inversão da esfera punitiva para a esfera compensatória, por meio do princípio do protetor-recebedor que objetiva uma sanção positiva do Estado, permitindo a compensação por serviços ambientais prestados, sendo assim, uma forma de estímulo para os atores sociais, que têm sensibilidade ecológica e contribuem para a preservação/conservação do meio ambiente. Da mesma forma que a degradação afeta a todos, a sua preservação também beneficia a coletividade. Sendo assim, há que considerar o pagamento por serviços ambientais como mais um dos eficientes instrumentos econômicos em prol da defesa ambiental.

Veja-se, portanto, o amplo reconhecimento que os instrumentos compensatórios recebem na preservação ambiental e no fortalecimento do vínculo de solidariedade que deve nortear a todos quando se trata da temática ambiental.

2 Os elementos gerais do ICMS e o ICMS ecológico

O ICMS é o imposto estadual que tem como materialidade a circulação de mercadorias e a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Encontra previsão na Constituição Federal de 1988 em seu art. 155, II⁴, que estabelece que a competência de sua instituição é dos estados e do Distrito Federal.

O ICMS é o sucessor do antigo Imposto de Vendas e Consignações (IVC), tendo sido previsto pela reforma tributária veiculada pela Emenda Constitucional n. 18/65 e representa, atualmente, cerca de 80% da arrecadação dos Estados. Trata-se de exação tributária que recebeu em 1988 um significativo tratamento constitucional (art. 155, § 2º, I ao XII).

A Constituição ainda prevê, em seu art. 146, III, *a*, que as normas gerais do ICMS e de todos os demais impostos devem estar previstas em Lei Complementar, com a finalidade de uniformizar o tratamento jurídico dessas exações tributárias em âmbito nacional. Para isso, foi promulgada em 13 de setembro de 1996 a Lei Complementar n. 87, conhecida como Lei Kandir.

Já em seu art. 158, IV, o texto constitucional estabelece que 25% do montante arrecadado com o ICMS de cada estado pertence aos seus respectivos municípios, sendo que, no parágrafo único desse mesmo artigo dispõe que até ¼ do

⁴ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior [...] (BRASIL, 1988).

pertencente aos municípios será distribuído conforme lei estadual, ou lei federal, no caso dos territórios nacionais.

Quanto à repartição das receitas tributárias, esta é, em regra, matéria de Direito Financeiro, pois trata de relações jurídicas entre os entes de Direito Público após o exaurimento das relações de Direito Tributário. A forma federativa de Estado, em que a República Federativa do Brasil se constituiu, tornou necessária a criação de um federalismo fiscal, baseado em um sistema constitucional de repartição de rendas, caracterizado primordialmente pela autonomia dos entes federados (com a atribuição de competência tributária própria), mas, também, pela participação dos entes menores na receita arrecadada pelos entes maiores.

Dessa maneira, quanto ao ICMS, os estados poderiam criar leis de modo a estabelecer critérios para repasse de 25% da parcela aos municípios, o que possibilitou a criação do chamado ICMS ecológico, que não é a criação de um novo imposto, mas, sim, um tipo de repartição das receitas tributárias, baseada em lei estadual e referente ao $\frac{1}{4}$ do imposto que pertence aos municípios, conforme permitido constitucionalmente.

Os estados da federação, tendo como pioneiro o estado do Paraná em 1991, começaram a criar leis próprias de redistribuição do ICMS, obedecendo aos limites percentuais estabelecidos na Constituição. Tudo em busca de uma maior proteção ambiental por parte dos municípios e uma nova maneira de beneficiá-los, já que os municípios que contavam, por exemplo, com uma grande área de preservação ambiental em seus limites territoriais, sofriam limitações de uso do solo e, por consequência, apresentavam menor arrecadação de ICMS e por isso recebiam menor repasse, já que o critério era somente de quem arrecadasse mais receberia maior valor.

Não há dúvidas de que, no momento em que a Constituição estabeleceu que, no mínimo $\frac{3}{4}$ da receita de ICMS a ser repartido entre os municípios seria creditado proporcionalmente ao valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços realizadas em seus respectivos territórios, o objetivo fora abastecer com mais recursos justamente os municípios que mais contribuíram com a arrecadação do referido tributo.

Do mesmo modo, Wilson Loureiro explica a necessidade sentida pelos municípios que preservavam o meio ambiente e, por consequência, recebiam menor repasse do ICMS, pois arrecadavam menos do tributo:

Os municípios sentiam suas economias combalidas pela restrição de uso causada pela necessidade de cuidar dos mananciais de abastecimento para municípios vizinhos e pela existência de unidades de conservação, enquanto o Poder Público estadual sentia a

necessidade de modernizar seus instrumentos de política pública (LOUREIRO, 2001).

Sobre isso, Scaff e Tupiassu (2005) recordam que o ICMS ecológico tem sua origem relacionada à busca de alternativas para o financiamento público em municípios, cujas restrições ao uso do solo constituem fortes empecilhos ao desenvolvimento de atividades econômicas clássicas. O instituto traz resultados surpreendentes capazes de conferir nova feição a todas as políticas ambientais nacionais.

Loureiro (2001) ainda reforça a ideia, afirmando que “nascido sob a égide da ‘compensação’, o ICMS ecológico evolui, transformando-se ao longo do tempo também em instrumento de incentivo, direto e indireto à conservação ambiental, hoje o que mais o caracteriza”. Assim, surge a ideia de pagamento por serviços ambientais, que a partir da noção de compensação do princípio do protetor-recebedor, traz um incentivo valioso para a proteção do meio ambiente.

Assim, o ICMS ecológico torna-se um instrumento de proteção ambiental, principalmente por efetivar os fundamentos do princípio do protetor-recebedor, por meio da compensação dos municípios que protegem o meio ambiente em seus limites territoriais.

Em outro trabalho, Priscilla Bonaparte (2005, p. 35) assevera, de maneira esclarecedora, que “assim, como instrumento de gestão Ambiental, o ICMS ecológico instala o critério ambiental na redistribuição do imposto, permitindo ao Estado influir no processo de desenvolvimento sustentável dos municípios”.

Como afirmam Scaff e Tupiassu, surge aí uma ideia de “indução econômica” sendo possível uma interferência direta do Estado na administração dos municípios, isso porque a nova forma de repasse do ICMS influencia nas políticas públicas municipais (SACAFF; TUPIASSU, 2005). Portanto, é possível induzir os mais de 5.000 municípios brasileiros a preservar de maneira mais efetiva o ambiente natural, pois também buscam maior repasse de valores.

Cumarú (2008 *apud* HUPFFER; WEYERMÜLLER; WACLAWOVSKY, 2011, p. 108) ensina que o ICMS ecológico tem duas finalidades, sendo a primeira relacionada com a ideia de indução econômica, e a segunda, uma espécie de efetivação do princípio do protetor-recebedor:

1. Estimular a adoção pelos municípios de iniciativas de conservação ambiental e desenvolvimento sustentável, seja pela criação de unidades de conservação, ou pela manutenção de áreas federais ou estaduais, seja pela incorporação de propostas que promovam o equilíbrio ecológico, a equidade social e o desenvolvimento econômico.

2. Recompensar os municípios que possuem áreas protegidas em seus territórios e que, dessa forma, estão impedidos de destinar a área para atividades produtivas tradicionais que poderiam gerar uma maior arrecadação e consequente participação na repartição do ICMS.

Reforçando a ideia de que o ICMS ecológico é, atualmente, uma relevante ferramenta em favor da preservação ao meio ambiente, Loureiro (2002) afirma que, nascido sob o argumento da compensação financeira aos municípios que apresentavam restrição do uso do solo em seus territórios para o desenvolvimento de atividades econômicas clássicas, o ICMS ecológico tinha tudo para se transformar numa ferramenta estéril, acrítica, uma espécie de “chancelador” puro e simples para o repasse dos recursos, mas felizmente foi, e está sendo possível transformá-lo em muito mais do que isto. Segundo esse autor, o ICMS ecológico tem representado um instrumento de compensação, mas acima de tudo de incentivo, em alguns casos, e de contribuição complementar à conservação ambiental.

Importante registrar que o ICMS ecológico foi criado em alguns estados com objetivo ainda mais amplo que só uma gratificação aos municípios por preservarem áreas de unidades de conservação. Sobre isso, segue a abordagem de Slongo (2010, p. 181):

No estado de Minas Gerais, através do ICMS Ecológico criou-se incentivos econômicos para governos locais investirem em disposições de resíduos sólidos e em estações de tratamento de esgoto. Municípios que operem estações de tratamento de esgoto para no mínimo 50% e no máximo 70% de sua população urbana, com sistema adequado de disposição de resíduos sólidos, recebem uma parcela maior do ICMS. Esse incentivo econômico é combinado com o sistema de licenciamento: para obtê-lo os municípios precisam ter a licença ambiental das estações de tratamento, usinas de compostagem ou aterros sanitários.

Faz-se necessário apenas demonstrar com alguns dados matemáticos que a realidade atual, por exemplo, no estado do Paraná, primeiro a criar o ICMS ecológico, é extremamente exitosa, pois também conforme Loureiro (2002), no caso paranaense, cabe realce de que entre 1992 e 2000 houve um incremento de 1.894,94% em superfície das unidades de conservação municipais, de 681,03% nas unidades de conservação estaduais, 30,50% nas unidades de conservação federais e terras indígenas e de 100% em relação às RPPNs – Reserva Particular do Patrimônio Natural – estaduais. Houve, ainda, melhoria na qualidade da conservação dos parques municipais, estaduais e das RPPNs.

Vistos os aspectos gerais do ICMS e do ICMS ecológico, é chegada a hora de se compulsar sobre a experiência de dois estados da federação que são abrangidos pelo bioma mais extenso e valioso do nosso país, com a finalidade de se investigar o que tem sido feito em relação ao ICMS ecológico para a preservação da floresta amazônica.

3 A experiência na região amazônica – o estado do Pará

Conforme visto no tópico anterior, o ICMS transformou-se em uma ferramenta de grande valor para estimular a preservação dos sistemas ecológicos e compensar de alguma maneira os municípios que encontram claros limites para seu desenvolvimento econômico em razão da necessidade de preservação dos serviços e recursos naturais.

No Brasil, o art. 167, IV, da Constituição veda a vinculação das receitas advindas de imposto. Apesar de não haver uma vinculação da aplicação da cota,-parte do ICMS repassada aos municípios por meio do critério do ICMS ecológico devido ao disposto na Constituição, o ICMS ecológico atua como um mecanismo extrafiscal, buscando estimular os municípios a tomarem as atitudes desejadas, visando a recompensa financeira.

Sobre isso, Pozzetti e Campos (2017) consideram que, no Brasil, em matéria de meio ambiente não é possível o estabelecimento de impostos diretos; mas, dada a natureza das espécies tributárias, é possível a inclusão do tema Ecológico no campo do Direito Tributário, por meio da tributação extrafiscal realizada pela tributação indireta.

Doutra margem, importante registrar que o ICMS é um imposto de extrema importância arrecadatória no âmbito dos estados, assim como o é para os municípios por meio dos repasses constitucionais, os quais, conforme Pozzetti e Campos (2017), representam, em média, 90% da receita tributária dos estados.

É também importante ressaltar que a utilização do ICMS ecológico, como critério de repasse do ICMS aos municípios, tem sido um estímulo às administrações locais para que invistam em áreas estratégicas visando aumentar seus percentuais. Isso afeta positivamente a qualidade de vida dos munícipes e do meio ambiente local. Assim, o ICMS ecológico tem funcionado como um mecanismo indutor e direcionador de ações municipais, melhorando significativamente a vida local e a preservação do meio ambiente que é bem de todos.

Alguns dos critérios comumente utilizados são a quantidade de unidades

de conservação, o tratamento de esgoto e resíduos, recuperações de mananciais e critérios muitas vezes sociais, fugindo um pouco da visão meramente ambiental. Cada estado adotou critérios que melhor atendem a suas necessidades de investimento.

De todos os estados que tomaram a iniciativa de aderir à ideia do ICMS ecológico, o estado do Pará se destaca por ter adotado somente critérios ambientais e com um dos maiores percentuais distribuídos para esse fim. Conforme Merlin e Oliveira (2016), os demais estados dedicam cerca de 4,5% dos valores de repasses aos municípios a critérios ecológicos, sendo que o estado do Pará tem o percentual de 8% para tais critérios, ficando atrás somente do estado do Tocantins que dedica 13%. Com isso, verifica-se a dedicação do estado do Pará em alcançar maior proteção de suas áreas verdes.

Vale, ainda, analisar mais detidamente os critérios utilizados pelo Pará em busca de maior preservação do meio ambiente, já que a totalidade de seu território está dentro dos limites da Amazônia Legal e sua economia é em grande parte agroexportadora e extrativista de minérios.

Segundo Merlin e Oliveira (2016, p. 283), verifica-se que:

[...] o Pará desponta como um dos estados da Amazônia Legal com as maiores áreas desmatadas: cerca de 33,81% do total desmatado na região (IDESP, 2013a, p. 7). Além disso, a partir de 2006, o estado do Pará passou a ter a maior contribuição anual ao desmatamento da Amazônia, com 57%, em 2009; 54%, em 2010; e 47%, em 2011 (BRASIL, 2013a, p. 57). Nunca um só estado registrou taxas tão altas de desmatamento, correspondentes a quase ou mais da metade das áreas desmatadas na Amazônia em um só período.

Nessa toada, havia a necessidade de criar meios de modificação da realidade apresentada no estado, surgindo então a Lei Estadual n. 7.638/2012, que teve os critérios fixados pelo Decreto n. 775/2013.

O estado em estudo repassa estes valores levando em consideração as unidades de conservação presentes em cada município, a redução do desmatamento, a área com cobertura vegetal e as áreas inseridas no Cadastro Ambiental Rural.

Explicando a distribuição dos valores, entre os critérios selecionados, Merlin e Oliveira (2016, p. 289) destacam que:

Note-se que o critério Unidades de Conservação passou a reger apenas $\frac{1}{4}$ do repasse ecológico, concedendo-se também $\frac{1}{4}$ para o critério de redução de desmatamento/cobertura vegetal e metade

do valor repartido para áreas inseridas no Cadastro Ambiental Rural – CAR9. Trata-se de uma associação de elementos considerados relevantes pelo Estado para o alcance das metas de redução do desmatamento com as quais ele firmou compromisso.

Frise-se que a experiência no estado do Pará ainda é recente, tendo em vista que a Lei n. 7.638 daquele estado é de 2012 e ainda carece de algumas adaptações e estudos aprofundados para verificar a diminuição da degradação e aumento da proteção ambiental advindo dos incentivos do ICMS ecológico.

Segundo Merlin e Oliveira (2016), alguns municípios foram efetivamente recompensados pelos esforços, mas os resultados ainda não apareceram em razão da incompleta implementação do sistema de gestão ambiental, que apesar de encontrar as bases de suas estruturas no Decreto n. 775/2013, ainda não foi plenamente viabilizado. Nessa ordem de ideias, segundo os autores, no Estado do Pará o ICMS ecológico ainda necessita ser aperfeiçoado, como tem sido ao longo dos anos, mas já gerou alguns benefícios ao bioma da Amazônia.

Apesar de ainda apresentar graves problemas na implementação de seu sistema de gestão ambiental, inovações bastante positivas – como a conjugação do critério redução do desmatamento com a existência de cobertura vegetal mínima, a valorização do Cadastro Ambiental Rural (CAR) e a forma de ponderação no cômputo das Áreas Protegidas devem ser ressaltadas.

Vale, ainda, registrar o que afirmam Derani e Souza (2013), no sentido de que o sucesso do instrumento depende da boa administração dos recursos repassados pelo ICMS ecológico, devendo o município investir não apenas em obras públicas e sociais, mas em projetos ambientais que valorizem as áreas naturais protegidas, incluindo Reservas Privadas, como as RPPNs, e Unidades de Conservação pertencentes às três esferas federais, pelo que será financeiramente compensado, pois quanto melhor a qualidade da gestão ambiental municipal maior o índice de participação nos recursos oriundos daquele imposto⁵.

Portanto, em que pese o desmatamento no estado do Pará ainda não ter se arrefecido, o ICMS ecológico já se revelou um mecanismo que, se bem implementado e acompanhado de um eficiente sistema de gestão ambiental, tem o potencial de estimular os municípios a sempre buscarem novas iniciativas preservacionistas para receber maiores repasses financeiros.

5 Um bom exemplo pode ser encontrado em São Miguel Arcaño, no interior de São Paulo. O município tem, aproximadamente, 20% de seu território ocupado por Unidades de Conservação havendo recebido, entre os anos de 2006 a 2010, cerca de R\$ 2 milhões a título de ICMS Ecológico, recurso aplicado em ações de educação ambiental, na construção de novos pontos de coleta de lixo na zona rural, bem como na coleta seletiva da zona urbana, conforme estabeleceu a Lei Municipal n. 2.303/2000. Para outras informações e exemplos, ver: <http://www.icmsecológico.org.br>. Acesso em 25 jun. 2020.

4 A não instituição do ICMS ecológico no estado do Amazonas

No ano de 2019, foi notório o aumento dos danos causados na floresta amazônica por grandes incêndios, os quais, em sua imensa maioria, foram resultado de atividades humanas, entre elas, a devastação ambiental causada pelo crescente desmatamento na região.

É necessário combater a degradação ambiental de todas as maneiras possíveis e criar métodos para amenizar a destruição ambiental que a cada dia tem mostrado suas consequências na vida dos seres humanos e dos demais seres vivos.

Dos estados brasileiros, o Amazonas é o que conta com a maior área da floresta amazônica, recebendo seu nome em virtude disso. Em razão da imensa área verde que deve ser preservada, muitos de seus municípios são extremamente isolados e não exercem grandes atividades econômicas que gerem recursos importantes para se desenvolverem. A dificuldade de acesso em muitos municípios por sua densa mata amazônica é algo que também restringe o desenvolvimento em várias localidades do estado e mantém as populações em situações até mesmo de precariedade.

A falta de meios para melhor desenvolvimento e a necessidade levam as pessoas que habitam essas áreas a explorar a mata de modo degradante e, muitas vezes, por valores ínfimos para enriquecimento de outros. A mata amazônica também tem sido imensamente desmatada para aumento das áreas de pasto e produção agrícola. Todas essas questões atingem diretamente o estado do Amazonas.

Como dito, vários métodos devem ser usados para reprimir e diminuir os prejuízos causados ao maior bioma brasileiro. O ICMS ecológico tem se apresentado imensamente útil nos estados que o implantaram, sendo um mecanismo muito proveitoso e eficaz para a proteção ambiental e desenvolvimento dos municípios que inicialmente tinham seu crescimento econômico limitado por não poderem explorar a inteireza de seus recursos. Assim, este se apresenta como um aliado importante na preservação ambiental tendo, de certo modo, um viés compensatório.

É interessante enfatizar que o ICMS ecológico é simplesmente uma nova maneira de repartir os valores do ICMS que deve ser repassado aos municípios, sendo que os estados podem estabelecer os critérios para recebimento. Assim, não se trata de mecanismo de alta complexidade ou de difícil implantação, já que não se trata de nova tributação ou majoração.

Mesmo assim, na contramão da maioria dos estados brasileiros, o estado do Amazonas ainda não aderiu ao sistema de repasses que favorece a proteção

ambiental e fatores sociais, mesmo apresentando muitas carências. Não há justificativas para tal omissão legislativa, não somente pela importância de suas riquezas naturais, mas também pela questão socioeconômica, já que a criação do ICMS ecológico no Amazonas beneficiaria diretamente as dezenas de municípios abandonados do interior do estado, com o aumento de repasse do rico município de Manaus.

Aqui é importante frisar que Manaus, por ser simultaneamente a capital do Estado e o único polo industrial da Zona Franca de Manaus, -i uma arrecadação desproporcional de ICMS em relação ao restante do Estado, que representa cerca de 85% dos recursos, justamente por ser o município onde a quase totalidade de circulação de mercadorias e serviços de transporte e comunicação ocorre (CINCO..., 2019).

Vale pontuar que, segundo Tupiassu (2006), a redistribuição de receitas é algo totalmente previsto e inerente ao próprio funcionamento do ICMS ecológico. A finalidade ecológica desse instrumento tributário é, ao mesmo tempo, incentivar a preservação ambiental e gerar recursos para preservar e recuperar áreas, criando emprego e renda, reduzindo, assim, a desigualdade regional.

A perspectiva é que a discussão ganhe força com o apoio da sociedade civil, para que o Amazonas abra espaço para a discussão sobre o ICMS ecológico, criando e regulamentando sua normativa para, assim, passar a fazer parte do rol dos estados que incentivam seus municípios para a boa gestão ambiental de seus recursos naturais.

É de extrema necessidade que os legisladores e governantes do estado amazonense se mobilizem para implantar o ICMS ecológico e estabeleçam os critérios que melhor atendam à população do estado e à proteção ambiental, tendo em vista que o êxito alcançado em outros estados já é reconhecido há anos, como destaca Nieves (2014 *apud* POZZETTI; CAMPOS; 2017, p. 18):

O ICMS Ecológico foi reconhecido por diversas entidades e organismos como um instrumento de incentivo à conservação, chegando, inclusive, a receber premiação internacional. Em 1995, foi considerado pela União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais – IUCN, uma das sete experiências exitosas, para a conservação da biodiversidade, na América Latina e no Caribe, pós Rio-92. Em 1996, foi considerado pela Fundação Getúlio Vargas, uma das cem experiências mais importantes em administração pública no Brasil. Ainda no mesmo ano, foi considerada pelo Ministério do Meio Ambiente, uma das cem experiências exitosas em gestão ambiental para

o desenvolvimento sustentável, na Rio + 5. Um ano após, em 1997, ganhou o prêmio Henry Ford de Conservação Ambiental, na Categoria “Negócios em Conservação”, organizado pela Conservação Internacional do Brasil – CI, com apoio da Ford do Brasil Ltda. Mais recentemente, em 2008, a edição de n.º 2.077 da revista *Veja* promoveu o encontro de diversas personalidades para discutir e propor ações para um Brasil melhor e, no rol de 40 prioridades totais, no tópico ambiental teve destaque o ICMS Ecológico como mecanismo de premiação às prefeituras pela preservação ambiental.

Como dito, é evidente a necessidade de estimular não somente a proteção ambiental, mas também levar garantias básicas e dignidade aos cidadãos moradores dos municípios mais afetados pelo impedimento de crescimento econômico que a preservação lhes impõe. Assim, a proteção ao meio ambiente agiria como um gerador de renda para esses municípios, possibilitando maiores investimentos em áreas que melhorariam a vida dos moradores locais.

Ressalta-se a conclusão de Pozzetti e Campos (2017), no sentido de que, na extrafiscalidade, os tributos deixam de ter uma função meramente arrecadatória para perseguir também um objetivo social, e que os exemplos de ICMS ecológico de vários estados brasileiros fortalece a criação deste no estado do Amazonas; sendo um mecanismo eficaz para gerar a sustentabilidade ambiental e econômica dos municípios amazonenses.

O estudo da Fundação SOS Mata Atlântica – *ICMS ecológico e as Unidades de Conservação Municipais da Mata Atlântica*, de 2019 apresentou dados que demonstram um crescimento de áreas de preservação decorrente da utilização de critérios ecológicos para redistribuição do ICMS em áreas de Mata Atlântica. O estudo (SOSMA, 2019, p. 56) considerou a partir dos dados levantados que houve um evidente salto no número e na representatividade das Unidades de Conservação municipais e no sistema de proteção nos estados e na Mata Atlântica, a partir da implementação do ICMS ecológico.

Ante essas informações, pode-se verificar que a não implementação do ICMS ecológico no estado do Amazonas representa uma clara inércia daquele ente federativo, pois trata-se de um importante mecanismo que já apresentou e apresenta grandes resultados nos estados que implementaram esses critérios.

Considerações finais

O presente trabalho abordou o estreito vínculo entre o ICMS ecológico e o princípio do protetor-recebedor, buscando investigar e questionar se a referida modalidade de imposto ambiental tem se revelado, de fato, um instrumento de efetivação do referido princípio e, por conseguinte, de promoção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com isso, foi levantada a hipótese questionando se o ICMS ecológico de fato tem se revelado um eficaz instrumento de proteção ambiental por meio da efetivação do princípio do protetor-recebedor, considerando-se seu sistema de repartição, que tem o condão de beneficiar os municípios modificassem o método de atuação com relação ao meio ambiente, atuando de maneira compensatória com os serviços ambientais. Assim, o ICMS ecológico alcança o objetivo principal do princípio do protetor-recebedor que é, por meio dessa compensação por serviços ambientais, incentivar a proteção do meio ambiente. Sendo assim, pôde-se reafirmar a imagem do ICMS ecológico como verdadeiro instrumento de concretização do princípio do protetor-recebedor.

Ao se compulsar as experiências do estado do Pará, verifica-se que ainda há a premente necessidade de ampliação e criação de mecanismos mais eficazes de proteção ambiental para que se faça bom uso e eficiente instrumentalização do ICMS ecológico. O problema naquele estado da federação não é legislativo, mas de gestão ambiental, de modo que o potencial ambiental do ICMS ali instituído possa ser plenamente aproveitado.

A despeito das experiências positivas com o ICMS ecológico em vários estados da federação, inclusive naqueles situados na Amazônia Legal, verificou-se que o estado do Amazonas ainda não implementou tal política tributária ambiental. Tal omissão, oriunda de um estado que conta com a maior reserva florestal, hídrica e de biodiversidade do país, revela-se injustificável e, como vimos, afeta não somente o meio ambiente, mas também o desenvolvimento socioeconômico dos demais municípios afastados da região metropolitana de Manaus, ante o potencial caráter redistributivo dessa modalidade de ICMS ecológico.

Assim, o que se constata é que esse verdadeiro eldorado natural amazônico não conta com uma política tributária adequada voltada para seu desenvolvimento sustentável, exigindo que o Estado brasileiro, em seus diferentes níveis, dependa demasiadamente dos demais instrumentos econômicos, e, sobretudo, de cada estrutura estatal de comando e controle para responsabilização dos agentes econômicos causadores de danos ambientais.

Referências

- AMADO, F. A. T. *Direito ambiental esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2013.
- BECHARA, E. A compensação e a gratificação por serviços ambientais na legislação brasileira. In: GALLI, A. (coord.). *Direito Socioambiental*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 157-173.
- BENJAMIN, A. H. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In: SOARES JÚNIOR, J.; GALVÃO, F. (Coord.). *Direito Ambiental na visão da magistratura e do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 11.
- BEZERRA, T. B. ICMS ecológico como instrumento de preservação ambiental: importância de sua implementação no estado do Amazonas. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4250, 19 fev. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34915>. Acesso em: 25 jun. 2020.
- BONAPARTE, P. *O ICMS ecológico*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) –Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10135/10135.PDF>. Acesso em: 25 jun. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.
- CINCO municípios do Amazonas concentram dinheiro federal e estadual. *Amazonas Atual*, 16 fev. 2019. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/cinco-municipios-do-amazonas-concentram-dinheiro-federal-e-estadual/>. Acesso em: 05 set. 2019.
- DERANI, C.; SOUZA, K. S. S. Instrumentos econômicos na política nacional do meio ambiente: por uma economia ecológica. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 247-265, set. 2013. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/319>. Acesso em: 26 jun. 2020.
- HUPFFER, H. M.; WEYERMÜLLER, A. R.; WACLAWOVSKY, W. G. Uma análise sistêmica do princípio do protetor-recebedor na institucionalização de programas de compensação por serviços ambientais. *Ambiente e Sociedade*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 95-114, 2011.

LACOMBE, M. M. *Hermenêutica e argumentação: uma construção ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LOUREIRO, W. ICMS ecológico: a consolidação de uma experiência brasileira de incentivo à conservação da biodiversidade. *Ambiente Brasil*, 10 out. 2001. Disponível em: https://ambientes.ambientebrasil.com.br/unidades_de_conservacao/artigos_ucs/icms_ecologico_-_a_consolidacao_de_uma_experiencia_brasileira_de_incentivo_a_conservacao_da_biodiversidade.html. Acesso em: 25 jun. 2020

LOUREIRO, W. *Contribuição do ICMS Ecológico à conservação da biodiversidade no estado do Paraná*. Tese (Doutorado em Ciências Florestais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002. Disponível em: http://www.floresta.ufpr.br/pos-graduacao/seminarios/wilson/contribuicao_do_icms.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MERLIN, L. V. C. T.; OLIVEIRA, A. C. ICMS verde para a redução do desmatamento amazônico: estudo sobre uma experiência recente. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 25, p. 277-306, maio 2016. Disponível em: <http://revista.domholder.edu.br/index.php/veredas/article/view/595>. Acesso em: 25 jun. 2020

OLIVEIRA, J. H. D.; SOUZA-LIMA, J. E. ICMS ecológico e princípio do protetor-recebedor: instrumentos para uma boa gestão ambiental. *Revista Iniciação Científica CENSUMAR*, Maringá, v. 16, n. 1, p. 91-97, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/iccesumar/article/view/3477/2257>. Acesso em: 25 jun. 2020.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020

PARÁ. Decreto n. 775, de 26 de junho de 2013. Regulamenta a Lei Estadual n. 7.638, de 12 de julho de 2012. Pará: Governo do Pará, 2013. *Diário Oficial do Estado n. 32.426*, 27 jun. 2013 Disponível em: <https://www.semam.pa.gov.br/2013/06/27/d-e-c-r-e-t-o-no-775-de-26-de-junho-de-2013-publicado-no-doe-no-32-426-de-27062013/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

PARÁ. *Lei Estadual n. 7.638/2012*. Dispõe sobre o tratamento especial de que trata o §2º do art. 225 da Constituição do Pará. Disponível em: https://www.semam.pa.gov.br/wp-content/uploads/2015/11/legislacao/estadual/Lei_Estadual_no_7.638_ICMS_VERDE.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

POZZETTI, V. C. P.; CAMPOS, J. F. ICMS Ecológico: um desafio à sustentabilidade econômico ambiental no Amazonas. *Revista Jurídica UNICURITIBA*, Curitiba, v. 02, n. 47, p. 251-276, 2017.

SCAFF, F. F.; TUPIASSU, L. V. C. Tributação e políticas públicas: o ICMS ecológico. In: TÔRRES, H. T. (org.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 724-748.

SLONGO, D. R. Considerações gerais sobre o pagamento por serviços ambientais como um instrumento econômico para a conservação das águas, florestas e da biodiversidade. In: GALLI, A. (coord.). *Direito socioambiental*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 175-195.

SOSMA – FUNDAÇÃO SOS MATA ATLÂNTICA. *Valorização dos parques e reservas: ICMS ecológico e as unidades de conservação municipais da mata atlântica*. 2019. Disponível em: <https://www.sosma.org.br/wp-content/uploads/2019/07/Ucs-municipaisdigital.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

TUPIASSU, L. V. C. *Tributação ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O SISTEMA ACUSATORIO IMPLEMENTADO PELA LEI N. 13.964/19

Lícia Jocilene das Neves¹

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Raissa Cupertino Resende²

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Artigo recebido em: 20/07/2020.

Artigo aceito em: 22/10/2020.

Resumo

Em 24 de dezembro de 2019, após as devidas deliberações do Congresso Nacional, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei n. 13.964, com *vacatio legis* de trinta dias, correspondente ao pacote Anticrime do ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública – Sérgio Moro. Entre as providências estabelecidas pela referida lei, inúmeras foram as alterações promovidas no Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, ainda que alguns artigos alterados, mesmo após os 30 dias de vacância da lei, não estejam em vigor, por causa da suspensão provisória de suas implementações, determinada pelo vice-presidente do Supremo Tribunal Federal – Luiz Fux. Nesse contexto, a presente comunicação tem por objetivo analisar o sistema processual acusatório adotado a partir da Lei n. 13.964/2019, bem como pretende-se

responder ao seguinte questionamento: a criação da figura do juiz das garantias assegurará o sistema acusatório e a efetivação da imparcialidade do juiz julgador? Com a finalidade, portanto, de melhor abordar o tema proposto, serão utilizados o método indutivo e pesquisa bibliográfica, baseando-se, essencialmente, nas doutrinas disponíveis sobre o assunto, no Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, e na própria interpretação da lei sancionada. Ressalta-se que, ao se alterar o sistema processual, múltiplos são os reflexos observados em outros institutos como o inquérito policial, a ação penal e a prisão cautelar, institutos estes que também serão objetos de análise e sobre os quais, de alguma maneira, atuará o juiz das garantias.

Palavras-chave: juiz das garantias; pacote Anticrime; sistema acusatório.

1 Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC (FUMEC). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-MG), Professora da graduação em Direito da ESDHC. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0653-3628> / e-mail: liciajocilene@gmail.com

2 Graduanda em Direito pela ESDHC. e-mail: raissacuper@hotmail.com

THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE AND THE ACUSATORY SYSTEM IMPLEMENTED BY LAW 13.964/19

Abstract

On december 24th, 2019, after following deliberations in National Congress, Law no.13.964, corresponding to Anticrime measures package from former Public Security and Justice Minister, Sergio Moro, was sanctioned by the Republic President and came into force after thirty days of its publication. Among of necessary arrangements applied by the law, several changes were introduced in the 1941 Brazilian Criminal Procedure Code, although some changed articles, even after the thirty days of its publication, haven't yet entered into force because of their implementation temporary suspension given by the Supreme Court vice-president Luiz Fux. In this regard, this communication intends to analyze accusatorial system implemented since Law 13.964/19. It also aims to answer to following question: will the warranties

judge, created by Law 13.964/19, ensure the accusatorial system application and the impartiality of the case judge? Within the present document restricts, it will be conducted a bibliographical research based on available legal doctrines on the subject, the Decree-Law 3.689 from October 3rd, 1941, in addition of own interpretation of sanctioned law using an inductive research method. It must be highlighted that however the procedural system changes, several impacts shall be observed in others criminal procedural institutes such as police inquest, criminal action and preventive detention. Also, these institutes will be subjects of the present research on which somehow warranties judge shall act.

Keywords: *accusatorial system; Anticrime package; warranties judge.*

Introdução

Em fevereiro de 2019, quando o então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, propôs o pacote Anticrime na tentativa de diminuir a impunidade criminal no Brasil e de aperfeiçoar o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, inúmeras foram as críticas dos operadores do Direito quanto à ausência de estudo e debate sobre as alterações pretendidas mediante a implementação do pacote.

Contudo, durante todo o ano de 2019, tramitou no Congresso Nacional o projeto de lei que combinava o texto original proposto pelo ex-Ministro com outro texto proposto, em 2018, pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, culminando com o sancionamento da Lei n. 13.964, em 24 de dezembro de 2019, pelo presidente da república, determinando ainda *vacatio legis* de trinta dias. Apesar de muitas mudanças objetivarem estabelecer ainda mais a cultura do encarceramento e alguns dispositivos apresentarem inconstitucionalidade, as críticas não somente se referem ao texto da lei, mas, também, ao escasso prazo para se implementar as mudanças ocorridas no Código de Processo Penal, principalmente, no que se refere ao sistema processual e à criação e efetivação da função do juiz das garantias em todo o território brasileiro, alterações essas que são objeto de análise do presente artigo.

Ressalta-se que as mudanças necessárias na justiça brasileira, nas mais variadas comarcas existentes no território brasileiro, são de tal proporção, que o próprio vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux, decidiu pela suspensão da vigência dos artigos que tratam ou são alcançados pela implementação do juiz de garantias, bem como de suas funções, até que a Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 6.298/DF, movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros e Outros seja julgada pelo plenário do STF.

Nesse contexto, com o objetivo de uma melhor abordagem do tema proposto, mediante a utilização do método de pesquisa indutivo e da pesquisa bibliográfica, qualitativa e descritiva, dividiu-se o artigo em dois tópicos. Inicialmente se descreverá os sistemas processuais penais inquisitivo, acusatório e misto, demonstrando as diferenças entre cada um deles e o que deverá ocorrer no Código de Processo Penal (CPP), visto que a Lei n. 13.964/19 alterou o sistema brasileiro de misto (conforme entendimento de alguns doutrinadores como será verificado adiante) para acusatório. Seguidamente, o segundo tópico tratará da inovação no CPP trazida pela referida lei no que se refere à criação da figura do juiz das garantias e suas funções, apesar de que a presença de um juiz que atuasse na fase investigativa, de modo a garantir o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade

do juiz julgador, já fosse um anseio antigo dos operadores do Direito. Salienta-se que também neste tópico serão objeto de análise outros institutos do Direito Processual Penal Brasileiro alcançados pela lei, como o inquérito policial que sofrerá sua judicialização; a ação penal no que se refere ao recebimento da denúncia, bem como sua rejeição que não mais será ato do juiz julgador de modo a garantir sua imparcialidade; a prisão cautelar que, na fase investigativa, deverá ter averiguada a legalidade da prisão em flagrante não mais por um juiz de custódia, mas, sim, pelo juiz das garantias, bem como a prisão preventiva não mais poderá ser decretada de ofício, ainda que fosse possível, anteriormente à Lei n. 13.964/19, somente na fase processual. Igualmente se dissertará sobre a tramitação do processo visto que esta será alterada por causa funções que exercerá o juiz das garantias.

Após a abordagem dos tópicos suprarreferidos, pretende-se responder ao questionamento inicial sobre o fato da criação e efetivação do juiz de garantias, que de alguma maneira, consolida ou não a implementação do sistema acusatório, para então se concluir o artigo.

1 Os sistemas processuais penais

No âmbito penal, o processo é o único instrumento de exercício da função jurisdicional pelo Estado, pois não se admite a autocomposição ou a autotutela de direitos, vez que o Direito Penal abrange a tutela de bens jurídicos pelo Estado, que uma vez violados e tratando-se de uma conduta típica, ilícita e culpável, tem-se um crime cuja ocorrência provocará a atuação estatal.

Nas palavras de Barros (2002), em um Estado Democrático de Direito, “a solução dos conflitos deve ficar a cargo do Estado como ente forte e imparcial”, quando a resolução não puder ser feita por meios alternativos como conciliação, mediação e arbitragem. Tem-se, assim, não somente um processo como um instrumento de exercício da Jurisdição, como também, no âmbito do Direito Processual Penal, o caminho necessário para se chegar à aplicação da pena e sua execução, bem como “o instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado” (PACELLI, 2017, p. 19).

O Estado, portanto, exerce o que se denomina de “pretensão punitiva” que consiste na função e no dever de investigar, processar e punir aquele que, supostamente, realizou uma conduta proibida por lei. Assim, o processo penal assegura que esses atos sejam realizados de maneira adequada, respeitando os direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o contraditório e a ampla defesa, entre outros.

Os atos de persecução penal: investigar, processar, julgar e punir, quanto

às formalidades se desenvolvem e se baseiam única e exclusivamente na lei, em respeito ao princípio da legalidade, e foram pensados sob a lógica de um sistema processual, diretamente relacionado à “posição ocupada pelo juiz” (LOPES JUNIOR, 2017, p. 156). Nesse aspecto, os sistemas processuais penais são classificados doutrinariamente como inquisitório, acusatório ou misto, os quais serão devidamente descritos a seguir.

1.1 O sistema inquisitório

A principal característica desse sistema reside no acúmulo de funções do juiz, já que ele fica responsável por investigar, acusar e julgar. Há, então, a figura do ativismo judicial, na medida em que o magistrado detém a iniciativa da produção de provas. Segundo entendimento de Moreira e Camargo (2016), no sistema inquisitório, “não há livre convencimento na sentença, porque o juiz que realizou investigações e formulou a acusação já parte de sua íntima convicção formada e, ao atuar dessa maneira, está muito propício a condenar o réu”. É clara e notória nesse sistema a parcialidade do magistrado quanto ao caso concreto a ser julgado, não condizendo com o que se almeja de um julgador.

No que diz respeito às provas produzidas, é necessário ressaltar que havia um sistema de hierarquia entre elas, ou seja, cada prova detinha uma valoração específica, sendo a confissão a maior delas, denominada, inclusive, como “rainha das provas”. Nesse sentido, preconiza Lopes Junior (2017, p. 172):

Tendo em vista a importância da confissão, o interrogatório era visto como um ato essencial, que exigia uma técnica especial. Existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha o “direito” a que somente se praticasse um tipo por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado “suficientemente” torturado e era liberado.

Ressalta-se que no sistema inquisitório não havia, por exemplo, o princípio da vedação à prova ilícita, já que a tortura era um dos instrumentos utilizados para se alcançar a confissão. Outros princípios também se faziam ausentes quais sejam: o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do juízo.

Evidencia-se, então, que o sistema inquisitório, como bem lecionado por Lopes Junior (2017, p. 173), “foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”. Por isso, torna-se imprescindível a análise do sistema acusatório, suas características e efeitos no Código de Processo Penal.

1.2 O sistema acusatório

Contrariamente ao sistema inquisitório, o sistema acusatório separa todas as funções exercidas durante a persecução penal, ou seja, sua principal característica é diferenciar aquele que investiga, acusa, defende e julga. A iniciativa de produção de provas não cabe mais ao juiz e sim às partes, permitindo, assim, a imparcialidade do julgador. O magistrado, em tese, não tem mais convicção pré-constituída a respeito do acusado, pois não é ele quem vai atrás das provas que justifiquem seu entendimento, pelo contrário, cabe, agora, à acusação – enquanto detentora do ônus probatório – influenciar seu convencimento de que o acusado não é inocente.

Sobre o sistema acusatório, Lopes Junior (2019, p. 47) menciona que:

É importante destacar que a posição do “juiz” é fundante da estrutura processual. Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador.

O magistrado não mais decide baseado em um sistema de valoração de provas, mas, sim, seu convencimento é baseado no princípio da persuasão racional, que determina que ele seja formado de maneira livre, motivada e fundamentada. A confissão perde, portanto, sua característica de rainha das provas, bem como não pode ser a única utilizada para condenar o acusado, já que se entende que ela pode ter sido obtida de maneira ilegal e, por isso a necessidade de sua produção em juízo e valoração segundo as demais provas produzidas.

Ademais, o processo penal, no sistema acusatório, é condicionado a diversos princípios e um deles é a plenitude de defesa que traz em seu significado a ampla defesa associada à defesa técnica, ou seja, o acusado pode se utilizar de todos os meios de prova admitidos no Direito, inclusive o de permanecer em silêncio, e é indispensável que ele seja assistido por um advogado ou defensor público correspondendo à defesa técnica.

Portando, mediante o sistema acusatório, entende-se que o processo penal lida com um bem jurídico muito importante que é a liberdade do acusado e, por isto, é necessário que haja mecanismos como a separação das funções, que inibem qualquer interferência negativa numa futura decisão, pois, como leciona Pacelli (2017, p. 32), “o risco de condenação de um inocente há de merecer muito e maiores cuidados que o risco da absolvição de um culpado”.

Embora os sistemas inquisitório e acusatório sejam tão diferentes, há, ainda,

um terceiro sistema que agrega características de ambos. Trata-se do sistema misto, a ser descrito na sequência.

1.3 O sistema misto

No sistema misto, segundo o entendimento de Nucci (2016, p. 76), há a “divisão do processo em duas fases: a instrução preliminar, com elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório”.

Entretanto, conceituar determinado sistema com base, apenas, na divisão em que se preceitua a persecução penal, não demonstra a real característica do sistema misto, até mesmo porque a lógica desses sistemas processuais é demonstrar como os atos são praticados ao longo do procedimento.

Na visão de Lopes Junior (2017, p. 351) “não é necessário classificarmos um sistema como sendo misto, pois não existe mais sistema inquisitivo ou sistema acusatório puros, sendo todos, portanto, mistos”. Portanto, torna-se necessário, na verdade, identificar qual a essência dos atos de determinado sistema processual penal, para então classificá-los, levando em conta que tal análise não deve ser feita somente com base na existência ou não da separação inicial das funções, como mencionado por Lopes Junior (2017, p. 351), pois a referida separação “deve se manter ao longo de todo o processo, sem exceções, para que a estrutura de tal sistema não se rompa”. Por isso se estabeleceu a relação entre o sistema processual brasileiro e a lei sancionada recentemente.

2 O Sistema Processual Penal brasileiro e a Lei n. 13.964/2019

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, concedeu ao Ministério Público a função de “promover, privativamente, a ação penal pública” (BRASIL, 1988), bem como assegurou, pela primeira vez, diversas garantias ao acusado como ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, entre outras características de um sistema acusatório.

Entretanto, até o ano de 2019, não havia entendimento unânime na doutrina quanto à classificação do sistema processual penal brasileiro. Alguns doutrinadores, como Tourinho Filho (2017), afirmavam que o processo acusatório era impuro, mitigado e temperado, pois mesmo que houvesse a separação de quem investiga, acusa e julga a lei processual penal, em algumas situações, dava ao juiz poderes instrutórios complementares como, por exemplo, do art. 156, do Código de Processo Penal que determina:

Art. 156: A prova da alegação incumbirá a quem fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I: ordenar, mesmo *antes de iniciada a ação penal*, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida (BRASIL, 1941).

No entendimento de Nucci (2015) o sistema processual utilizado seria o misto, sob a justificativa de que na fase pré-processual prevalece o sistema inquisitivo visto que a investigação preliminar fica a cargo da Polícia Judiciária, sob a fiscalização do Ministério Público e nessa fase não há contraditório nem ampla defesa, enquanto na fase processual, em si, o sistema seria o acusatório.

Em contrapartida, na concepção de Lopes Junior, como já citado anteriormente, todos os sistemas, atualmente, são classificados como mistos, não existindo mais um sistema totalmente puro. Ademais, o supracitado autor afirma que em sua essência, o sistema brasileiro é inquisitório, pois detém inúmeras características desse sistema, mesmo que a Constituição demarcasse, por meio de princípios, “a adoção do sistema acusatório” (LOPES JUNIOR, 2017, p. 186).

Com a vigência da Lei n. 13.964/2019 a discussão sobre o sistema processual penal brasileiro chega ao fim, pois o art. 3º, A, do CPP determina que “o processo penal terá estrutura acusatória [...]” (BRASIL, 1941), acarretando, portanto, mudanças significativas quanto ao modo de se pensar e desenvolver a perseguição penal.

Nesse contexto, para que o sistema acusatório seja realmente adotado, é preciso que se entenda que a iniciativa do juiz (quanto a certos atos) é vedada não só na fase investigatória como também na fase processual, a fim de manter sua imparcialidade.

O processo penal brasileiro, até a vigência da Lei n. 13.964/19, permitia que fosse dado ao magistrado um poder para além de sua função de julgar. Alguns juízes presidiam o processo como coadjuvantes do Ministério Público – principal autor das ações penais – já que lhes era dada a possibilidade de realizar alguns atos “de ofício” que, na verdade, deveriam ser requeridos pelo órgão acusador ou pela própria defesa, sob a lógica do sistema acusatório.

O art. 311, do Código de Processo Penal (1941), por exemplo, previa que a prisão preventiva, durante o curso do processo penal, poderia ser decretada de ofício pelo juiz. Era dada ao magistrado, portanto, uma função aquém da sua, já que ele não julgava um pedido de prisão e sim a decretava sem análise de nenhum pedido. Com o advento da Lei n. 13.964/2019, a prisão preventiva, em qualquer hipótese, seja durante o inquérito policial ou no curso da ação penal, somente

será decretada mediante requerimento do Ministério Público, querelante e assistente ou por meio de representação da autoridade policial. Observa-se que, por se tratar de uma reforma parcial, ou seja, feita diretamente somente sobre alguns dispositivos do Código de Processo Penal, necessária se faz a releitura de muitos outros que não foram alterados e que se tornaram, automaticamente, contrários ao sistema acusatório.

Nessa lógica, não é mais possível, por exemplo, que o juiz converta de ofício a prisão em flagrante em preventiva, conforme o art. 310, II, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Em primeiro lugar, porque tal ideia desrespeita o art. 282, § 2º, segunda parte, do CPP que determina que no curso da investigação criminal, as medidas cautelares só poderão ser decretadas “por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (BRASIL, 1941). Igualmente, sob a lógica do sistema acusatório da Lei n. 13.964/2019, permitir tal atuação do juiz de ofício significa violar de maneira clara a separação existente entre as funções: julgar e acusar. Portanto, a conversão também teria que ser feita mediante pedido daquele que exerce função de acusador no processo penal.

O art. 156, I, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que antes era a justificativa de alguns doutrinadores para denominar o nosso sistema como acusatório mitigado, também não pode mais prosperar, pois ao magistrado, mais uma vez, se permitiria atuar como coadjuvante do Ministério Público, ao lhe dar poderes probatórios. Nessa mesma lógica, o art. 209, *caput*, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), também deve ser relido, pois permite que o juiz ouça “outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”, sendo isto atividade probatória exercida pelo julgador, mais uma vez, contrária ao sistema acusatório.

Portanto, não há mais que se falar, de uma vez por todas, na busca pela “verdade real”, uma vez que não cabe ao juiz perseguir a verdade no processo penal, em nenhum momento da persecução. A figura do magistrado é julgar o caso concreto com base naquilo que lhe é apresentado pela acusação e pela defesa e, caso o *parquet* não seja capaz de provar, com absoluta eficácia a culpa do acusado, não cabe ao juiz produzir provas e, sim, absolver com base no princípio da inocência e do *in dubio pro reo*. Bem argumentado é o ponto de vista de Lima (2017), ao afirmar que:

Não se pode atribuir ao processo penal a missão de buscar a verdade real ou substancial, pois a verdade não é fundante no processo penal democrático e acusatório. A decisão judicial, portanto, não é reveladora da verdade, qualquer que seja, material ou formal, mas sim um ato de convencimento, formado em contraditório e nos ditames do devido processo legal.

Nessa perspectiva, como bem mencionado por Lopes Junior (2017, p. 179):

Não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e, depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora [...].

Finalmente, revela-se também necessária a releitura do art. 385, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), tão criticado pela defesa, vez que permite que o juiz condene o acusado mesmo que o Ministério Público, órgão acusador, tenha postulado pela absolvição. Isto constitui nítido retrocesso ao sistema inquisitório e deverá ser repellido do sistema processual penal brasileiro, vez que se trata agora de um sistema acusatório como será a seguir descrito.

2.1 O juiz das garantias, o sistema acusatório e o processo penal

Diretamente ligado à noção de um sistema acusatório, aduz-se, também, o que foi denominado pela Lei n. 13.964/2019 de juiz das garantias, figura criada pela própria Câmara dos Deputados, no processo de aprovação do pacote Anticrime.

O juiz das garantias não é uma inovação do Direito Processual Penal brasileiro, pois diversos países como França, Itália, Espanha, Portugal, Chile e Colômbia, entre outros, conforme menciona Maya Machado (2018), adotam a mesma noção trazida pela Lei n. 13.964/2019, de que para que haja uma imparcialidade plena no processo penal, é necessário que haja a presença de dois juízes, um responsável pela fase de investigação e outro pelo efetivo julgamento.

Nessa perspectiva, nos moldes do ar. 3º- B, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), “o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais [...]”. Portanto, entre as responsabilidades de um juiz também se observarão: o controle da legalidade da prisão em flagrante e da prisão preventiva; ser informado das investigações e controlar os respectivos prazos; julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; receber a denúncia ou rejeitá-la etc. O juiz das garantias, nesse aspecto, atuará na fase pré-processual impedindo, de certo modo, que o magistrado responsável pelo julgamento do acusado na fase processual, não seja induzido inconscientemente por decisões anteriores que cabiam também a ele tomar.

Corroborando o entendimento supracitado, Rogério Tadeu, procurador regional da república aposentado, menciona que:

Não basta que a autoridade julgadora não esteja subjetivamente atrelada a situações de impedimento ou suspeição, devendo-se exigir daquele magistrado, outrossim, que não parem dúvidas sobre a sua imparcialidade em relação a outros aspectos. [...] A parcialidade objetiva surge mediante um forte prejulgamento que faz o juiz, em cognição, para adoção de medida cautelar na investigação: garantia real, prisão cautelar, busca e apreensão, por exemplo. Essa cognição será horizontal, sobre questões, ou ainda vertical, sobre o fundo do Direito (TADEU, 2013, p. 2).

A figura do juiz das garantias amplia, por conseguinte, a noção de imparcialidade do julgador, desvinculando-o, pelo menos em parte, do que é denominada pela doutrina de dissonância cognitiva. Essa teoria da dissonância cognitiva, formulada pelo psicólogo social Leon Festinger (1957) e estudada por Andrade (2019) e Ritter (2016), resumidamente, menciona que o ser humano diante de duas opiniões contrárias se sente desconfortável – mesmo que inconscientemente –, e tende, portanto, segundo palavras de Schunemann (2012, p. 9) a “obter relações harmônicas entre seu conhecimento e suas opiniões”, seja pelo efeito perseverança, seja pelo princípio da busca seletiva de informações.

Para Lopes Junior (2014), quanto ao efeito perseverança, cabe afirmar que:

[...] seria um mecanismo de autoconfirmação de hipóteses, superestimando as informações anteriormente consideradas corretas. Já a busca seletiva é quando procura-se, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que em algum momento prévio foi aceita, gerando o efeito confirmador-tranquilizador.

Como bem mencionado por Andrade (2019, p. 6), “a pessoa procura eliminar ou diminuir a dissonância mais pela mudança de atitudes pessoais do que pelo abandono da crença ou da opinião anterior”. A referida teoria, destarte, pode ser observada no âmbito do processo penal, na medida em que o magistrado trabalha a todo o momento com opiniões divergentes (acusação e defesa) e, nesse aspecto, torna-se necessário descrever como se desenvolve o processo.

2.2 A tramitação do processo

Instrumentalmente, o processo penal se desenvolve a partir de uma inicial acusatória oferecida pela parte autora denominada queixa-crime – em ação penal privada – ou denúncia – em ação penal pública. Posteriormente, com base nos indícios de autoria e materialidade, elementos geralmente colhidos no inquérito

policial e devidamente apresentados na denúncia ou queixa-crime, tem-se uma decisão interlocutória em que o magistrado decide se irá receber ou não a inicial acusatória. Nesse momento, é possível que o juiz forme alguma convicção quanto ao caso concreto, já que é o primeiro momento em que ele tem contato com o fato ocorrido, além do que, essa convicção pode estar intimamente ligada ao posicionamento jurídico da acusação, já que não lhe é apresentada, nesse mesmo momento, alguma tese defensiva.

No decorrer do processo pode, ainda, o magistrado ter de decidir sobre a decretação de prisão preventiva, de sua manutenção ou mesmo, da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão nos termos do art. 282, do CPP (BRASIL, 1941), o que, mais uma vez, torna-o parcial ao caso. Consequentemente, pode-se supor que um pré-julgamento, às vezes inconsciente, é formado a partir dessas decisões. Corroborando esse fato, Andrade (2019, p. 16) aduz:

Como o juiz não é uma máquina, o trabalho feito em sede de cognição sumária acaba por influenciar – e isso é natural – a formulação da cognição plena, mas jamais pode determinar o resultado do processo. Se ele ficar vinculado a sua pré-compreensão, olvidando que decidiu com base na aparência do direito alegado, num momento em que o acusado não teve chance de se manifestar, desprezando completamente suas provas, não julgará com imparcialidade.

Nesse contexto, Schunemann (2012) realizou um estudo demonstrando exatamente essa lógica da dissonância cognitiva, ao comparar dois tipos de julgamentos: aqueles proferidos por magistrados que tiveram contato prévio com o inquérito policial e aqueles que apenas conheceram do caso concreto no momento do julgamento. Após inúmeras análises, foi possível observar que os juízes que detinham algum pré-conhecimento dos autos, por meio da investigação, como mencionado por Schunemann (2012, p. 14) “não notaram e não retiveram o conteúdo defensivo produzido na audiência de instrução e julgamento”, pois somente se recordavam “das informações incriminadoras, por eles já conhecidas e constantes do inquérito”. Igualmente, Lopes Junior (2014) afirma que:

O juiz, ao receber a denúncia e posteriormente instruir o feito, passa a ocupar – de fato – a posição de parte contrária diante do acusado que nega os fatos e, por isso, está impedido de realizar uma avaliação imparcial, processar as informações de forma adequada. Grande parte desse problema vem do fato de o juiz ler e estudar os autos da investigação preliminar (inquérito policial)

para decidir se recebe ou não a denúncia; para decidir se decreta ou não a prisão preventiva; formando uma imagem mental dos fatos para, depois, passar à “busca por confirmação” dessas hipóteses na instrução.

No que se refere à fase pré-processual, ou seja, à fase investigativa, o inquérito policial é um procedimento administrativo e informativo mediante o qual se objetiva colher elementos que embasarão a inicial acusatória. Uma das teses utilizadas exaustivamente pela defesa no processo penal se fundamenta no 155, *caput*, 2ª parte, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) que prevê que o juiz não pode “fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”. Esse dispositivo é claro ao determinar que o juiz sequer deveria utilizar, mesmo que como complemento, os atos de investigação para fundamentar sua decisão, pois esses atos não foram submetidos ao contraditório, devendo o juiz se pautar somente nas provas produzidas. Entretanto, na prática, muitos juízes, mesmo sabendo do mencionado artigo, se alimentam do que foi produzido na investigação policial quando, durante o julgamento, não são produzidas provas capazes de confirmar seu entendimento, segundo lição de Lopes Junior (2017).

Resta, assim, evidenciado um exemplo da dissonância cognitiva, pois “O juiz que vai atrás da prova, primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada)” (LOPES JUNIOR, 2017, p. 188), ou seja, antes do julgamento os juízes são capazes de formar uma pré-convicção, mesmo que inconscientemente, justamente pelo contato anterior com os autos do inquérito. Sobre essa questão, o referido autor ainda menciona que:

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou, melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que, na verdade, está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição (LOPES JUNIOR, 2017, p. 177).

Ainda em referência ao juiz das garantias, o art. 3º, C, § 3º, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), determina que a atuação do referido magistrado

terminará com o recebimento da denúncia, sendo que os autos do inquérito não mais acompanharão os autos principais, ficando sob custódia do juiz das garantias. Portanto, com a Lei n. 13.964/2019, o juiz de instrução e julgamento não mais terá acesso aos atos de investigação, exceto quanto às provas consideradas irrepetíveis.

A existência, por conseguinte, do juiz das garantias coloca fim à contaminação a qual os juízes estavam sujeitos ao se vincularem à investigação policial, bem como ao realizarem algum tipo de ato decisório que não fosse o julgamento, efetivando-se o princípio supremo da imparcialidade do juízo de uma vez por todas. Nesse aspecto, afirma Miller (2019):

Quanto ao reforço da imparcialidade da jurisdição criminal, não se desmerece o esforço de todos os juízes para julgar com imparcialidade – é da deontologia de sua função e de sua própria vocação. Mas é intuitivo que a falta de contato prévio com a formação da prova e da justa causa propicia ao juiz que julgará o mérito condições de se desinvestir dos resultados processuais até então alcançados.

Por mais que as alterações no Código de Processo Penal promovidas pela Lei n. 13.964/2019 representem um progresso para boa parte dos juristas, há quem tenha ficado insatisfeito com tais modificações.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB, 2019), por exemplo, publicou em nota pública a preocupação com relação ao instituto do juiz das garantias, sobre o argumento de que isto traria elevados custos ao Poder Judiciário, vez que sua implementação dependeria da “criação e provimento de mais cargos na Magistratura”. Entretanto, como bem argumentado por Miller (2019):

A implementação do juiz das garantias não exige a criação de cargos de juiz, mas a adoção de formatos e critérios inovadores de fixação de competência. Na França e na Alemanha, por exemplo, a competência para o juízo das garantias incumbe a órgãos de segundo grau (Tribunal de Grande Instance e Landgericht); embora não seja passível de replicação no Brasil sem alteração constitucional, essa solução evidencia o equívoco de imaginar que a implementação do juiz das garantias exija a criação de órgão judicial próprio em cada comarca e subseção judiciária.

Contrariando o posicionamento da AMB, por meio de nota técnica sobre a estruturação e implementação do juiz de garantias e do julgamento colegiado pela primeira instância, o Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais (CONDEGE, 2019) afirma:

A imediata estruturação do juiz de garantias ao cotidiano forense pátrio não exige grandes mudanças ou aumento de custos financeiros, apenas a aplicação de regra entronada na legislação processual penal desde a edição do Código vigente, qual seja impedido o juiz natural, seu substituto (juiz tabelar) seguirá na condução do processo após o recebimento da denúncia.

O Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2020), no que lhe concerne, sabendo dos impactos que tais mudanças causariam em todo o sistema processual penal brasileiro, instituiu um grupo de trabalho – nos termos da portaria n. 214/2019 – no intuito de demonstrar quais as repercussões que a Lei n. 13.964/2019 traria, bem como para analisar possíveis sugestões conferidas mediante consulta pública sobre como melhor atender aos dispositivos da lei que tratam do juiz das garantias.

O Ministro Dias Toffoli (BRASIL, 2020), tendo consciência de todas as questões que envolvem as modificações no art. 3º, C, § 3º, do CPP, suspendeu, mediante liminar, a vigência dos dispositivos que tratam do juiz das garantias por 180 dias, sob a justificativa de que sua inserção “enseja completa reorganização da justiça criminal no país”, e que esta não poderia ser feita somente no prazo de *vacatio legis* (que teve fim no dia 23 de janeiro de 2020).

Posterior à liminar supramencionada, o Ministro Luiz Fux, ao assumir provisoriamente a presidência do Supremo Tribunal Federal, em razão de Toffoli ter saído de recesso, optou por cassar a liminar, suspendendo, por fim, o instituto do juiz das garantias por tempo indeterminado (BRASIL, 2020). Essa indeterminação do período necessário para se reestruturar o Poder Judiciário traz uma insegurança jurídica ao Processo Penal Brasileiro e seus juristas, pois a suspensão não atingiu somente a figura do juiz das garantias, mas também a afirmação de que o sistema processual penal adotado é o acusatório. Esta é uma questão delicada e que não deveria ter sido decidida por um único Ministro, na medida em que há inúmeras questões a serem analisadas e aplicadas.

Considerações finais

Em 23 de janeiro de 2020, quando entrou em vigor grande parte dos artigos alterados no Código de Processo Penal Brasileiro em virtude da Lei n. 13.964/2019, o sistema processual penal que, anteriormente era classificado como misto – pelo menos por parte da doutrina – passou a ser o acusatório. Isto significa que não mais haverá uma fase pré-processual inquisitiva e, sim, duas fases – a investigativa e a processual – no sistema acusatório.

Entretanto, a alteração no sistema somente é observada com a judicialização

da fase investigativa no Direito Processual Penal Brasileiro que, até então, caracterizava-se como um sistema inquisitivo. Isto significa que na referida fase investigativa predominava a figura daquele que preside o inquérito, que colhe os elementos quanto à materialidade do crime e quanto aos indícios de autoria sem que seja dada, em tese, à parte contrária, o direito ao contraditório e à ampla defesa. Ocorre que com a alteração no sistema processual para acusatório também a fase investigativa há de se modificar, ou seja, há a judicialização do inquérito policial, o qual passa ao controle judicial, pois qualquer inquérito que seja instaurado indicará imediatamente ao juiz que este não mais será o que julgará o caso na fase processual, mas outra autoridade judicial que a Lei n. 13.964/2019 denominou de juiz das garantias.

Nesse contexto, a criação da figura do juiz das garantias também foi uma das principais alterações provocadas pela lei no sistema processual brasileiro, pois passa-se a ter uma autoridade judicial que ficará responsável por tudo decidir antes que se inicie o verdadeiro julgamento do crime e de seu autor, garantindo, assim, a imparcialidade daquele que deverá atuar na fase processual, o qual se denomina juiz julgador e também o contraditório e a ampla defesa à parte que, até então, se submetiam aos atos da autoridade policial. Ressalta-se também que, com o advento da Lei n. 13.964/2019, os autos do inquérito ficarão sobre a custódia do juiz das garantias não mais se juntando aos autos do processo. Dessa maneira, pretende-se assegurar que o juiz julgador não tenha contato com os elementos referentes à investigação e não mais seja influenciado seu convencimento com o que foi colhido antes de sua atuação.

Faz-se necessário mencionar que as alterações no sistema processual e a criação do juiz das garantias impactaram outros institutos do Direito Processual Penal Brasileiro além do inquérito policial, como também a ação penal e as prisões cautelares, principalmente no que se refere à verificação da legalidade da prisão em flagrante e na decretação da prisão preventiva tanto na fase investigativa quanto na fase processual, como já devidamente apresentado no presente artigo.

No que se refere ao questionamento que se pretendeu responder quanto ao fato de o juiz das garantias ser uma maneira de se garantir a imparcialidade do juiz julgador e de se afirmar o sistema acusatório, pode-se afirmar que, assim que os artigos que foram afetados pela criação dessa nova autoridade judicial entrarem em vigor, em virtude da suspensão temporária de sua vigência, pode-se afirmar que sim. Essa confirmação se deve ao fato de o juiz julgador não mais se ver envolvido na fase investigativa, pois não mais terá que decidir sobre prisão preventiva na fase investigativa, não mais terá que decidir sobre qualquer ilegalidade relativa aos atos da autoridade policial ou das diligências que foram realizadas ou não e, principalmente, não será mais sugestionado pelos próprios autos do inquérito

policial.

No que concerne à garantia do sistema acusatório, pode-se afirmar que a existência de um juiz que atuará na fase investigativa exercendo um controle judicial, assegurando o contraditório e a ampla defesa da parte indiciada e também assegurando, ainda que em tese, a separação das funções de investigar, defender, acusar e julgar, visto que não se tem como efetivamente evitar possíveis conjecturas entre o juiz julgador e a acusação. Levando em consideração os dados levantados, a medida é positiva em relação aos objetivos pretendidos com a implementação da Lei n. 13. 964/2019. Pode-se afirmar, portanto, que a referida lei atendeu a antigos anseios dos operadores do Direito Penal e Processual Penal que há tempo observavam a necessidade da não contaminação do convencimento do juiz julgador pelos elementos colhidos na fase investigativa, assegurando, assim a imparcialidade dessa autoridade e o devido processo legal.

Referências

ABREU, T. Juiz das garantias: uma análise objetiva acerca dos desafios e dos avanços da nova figura jurídica no Direito Penal brasileiro. *Migalhas*, 10 jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/318233/juiz-das-garantias-uma-analise-objetiva-acerca-dos-desafios-e-dos-avancos-da-nova-figura-juridica-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 1 mar. 2020.

AMB – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Nota Pública: Juiz de garantias*, 25 dez. 2019. Disponível em: https://www.amb.com.br/nota-publica-juiz-de-garantias/?doing_wp_cron=1586871596.6020400524139404296875. Acesso em: 14 abr. 2020.

ANDRADE, F. S. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. *Revista Brasil de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1651-1677, set./dez. 2019. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/227>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BARROS, A. M. *Processo penal segundo o sistema acusatório*. v. 1. São Paulo: LED, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria n. 214, de 26 de dezembro de 2019*. Institui Grupo de Trabalho para elaboração de estudo relativo aos efeitos da aplicação da Lei n. 13.964/2019 nos órgãos do Poder Judiciário Brasileiro. Brasília, DF: CNJ, [2019]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/12/portaria214.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Release sobre a consulta pública sobre Juiz das garantias*. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Release-questiona%CC%81rio-Juiz-de-garantias-21-jan.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 abr. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Congresso Nacional, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 1 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.298/DF*. Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar ajuizada pela Associação dos Magistrados em face de dispositivos da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que alteraram o Código de Processo Penal (CPP), especialmente quanto à instituição do “Juiz das Garantias” Brasileiros. Relator: Ministro Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2020.

CONDEGE – COLÉGIO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS. *Nota técnica sobre a estruturação e implementação do juiz das garantias e do julgamento colegiado pela primeira instância*. Brasília/DF, 13 jan. 2020. Disponível em: <http://www.condege.org.br/publicacoes/noticias/defensores-publicos-gerais-juiz-de-garantias-e-avanco-civilizatorio>. Acesso em: 14 abr. 2020.

LIMA, D. A utópica e falaciosa busca da verdade real no processo penal. *Canal Ciências Criminal – JusBrasil*, 9 jun. 2017. Disponível em: <https://canalciencias-criminais.jusbrasil.com.br/artigos/467739087/a-utopica-e-falaciosa-busca-da-verdade-real-no-processo-penal>. Acesso em: 17 jul. 2020.

LOPES JUNIOR, A. Um processo penal para quê(m)? Análise do fundamento, natureza jurídica, sistemas processuais e objeto. Sistemas processuais penais: inquisitório, acusatório e o (ilusório) misto. In: LOPES JUNIOR, A. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 44-54.

LOPES JUNIOR, A. Jurisdição penal. A posição do juiz como fundante do sistema processual. In: LOPES JUNIOR, A. *Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 155-206.

LOPES JUNIOR, A. Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz. *Consultor Jurídico*, 11 jul. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>. Acesso em: 5 abr. 2020.

MAYA MACHADO, A. Outra vez sobre o juiz de garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural. *André Maya Advocacia e Compliance*, 2018. Disponível em: <http://andremaya.com/blog/wp-content/uploads/2018/09/Outra-vez-sobre-o-juiz-de-garantias-IBCCRIM.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2020

MILLER, M. Juiz das garantias é avanço e pode fortalecer cultura de imparcialidade. *Consultor jurídico*, 27 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/marcello-miller-juiz-garantias-fortalece-cultura-imparcialidade>. Acesso em: 5 abr. 2020.

MOREIRA, E. R.; CAMARGO, M. L. Sistemas processuais penais à luz da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 97, n. 4, set./out. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.05_1.PDF. Acesso em: 6 mar. 2020.

NUCCI, G. S. Sistemas de processo penal. In: NUCCI, G. S. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 75-80.

PACELLI, E. O processo penal brasileiro. In: PACELLI, E. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas. 2017. p. 17-23.

RITTER, R. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

SCHUNEMANN, B. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Tradução José Danilo Tavares Lobato. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 13, p. 30-50, set./dez. 2012. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=140. Acesso em: 5 abr. 2020.

TADEU, R. R. O juiz inquisidor no Brasil: um confronto com o sistema acusatório. *Portal da Justiça Federal do Rio Grande do Norte*. Natal: JFRN, 15 fev. 2013. Disponível em: <https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/Doutrina303-o-juiz-inquisidor-no-brasil.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2020.

TOURINHO FILHO, F. C. *Manual de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

O ATIVISMO JURÍDICO PURAMENTE CONSEQUENCIALISTA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PENAL BRASILEIRA A PARTIR DE ESTUDOS DE CASOS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Víctor Minervino Quintiere¹

Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)

Artigo recebido em: 21/09/2020.

Artigo aceito em: 03/11/2020.

Resumo

Este artigo pretende, por meio da utilização da metodologia atinente ao consequencialismo jurídico, no campo da argumentação consequencialista, com seus eventuais riscos de utilização por juízes, em especial, por aqueles que desempenham a jurisdição constitucional e os discursos eficientistas, além do conceito de ativismo puramente consequencialista, aferir em que medida, e se é possível dividir o conceito de ativismo puramente consequencialista em graus conforme a natureza jurídica da decisão proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Mais especificamente, no que diz respeito à (não) provisoriedade da decisão. Ao longo do trabalho, foi possível dividir o ativismo

puramente consequencialista em duas espécies: a primeira delas, denominada de ativismo consequencialista de primeiro grau, caracterizada por decisões monocráticas ou acórdãos que respeitam os limites de mérito e, consequentemente, o princípio da colegialidade, e o ativismo consequencialista de segundo grau, caracterizado por decisões monocráticas que, não atendendo aos limites próprios das decisões cautelares, acabam desrespeitando o princípio da colegialidade.

Palavras-chave: consequencialismo jurídico; Direito Constitucional; Direito Penal; jurisprudência; Supremo Tribunal Federal.

¹ Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP. Mestre em Constituição e Sociedade pelo IDP. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor no UniCEUB. Professor visitante na Università degli Studi Roma Tre (UNIROMA). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4327-0268> / e-mail: victor_minervino@hotmail.com

PURELY CONSEQUENTIALIST LEGAL ACTIVISM IN THE BRAZILIAN CRIMINAL CONSTITUTIONAL JURISDICTION BASED ON CASE STUDIES IN THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME FEDERAL COURT

Abstract

This article intends, based on the use of the methodology related to legal consequentialism, the field of consequentialist argumentation and possible risks of its use by judges, in particular, those who perform constitutional jurisdiction and efficient speeches and the concept of purely consequentialist activism, assess whether, and to what extent, it would be possible to divide the concept of purely consequentialist activism into degrees according to the legal nature of the decision handed down within the scope of the Supreme Federal Court, more specifically, with regard to the (non) provisionality of the decision. Throughout the work it was possible to

divide purely consequentialist activism into two species. The first of these, called first degree consequentialist activism, characterized by monocratic decisions or judgments that respect the limits of merit and, consequently, the principle of collegiality, and; second-degree consequentialist activism, characterized by monocratic decisions that, not meeting the limits of precautionary decisions, end up disrespecting the principle of collegiality.

Keywords: *constitutional right; Criminal Law; Federal Court of Justice; jurisprudence; legal consequentialism.*

Introdução

Com base na análise do consequencialismo jurídico e do conceito de ativismo judicial puramente consequencialista trazido por Abboud (2019), este artigo pretende analisar se, dentro do referido conceito, seria possível dividi-lo em graus conforme a natureza jurídica da decisão proferida, mais especificamente, no que diz respeito à (não) provisoriedade da decisão e seus efeitos na prestação jurisdicional constitucional.

Para isso, será realizada, no primeiro tópico, uma análise retrospectiva da chamada análise de consequências em direito, cujo objetivo é o de estabelecer os parâmetros para o estudo da referida teoria, seja no âmbito internacional, seja no âmbito nacional.

Nesse sentido, será destacado o conceito de consequencialismo, sua relação com a filosofia moral, com a tradição utilitária, com o pragmatismo e, por fim, com o direito em si.

Em seguida, no referido tópico, será desenvolvido, com base no estudo de MacCormick (2005), o campo da argumentação consequencialista e eventuais riscos de sua utilização por juízes, em especial, aqueles que desempenham a jurisdição constitucional.

O exame acerca das consequências perseguidas na atividade do juiz, bem como o exame sobre a argumentação jurídica eficientista e seus eventuais riscos, permitirão extrair o conceito de ativismo judicial puramente consequencialista para que, em seguida, seja possível a análise jurisprudencial do referido instituto no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF).

No segundo tópico, serão analisados, por meio de pesquisa de natureza qualitativa e da adoção, como metodologia, da pesquisa documental em jurisprudência e da pesquisa bibliográfica, os precedentes julgados pelo STF, em matéria criminal, entre os anos de 2018 a 2020, para que seja possível aferir se os ditos julgados servem como exemplo de posturas ativistas puramente consequencialistas.

Por fim, a partir das bases teóricas do consequencialismo jurídico, do ativismo puramente consequencialista e das correlações (não) possíveis de serem feitas com os precedentes escolhidos para estudo, será possível responder ao problema de pesquisa a que se propôs responder no início, qual seja: em que medida seria possível dividir o conceito de ativismo puramente consequencialista em graus conforme a natureza jurídica da decisão proferida no âmbito do STF, mais especificamente, no que diz respeito à (não) provisoriedade da decisão?

1 Compreendendo as bases teóricas do ativismo judicial consequencialista

Antes de responder à pergunta supracitada, torna-se necessário estabelecer as bases sobre as quais o referido exame será possível, ou seja, sobre as funções da análise de consequências em direito.

Nesse sentido, a análise inicial do ativismo judicial consequencialista, à luz do texto de Abboud (2019), compreenderá o cotejo das consequências, realizado na atividade decisória dos juízes com base em Dworkin (1978;1986) e sua concepção de direito como integridade. Após o referido estudo e eventuais correlações com a obra de Hart (2009), será possível analisar, propriamente, o consequencialismo e sua relação com o direito.

A proposta de análise baseada em Dworkin (1978;1986) ganha sentido quando se parte de um primeiro cotejo consistente em entender a análise das consequências como fator chave para manter uma cadeia de significados na jurisprudência e na legitimidade das decisões do juiz.

Antes de analisar a saída para os *hard cases* proposta por Dworkin (1978) é importante trazer o contraponto teórico que o levou a sua conclusão, qual seja: sua interlocução com Hart (2009), no campo da teoria do direito.

Hart (2009, p.164-170), em síntese, enquanto confere a nomenclatura de *casos fáceis* a todas as questões consideradas incontrovertidas de fixação do sentido da norma, considera como *casos difíceis* ou, ainda, *zona de penumbra*, quando a norma se apresenta de tal modo que o direito não traga uma solução nítida, clara, para o caso analisado.

Ou seja, diante da ausência de clareza na única resposta possível, como ocorre nos chamados *casos fáceis*, para Hart (2009), o juiz deveria escolher uma entre as alternativas interpretativas disponíveis, utilizando a discricionariedade.

Apresentada a saída proposta por Hart (2009), é possível identificar o ponto de divergência apresentado por Dworkin (1978), que para o Direito, deve ser visto como integridade. Para o segundo autor, a discricionariedade, por si só, não seria elemento apto a responder os casos difíceis.

Para Dworkin (1978), os *hard cases* devem ser resolvidos por meio da investigação feita pelo juiz, sobre os direitos de cada parte no caso em julgamento. Ou seja, ainda que o caso concreto não permita uma resposta clara, mesmo nessa hipótese, o juiz afastando-se da discricionariedade deverá resolver o problema com base em argumentos de princípios.

Argumentos de princípios dizem respeito aos *standards* que justificam uma decisão política, mostrando que ela respeita ou protege os direitos de um indivíduo ou grupo.

A constatação de Direito como integridade para Dworkin (1986), portanto, nada mais é do que garantir a previsibilidade nas decisões, como também, conferir legitimidade à decisão judicial pela manutenção da cadeia de sentidos determinadas por decisões anteriores, ou seja, há priorização dos princípios da comunidade.

Sobre o tema, Abboud (2019, p. 2) destaca que “a análise das consequências pelo juiz” serve “como forma de manutenção da coerência e integridade da jurisprudência”.

Dando sequência à análise das consequências, um segundo ponto de exame diz respeito à chamada consequência normativa. Em síntese, trata-se do exame sobre os reais efeitos, no plano normativo, que determinada decisão produz na aplicação de um dispositivo (ABBOUD, 2019).

Sobre as consequências normativas, é importante consignar que determinada decisão judicial, ao repercutir no plano normativo, poderá ser valorada como positiva ou negativa.²

O foco do presente trabalho diz respeito às consequências negativas possíveis, consecutórias de uma atuação judicial consequencialista, ou seja, quando o juiz acaba por efetivamente negar vigência ao dispositivo interpretado, contrária ao direito.

Analisadas as funções da análise de consequências em direito à luz de Hart (2009) e, principalmente, de Dworkin (1978), o próximo passo consiste no exame do conceito de consequencialismo, sua relação com a filosofia moral, com a tradição utilitária, com o pragmatismo e por fim, com o direito em si.

O conceito de consequencialismo consiste na vertente “peculiar das éticas teológicas, ou seja, das morais que avaliam e prescrevem as ações tendo em vista seus resultados, considerando moralmente bons os comportamentos que produzem consequências boas” (ABBAGNANO, 1998, 47).

No campo da filosofia moral, as consequências da ação são determinantes para que seja possível seu julgamento quanto à sua correção, ou seja, a qualidade moral da ação e não, o julgamento quanto à tomada da decisão em si (DRIVER, 2012).

Analisando o conceito de consequencialismo e sua relação com a filosofia moral, é possível defini-lo, com base em Mulgan (2001), que o projeto moral do consequencialismo seria o de tornar o mundo um lugar melhor. Ou seja, ações que gerem os efeitos desejados para o mundo possibilitariam que esse mesmo mundo

2 A respeito do tema, mais especificamente sobre um exemplo de consequência positiva, Abboud (2019, p. 3), destaca *in verbis*: “Podemos exemplificar uma consequência normativa positiva com uma mutação constitucional que atualize o sentido de determinado texto normativo e reflita, portanto, a historicidade do intérprete frente a um novo momento histórico, extraindo uma norma diferente do texto normativo daquela até então levada a cabo pelo órgão aplicador do direito”. No tocante às consequências negativas, Abboud no mesmo texto pontua “Ao interpretar o dispositivo de determinada forma, o juiz acaba por efetivamente negar vigência ao dispositivo interpretado”.

se tornasse melhor. A coisa certa a se fazer, nesse sentido de consequencialismo, é praticar atos que produzam as melhores consequências (MULGAN, 2001).

No âmbito da filosofia moral, entre as possibilidades de análise do consequencialismo, é possível concluir que a principal consiste na tradição utilitarista. Nessa perspectiva, de acordo com essa tradição, o consequencialismo pode ser compreendido como a tomada de decisão objetivando as melhores consequências, essas compreendidas como aquelas que maximizam os melhores efeitos, como alegria ou prazer (CHRISTOPOULOS, 2014).

No tocante à tradição clássica utilitarista, enquanto Mill (2007) defendia um hedonismo graduado, ou seja, que certos prazeres como o intelectual fossem considerados mais importantes do que outros, Jeremy Bentham defendia um hedonismo mais igualitário, de acordo com Julia Driver (2012).

Neste ponto, devem ser destacadas as diferenças entre o utilitarismo e consequencialismo. Em síntese, enquanto o consequencialismo se preocupa em analisar consequências sem que, contudo, sejam definidas substancialmente quais devam ser, o utilitarismo concebe como resultados desejados aqueles que seriam conhecidos previamente, ou seja, “uma ação é moralmente correta se o seu resultado alcança a maior satisfação possível para o maior número de pessoas” (CARVALHO, 2013, p. 86).

No pragmatismo, ramo da filosofia que consiste na observação de fenômenos que tenham incidência prática (RORTY, 2008), a interpretação do texto normativo para aplicação do caso concreto tem por objetivo final o exame das respectivas consequências práticas, ou seja, devem ser levados em conta os resultados práticos previsíveis (JAMES, 2006).

Sobre o tema, Posner (2003) afirma que o pragmatismo jurídico, enquanto não se ocupa de conceitos e generalizações, por si mesmas, foca no exame dos fatos e consequências. Entretanto, tal conclusão não permite confusão entre os conceitos de pragmatismo e consequencialismo.

Para Posner (2003), o consequencialismo se preocupa com as melhores consequências (*best consequences*) e o pragmatismo está baseado no juízo de razoabilidade, ou seja, o pragmatismo tem por base a decisão mais razoável (*reasonableness*) para um dado caso concreto.

Analisando o conceito jurídico de consequencialismo, o *Black's Law dictionary* conceitua o consequencialismo como sendo, em tradução livre, “uma teoria ética que julga a correção ou incorreção de uma ação de acordo com suas consequências” (GARNER, 2005). Realizado o exame do conceito de consequencialismo, sua relação com a filosofia moral, com a tradição utilitária, com o pragmatismo e por fim, com o direito em si, o próximo passo consiste no exame da doutrina

de MacCormick (2005), o qual aproxima em sua obra as teorias utilitaristas das pragmáticas.

MacCormick (2005), ainda que não seja partidário de nenhuma das proposições de Dworkin e Hart, destaca que a justificação de decisões judiciais, em virtude das consequências, comporta duas posições extremadas: a primeira naqueles indivíduos que creem nas consequências e nos benefícios, ainda que remotos, como única justificativa plausível para seu uso; e no polo oposto, consistindo a segunda possibilidade, aqueles que não apenas não usam como objeto, e mais, desqualificam a utilização das consequências como elementos aptos a justificar, isoladamente, uma decisão judicial. Nessa segunda visão, pouco importa, de acordo com Abboud (2019, p. 4), “quão iminentes sejam” as referidas consequências para o caso concreto.

Em sua obra, MacCormick (2005) chama a atenção para um ponto importante para o presente estudo que, bem delimitado por Abboud (2019, p. 4), consiste na afirmativa de que “os partidários de um consequencialismo extremado têm, em geral, como pressuposta a existência de algum critério único e último que possa servir de régua para calcular a relação custo-benefício das consequências provenientes da decisão tomada”.

A partir dessa construção, será possível verificar se a atuação do STF, sob a perspectiva de um ativismo judicial consequencialista: (1) existe ou não; (2) serve como subterfúgio retórico para substituir o direito vigente pela subjetividade ou, em verdade, estaria permitida dentro do sistema jurídico trazido pela Constituição Federal de 1988; (3) ao julgar, faz remissão à chamada “régua única”³; e (4) nos precedentes selecionados, todos da área criminal, há lastro em dados empíricos que sirvam de supedâneo às consequências debatidas.

2 A jurisprudência do STF em matéria criminal entre o consequencialismo jurídico, discursos eficientistas e o ativismo judicial puramente consequencialista

No presente tópico analisa-se os seguintes precedentes, na seara criminal, julgados pelo STF, entre os anos de 2018 e 2020, com base em pesquisa de natureza qualitativa e que adotou, como metodologia, a pesquisa documental em jurisprudência e a pesquisa bibliográfica: ADIn n. 5.526/DF (medidas cautelares

3 Régua única, para Abboud (2019, p. 4), consistiria, *in verbis*: Ainda que MacCormick rejeite ambos os polos da discussão e reconheça apenas algumas consequências como aptas a justificar decisões judiciais, ele tece uma observação absolutamente pertinente tanto aos limites do presente trabalho quanto ao primeiro polo da discussão: os partidários de um consequencialismo extremado têm, em geral, como pressuposta a existência de algum critério único e último que possa servir de régua para calcular a relação custo-benefício das consequências provenientes da decisão tomada. Essa é a brecha para abordarmos o consequencialismo jurídico na atuação do Judiciário brasileiro.

a parlamentares); Ação Penal n. 937 (foro por prerrogativa de função); Inquérito Penal n. 4.435/DF (foro por prerrogativa de função); Suspensão de Liminar n. 1.178/PR (entrevista com o ex-Presidente Luis Inácio Lula da Silva) e Medida Cautelar na ADI n. 6.298 (juiz de garantias).

A escolha dos precedentes se deu com base nos seguintes critérios: (1) acórdãos proferidos pelo STF, (2) publicados entre os anos *de 2018 a 2020 e que* (3) *foram inicialmente analisados por Abboud (2019) no texto Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista.*

Na ADIn n. 5.526/DF (BRASIL, 2018a) discutiu-se, em síntese, a possibilidade de aplicação, pelo Poder Judiciário, das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal a parlamentares.

No referido caso, a resposta foi afirmativa, tendo sido declarada como possível a remessa dos autos à Casa respectiva para análise quando a medida impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício de seu mandato.

Ao assim decidir, a literalidade do art. 53, § 2^o, da Constituição Federal Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988) não foi observada, bem como a função do Congresso Nacional, nesse caso, foi subvertida à mera instância ratificadora de medidas impostas pela Corte Constitucional Brasileira.

Outro tema que merece destaque dentro da jurisprudência do STF diz respeito ao foro por prerrogativa de função. Antes de analisar o que foi decidido na Questão de Ordem na Ação Penal n. 937 (BRASIL, 2018b), é importante traçar, dada a relevância da discussão, o panorama legislativo e o histórico jurisprudencial sobre o tema.

As regras sobre foro por prerrogativa de função estão previstas, como regra, no art. 102, I, “b” e “c”; art. 105, I, “a”, todos da CF (BRASIL, 1988). Excepcionalmente, o art. 125, *caput* e § 1^o, da CF (BRASIL, 1988) autoriza as Constituições Estaduais a preverem as hipóteses por prerrogativa de função nos Tribunais de Justiça, ou seja, situações nas quais determinadas autoridades serão julgadas originalmente pelo Tribunal de Justiça.

A partir da decisão colegiada do STF no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 937 (BRASIL, 2018b), fixou-se o entendimento de que o foro por prerrogativa de função se aplica, apenas, aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e a ele relacionados.

Analisando os votos publicados na referida sessão de julgamento e relativos ao precedente acima, houve, por parte do STF, não apenas uma tentativa de ra-

4 § 2^o Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 10 abr.2020.

cionalizar o combate à impunidade, como há uma correlação desse valor com as premissas de que (1) as instâncias inferiores estariam supostamente submetidas a menores pressões políticas e (2) haveria a primazia de uma tramitação mais célere dos processos.

Fazendo uma analogia com situações do cotidiano, houve a tentativa, por parte do STF, de consertar um vazamento de água simplesmente trocando a torneira então existente, em vez de analisar as origens do vazamento (ABBOUD, 2019).

Traduzindo para linguagem jurídica, a suposta impunidade processual de parlamentares está associada ao grande fluxo de processos por todo o país. Não necessariamente, portanto, estará vinculada à competência para julgá-los, conforme interpretação elaborada com base no texto de Abboud (2019).

Sobre o tema, como bem observado por Abboud (2019, p. 3), “a régua do “combate à corrupção” não combinou com a Constituição Federal, que não deu ao foro, por prerrogativa de função, o desenho pretendido pela maioria vencedora do Supremo”. Houve, naquela ocasião, novo resultado interpretativo deduzido do texto constitucional, diante do argumento eficientista consistente no combate à corrupção.

A utilização do combate à corrupção como filtro apto a interpretar o art. 53, § 1º, da CF (BRASIL, 1988), de modo a relativizar o alcance da imunidade parlamentar por prerrogativa de foro, diverge das conclusões apontadas por Sproesser (2002), no sentido de que as imunidades parlamentares (1) servem como meio para a efetivação da democracia representativa, (2) seu *modus operandi* consiste, entre outros, em estabelecer limitações à atuação do Poder Judiciário ao descrever formalidades, (3) dizem como devem atuar os Poderes Judiciário e Executivo ao estabelecer formalidades que devem ser cumpridas e (4) devem ser adotadas durante o mandato parlamentar, independentemente de correlação entre o delito e a função desempenhada pelo(a) acusado(a).

Seguindo com a análise dos julgados, nos autos do Agravo Regimental no Inquérito Penal n. 4.435/DF (BRASIL, 2019a), o STF debruçou-se sobre a reflexão acerca do órgão judicial que seria o competente para o julgamento de crimes eleitorais conexos a crimes comuns.

Além da votação disputada ocorrida no STF, consistente em seis votos a favor da prevalência da competência da Justiça Eleitoral⁵, contra cinco votos contrários a essa posição⁶, o Inquérito Penal n. 4.435/DF (BRASIL, 2019a) chama a atenção para a utilização, novamente, do combate à corrupção como argumento, *in casu*, capaz de definir competência jurisdicional.

5 Votaram neste sentido os Ministros. Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli.

6 Na divergência temos os Ministros. Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Rosa Weber e Carmen Lúcia.

Durante o julgamento do caso, parcela do STF compreendeu que uma maior eficiência da justiça federal para o julgamento dos crimes comuns conexos aos crimes eleitorais e, portanto, no combate à corrupção, justificaria a inobservância do que a CF (BRASIL, 1988) e a legislação infraconstitucional disciplinariam sobre a matéria.

Abboud (2019, p. 5), sobre o tema, chama atenção para o seguinte trecho do referido julgado: “o Brasil vive uma epidemia em matéria de criminalidade. Faz pouca diferença distinguir se o dinheiro vai para o bolso ou para a campanha. O problema não é para onde o dinheiro vai, é de onde o dinheiro vem. E o dinheiro vem da cultura de achaque e corrupção que se disseminou pelo país”.

Analisando do ponto de vista legal, a competência da justiça eleitoral como competente para o julgamento de crimes comuns conexos aos eleitorais era possível de ser extraída, sem maiores necessidades de mecanismos interpretativos contemporâneos, por meio dos arts. 109 e 121, da CF (BRASIL, 1988), dos arts. 22º, I, *d*, do Código Eleitoral (BRASIL, 1965), e do art. 78º, IV, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

O grande problema do ativismo consequencialista consiste na alteração do referencial presente nas leis e que deve servir como elemento estruturante da decisão pelo discurso de eficiência, fugindo-se totalmente do binômio que deve nortear a própria jurisdição constitucional, qual seja: aferir se determinada lei é constitucional ou inconstitucional.

A escolha por discursos voltados para a suposta eficiência, contendo em seu bojo termos que simplesmente impossibilitam qualquer discussão como o combate à corrupção ou outra terminologia genérica, retira, em síntese, a eficácia normativa de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, comprometendo uma das funções essenciais do Direito que consiste na pacificação dos conflitos, tomando por base o conjunto de leis existente.

Outra decisão recente que merece destaque é sintetizada por Abboud (2019), diz respeito ao ocorrido nos autos da Suspensão de Liminar n. 1.178/PR (BRASIL, 2018c).

De acordo com referido autor, trata-se de provimento “de caráter patentemente consequencialista” e tem por pano de fundo a suspensão liminar:

[...] anteriormente concedida por outro Ministro da Corte e impediu que o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva concedesse entrevista ao jornal, em afronta à liberdade de manter formas de contato com o mundo exterior expressamente garantida pelo art. 41, XV, da Lei de Execução Penal (ABBOUD, 2019, p. 5).

Seguindo a sequência dos precedentes do STF, para encerrar o presente tópico, cumpre mencionar o que ocorreu na Medida Cautelar na ADI n. 6.298

(BRASIL, 2020).⁷ Antes, contudo, de examinar a questão de fundo em si e o eventual discurso consequencialista, é importante destacar episódios processuais que chamam atenção.

Originariamente, cumpre destacar que a presente ADI está incluída em um rol total de quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade, quais sejam: ADI 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. O foco do trabalho será a ADI 6.298 (BRASIL, 2020a), mais especificamente, duas decisões monocráticas proferidas.

A ADI n. 6.298 (BRASIL, 2020a), ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), impugnou o art. 3º da Lei n. 13.964/2019 (BRASIL, 2019b), que acrescentou os arts. 3º- A, 3º- B, 3º- C, 3º- D, 3º- E e 3º- F ao Código de Processo Penal e instituiu a figura do juiz das garantias, e o art. 20 da mesma lei, que determina o prazo de *vacatio legis* para a vigência respectiva.

A ADI n. 6.299 (BRASIL, 2020b), ajuizada pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA, impugna os mesmos dispositivos supracitados, além do art. 157, § 5º, do Código de Processo Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019 (BRASIL, 2019b).

A ADI n. 6.300 (BRASIL, 2020c), ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), impugna os arts. 3º- A a 3º- F do Código de Processo Penal, na mesma linha das ações anteriores.

Por fim, a ADI n. 6.305 (BRASIL, 2020d), ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, impugna os arts. 3º- A; 3º- B, IV, VIII, IX, X e XI; 3º- D, parágrafo único; 28, *caput*; 28-A, III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º; e 310, § 4º, do Código de Processo Penal, todos introduzidos pela Lei n. 13.964/2019 (BRASIL, 2019b).

Em 15 de janeiro de 2020, nos autos das ADIs 6.298, 6.299 e 6.300, o Ministro Presidente Dias Toffoli, no exercício do plantão judicial, concedeu parcialmente as medidas cautelares pleiteadas do seguinte modo, a saber: (1) foi suspensa a eficácia dos arts. 3º- D, parágrafo único, e 157, § 5º, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei n. 13.964/19 (BRASIL, 2019b); (2) foi suspensa a eficácia dos arts. 3º- B, 3º- C, 3º- D, *caput*, 3ºE e 3º- F do CPP, inseridos pela Lei n. 13.964/2019 (BRASIL, 2019b), até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 dias, contados a partir da publicação desta decisão; (3) foi conferida interpretação conforme as normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3º- B a 3º- F do CPP), para esclarecer que não se aplicam às seguintes situações: processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei n. 8.038/1990 (BRASIL, 1990); processos de competência do Tribunal do Júri; casos de violência doméstica e familiar; e

processos criminais de competência da Justiça Eleitoral.

Além dos pontos supradestinchados, foram fixadas as seguintes regras de transição, a saber: (1) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente, ou seja, o fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento; (2) quanto às investigações que estiverem em curso no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação tornar-se-á o juiz das garantias do caso específico, ou seja, cessada a competência do juiz das garantias, com o recebimento da denúncia ou queixa, o processo será enviado ao juiz competente para a instrução e o julgamento da causa.

Já a ADI 6.305 (BRASIL, 2020d), ajuizada em 20 de janeiro de 2020, cujo tema é semelhante àqueles que constam nas demais ADIs, foi distribuída ao Ministro Luiz Fux, por prevenção, e restou conclusa para a Vice-presidência na mesma data, nos termos do art. 13, inciso VIII, e do art. 14 do Regimento Interno do STF.

Ao analisar o pedido, o Ministro Luiz Fux deferiu monocraticamente o pedido cautelar pleiteado pela entidade autora, determinando a revogação da decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e a suspensão *sine die* da eficácia, até que o Plenário possa se manifestar sobre a questão da implantação do juiz das garantias e seus consectários (arts. 3º- A, 3º- B, 3º- C, 3º- D, 3ª- E, 3º- F, do Código de Processo Penal) e sobre a alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (art. 157, § 5º, do Código de Processo Penal).

Além disso, concedeu-se a medida cautelar pleiteada no sentido de suspender, *sine die*, a eficácia, *ad referendum* do Plenário, da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (art. 28, *caput*, do Código de Processo Penal) e da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (art. 310, § 4º, do Código de Processo Penal).

Em que pese propor, no início da decisão, que “não compete ao STF realizar um juízo eminentemente político do que é bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, apropriado ou inapropriado” destacando, entre outros, a doutrina de Levinson⁸ (1999; 2016), os pontos sobre os quais foram organizadas as razões de decidir, pelo contrário, demonstram justamente algo que reflete, em verdade, o ativismo puramente consequencialista.

Em síntese, três pontos, na visão do referido Ministro, chamaram a atenção para as conclusões acima destacadas.

O primeiro deles consistiu na afirmativa de que o fato de a lei questionada ter sido aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República não funciona como argumento apto a minimizar a legitimidade do Poder Judiciário para o exercício do controle de constitucionalidade. A própria discussão sobre o conceito e, principalmente, os limites da legitimidade das Cortes Constitucionais permitem conclusões próximas à discricionariedade.

Como segundo ponto, foi identificado que, em que pese a Constituição e a jurisprudência autorizarem “a adoção de técnicas de interpretação e de decisão que funcionam, na prática, como incrementos ao conteúdo da legislação objeto do controle”, referidas “técnicas são próprias do exame do mérito do pedido e somente podem ser utilizadas em casos específicos, como para possibilitar uma leitura sistêmica das normas jurídicas, para sanar ambiguidades porventura existentes no texto legal, para preencher o conteúdo de cláusulas abertas ou, ainda, para calibrar dificuldades práticas relativas à implementação da declaração de inconstitucionalidade” (BRASIL, 2020).

O terceiro ponto diz respeito ao fato de que a decisão a ser proferida no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, especificamente no exame de pedido cautelar, tem escopo “reduzido, sob pena de prejudicar a deliberação a ser realizada posteriormente pelo Plenário da corte”.

Nota-se que o “resguardo da reversibilidade da medida cautelar” e o “prestígio à deliberação de mérito a ser realizada pelo Plenário” foram utilizados como argumentos aptos ao reexame da decisão anteriormente proferida pelo Ministro Presidente, o Ministro Dias Toffoli.

Sobre o prestígio à deliberação de mérito a ser realizada pelo Plenário, no exame feito na referida decisão sobre a instituição do juiz de garantias e normas correlatas (arts. 3º- A a 3º- F do Código de Processo Penal), foi abordado o mérito da ADI 6.305 (BRASIL, 2020d), por exemplo, quando da análise de eventual inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, momento no qual foi feito cotejo expresso sobre a diferença entre normas de processo penal, a qual não ensejaria qualquer irregularidade, daquelas relativas à organização judiciária, espécie de regras na qual estaríamos diante de eventuais inconstitucionalidades formais (MARQUES, 1960, p. 20-21).

Eventuais dúvidas sobre se a discussão relativa à classificação das normas objeto de controle de constitucionalidade em normas de organização judiciária ou processual penal envolvem (ou não) a discussão do próprio mérito da demanda e, conseqüentemente, é resguardado o papel do Plenário. Tais questionamentos são afastados quando, ao longo da própria decisão, o Ministro Relator cita como exemplo, o precedente anterior de sua lavra no qual trata-se do julgamento,

realizado pelo plenário, do mérito da ADI n. 4.414 (BRASIL, 2013)⁹, momento no qual foi citado, justamente, o exame da classificação de normas em processuais ou de organização judiciária.

É possível verificar que, neste ponto, o escopo da decisão, diferentemente dos pontos de partida, ou seja, das réguas interpretativas estabelecidas pelo Ministro Relator, foi amplo, ensejando prejuízo, no mínimo potencial, “reduzido, de prejudicar a deliberação a ser realizada posteriormente pelo Plenário da Corte¹⁰ (BRASIL, 2020).

Sobre o exame conjunto da inconstitucionalidade formal e dos dados da vida real, o Ministro Relator expressamente destacou que “de qualquer modo, esses dados da vida real são essenciais para a análise da inconstitucionalidade formal dos dispositivos atacados, na medida em que conduzem a uma inescapável conclusão: a instituição do juiz de garantias altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em tal nível que demanda uma completa reorganização da justiça criminal do país” (BRASIL, 2020).

No tocante aos elementos relativos à inconstitucionalidade material, o Ministro Relator, mais uma vez saindo dos limites estritos da decisão impostos por si mesmo no início do *decisum*, destacou como premissas dois grupos de argumentos, consistentes na ausência de (1) dotação orçamentária e (2) estudos de impacto prévios para implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade.

Outro ponto da decisão monocrática proferida na ADI n. 6.305 (BRASIL, 2020d) que chama a atenção diz respeito à utilização, nesse momento processual, do mecanismo do *cherry-picking* (FRIEDMAN, 2011, p. 873-879), para afastar o “sucesso” do instituto do juiz de garantias em outro país sem o devido cuidado de se justificarem os motivos pelos quais a comparação realmente se adequaria ao paradigma.

Nesse sentido, a utilização de exemplos do que ocorre na Alemanha, Itália e Portugal demandariam cautela. Não apenas o *cherry-picking*, mas a própria noção de transplantes jurídicos e respectivos critérios trazidos por Dutra (2018, p. 91) dizem respeito ao mérito da própria discussão acerca da ADI 6.305¹¹ (BRASIL, 2020d).

⁹ Sobre o tema, o Ministro, nos autos da MC na ADI 6305 destaca que “Em igual sentido, no bojo da ADI 4414, esclareci que “a lei processual é aquela que cuida da delimitação dos poderes, facultades e deveres dos sujeitos processuais, da coordenação de sua atividade, da ordenação do procedimento e da organização do processo”. Isto é: “envolve, basicamente, a tríade jurisdição, ação e processo”. BRASIL. STF. ADI 4.414, Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, j. 31/05/2012, DJe 17/6/2013, p. 54.

¹⁰ Sobre a questão, o Ministro Luiz Fux expressamente se posicionou quanto ao mérito da ADI 6.305/DF quando afirma que “a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país. Nesse ponto, os dispositivos questionados têm natureza materialmente híbrida, sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária, a reclamar a restrição do art. 96 da Constituição” (BRASIL, 2020d).

¹¹ Sobre o tema, o trecho a seguir da decisão analisada confirma a afirmativa, senão vejamos: “No caso em tela, a análise comparada do juiz das garantias demanda a observância de outras questões, como, por exemplo, (i) a capacidade que o sistema judiciário brasileiro possui para a recepcionar o juiz de garantias (p. ex., contigente processual, bem como

Além desses aspectos, o eventual aumento do tempo do processo e dos incentivos à impunidade, de acordo com Schaefer e Shikida (2001), igualmente, dizem respeito ao mérito da questão posta sob a égide da jurisdição constitucional.

Analisados os precedentes do STF, no que diz respeito ao exame da legislação penal e processual penal, proferidos entre os anos de 2018 e 2020 passa-se ao exame da questão central do presente estudo, qual seja: em que medida seria possível dividir o conceito de ativismo puramente consequencialista em graus conforme a natureza jurídica da decisão proferida no âmbito do STF, mais especificamente, no que diz respeito à (não) provisoriedade da decisão.

3 A medição em graus da (in)existência do ativismo jurídico puramente consequencialista em decisões monocráticas proferidas no âmbito do STF

O Professor Gilmar Ferreira Mendes chamou a atenção¹² para a atuação do STF ao proferir decisões monocráticas e em caráter liminar quando no exercício da jurisdição constitucional, propondo não conceder decisões monocráticas ou, havendo condições para o deferimento, fosse o provimento jurisdicional provisório levado imediatamente ao plenário para deliberação daquela Corte Constitucional.

A partir dessa ponderação, somada à leitura do conceito desenvolvido por Abboud (2019), surgiu o interesse acadêmico no aprofundamento do tema e na possibilidade de medição em graus da (in)existência do ativismo jurídico puramente consequencialista em decisões monocráticas proferidas no âmbito do STF.

Ou seja, estabelecer se seria possível, e em que medida, dividir o conceito de ativismo puramente consequencialista em graus conforme a natureza jurídica da decisão proferida no âmbito do STF, mais especificamente, no que diz respeito à (não) provisoriedade da decisão.

Nota-se, de acordo com Abboud (2019), que o conceito de consequência normativa é neutro, podendo gerar decisões tanto positivas como negativas.

A análise dos precedentes do STF demonstrou, no tópico anterior, que se está diante de decisões ou acórdãos caracterizados por ativismo judicial puramente consequencialista.

os recursos humanos e financeiros disponíveis); (ii) a proximidade e/ou vinculação institucional entre os órgãos de acusação e de julgamento nos países em análise; (iii) as regulamentações das competências do juiz das garantias nos países comparados. Em verdade, torna-se também imprescindível analisar justamente as experiências comparadas que foram infrutíferas, nas quais a instituição foi implementada, porém não obteve os resultados esperados e/ou foi posteriormente extinta" (BRASIL, 2020d).

12 A referida manifestação se deu durante aula online ministrada em 9 de abril de 2020, na disciplina do Doutorado "Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional".

De todos os precedentes destacados, a decisão monocrática proferida na ADI 6.305 (BRASIL, 2020d) chamou maior atenção, seja por parte de episódios processuais, seja por parte das conclusões ali presentes e, principalmente, a inobservância dos parâmetros estabelecidos no próprio ato a possibilitar o exame cautelar das questões relativas ao juiz de garantias.

Não é o objetivo do presente estudo fazer juízos de valor sobre os benefícios e malefícios de decisões ou acórdãos ativistas puramente consequencialistas. O objetivo central, repita-se, é se, seria possível, e em que medida, dividir o conceito de ativismo puramente consequencialista em graus conforme a natureza jurídica da decisão proferida no âmbito do STF, mais especificamente, no que diz respeito à (não) provisoriedade da decisão.

Sobre todos os precedentes analisados no tópico anterior, consistentes na ADI n. 5.526/DF (BRASIL, 2018a), na Ação Penal n. 937 (BRASIL, 2020d) e no Inquérito Penal n. 4.435/DF (BRASIL, 2019a), é possível verificar que são provimentos jurisdicionais ativistas puramente consequencialistas de primeiro grau, ou seja, disseram respeito a decisões colegiadas proferidas pelo STF, respeitando-se o (1) princípio da colegialidade e (2) o limite interpretativo possível relativo ao mérito da demanda

Já a Suspensão de Liminar n. 1.178/PR (BRASIL, 2018c) e a Medida Cautelar na ADI n. 6.298 (BRASIL, 2020a), em que pese poderem ser igualmente classificadas como decisões ativistas puramente consequencialistas, deve-se considerar, ao contrário do primeiro grupo, essas como pertencentes ao segundo grau em virtude da inobservância do limite existente quando da análise de medidas cautelares e, conseqüentemente, do princípio da colegialidade.

Diante dessa classificação é possível inferir que as decisões ativistas puramente consequencialistas poderiam ser proferidas dentro da sistemática proposta pelo Professor Gilmar Ferreira Mendes,¹³ ou seja, de não serem concedidas monocraticamente como regra, ou, havendo condições para seu deferimento, seja o provimento jurisdicional provisório levado imediatamente ao plenário para deliberação daquela Corte Constitucional.

Conclusões

Este artigo, a partir da análise do consequencialismo jurídico e do conceito de ativismo judicial puramente consequencialista trazido por Abboud (2019), concluiu que, dentro do referido conceito, é possível dividi-lo em graus, conforme a natureza jurídica da decisão proferida, mais especificamente, no que diz respeito

13 A referida manifestação se deu durante aula online ministrada em 9 abr. 2020, na disciplina do Doutorado “Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional”.

à (não) provisoriade da decisão e seus efeitos na prestação jurisdicional constitucional.

O estudo retrospectivo da chamada análise de consequências em direito, além de permitir o estabelecimento dos parâmetros para o estudo da referida teoria, permitiu a conclusão, com base em Hart (2009), de que enquanto casos fáceis gerariam respostas claras para o intérprete, os casos difíceis, caracterizados justamente pela ausência de tais respostas, permitiram ao intérprete a solução do caso por meio da discricionariedade.

A partir da leitura de Dworkin (1978;1986), foi visto que, ao associar Direito e integridade, mesmo que o intérprete esteja diante daquilo que o referido autor chama de *hard case*, não poderá apelar para a discricionariedade pura e simples.

Pelo contrário, os casos difíceis deverão ser resolvidos com base na investigação, feita pelo juiz, sobre os direitos de cada parte no caso em julgamento. Ou seja, ainda que o caso concreto não permita uma resposta clara, mesmo nessa hipótese, o juiz afastando-se da discricionariedade, deverá resolver o problema com base em argumentos de princípios.

Argumentos de princípios dizem respeito aos *standards* que justificam uma decisão política, mostrando que ela respeita ou protege os direitos de um indivíduo ou grupo.

A constatação de Direito como integridade para Dworkin (1986), portanto, nada mais é do que garantir a previsibilidade nas decisões, como também conferir legitimidade à decisão judicial pela manutenção da cadeia de sentidos determinados por decisões anteriores, ou seja, há a priorização dos princípios da comunidade.

Na sequência, a partir do que deve ser entendido por consequencialismo e sua relação com a filosofia moral (MULGAN, 2001; CHRISTOPOULOS, 2014), com a tradição clássica utilitarista (MILL, 2007; DRIVER, 2012), suas diferenças em relação ao utilitarismo (CARVALHO, 2013), sua relação com o pragmatismo em sentido amplo (RORTY, 2008; JAMES, 2006) e o jurídico (POSNER, 2003), tendo sido destacado o conceito jurídico (GARNER, 2005), foi possível obter a conclusão de que, para MacCormick (2005), o campo da argumentação consequencialista gera eventuais riscos quando utilizados por juízes, em especial, para aqueles que desempenham a jurisdição constitucional.

Nesse sentido, além de extrair a régua a ser adotada para medir a existência do fenômeno no Brasil (do ativismo judicial consequencialista), ou seja, da utilização de algum critério único e último que pudesse servir “de régua para calcular a relação custo-benefício das consequências provenientes da decisão tomada” (ABBOUD, 2019, p. 4), foi possível destacar as perguntas específicas que deveriam ser respondidas ao longo da análise jurisprudencial.

A partir dessa construção, foi possível concluir preliminarmente que, nos precedentes analisados, a atuação do STF ocorreu dentro da perspectiva de um ativismo judicial consequencialista, tendo sido utilizado em diversos momentos como subterfúgio retórico para substituir o direito vigente pela subjetividade ou, ocorrendo, por diversas vezes, remissão às chamadas “réguas únicas”, não havendo correlação entre as saídas teóricas escolhidas com dados empíricos que pudessem servir de supedâneo às consequências debatidas.

O exame acerca das consequências perseguidas na atividade do juiz, bem como o exame sobre a argumentação jurídica efficientista (e eventuais riscos) permitiram extrair o conceito de ativismo judicial puramente consequencialista para que, em seguida, fosse possível a análise jurisprudencial do referido instituto no âmbito do STF.

A análise jurisprudencial feita na sequência, envolvendo precedentes julgados pelo STF, em matéria criminal, entre os anos de 2018 a 2020¹⁴, tornou possível a conclusão de que, se ditos julgados, servem como exemplo de posturas ativistas puramente consequencialista.

No terceiro tópico, por meio das bases teóricas do Consequencialismo jurídico, do ativismo puramente consequencialista e das correlações possíveis de serem feitas com os precedentes escolhidos para estudo, foi possível responder ao problema de pesquisa, que proposto no início, qual seja: em que medida seria possível dividir o conceito de ativismo puramente consequencialista em graus conforme a natureza jurídica da decisão proferida no âmbito do STF, mais especificamente, no que diz respeito à (não) provisoriedade da decisão.

Nesse sentido, a partir da comparação entre a modalidade de decisão proferida na jurisprudência do STF selecionada, na qual foi possível visualizar que tanto o plenário como Ministros, monocraticamente, tomaram decisões de cunho efficientista, caracterizando exemplos de ativismo puramente consequencialista, foi possível dividir o conceito de ativismo puramente consequencialista em graus, conforme a natureza jurídica da decisão proferida no âmbito do STF.

De todos os precedentes destacados, a decisão monocrática proferida na ADI 6.305 (BRASIL, 2020d) chamou mais a atenção, seja por parte de episódios processuais, seja por parte das conclusões ali presentes e, principalmente, a inobservância dos parâmetros estabelecidos no próprio ato ao possibilitar o exame cautelar das questões relativas ao juiz de garantias.

Sobre todos os precedentes analisados no tópico anterior, consistentes na ADIn n. 5.526/DF (BRASIL, 2018a), na Ação Penal n. 937 (BRASIL, 2018b) e no Inquérito Penal n. 4.435/DF (BRASIL, 2019a), é possível verificar que são

¹⁴ ADIn n. 5526/DF, Ação Penal n. 937, Inquérito Penal n. 4.435/DF, Suspensão de Liminar n. 1.178/PR e Medida Cautelar na ADI n. 6.298.

provimentos jurisdicionais ativistas puramente consequencialistas de primeiro grau, ou seja, disseram respeito a decisões colegiadas proferidas pelo STF, respeitando-se o (1) princípio da colegialidade e (2) o limite interpretativo possível relativo ao mérito da demanda.

Já a Suspensão de Liminar n. 1.178/PR (BRASIL, 2018c) e a Medida Cautelar na ADI n. 6.298 (BRASIL, 2020a), em que pese poderem ser igualmente classificadas como decisões ativistas puramente consequencialistas, devem ser consideradas, ao contrário do primeiro grupo, como pertencentes ao segundo grau em virtude (1) da inobservância do limite existente quando da análise de medidas cautelares e, conseqüentemente, (2) do princípio da colegialidade.

Diante dessa classificação, é possível inferir que as decisões ativistas puramente consequencialistas poderiam ser proferidas dentro da sistemática proposta pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ou seja, de não serem concedidas monocraticamente como regra, ou, havendo condições para seu deferimento, seja o provimento jurisdicional provisório levado imediatamente ao plenário para deliberação daquela Corte Constitucional, tendo sido ignorado, por via de consequência, o art. 20, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), pois, foram aplicados valores jurídicos abstratos sem que fossem consideradas as consequências práticas da decisão.

Ou seja, classificou-se como ativismo puramente consequencialista de primeiro grau, de um lado, os acórdãos proferidos pelo Plenário da Corte Constitucional brasileira mais especificamente e, de outro, os de segundo grau, caracterizados por decisões monocráticas proferidas no âmbito do STF de cunho efficientista, algo que deve ser evitado para fins de garantir, na jurisdição constitucional brasileira, a devida segurança jurídica no trato de questões constitucionais.

Referências

ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ABBOUD, G. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 108, n. 1009, p. 123-136, nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.526/DF*. Relator Ministro Edson Fachin, rel. p/ acórdão Ministro Alexandre de Moraes, j. 11.10.2017, DJe 07.08.2018. Brasília, DF: STF, 2018a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Penal n. 937*. Relator: Min. Roberto Barroso, j. 03.05.2018, DJe 11.12.2018. Brasília, DF: STF, 2018b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Inquérito Penal n. 4.435/DF* Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, j. 14.03.2019. Publicação no DJe em 22.03.2019. Brasília, DF: STF, 2019a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. *Suspensão de Liminar n. 1.178/PR*. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 28.09.2018. Brasília, DF: STF, 2018c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298*. MC na ADI 6.298. Publicado no DJe em: 03.02.2020. Brasília, DF: STF, 2020a. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8_ADI6298.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.299*. MC na ADI 6.299. Publicado no DJe em: 03.02.2020. Brasília, DF: STF, 2020b. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8_ADI6298.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.300*. MC na ADI 6.300. Publicado no DJe em: 03.02.2020. Brasília, DF: STF, 2020c. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8_ADI6298.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.305*. MC na ADI 6.305. Publicado no DJe em: 03.02.2020. Brasília, DF: STF, 2020d. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8_ADI6298.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.414*. Relator: Ministro: Luiz Fux, j. 31/05/2012, DJe em 17/6/2013, p. 54. Brasília, DF: STF, 2013.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. *Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília, DF, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. *Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

CARVALHO, C. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHRISTOPOULOS, B. G. C. *Controle de constitucionalidade de normas orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

DRIVER, J. *Consequentialism*. London: Routledge, 2012.

DUTRA, D. C. Transplantes jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018.

DWORKIN, R. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FRIEDMAN, A. Beyond Cherry-Picking: selection criteria for the use of Foreign Law in domestic constitutional jurisprudence. *Suffolk University Law Review*, v. XLIV, p. 873-889, 2011.

GARNER, B. A. (Ed.). *Black's Law dictionary*. 9. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2005.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

JAMES, W. *Pragmatismo*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LEVINSON, D. Rights essentialism and remedial equilibration. *Columbia Law Review*, v. 99, n. 4, p. 857-940, may 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1123480?seq=1>. Acesso em: 21 abr. 2020.

LEVINSON, D. Foreword: looking for power in Public Law. *Harvard Law Review*, v. 130, n. 1, p. 31-143, nov. 2016. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2016/11/31-143-Levinson_Online.pdf. Acesso em: 21 abr. 2020.

- MARQUES, J. F. Organização judiciária e processo. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 1, ano 1, jan./jun. 1960.
- MACCORMICK, N. *Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- MILL, J. S. *Utilitarismo*. São Paulo: Escala, 2007.
- MULGAN, T. *The demands of consequentialism*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- POSNER, R. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- RORTY, R. *Para que serve a verdade?* São Paulo: Unesp, 2008.
- SCHAEFER, G. J.; SHIKIDA, P. F. A. Economia do crime: elementos teóricos e evidências empíricas. *Revista Análise Econômica*, Porto Alegre, v. 19, n. 36, p. 195-217, 2001.
- SPROESSER, A. K. *As imunidades parlamentares no direito constitucional brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FABRICANTES DE ALIMENTOS GENETICAMENTE MODIFICADOS: UMA ABORDAGEM AMBIENTAL E CONSUMERISTA

Elcio Nacur Rezende¹

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Marina Mendes Gasperini²

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Stela Gomes Ferreira³

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Artigo recebido em: 16/09/2019.

Artigo aceito em: 01/10/2020.

Resumo

A produção de transgênicos tem crescido de maneira significativa. Todavia, as incertezas em torno dos efeitos para o consumo persistem, nesse sentido, a informação em seus rótulos deve ser clara e explicitar os riscos inerentes ao consumo, conforme disposição do Centers for Disease Control and Prevention (CDC). Contudo, o Projeto de Lei 4.148/2008 é divergente, dispensando essa obrigatoriedade. Portanto, este estudo tem como objetivo apurar a responsabilidade civil do fabricante

de transgênicos quanto a ausência de informação no rótulo. Para tanto, utilizou-se a metodologia teórica-documental, com raciocínio dedutivo. Foi possível concluir que, apesar do caráter objetivo da responsabilidade, este poderá ser insuficiente para proteger o consumidor.

Palavras-chave: direito à informação; Direito Ambiental; Direito do Consumidor; organismos geneticamente modificados; responsabilidade civil.

1 Pós-doutor, doutor e mestre em Direito. Professor da ESDHC. Procurador da Fazenda Nacional. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2369-8945> / e-mail: elcionrezende@yahoo.com.br

2 Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela ESDHC. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5129-7244> / e-mail: marinagasperini@hotmail.com

3 Mestranda em Direito Ambiental pela ESDHC ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1610-8668> / e-mail: stela-gferreira@gmail.com

THE CIVIL LIABILITY OF GENETICALLY MODIFIED FOOD SUPPLIERS: AN ENVIRONMENTAL AND CONSUMERIST APPROACH

Abstract

The production of transgenics has grown significantly. However, the uncertainties surrounding the effects on consumption persist, in this sense, the information on their labels must be clear and explain the risks inherent in consumption, as provided by the Centers for Disease Control and Prevention (CDC). However, Law Project 4.148/2008 diverges, dispensing with this obligation. Therefore, this study aims to ascertain the civil liability of the

transgenics supplier regarding the absence of information on the label. For this, the theoretical-documental methodology was used, with deductive reasoning. It was possible to conclude that despite the objective nature of the liability, it may be insufficient to protect the consumer.

Keywords: *civil liability; Consumer Law; Environmental Law; genetic modified organism; right to information.*

Introdução

A biotecnologia tornou-se ferramenta largamente utilizada na produção de alimentos, por meio da engenharia genética, grande parte das sementes são transgênicas, derivadas dos Organismos Geneticamente Modificados (OGMs). Apesar de o consumo desses produtos estar inserido no cotidiano, existem, ainda, controvérsias científicas quanto a seus possíveis riscos e efeitos futuros. Desse modo, o estudo do tema justifica-se ante os possíveis reflexos tanto na seara consumerista, como ambiental.

O problema que se enfrentará consiste na responsabilidade do fabricante do alimento transgênico, derivado dos OGMs, haja vista a previsão legal da Lei de Biossegurança (11.105/2011). Portanto, é pertinente questionar se o instituto da responsabilidade civil permite a devida proteção do consumidor, visto sua vulnerabilidade na relação consumerista. Logo, levanta-se como premissa que, apesar de a responsabilidade ser objetiva, ainda é insuficiente para honrar ao princípio da devida informação.

Para tal, é necessária uma abordagem interdisciplinar que adentre diferentes ramos do Direito, como o Direito Ambiental e o do Consumidor, percorrendo também o instituto da responsabilidade civil.

Assim, o primeiro tópico visa definir tecnicamente o os OGMs e discorrer sobre sua introdução na agricultura brasileira; ademais, apresenta como sua temática deve ser tratada na égide de um Estado Ambiental de Direito. Já no segundo tópico a atenção se volta a discorrer sobre a relação consumerista com ênfase ao dever de informação imposto ao fabricante, ressaltando eventual mudança legislativa diante de projeto de lei em andamento. Por fim, analisa-se o instituto da responsabilidade civil para a construção do que concerne ao fabricante do alimento.

Utilizando a metodologia teórica-documental, com raciocínio dedutivo, vale-se da visão proposta por Maria Helena Diniz (2009) a qual sustenta que o Biodireito é capaz de trazer as respostas para as indagações tecnológicas. Ademais, apoia-se nos apontamentos de Nelson Rosenvald (2017) acerca da responsabilidade civil, bem como de Tartuce (2018) para a compreensão da relação consumerista aqui analisada.

1 Organismos geneticamente modificados

Os organismos geneticamente modificados são fruto do avanço da biotecnologia moderna, a tecnologia que possibilitou seu desenvolvimento. O DNA recombinante (rDNA) teve início em 1972 pelo professor Paul Berg:

A tecnologia do DNA recombinante (rDNA) nasceu em 1972 quando o professor da Stanford University (USA) Paul Berg

utilizou enzimas de restrição e uma DNA ligase para criar a primeira molécula de DNA recombinante. Ele produziu uma molécula híbrida e DNA com sequências de macaco, de um vírus que infecta símios (o SV40), e de outro vírus (lambda vírus) (ARAGÃO, 2020).

Nos anos 1980 foram geradas as primeiras plantas transgênicas, mas a partir de 1990, foram aprovadas as primeiras liberações comerciais para plantas transgênicas. “Em 1994, a primeira planta transgênica chegou ao mercado americano. Se tratava do tomate FLAVR-SAVR, modificado pela empresa Calgene para retardar o seu amadurecimento pós-colheita” (ARAGÃO, 2020). A partir dos anos 1990 houve um crescimento exponencial na criação de plantas transgênicas, a novidade foi o surgimento de plantas resistentes a insetos e herbicidas das maiores culturas mundiais como soja, milho e algodão, resultando em imensas áreas de cultivo de sementes transgênicas no Brasil e no Mundo.

No Brasil a aprovação comercial dos transgênicos ocorreu de maneira bastante controversa. O debate acerca das consequências do consumo de OGMs teve início em 1996 e acirrou-se em 1998, quando a Monsanto⁴ requereu à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) a autorização para a comercialização no Brasil de sua soja transgênica. A partir desse momento, várias organizações posicionaram-se contra a aprovação, o que resultou em uma Ação Civil Pública, cuja decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, proibiu a comercialização da semente no Brasil até que fossem realizados estudos que comprovassem sua inofensividade. Apesar da proibição baseada no princípio da precaução, o CTNBio, dias depois, proferiu parecer no sentido de que não havia razão para a proibição e dispensou os estudos de impacto ambiental (PELAEZ, ALBERGONI, 2004, p. 208-209). A partir daí iniciou-se uma batalha judicial, cujo fim se deu em 2005 após a edição da Lei de Biossegurança, Lei 11.105/05, a qual solidificou o entendimento de que a CTNBio é órgão competente para dispor acerca da aprovação comercial de OGMs.

Várias medidas provisórias foram editadas entre o período de requerimento para a comercialização da soja transgênica e sua efetiva liberação, visto que, no sul do Brasil, principalmente no Rio Grande do Sul, os produtores rurais buscavam ilegalmente sementes transgênicas nos países vizinhos como Argentina e Paraguai, onde a comercialização e o cultivo eram legais, para realizarem o plantio da safra. Então, o governo foi pressionado a editar uma série de medidas provisórias a fim de não impactar o mercado da soja no país por não poder comercializá-la. A Medida Provisória n. 113 de 2003, amplamente comentada à época, foi convertida em Lei pelo Senado Federal, Lei n. 10.688 de 2003 que dispõe “Art. 1º A comercialização da safra de soja de 2003 não estará sujeita às exigências pertinentes à Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, com as alterações da Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001.” (BRASIL, 2003).

⁴ A Monsanto é a maior produtora de sementes transgênicas e herbicidas do mundo.

Nesse sentido, é possível observar que a aprovação da comercialização de transgênicos no Brasil ocorreu em um cenário de muita pressão por parte dos produtores e da indústria, que ao criarem um mercado ilegal e realizarem grande parte do plantio da safra com sementes transgênicas, forçaram a edição de normas, e a liberação de sua comercialização sem os devidos estudos de impacto ambiental, uma vez que a não comercialização de parte da safra acarretaria prejuízos econômicos ao Estado.

Passada a liberação comercial dos transgênicos, estes foram difundidos cada vez mais no Brasil e ao redor do mundo, sendo responsáveis hoje por grande parte da produção de alimentos mundial. Em 2017, segundo o Serviço Internacional para Aquisição de Aplicações de Agrobiotecnologia (ISAAA), 24 países plantaram 189.8 milhões de hectares em sementes transgênicas, representando um aumento 112 vezes maior do que em 1996, quando foram plantados 1.7 milhões de hectares (ISAAA, 2017, p. 2), já em 2018 “Vinte e seis países (21 em desenvolvimento e 5 países industrializados) plantaram 191, 7 milhões de hectares de sementes transgênicas, o que adicionou 1, 9 milhões de hectares ao recorde de plantios em 2017⁵” (ISAA, 2018, p. 1).

Internacionalmente, cabe destacar o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, que faz parte da Convenção Sobre Diversidade Biológica, apesar de ter sido celebrado em 2000, o Brasil ratificou o protocolo apenas em 2003. Sendo regulamentado pelo Decreto n. 5.705 de 2006. O protocolo tem como objetivo:

Contribuir para assegurar um nível adequado de proteção no campo da transferência, da manipulação e do uso seguro dos organismos vivos modificados resultantes da biotecnologia moderna que possam ter efeitos adversos na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica, levando em conta os riscos para a saúde humana, e enfocando especificamente os movimentos transfronteiriços (BRASIL, 2006).

No Brasil, no que tange aos organismos geneticamente modificados, a Lei de Biossegurança, veio para regulamentar os incs. II, IV e V do § 1º da Constituição Federal, bem como estabelecer normas de segurança e fiscalização em atividades que envolvam OGMs, além de criar o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS – BRASIL, 2005).

A Lei de Biossegurança dispõe acerca do papel da CTNBio no processo de liberação de organismos geneticamente modificados, quanto a elaboração de “normas técnicas de segurança e pareceres técnicos referentes à autorização para atividades que envolvam pesquisa e uso comercial de Organismos Geneticamente Modificados e seus derivados” (BRASIL, 2005). Além disso, o órgão é responsável

⁵ Twenty-six countries (21 developing and 5 industrialized countries) planted 191.7 million hectares of biotech crops, which added 1.9 million hectares to the record of plantings in 2017 (ISAAA, 2018, p. 1 – tradução livre do autor).

por fazer uma classificação de risco do OGM, a fim de se antecipar ou prevenir os possíveis riscos que a comercialização desse organismo trará para o meio ambiente, tendo competência para definir em última e definitiva instância acerca da necessidade de licenciamento ambiental.

Os conceitos determinantes para o entendimento do tema estão dispostos nos incs. do art. 3º da Lei 11.105/2005:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se: I – organismo: toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético, inclusive vírus e outras classes que venham a ser conhecidas; II – ácido desoxirribonucleico (ADN), ácido ribonucleico (ARN): Material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência; III – moléculas de ADN/ARN recombinante: as moléculas manipuladas fora das células vivas mediante as modificações de segmentos de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação; IV – engenharia genética: atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante; V – organismo geneticamente modificado (OGM): organismo cujo material genético (ADN/ARN) tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética (BRASIL, 2005).

Nesse sentido, organismo geneticamente modificado é toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético, sendo considerado um OGM, qualquer material genético alterado por qualquer técnica de engenharia genética. A Lei de Biossegurança, nos parágrafos do art. 3 e no art. 4, também dispõe acerca das substâncias e técnicas que não se incluem na categoria de um organismo geneticamente modificado.

[...] § 1º Não se inclui na categoria de OGM o resultante de técnicas que impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, inclusive fecundação *in vitro*, conjugação, transdução, transformação, indução poliplóide e qualquer outro processo natural.

§ 2º Não se inclui na categoria de derivado de OGM a substância pura, quimicamente definida, obtida por meio de processos biológicos e que não contenha OGM, proteína heteróloga ou ADN recombinante.

Art. 4º Esta Lei não se aplica quando a modificação genética for obtida por meio das seguintes técnicas, desde que não impliquem

a utilização de OGM como receptor ou doador:

I – mutagênese;

II – formação e utilização de células somáticas de hibridoma animal;

III – fusão celular, inclusive a de protoplasma, de células vegetais, que possa ser produzida mediante métodos tradicionais de cultivo;

IV – autoclonagem de organismos não-patogênicos que se processe de maneira natural (BRASIL, 2005).

O OGM caracteriza-se pela seleção da característica desejada no organismo doador, e a transferência dessa característica para o organismo desejado por meio de técnicas de edição genética, o que se diferencia do melhoramento genético convencional, uma vez que a edição genética permite a seleção precisa da característica desejada, enquanto que no melhoramento convencional, ainda que a característica desejada seja predominante, outras características também serão transmitidas no cruzamento entre os organismos. Nesse sentido:

Transgênicos são organismos que têm a estrutura genética alterada pela atividade da engenharia genética, que utiliza genes de outros organismos para dar àqueles novas características. Essa alteração pode tanto buscar a melhora nutricional de um alimento como tornar a planta mais resistente a um herbicida (SILVA, 2001, p. 237).

Cabe ressaltar a diferença técnica conceitual entre OGM e transgênico, apesar de serem comumente tratados como sinônimos. Os OGMs são modificados a partir da inserção de material genético proveniente de um ser vivo da mesma espécie, já o transgênico é modificado a partir de material genético de uma espécie diferente da sua (ALVES, 2004, p. 4). Neste trabalho, para melhor compreensão, os conceitos serão utilizados como sinônimos a partir do conceito de OGM.

Apesar de sua popularidade na produção alimentícia mundial, os OGMs ainda são motivo de controvérsia, dada a ausência de estudos que comprovem sua inocuidade, atualmente, quase como à época de sua aprovação, permanecem cercados de incertezas quanto a seus efeitos para o consumo humano. Alguns dos possíveis efeitos são relatados por Maria Rafaela Junqueira Bruno Rodrigues:

No que tange ao meio ambiente, alerta-se sobre a possibilidade de afetar biotas estranhas àquela onde foi cultivado o alimento transgênico, por meio do deslocamento pelo vento, insetos, pólen. Outrossim, denota-se a hipótese de aparecer reações adversas no organismo humano. Com efeito, pode ocorrer mutação celular, que resulte em menor resistência dos órgãos internos ou do

sistema imunológico; os alimentos podem ser tóxicos, vez que sua modificação pode causar o aparecimento de novas enzimas e toxinas; as reações adversas, às vezes, podem aparecer após longo prazo de consumo contínuo, posto que algumas reações sejam acumulativas (RODRIGUES, 2003, p. 121-122).

As consequências relatadas são discutidas mundialmente, sendo um tema bastante controverso, visto que os OGMs são apontados como causadores do surgimento de alergias alimentares, criadores dos chamados desertos verdes, ou áreas de grande cultivo de monocultura responsáveis pela extinção de quase toda a biodiversidade que ali habitava, etc. Outro ponto a ser ressaltado é a dependência do uso de determinados defensivos agrícolas nas plantas que são resistentes a um tipo específico de herbicida. Essa venda casada acabou monopolizando o mercado, fazendo que os produtores rurais majoritariamente sejam dependentes das empresas que disponibilizam essas tecnologias. Além disso, ao longo dos anos, alguns efeitos nocivos já foram constatados.

Sendo que o consumo de transgênicos denota riscos reais, os quais já foram comprovados por vários acidentes ocorridos. Este é o caso ocorrido nos Estados Unidos, em 1989, em que cinco mil pessoas adoeceram, trinta e sete mil morreram, e mais de mil e quinhentos ficaram com sequelas permanentes, após consumirem um complemento alimentar feito com bactérias geneticamente modificadas, denominadas de triptofano (aminoácido componente de proteínas), que ensejou a Síndrome de Eosinofilia-mialgia. Entenda-se por Eosinofilia aumento dos glóbulos brancos, e por mialgia, dores musculares. O suscitado complemento foi produzido pela empresa japonesa, Showa-Denko, que o retirou do mercado devido às consequências (RODRIGUES, 2003, p. 114-115).

Ainda que tenha havido uma grande evolução nas técnicas de edição genética e criação de organismos geneticamente modificados, não há como afirmar a inofensividade desses organismos, dada sua natureza e a imprevisibilidade inerente à edição genética.

Em contraponto à insegurança sobre seus resultados, os defensores de sua utilização acreditam que eles são responsáveis pela diminuição na utilização de agrotóxicos, uma vez que por serem resistentes a certos tipos de pragas e herbicidas, necessitariam de menores aplicações de agrotóxicos. Além disso citam o aumento da produtividade, uma vez que são acometidos menos vezes por pragas, bem como o enriquecimento nutricional e maior retorno financeiro.

1.1 Organismos geneticamente modificados e o Estado Ambiental de Direito: a primazia do princípio da precaução

Em 2050 a população mundial aumentará, provavelmente, em 35%. Para alimentar essa população, a produção agrícola terá que duplicar (FAO, ONU, 2016). Pelo quinto ano consecutivo, o crescimento da produtividade agrícola global não está acelerando o suficiente para atender de maneira sustentável às necessidades de alimentos, rações, fibras e biocombustíveis de quase 10 bilhões de pessoas em 2050 (GHI, 2018).

Diante desse cenário, a introdução da biotecnologia na produção de alimentos tornou-se ferramenta utilizada em larga escala a fim de propiciar um cultivo estável e mais produtivo. Conforme aponta Maria Helena Diniz (2009), a tecnologia empregada pode “diminuir problemas advindos da demanda populacional, da nitrificação do solo, da pouca absorção do nitrogênio pelas plantas, da contaminação do solo, da pouca resistência das plantas a certas pragas ou da fácil deterioração dos vegetais” (DINIZ, 2009, p. 726). Conforme definem Naves e Silva os OGMs são “organismos vivos cujo material genético foi alterado por técnicas de engenharia genética, redefinindo suas qualidades” (NAVES; SILVA, 2014, p. 357).

Contudo, apesar dos benefícios da aplicação da técnica, que refletem na redução dos gastos de produção ante a diminuição das despesas com agrotóxico, mão de obra especializada e o tempo gasto no processo de produção alimentar, não se tem certeza quanto a possíveis riscos futuros e desconhecidos. Dessa maneira, “o biodireito vem como uma resposta às indagações que surgem diante das perplexidades e impactos sociais causados pelas inovações científicas.” (DINIZ, 2009, p. 01).

É necessário observar que a normatização constitucional de valores de ordem ambiental⁶ faz do Estado de Direito objeto de tomada de uma feição particularizada de paradigma estatal. O Estado Ambiental de Direito supera o modelo liberal, já que a matéria ambiental assume um papel central e é protegida proativamente pelo poder público e sociedade, e o modelo social, visto que a dignidade da pessoa humana agrega uma dimensão ecológica. Dessa maneira, a natureza não é tratada apenas como matéria de exploração com valor econômico, mas se torna uma extensão do próprio indivíduo.

⁶ Esses valores de ordem ambiental tiveram gênese a partir da Conferência de Estocolmo de 1972 que propôs o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a redução de seus impactos. Como resultado a “Declaração sobre Meio Ambiente Humano” firmou vinte e seis princípios norteadores para que cada Estado-Nação compusesse seu ordenamento jurídico de modo a dar proteção ao reconhecido direito humano a um meio ambiente de qualidade. Na realidade brasileira, como meio de adequação ao compromisso internacional foi promulgada a Lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Após, a constituição de 1988, que, nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 153), tem como característica a “A universalização dos direitos individuais, sociais e difusos” que constitucionalizou o Direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado com status de Direito Fundamental.

Assume-se como um dos principais desafios para um *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, direito-dever de todos, a construção de um desenvolvimento sustentável, que consiga balancear os aspectos econômicos e sociais não só visando à perspectiva atual, mas de modo a garantir uma solidariedade intergeracional na proteção do bem ambiental, o que requer uma proteção sistêmica. Conforme aponta Antunes (2017, p. 43): “[...] O Direito Ambiental não pode, sequer, ser imaginado sem uma consideração profunda de seus aspectos econômicos, pois entre seus fins últimos se encontra a regulação da apropriação econômica dos bens naturais”.

Observa-se que o tratamento da proteção ambiental é princípio explícito da ordem econômica (art. 170, VI da CF). Logo, busca-se harmonizar e frear os objetivos capitalistas ante a finitude dos bens ambientais. Assim, a construção da proteção ambiental tem como ferramentas princípios norteadores que proporcionam caminhos frente às investidas nocivas ao bem ambiental.

Atenta-se ao princípio da precaução que dita a necessidade de uma posição *in dubio pro natura*⁷ diante dos riscos advindos de uma incerteza ou imprevisibilidade científica, antes mesmo da exatidão dos resultados. Desse modo, a proteção ambiental não deve ocorrer somente quando da existência do dano, mas deve ser efetiva para que se antecipe aos riscos e possibilite a interposição das medidas mais eficientes diante a um caso de desastre ambiental. Assevera Machado (2013, p. 99):

A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta.

Ao julgar agravo regimental em um recurso especial, a 1ª Turma do STJ⁸ valeu-se do princípio da precaução para afastar a instalação de rádio-base, por uma

7 Conforme assevera Machado (2013, p. 111) “Na dúvida, opta-se pela solução que proteja imediatamente o ser humano e conserve o meio ambiente (*in dubio pro salute* ou *in dubio pro natura*)”.

8 PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. INSTALAÇÃO DE ESTAÇÕES RÁDIO-BASE. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283 DO STF. AUSÊNCIA DE CERTEZA CIENTÍFICA QUANTO AOS EFEITOS QUE A INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO RÁDIO-BASE PRODUZ À SAÚDE HUMANA. PREVALÊNCIA DA DEFESA DO MEIO AMBIENTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O fundamento autônomo e suficiente à manutenção do decisum objurgado, segundo o qual o **caso não comporta juízo de certeza, devendo ser aplicado o princípio da precaução**, não foi alvo de impugnação nas razões de Recurso Especial, permanecendo, portanto, incólume. Dessa forma, aplicável, na espécie, por analogia, a Súmula 283 do STF. 2. **Tendo em vista a ausência de certeza científica quanto aos efeitos** que a instalação de estação rádio-base pode causar à **saúde humana, prevalece a defesa do meio ambiente em atendimento ao princípio da precaução**. Precedentes: REsp. 1.285.463/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 6.3.2012; AgRg na SLS 1.323/CE, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJe 2.8.2011 (AgRg no REsp 1139791/SE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 26/10/2016).”

empresa de telefonia que alegava, em síntese, que a atividade não pertencia ao rol de atividades potencialmente poluidoras⁹.

Ademais, a Súmula 618 do STJ¹⁰ consagra o entendimento de que deve ser aplicada a inversão do ônus da prova em matéria de degradação ambiental. O fundamento para essa posição é a efetividade do princípio da precaução, visto que a responsabilidade de provar a inexistência de riscos da atividade ou do produto, deve recair a quem seja o provável poluidor.

Haja vista a insegurança de que a atividade desempenhada possa acarretar algum risco ao meio ambiente, retorna-se à noção de que, em caso de dúvida, deve-se adotar sempre uma postura que beneficie ao meio ambiente (*in dubio pro natura*). Portanto, como salienta o Tribunal “uma técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva” (STJ, 2009).

Frisa-se que as definições de prevenção e precaução apesar de terem como finalidade similar a proteção e preservação do meio ambiente, possuem diferenças. O princípio da precaução abarca a antecipação de riscos hipotéticos, que não possuem certeza científica e que demandam adoção de medidas eficazes para antecipação desses riscos. Já no princípio da prevenção, trata-se de riscos não potenciais, mas constatados. A distinção básica entre os princípios é a que um corresponde a um perigo concreto (no caso da prevenção) e de um perigo abstrato (no caso da precaução) (GUERRA; GUERRA, 2009, p. 136).

Em contraponto, o autor Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2013) dispõe que o princípio da precaução “estaria evidentemente colocado dentro do princípio constitucional da prevenção.” (FIORILLO, p. 71). Salienta que:

[...] ainda que possível argumentar no plano infraconstitucional a existência de um chamado “princípio” da precaução, não deve ele ter base apenas em possibilidade teórica de risco de degradação ambiental; deve prevenir e evitar situação que se mostra efetivamente apta à causação desse dano (FIORILLO, 2013, p. 71).

Não obstante a divergência quanto à natureza do princípio, fato é que a introdução dos OGMs pode, caso não ocorra de maneira cautelosa, atingir proporções que superam seus benefícios¹¹. Válido destacar o posicionamento de Edis Milaré (2009), em que o princípio “enfrenta a incerteza dos saberes científicos”

9 A Instrução Normativa n. 6 de 15 de março de 2013 regulamenta o Cadastro Técnico de Federal de Atividades potencialmente poluidoras. Em seu anexo I traz um rol exemplificativo de atividades potencialmente poluidoras e extratoras de recursos naturais.

10 A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental (Súmula 618, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/10/2018, DJe 30/10/2018).

11 Os autores Naves e Silva relacionam os principais efeitos negativos da introdução dos OGMs como: [...] a redução ou perda da biodiversidade e a contaminação dos recursos naturais, principalmente a água e o solo. A propagação de certos efeitos toxicológicos no meio ambiente pode ocorrer em cadeia, em virtude da natureza da relação que os organismos estabelecem entre si e com o próprio ecossistema (NAVES; SILVA, 2014, p. 361).

(MILARÉ, p. 824). Assim, compreende-se como acertado o entendimento de Naves e Silva de que por meio da “delimitação, afastamento e mitigação de riscos incertos sob o ponto de vista científico [o princípio torna-se] um instrumento de garantia dos interesses das gerações futuras” (2014, p. 355).

2 O direito de informação do consumidor e a rotulagem dos alimentos transgênicos

O consumo, como exercido hodiernamente, teve início com as transformações da revolução industrial, que promoveu a massificação da produção. Dessa maneira, a sociedade dividiu-se entre fabricantes e consumidores. O desequilíbrio inerente dessa relação tornou necessária a adoção de medidas específicas para tutelar o sujeito mais vulnerável, o consumidor.

Essa necessidade de proteção teve reconhecimento internacional, a Resolução n. 39/248 da Organização das Nações Unidas (ONU) estabeleceu objetivos e diretrizes acerca da política de proteção do consumidor, que serviu como norte para a criação das legislações consumeristas em cada Estado. Na conjuntura brasileira, adotou-se a terminologia Direito do Consumidor, que tem por finalidade a proteção do consumidor ao buscar o equilíbrio da relação, por meio da redução das desigualdades existentes entre consumidor e fabricante.

A defesa do consumidor é um direito fundamental previsto no Art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988¹². Por conseguinte, é uma cláusula pétreia, com eficácia horizontal, princípio da ordem econômica¹³, regulamentada pela Lei n. 8.078/1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor, pautado em princípios, com força normativa, instituído pela Política Nacional de Relações de Consumo.

Entre eles, destaca-se o princípio da vulnerabilidade¹⁴ que opera como norteador da relação consumerista, haja vista que infere presunção absoluta na vulnerabilidade do consumidor. Conforme aponta o doutrinador Flávio Tartuce (2018) há até mesmo um pleonasmo na definição “consumidor vulnerável”, visto que “todos os consumidores têm tal condição, decorrente de uma presunção que não admite discussão ou prova em contrário” (TARTUCE, 2018, p. 49).

Oportuno ressaltar como o CDC estrutura a relação jurídica de consumo. O código define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2º) e lhe equipara à “coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (parágrafo único).

12 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

13 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V – defesa do consumidor;

14 Expresso pelo art. 4º, I, do CDC.

Ao tratar do fabricante, adotou-se um sentido amplo, abarcando o prestador de serviço, o qual consiste em “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviço” (art. 3º). Diante da complexidade da cadeia produtora e de fabricante dos alimentos, restringe-se esta análise à rotulagem, no presente trabalho, e àqueles que os fabricam e são responsáveis por seu armazenamento (embalagem) para oferecimento ao público.

Isto posto, o CDC destinou aos consumidores direitos básicos que estão positivados em seu art. 6º¹⁵. Ressalta-se que esse rol é exemplificativo e, em função da cláusula de abertura do microsistema do código, esses direitos “não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade” (Art. 7º, CDC).

Ressalta-se o direito à informação, que também possui previsão constitucional (art. 5º, XIV, da CF/88). Esse direito impõe ao fabricante o ônus de que os produtos e serviços contenham “especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (Art. 6º, III, CDC). Conforme aponta Tartuce (2018), há uma duplicidade no princípio que consiste no “dever de informar e o direito de ser informado, sendo o primeiro relacionado com quem oferece o seu produto ou serviço ao mercado, e o segundo, com o consumidor vulnerável” (TARTUCE, 2018, p. 55). Além disso, acerca das informações prestadas ao consumidor, dispõe o CDC:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade

15 Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; IX – (Vetado); X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Parágrafo único. A informação de que trata o inc. III do *caput* desse artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento.

e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

No que tange aos alimentos transgênicos, a Lei de Biossegurança em seu art. 40º define a obrigatoriedade da informação da origem de sua composição, conforme regulamento, na rotulagem dos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGMs ou derivados.

O regulamento a que se refere a lei supra é realizado pelo decreto 4.680/03, este prevê que, “na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, com presença acima do limite de um por cento do produto, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto” (Art. 2º, DL 4680/03). Além disso, dispõe o decreto, no §1º do art. 2º:

§ 1º Tanto nos produtos embalados como nos vendidos a granel ou *in natura*, o rótulo da embalagem ou do recipiente em que estão contidos deverá constar, em destaque, no painel principal e em conjunto com o símbolo a ser definido mediante ato do Ministério da Justiça, uma das seguintes expressões, dependendo do caso: “(nome do produto) transgênico”, “contém (nome do ingrediente ou ingredientes) transgênico(s)” ou “produto produzido a partir de (nome do produto) transgênico”.

Esse símbolo foi definido pela portaria n. 2.658 de 22 de dezembro de 2003 e consiste em um triângulo amarelo que contém em seu centro um “T” maiúsculo em preto.

2.1 O projeto de lei n. 4.148/2008

O Projeto de Lei n. 4.148/2008, em tramitação no Senado Federal como PLC n. 34/2015¹⁶, propõe a alteração da Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) e, portanto, altera a rotulagem de alimentos transgênicos no Brasil, pela revogação tácita da portaria do Ministério da Justiça n. 2.658/2003. Suas principais alterações consistem em:

¹⁶ O Projeto de Lei 4148/08 é de autoria de Luiz Carlos Heinze à época deputado federal pelo PP-RS. A matéria foi aprovada em 28/08/15 com 320 votos a 135, na forma de uma emenda. Remetido ao Senado Federal a proposta já foi examinada em cinco colegiados e recebeu parecer pela rejeição nas comissões de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT), Assuntos Sociais (CAS) e Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor (CTFC). Já as comissões de Agricultura e Reforma Agrária (CRA) e de Meio Ambiente (CMA) aprovaram a retirada do selo. Até o fechamento do presente artigo, em consulta ao site do Senado Federal aos 07 de junho de 2020, a proposta encontra-se em aguardo para apreciação da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE).

Rotular como transgênicos apenas os alimentos cuja presença de OGM for comprovadamente detectada através de “análise específica”;

Facultar a rotulagem “livre de transgênicos” aos alimentos para os quais a referida “análise específica” tenha resultado negativo sobre a presença de OGMs; e Retirar o símbolo “T”, atualmente utilizado para a identificação de alimentos transgênicos, substituindo-o pelas expressões “(nome do produto) transgênico” ou “contém (nome do ingrediente) transgênico”.

Como justificativa para a alteração legislativa, alega-se que o símbolo, o triângulo amarelo com a letra “T” em maiúsculo, é interpretado pelo consumidor como um sinal de perigo, em decorrência disso a figura serviria como uma contra-propaganda do produto, que conduz ao erro, classificando-o como um conteúdo inútil, visto que não cumpriria seu papel de esclarecimento.

Ademais, propõe-se o critério da detectabilidade em contraponto ao critério atualmente usado, o da rastreabilidade. Alega-se, em síntese, que tal critério é frágil e que sua comprovação ocorre por meio de certificados. Assim, o método causa prejuízos ao comércio nacional, haja vista os custos para a certificação, que prejudica os produtores nacionais. Aduz, ainda, que os produtos importados não passam por esse critério em sua fiscalização, isto acaba por exercer influência no preço final, tornando-os mais atrativos para o mercado em detrimento dos produtos nacionais.

As controvérsias quanto à matéria do projeto de lei impactam a decisão quanto a sua aprovação, sendo que as comissões que se manifestaram no trâmite legislativo adotaram posturas díspares.

Por meio de Nota Técnica Jurídica elaborada em parceria, o Instituto Socioambiental (ISA), Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e a Organização Terra de Direitos e Movimento dos Pequenos Agricultores (MPA), também se manifestaram contrários ao projeto de lei, em razão da afronta aos direitos dos consumidores. Destacando a inadequação da substituição do símbolo “T”, haja vista que:

[...] o símbolo “T” já se encontra devidamente sedimentado no inconsciente da população, sendo forma simples, clara e didática de informar ao consumidor sobre a presença de transgênicos. Aliás, interessante notar que, segundo a lógica estabelecida no inconsciente popular pela sua adoção, a ausência deste símbolo nos produtos pode induzir o consumidor a pressupor pela inexistência de transgênicos.

Além de ressaltar a possibilidade de impactos negativos econômicos e diplomáticos para o país:

Certamente, seja em razão da relevância da correção e adequação da informação para o mercado internacional, seja em decorrência da proibição ou das restrições a produtos transgênicos em alguns países (como o exemplo da França, [...]), seja ainda pelas severas limitações impostas ao uso de alguns dos agrotóxicos largamente utilizados no Brasil, os mencionados resultados práticos advindos da eventual aprovação do PL n. 4.148/2008 jamais seriam aceitos internacionalmente, o que causaria severos impactos negativos à economia nacional, notadamente à exportação do setor agropecuário.

Outrossim, a proposta legislativa tem enorme rejeição. De acordo com a pesquisa pública realizada no endereço virtual do Senado, em consulta realizada em 18 de julho de 2020, infere-se que de 24.591 votos, somente 1.111 deles são a favor da proposição legislativa.

Diante das possíveis alterações da proposta legislativa que podem atingir pontos sensíveis da exportação de alimentos é oportuno ressaltar como a questão é tratada por outros países. Conforme apontam Pozzetti e Fontes (2014), o tipo de controle de aprovação dos transgênicos “reflete a escolha entre abrir mercados e investir em biotecnologia ou adotar severos mecanismos de proteção aos consumidores” (POZZETTI; FONTES, p. 43).

A União Europeia, por meio do regulamento n. 1830/2003¹⁷, dispõe sobre a rastreabilidade e rotulagem de OGMs, bem como para produtos alimentícios para o consumo animal. Exige-se que os Estados-membros garantam a rastreabilidade e rotulagem do produto em todas as fases de sua colocação no mercado¹⁸. Além disso, o limite de percentual de material geneticamente modificado aceito para a não informação do bloco é mais rigoroso, visto que acima do percentual de 0,9¹⁹ torna-se necessária a rotulagem, o que vai de encontro com o percentual de 1,0% sugerido pela proposta legislativa.

Por sua vez, a rotulagem de produtos derivados de OGMs nos Estados Unidos não é obrigatória, visto que o órgão Food and Drug Administration (FDA) determinou que estes são substancialmente semelhantes a seus equivalentes que não contam com a técnica da transgenia. É válido frisar que a estratégia da

17 Relativo à rastreabilidade e rotulagem de organismos geneticamente modificados e à rastreabilidade dos gêneros alimentícios e alimentos para animais produzidos a partir de organismos geneticamente modificados e que altera a Directiva 2001/18/CE.

18 A Directiva 2001/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Março de 2001, relativa à libertação deliberada no ambiente de organismos geneticamente modificados, exige que os Estados-membros adotem medidas para garantir a rastreabilidade e rotulagem dos OGMs autorizados, em todas as fases de sua colocação no mercado. 19 Art. 7º, 2.º: “No que respeita aos produtos destinados ao processamento directo, o disposto no nº 1 não é aplicável aos vestígios de OGMs autorizados numa proporção não superior a 0,9 % ou a limiares mais baixos estabelecidos ao abrigo do n. 2 do art. 30º, desde que a presença desses vestígios seja acidental ou tecnicamente inevitável.”

equivalência substancial é questionada, por dispensar a falta de critérios rigorosos²⁰.

Nota-se o contraste de tratamento da matéria no âmbito internacional. Contudo, em observância ao ordenamento pátrio percebe que o projeto de lei propõe alterações que cerceiam o efetivo direito de informação do consumidor. Suas justificações visam um benefício aos fabricantes de alimentos e das indústrias detentoras da tecnologia para criação dos transgênicos, o que agrava ainda mais a vulnerabilidade do consumidor. Resultado totalmente contrário à ordem estabelecida constitucionalmente, sendo necessária uma reflexão acerca da responsabilidade do fabricante do produto alimentício.

Frisa-se que, a despeito de todas as incógnitas quanto à segurança dos alimentos transgênicos, o direito fundamental do consumidor à informação não é decorrente da possibilidade desses riscos, mas do dever do fornecedor de prestar as informações adequadas. Estas são extremamente necessárias para a autonomia dos consumidores como sujeitos ativos do mercado. Ademais, o consumo consciente somente se efetiva com consumidores que tenham a sua disposição e de fácil modo de interpretação, tais informações.

A rotulagem e a identificação dos transgênicos é forma de cumprimento do Código de Defesa do Consumidor e de prevalência da vontade do cidadão, que, assim, pode decidir o consumo baseado em informações seguras e precisas. Em razão disso, políticas públicas de biossegurança e segurança alimentar devem ser pautadas em fornecer informação integral e de qualidade aos consumidores.

3 A responsabilidade civil do fabricante de alimentos geneticamente modificados

O instituto da responsabilidade civil encontra previsão no art. 927 do Código Civil que dispõe “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2002). No mesmo sentido, a Lei define o conceito de ato ilícito, nos arts. 186 e 187.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, cabe destacar as duas classificações da responsabilidade civil. Verifica-se que o art. 186 trata do que chamamos de responsabilidade subjetiva,

²⁰ “As plantas transgênicas, aprovadas para o cultivo comercial nos Estados Unidos, tiveram sua liberação baseada no princípio da equivalência substancial. Assim, a soja RR foi considerada “equivalente” a sua antecedente natural, a soja convencional, porque não difere dela nos aspectos cor, textura, teor de óleo, composição e teor de aminoácidos essenciais e de nenhuma outra qualidade bioquímica.” (NODARI; GUERRA. 2001. p. 91).

ou seja, aquela responsabilidade que depende da comprovação do elemento culpa para se concretizar.

Já o art. 927 trata da responsabilidade objetiva, ou seja, aquela em que basta a comprovação do ato ilícito e do resultado danoso para que surja o dever de indenizar, não havendo que se falar em culpabilidade. No parágrafo único do artigo supracitado, destaca-se a disposição da obrigação de reparar o dano objetivamente, nos casos em que a atividade desenvolvida pelo autor implicar, em virtude de sua natureza, risco para os direitos de outrem. Assim, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil traz à baila a teoria da responsabilidade civil objetiva baseada no risco. Acerca da teoria do risco, Nelson Rosenvald assevera:

a teoria objetiva, qualquer pessoa pode deliberar pela realização de uma atividade econômica. Empreender é próprio da sociedade capitalista e do instinto humano. O termo risco é oriundo do italiano “risicare”, que significa “ousar” ou “aventurar”. Pois bem, aquele que delibera por assumir o risco inerente a uma atividade deverá se responsabilizar por todos os danos dela decorrentes, independentemente da existência de culpa. Se a opção do agente é de ousar e se aventurar, necessariamente arcará com os custos relacionados à trasladação dos danos sofridos pela vítima, sem se considerar a licitude ou ilicitude da conduta. A partir do momento em que a teoria objetiva liberta o acesso à reparação de danos do filtro da culpa, delibera por aceitar a ideia de que mesmo se o caso concreto não demonstrar a prática do comportamento antijurídico, em certas circunstâncias será socialmente mais justo atribuir o pagamento da indenização àquele que administra o risco da atividade (ROSENVALD, 2017, p. 513).

A sociedade em que vivemos, fruto de um processo de industrialização e consumo exacerbados, produziu grandes avanços, mas em consequência, produziu vários efeitos negativos, alguns já conhecidos, como as mudanças climáticas, os desastres ambientais, catástrofes derivadas da manipulação nuclear, e outros efeitos ainda desconhecidos, derivados do aumento de tecnologia e desenvolvimento. Aos efeitos desconhecidos, atribuímos o valor risco, uma vez que na sociedade em que vivemos, são intrínsecos ao desenvolvimento. Acerca da sociedade de risco, Ulrich Beck assevera:

[...] o que significa que a dinâmica da sociedade de risco se baseia menos na suposição de que temos de viver, hoje e no futuro, num mundo de perigos inéditos e mais na ideia de que vivemos num mundo que tem de decidir o seu futuro nas condições de

insegurança produzida, fabricada por si próprio. Isto implica que o mundo deixou de poder controlar os perigos gerados pela modernidade, ou melhor, que a crença segundo a qual a sociedade moderna poderia controlar os perigos por ela criados está a desmoronar-se – não devido a falhas e a derrotas da modernidade, mas sim às suas vitórias (BECK, 2015, p. 20).

Cabe ressaltar que a existência de riscos é inerente ao desenvolvimento da sociedade atual, todavia, deve-se observar o princípio da precaução, conforme tratado anteriormente no presente trabalho, uma vez que não se trata de impedir o desenvolvimento caso ele esteja cercado de incerteza, e sim de garantir, ou tomar as medidas de segurança e certificação necessárias para que o risco seja minimizado ou extinto. Nesse sentido, Silva assevera:

Diante da certeza do risco, isto é, diante de riscos demonstrados (risques avérés), o princípio da prevenção preconiza que medidas sejam adotadas para evitar o dano. Na área de biossegurança, quando os riscos não dependem do querer humano, ou seja, quando não é possível evitar o dano, o princípio da prevenção preconiza a adoção de medidas de proteção, visando à redução das consequências danosas. Tanto num quanto n'outro caso, o modelo de decisão é fundado na segurança. Considerando as hipóteses em que impera a incerteza e as informações existentes não são conclusivas, isto é, em face de riscos hipotéticos (risques hypothétiques), o princípio da precaução preconiza a adoção de medidas tendentes a não gerar o dano (SILVA, 2007, p. 302).

No caso em comento, o risco é determinante para a responsabilização, uma vez que ao assumir o risco da atividade e obter vantagens ligadas diretamente à natureza arriscada dos organismos geneticamente modificados, o indivíduo também se expõe a maior probabilidade de que aquela atividade venha a causar dano a outrem, e por essa relação entre risco e proveito assume objetivamente a responsabilidade. Nesse sentido, Sergio Cavelieri Filho assevera:

Em suma, quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a ninguém, sob pena de ter que por ele responder independentemente de culpa. *Aí está*, em nosso entender, a síntese da responsabilidade objetiva. Se, de um lado, a ordem jurídica garante a liberdade de ação, a livre iniciativa etc., de outro, garante também a plena e absoluta proteção do ser humano. Há um direito subjetivo à segurança cuja violação justifica a obrigação de reparar o dano

sem nenhum exame psíquico ou mental da conduta do seu autor. Na responsabilidade objetiva, portanto, a obrigação de indenizar parte da ideia de violação do direito de segurança da vítima (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 155-156).

Quando tratamos da responsabilidade civil dos fabricantes de alimentos geneticamente modificados, o elemento risco está presente em toda a cadeia produtiva, visto que, apesar do aumento de produção, e a facilidade de manejo, os efeitos desses alimentos no organismo humano ainda são desconhecidos. Então, ao optar por comercializar o alimento modificado, o fabricante assume o risco do desconhecimento de resultado.

Além disso, por se tratar de uma relação de consumo, há que se falar na incidência do Código de Defesa do Consumidor que por sua vez dispõe acerca da responsabilidade do fabricante.

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos (BRASIL, 1990).

Na relação consumerista a responsabilidade civil do fabricante independe de culpa, ou seja, trata-se de responsabilidade objetiva. Nesse sentido, Gonçalves assevera:

O consumidor, em razão da solidariedade passiva, tem direito de endereçar a reclamação ao fornecedor imediato do bem ou serviço, quer se trate de fabricante, produtor, importador, comerciante ou prestador de serviços, como também pode, querendo, acionar o comerciante e o fabricante do produto, em litisconsórcio passivo (GONÇALVES, 2011. p. 282).

Nesse sentido, a responsabilidade não é atraída apenas pelo fabricante do alimento geneticamente modificado, mas também pelo proprietário da patente do OGM, pelo produtor que cultiva a semente, pela transportadora, bem como pela indústria processadora do alimento, e a distribuidora, uma vez que assumem o risco ao exercerem sua atividade baseada em um alimento que possui incerteza científica quanto a seus reais efeitos.

O Código de Defesa do Consumidor faz uma ressalva quanto ao comerciante, em seu art. 13, dispondo acerca das hipóteses nas quais será responsabilizado,

quais sejam: “I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II – o produto for fornecido sem identificação clara de seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis.” Assim, o CDC, consagra uma responsabilidade subsidiária para o comerciante em relação aos outros integrantes da cadeia produtiva, tendo em vista a vulnerabilidade do primeiro em face dos demais agentes.

No que tange à objetividade da responsabilização do fabricante não resta dúvida, entretanto, o presente trabalho trata da responsabilização do fabricante diante da ausência de informações no rótulo de alimentos geneticamente modificados, que poderá ser autorizada pelo Projeto de Lei 4.148/2008.

A necessidade do fornecimento de informações claras ao consumidor é elencada no art. 6º, III, do CDC, e dispõe acerca da necessidade das informações referentes à quantidade, características, composição e qualidade, bem como dos tributos incidentes, mas em especial trata da necessidade da informação dos riscos que podem ser apresentados pelo produto (BRASIL, 1990). No mesmo sentido, os arts. 9º e 10º do CDC dispõem sobre a obrigatoriedade de que o fabricante informe o consumidor de maneira ostensiva e adequada quanto aos potenciais perigos inerentes a seu produto ou serviço caso existam, além da obrigatoriedade de não colocar produto no mercado em que saiba haver alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde e à segurança (BRASIL, 1990).

O Projeto de Lei n. 4.148/2008 vai de encontro a todas as determinações quanto a obrigatoriedade de informações para o consumidor, conforme explicitado anteriormente neste trabalho, uma vez que defende a disponibilização da informação acerca da existência de transgênico no produto apenas nos casos em que ao final da produção ele seja encontrado percentualmente em maior quantidade do que 1%. Além disso propõe a retirada do símbolo “T” das embalagens, bem como a retirada da informação acerca da espécie doadora do gene (BRASIL, 2008).

Nessa perspectiva, é possível afirmar que a responsabilidade do fabricante de alimentos geneticamente modificados quanto a ausência de informação no rótulo dos produtos é objetiva, uma vez que além de estar sob a égide do Código do Consumidor, possui obrigatoriedade legal e constitucional de informar seu consumidor acerca dos potenciais riscos inerentes a seu produto. Ainda que os possíveis danos causados pelo consumo de alimentos geneticamente modificados não estejam provados, o consumidor deve ter o direito de escolher não correr os riscos inerentes a seu consumo.

Considerações finais

O consumo de alimentos geneticamente modificados é uma realidade em todo o mundo, o crescimento populacional faz que a demanda por alimentos aumente em uma velocidade exponencial, assim como o plantio de OGMs. A

biotecnologia e a edição genética vieram para somar, para fazer que o ser humano possa ir além, todavia, sua utilização sem os devidos critérios pode trazer prejuízos gravíssimos.

A ausência de estudos efetivos de impacto ambiental foi constatada durante a liberação comercial dos organismos geneticamente modificados no Brasil. O que coloca o consumidor e o cidadão em uma posição de extrema vulnerabilidade, já que consome um produto que não foi efetivamente estudado pelo órgão que o aprovou. Existe uma grande variedade de alimentos geneticamente modificados no mundo, todavia, a pressão exercida pelas grandes indústrias monopolizadoras desse mercado, fez que o grande mercado mundial se reduzisse a pouquíssimas variedades comercializadas em grande escala.

Seria muito radical taxar os OMGs como vilões, ou associá-los imediatamente ao risco, mas dadas as circunstâncias eles devem ser tratados com alto grau de incerteza, e deixados os interesses econômicos de lado, e efetivamente estudados, para que cumpram seu propósito.

Acerca do direito à informação, cabe salientar que este é mais profundo do que a simples disposição de informações no rótulo dos produtos. Quando tratamos de alimentos transgênicos, lidamos com um grande desconhecimento por parte da população acerca de seus possíveis riscos. Não há que se falar em informação sem o conhecimento de seus principais riscos, a disposição de características no rótulo de um produto tão específico, não informa, apenas o diferencia. Para que esse direito seja realmente efetivado quanto ao consumo de organismos geneticamente modificados, devemos falar em ampliação da informação, em políticas públicas que vinculem o comércio de produtos OGMs à comerciais informativos, ou a verba destinada a pesquisa dos reais efeitos desses organismos.

Portanto, conclui-se que, por estar sob a égide do Código do Consumidor, bem como das disposições do Código Civil, o fabricante deverá responder objetivamente pela ausência de informações ao consumidor, todavia, temerosa se faz a possibilidade de aprovação do Projeto de Lei tratado no presente trabalho, posto que diante das incertezas inerentes à produção do alimento transgênico, deveríamos estar tratando de um fortalecimento da legislação bem como um aumento de incentivo a pesquisa e estudo de impactos ambientais, e não da ausência de informações para o consumidor. No caso da aprovação, apenas a responsabilização objetiva não seria suficiente para a proteção do consumidor, uma vez que as indenizações jamais ultrapassarão o limite do lucro auferido pela ocultação de informações no rótulo dos produtos.

Referências

ALVES, G. S. A biotecnologia dos transgênicos: precaução é a palavra de ordem. *Holos*, Natal, v. 2, out. 2004. Disponível em: <<http://www2.ifrn.edu.br/ojs/index.php/HOLOS/article/view/33/34>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

- ANTUNES, P. B. *Direito Ambiental*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.
- ARAGÃO, F. J. L. A trajetória dos organismos transgênicos. *Embrapa*. Disponível em: <https://www.embrapa.br/olhares-para-2030/artigo/-/asset_publisher/SNN-1QE9zUPS2/content/francisco-jose-lima-aragao?inheritRedirect=true>. Acesso em: 15 jun. 2020.
- BECK, U. *Sociedade de risco mundial – em busca da segurança perdida*. Lisboa: Edições 70, 2015. [E-book].
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 4148/2008*. Altera e acresce dispositivos à Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Estabelece que os rótulos dos alimentos destinados ao consumo humano informem ao consumidor a natureza transgênica do alimento. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=412728>. Acesso em: 20 mai. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Decreto n. 4.680, de 24 de abril de 2003. Regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis. Publicado no D.O.U. de 24.04.2003, disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4680.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.
- BRASIL. Decreto n. 5.705, de 16 de fevereiro de 2006. Promulga o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/D5705.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.
- BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.
- BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm#art186>. Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Lei n. 10.688 de 13 de junho de 2003. Estabelece normas para a comercialização da produção de soja da safra de 2003 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.688.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. *Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incs. 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 n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º e 16º da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, DF, março 2005 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória n. 113, de 26 de março de 2003*. Estabelece normas para a comercialização da produção de soja da safra de 2003 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2003/113.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. *REsp 1060753 SP 2008/0113082-6*, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 214/12/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 618*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, M. H. *O estado atual do biodireito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FAO: Como alimentar a crescente população global? *Organização das Nações Unidas (ONU)*. 16 jun. 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/fao-como-alimentar-a-crescente-populacao-global/#::-:text=Em%202050%2C%20a%20populacao%20mundial,maiores%20pe-riodos%20para%20o%20mundo.>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

FIORILLO, C. A. P. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIUZA, C. *et al.* A responsabilidade civil dos fornecedores de alimentos transgênicos. *Meritum, Revista de Direito da Universidade FUMEC*, Belo Horizonte, v. 13, n. 2, p. 84-108, jul./dez. 2018. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6726>>. Acesso em: 15 jun. 2020

GHI – GLOBAL HARVEST INITIATIVE. *2018 Global Agricultural Productivity Report*. Washington, D.C.: DHI, 2018. Disponível em: <https://globalagricultu-ty-report>

ralproductivity.org/wp-content/uploads/2019/01/GHI_2018-GAP-Report_FINAL-10.03.pdf. Acesso em: 28 ago. 2020.

GONÇALVES, C. R. *Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERRA, S.; GUERRA, S. *Curso de Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ISAAA – INTERNATIONAL SERVICE FOR THE ACQUISITION OF AGRI-BIOTECH APPLICATIONS. A situação global dos cultivos biotecnológicos/GM comercializados em 2017: a adoção de cultivos biotecnológicos aumenta com os benefícios econômicos acumulados em 22 anos. *ISAAA Brief 53*. Ithaca: ISAAA, 2017. Disponível em: <<https://www.isaaa.org/resources/publications/briefs/53/executivesummary/pdf/B53-ExecSum-Portuguese.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

ISAAA – INTERNATIONAL SERVICE FOR THE ACQUISITION OF AGRI-BIOTECH APPLICATIONS. *Biotech Crops Continue to Help Meet the Challenges of Increased Population and Climate Change. Press Release*. Ithaca: ISAAA, 2018. Disponível em: <<http://www.isaaa.org/resources/publications/briefs/54/pressrelease/pdf/B54-PressRelease-English.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

LEITE, M. *Os alimentos transgênicos*. São Paulo: Publifolha, 2000.

LOPEZ, T. A. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MILARÈ, E. *Direito do Ambiente: gestão ambiental em foco*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NAVES, B. T. O.; SILVA, M. V. Organismos geneticamente modificados sob a perspectiva da tutela das gerações futuras. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 355-380, jul./dez. 2014.

NODARI, R. O.; GUERRA, M. P. Avaliação de riscos ambientais de plantas transgênicas. *Cadernos de Ciência e Tecnologia*, Brasília, DF, v. 18, n. 1, p. 81-116, 2001.

PELAEZ, V.; ALBERGONI, L. Barreiras técnicas comerciais aos transgênicos no Brasil: a regulação nos estados do sul. *Indicadores Econômicos FEE*, Porto Alegre, v. 32, n. 3, p. 201-230, 2004.

POZZETTI, V. C.; FONTES, G. R. Rastreabilidade de organismos geneticamente modificados (OGMs): instrumento de proteção ao consumidor e ao meio

ambiente. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.11, n.21, p.31-52, jan./jun. de 2014. Disponível em: <<http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/download/420/396>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

RODRIGUES, M. R. J. B. *Biodireito: alimentos transgênicos*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.

ROSENVALD, N. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, J. A. Q. C. Alimentos transgênicos: aspectos ideológicos, ambientais, econômicos, políticos e jurídicos. In: SANTOS, M. C. C. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 326-346.

SILVA, R. P. A. biossegurança e o instituto da responsabilidade civil. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 41, n. 47, p. 297-316, jan./jun. 2007.

STJ – Superior Tribunal de Justiça – RECURSO ESPECIAL: REsp 1060753 SP 2008/0113082-6. PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA POR DANO AMBIENTAL INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – OMISSÃO – NÃO-OCORRÊNCIA – PERÍCIA – DANO AMBIENTAL – DIREITO DO SUPOSTO POLUIDOR – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Stj+resp+1060.753>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

TARTUCE, F. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

THEODORO JÚNIOR, H. *Direitos do Consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (CE) n. 1830/2003* do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Setembro de 2003, relativo à rastreabilidade e rotulagem de organismos geneticamente modificados e à rastreabilidade dos géneros alimentícios e alimentos para animais produzidos a partir de organismos geneticamente modificados e que altera a Directiva 2001/18/CE. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32003R1830>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

VALORAÇÃO DOS DANOS AOS RECURSOS HÍDRICOS EM BRUMADINHO

Alexandra Fátima Saraiva Soares¹

Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG)

Paula Santana Diniz²

Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG)

Luís Fernando de Morais Silva³

Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG)

Artigo recebido em: 16/09/2019.

Artigo aceito em: 29/07/2020.

Resumo

Este artigo apresenta metodologia de valoração de dano ambiental ocasionado por rompimento de barragem de rejeito, cuja consequência é o comprometimento da qualidade da água superficial para abastecimento público. Trata-se de pesquisa aplicada com estudo de caso para demonstrar a metodologia sugerida. O artigo apresenta valoração dos danos à qualidade da água ocasionados pelo rompimento da barragem B1, em Brumadinho. Desde o rompimento da estrutura, que

propiciou extravasamento dos rejeitos, que atingiram o Rio Paraopeba e comprometeram a qualidade das águas, foram suspensas as captações para abastecimento nesse manancial. Neste artigo, procedeu-se a caracterização, a quantificação e a valoração dos danos advindos dessa poluição. Foi aplicada a formulação do Valor Econômico do Recurso Ambiental e considerados os valores de uso direto e indireto dos recursos hídricos afetados. Para o cálculo do valor de uso direto, utilizou-se como referência o valor

1 Pós-doutora em Direito Público pela Università degli Studi di Messina (UNIME). Doutora e mestra em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais (ESP-MG). Especialista em Direito Ambiental pela AVM Faculdade Integrada. Especialista em Gestão e Manejo Ambiental em Sistemas Agrícolas pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). Graduada em Direito pela Faculdade Pitágoras de Administração Superior (FPAS). Graduada em Engenharia Civil (com ênfase em Saneamento) pela UFMG. Perita Ambiental no MPMG. Professora no MBA em Perícia e Valoração de Danos Ambientais do Instituto de Educação Continuada (IEC/PUC-MINAS). Professora de Graduação e Pós-graduação (cursos de Direito e Engenharias). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9894-627X> / e-mail: asaraiva.soares@gmail.com

2 Mestra em Engenharia Nuclear pela UFMG. Especialista em Meio Ambiente pela UFMG. Graduada em Engenharia Química pela UFMG. Perita ambiental no MPMG. E-mail: paula.sdiniz@gmail.com

3 Mestrando em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos pela UFMG. Graduado em Engenharia Ambiental pela UFMG. Estagiário de Pós-graduação no MPMG. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3027-1958> / e-mail: luismorais96@gmail.com

de mercado (tarifa média) do serviço público de fornecimento de água potável, referente a 2019. Para cálculo do valor de uso indireto, utilizou-se o conceito de Emergia, que considera serviços ecossistêmicos e corresponde à energia solar que foi previamente requerida, direta ou indiretamente,

para produzir o recurso afetado. O método de valoração utilizado resultou em um *quantum debeatur* diário de R\$ 5.210.243,30.

Palavras-chave: dano ambiental; poluição hídrica; resíduo de mineração; valoração ambiental.

VALUATION OF THE DAMAGE TO WATER RESOURCES IN BRUMADINHO

Abstract

This work presents a methodology for valuing environmental damage caused by the rupture of tailings dam, harming the quality of water for public supply. This is applied research with a case study to demonstrate the suggested methodology. The work presents an assessment of the damage to water quality caused by the rupture of the B1 dam, in Brumadinho. Since the rupture of the structure, which led to overflow of the tailings, which reached the Paraopeba River and compromised the quality of the water, the abstraction for supplying was suspended. This work proceeded to the characterization, quantification and valuation of the damage resulting from this pollution. The formulation of the Economic Value of

the Environmental Resource was applied, and the values of direct and indirect use of the affected water resources were considered. For the calculation of the direct use value, the market value (average tariff) of the public drinking water service, referring to 2019, was used. In order to calculate the value of indirect use, the Emergia concept was used, which considers ecosystem services and corresponds to solar energy that was previously required to produce the affected resource. The methodology estimated that the quantum debeatur was R\$ 5,210,243.30 per day.

Keywords: environmental damage; environmental valuation; mining waste; water pollution.

Introdução

Brumadinho (MG), município localizado na Região Metropolitana de Belo Horizonte, tem população estimada para 2018 de 39.520 habitantes (IBGE, 2019). A principal atividade econômica desse município é a mineração de ferro, que gera resíduos no processamento. Esses resíduos, que são monitorados por alertas visuais ou sonoros em tela, são gerados pelo beneficiamento de minérios por via úmida – ou seja, graças às etapas da mineração, apresentam quantidades substanciais de água –, técnica que apresenta risco de rompimento das barragens, especialmente em função do método construtivo com alteamentos *a montante*.

Assim, no dia 25 de janeiro de 2019, a barragem de rejeitos B1 do Complexo da Mina Córrego Feijão, situada em Brumadinho, rompeu, liberando para o ambiente grande volume de lama. A mencionada barragem apresentava volume de 12,7 milhões de metros cúbicos na ocasião do acidente (MPMG, 2019). Diversas edificações foram afetadas pelo escoamento desses resíduos, conforme ilustrado na Figura 1, resultando em grande número de óbitos (259 mortos e 11 desaparecidos) e dano ambiental de elevada dimensão e repercussão (FREITAS; ALMEIDA, 2020).

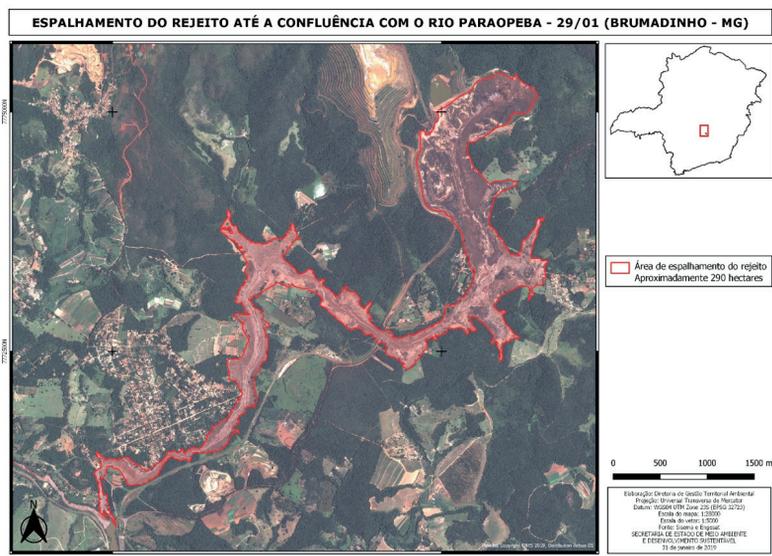


Figura 1 Mapa das edificações afetadas pelo rompimento.

Fonte: SEMAD (2019).

Além das perdas de vidas humanas, os rejeitos da barragem ocasionaram impactos negativos nos âmbitos social e ambiental, sobretudo em razão do dano

ocasionado na vegetação e na alteração da qualidade das águas da bacia do rio Paraopeba.

As funções dos ecossistemas fluviais, que podem ser traduzidas em serviços, são diversas. Entre estas destacam-se: a disponibilidade de água para irrigação ou outras atividades, a produção de alimento e outros bens (pesca e outros), a regulação do clima, a regulação de enchentes, a reciclagem de nutrientes, o turismo, o lazer, a cultura e a disponibilidade de água para potabilização (SABATER; ELO-SEGI, 2016). Cabe destacar que o Rio Paraopeba, atingido pelos rejeitos, constitui importante manancial de abastecimento da Região Metropolitana de Belo Horizonte e outras cidades.

A Figura 2 demonstra o espalhamento do rejeito em Brumadinho até a confluência com o Rio Paraopeba, abrangendo uma área de aproximadamente 290 hectares (SEMAD, 2019).

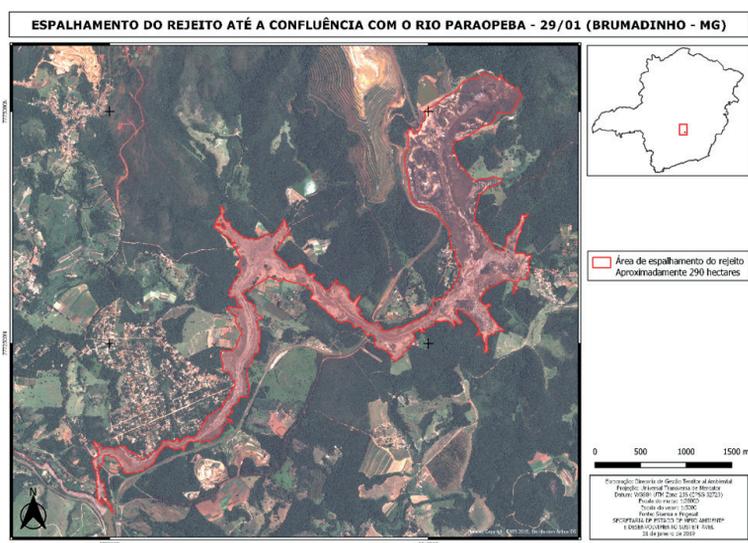


Figura 2 Mapa do espalhamento do rejeito em Brumadinho.

Fonte: SEMAD (2019).

Assim, o objetivo deste artigo é apresentar a valoração dos danos à qualidade das águas superficiais ocasionados pelos resíduos provenientes do rompimento da barragem B1 no Complexo da Mina Córrego Feijão da Mineradora Vale/SA no município de Brumadinho – Minas Gerais. Também serão demonstrados os principais métodos de valoração de dano ambiental, a fim de justificar a metodologia aplicada ao estudo de caso.

Trata-se de pesquisa aplicada, com apresentação de estudo de caso, para demonstrar a metodologia selecionada. Procedeu-se à caracterização, à quantificação e à valoração dos danos.

Para demonstrar os principais métodos de valoração ambiental, realizaram-se buscas nas bases de dados Web of Science, Scopus e Portal de Periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Os termos utilizados nas buscas foram: “Método de valoração ambiental”; “Emergia”; “Valor econômico de recurso ambiental” e “Environmental valuation method”, com auxílio do operador booleano “AND”, que compila a busca de todos os termos nos resultados da pesquisa. Foram considerados os artigos originais, editoriais e notas técnicas disponíveis na íntegra, além de materiais eletronicamente publicados.

Nesse processo, foram levantados 66 artigos, os quais foram analisados, inicialmente, pelo título e, em seguida, pelo resumo. Foram conduzidas leituras analíticas nos textos que não apresentaram informações suficientes que possibilitassem sua seleção ou exclusão. A seleção dos materiais utilizados foi realizada por todos os autores e as divergências resolvidas de maneira consensual. Nos materiais com assuntos relacionados diretamente com a metodologia de valoração ambiental e/ou valoração de dano ocasionado aos recursos hídricos por efluentes líquidos, foram conduzidas leituras minuciosas, de maneira analítica e interpretativa. Foram selecionados 21 artigos para leitura na íntegra. A amostra final dessa revisão consistiu em cinco textos, que foram utilizados na elaboração deste artigo. No estudo de caso, a caracterização dos danos valorados foi realizada com base nos dados disponibilizados pelo Instituto Mineiro de Gestão das Águas (IGAM), referentes aos resultados dos parâmetros de qualidade das águas monitorados, no período de 25 de janeiro de 2019 a 3 de fevereiro de 2019, ao longo do Rio Paraopeba, após o rompimento da barragem B1 (IGAM, 2019).

A rede de monitoramento de qualidade das águas e sedimento do IGAM conta com dez estações de monitoramento, cuja localização é apresentada no Quadro 1.

Quadro 1 Localização das estações automáticas de monitoramento

Ponto	Localização
BP-036	Rio Paraopeba na localidade de Melo Franco
BPE-1	Córrego Ferro e Carvão na confluência com o Rio Paraopeba
BPE-2	Rio Paraopeba na captação da COPASA
BP-068	Rio Paraopeba, 5 km a jusante da captação da COPASA em Brumadinho
BP-070	Sarzedo, próximo à cidade de São Joaquim de Bicas, no Rio Paraopeba a jusante da foz do Ribeirão
BP-072	Rio Paraopeba a jusante da foz do Rio Betim, na divisa dos municípios de Betim e Juatuba
BP-082	Rio Paraopeba na localidade de São José, em Esmeraldas
BP-083	Rio Paraopeba logo após a foz do Ribeirão São João em Paraopeba
BP-078	Rio Paraopeba a jusante da foz do Rio Pardo em Pompéu
BP-099	Rio Paraopeba a montante de sua foz na barragem de Três Marias

Fonte: IGAM (2019).

Na avaliação e quantificação dos danos ocasionados pela contaminação dos recursos hídricos, foram desconsiderados os resultados dos parâmetros monitorados na Estação BP-036, uma vez que nesta se encontra a montante da área onde ocorreu o lançamento dos rejeitos (lama).

Os resultados do monitoramento das águas superficiais foram comparados aos padrões de referência, estabelecidos para águas doces de classe 2, na Deliberação Normativa Conjunta COPAM/CERH-MG N.º 1, de 5 de maio de 2008 e Resolução CONAMA n. 357/2005, que dispõem sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para seu enquadramento, para a identificação dos poluentes responsáveis pelos impactos negativos, ocasionados no Rio Paraopeba, após o rompimento da barragem B1 (MINAS GERAIS, 2008; CONAMA, 2005).

1 Valoração econômica dos danos no estudo de caso

A metodologia para a valoração dos danos utilizou a formulação do Valor Econômico do Recurso Ambiental (VERA), incluída pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), na Norma Brasileira – NBR 14.653:2008 (versão corrigida: 2009) – parte 6: recursos naturais e ambientais, que versa sobre métodos e procedimentos para avaliação de recursos naturais, os quais são baseados em metodologias para a aferição da disposição de consumidores a pagar por serviços ecológicos e funções ambientais (ABNT, 2009).

Segundo Serôa da Motta (1998), a tarefa de valorar economicamente um recurso ambiental consiste em determinar o quão melhor ou pior estará o bem-estar das pessoas por causa das mudanças na quantidade de bens e serviços ambientais, seja na apropriação por uso ou não uso. Assim, de acordo com esse autor, o VERA compreende a soma dos valores de uso e de não uso, podendo ser expresso da seguinte maneira:

$$\text{VERA} = \text{VUD} + \text{VUI} + \text{VO} + \text{VE}$$

Onde:

VUD = Valor de Uso Direto;

VUI = Valor de Uso Indireto;

VO = Valor de Opção;

VE = Valor de Existência ou Valor de Não Uso.

O Decreto n. 4.339, de 22 de agosto de 2002, que institui princípios e diretrizes para a implantação da Política Nacional da Biodiversidade, também estabelece em seu Anexo (art. 2º, XIV) que o valor da biodiversidade inclui valor de uso direto e indireto, de opção de uso futuro e, ainda, valor intrínseco, incluindo os valores: ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético (BRASIL, 2002).

No presente artigo, foram utilizados no cálculo da valoração o VUD e o VUI dos recursos hídricos afetados.

1.1 Cálculo do VUD

O VUD foi estimado com base no valor de mercado estabelecido para o benefício advindo da utilização das águas do Rio Paraopeba, após tratamento, como manancial de abastecimento.

Tendo em vista que a água constitui um importante insumo econômico, foi calculado, inicialmente, com base em dados de projeto da Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA) e da concessionária Águas de Pará de Minas, o volume diário, em m^3 por dia, de água do Rio Paraopeba que ficou indisponível para a população abastecida por esse manancial desde a interrupção de sua captação em 25 de janeiro de 2019.

Posteriormente, para o cálculo do VUD, utilizou-se como referência o valor de mercado (tarifa média – R\$/ m^3) do serviço público de fornecimento de água potável, referente a 2019 e apresentado pela concessionária prestadora dos serviços na região de estudo (COPASA, 2019).

1.2 Cálculo do VUI

Para a estimativa do VUI foi utilizado o conceito de Emergia. A Emergia corresponde à energia solar que foi previamente requerida, direta ou indiretamente, para produzir certo produto ou serviço (ODUM, 1996).

Assim, o valor monetário dos serviços ambientais, afetados pelo lançamento da lama de rejeitos no Rio Paraopeba, foi quantificado pela metodologia, denominada no meio científico de metodologia emergética ou ecoenergética (ODUM, 1996; PILLET, 1997).

Neste artigo, para a determinação do VUI, foi enfatizado e analisado o serviço ambiental associado ao recurso natural considerado – água superficial contaminada pelo lançamento dos rejeitos oriundos da barragem B1.

A Emergia do serviço ambiental e seu respectivo valor monetário foram quantificados, inicialmente, por meio da estimativa da introdução no Rio Paraopeba de Sólidos em Suspensão Totais (SST), em kg/dia, presentes na lama. Em seguida, foi determinada a massa de água, em kg/dia, utilizada para a diluição do parâmetro SST até o padrão de referência, estabelecido para a classe 2, na Deliberação Normativa Conjunta COPAM/CERH-MG n. 1, de 5 de maio de 2008 e Resolução CONAMA n. 357/2005, que dispõem sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para seu enquadramento (MINAS GERAIS, 2008; CONAMA, 2005).

Calculou-se, então, a energia potencial (serviço ecossistêmico), em Joule

(J)/dia, associada ao escoamento gravitacional da massa de água durante a diluição do poluente SST a qual foi convertida, posteriormente, em uma medida emergética equivalente (SeJ/dia), por meio do fator de conversão de energia em Emergia, denominado Transformidade Solar ou Índice de Transformidade, expresso em Emergia por Joule (SeJ/J). Os Índices de Transformidade são calculados por pesquisadores em todo o mundo (ODUM, 1996), sendo amplamente divulgados em periódicos científicos e endereços eletrônicos especializados (ORTEGA, 2000).

Finalmente, a Emergia do serviço ambiental associado à massa de água foi obtida, em termos monetários (dólar), utilizando o índice de equivalência Emergia/dólar ($3,0 \times 10^{12}$ SeJ/U\$), determinado para o Brasil por Ortega (2000). Esse índice permite comparar a Emergia do serviço afetado à Emergia do dinheiro que circula no país em determinado ano, possibilitando a conversão dos valores de energia solar em dinheiro. Posteriormente, para a determinação dos valores em reais (R\$), foi utilizado o câmbio de 24 de julho de 2020 (1 dólar equivalendo a 5,21 reais).

2 Resultados

2.1 Métodos de Valoração Econômica dos Recursos Ambientais

Para Motta (1997), valorar economicamente um recurso ambiental consiste em determinar quanto melhor ou pior estará o bem-estar das pessoas, em virtude de mudanças na qualidade e/ou quantidade de bens e serviços ambientais, seja na apropriação por uso ou não uso.

A importância da valoração ambiental encontra-se no fato de oferecer valor de referência para quantificar os danos ambientais monetariamente. Em âmbito nacional e até mundial, são utilizados diversos métodos de valoração, desenvolvidos para mensurar bens e serviços ambientais, cada qual com suas peculiaridades. Contudo, nem sempre um método se adequa a todos os casos de dano ambiental (MPMS, 2018; IBAMA, 2002).

No ordenamento jurídico brasileiro não há determinação de regra jurídica que estabeleça método ou critério de valoração de dano ambiental a ser, necessariamente, aplicado. Assim, a seleção deste, a ser utilizado no caso em análise fica a critério do perito, devendo, preferencialmente, contemplar os serviços ambientais envolvidos no cenário em questão. No entanto, muitas vezes, em função da restrição de dados disponíveis, dar-se-á preferência à aplicação de métodos mais simplificados (SOARES, 2019). Ademais, como ensina Magliano (2013), cada procedimento restringe-se a determinadas condições, podendo tornar-se insatisfatório e inaplicável em outros casos.

Não obstante inexistir regra jurídica para se empregar determinados métodos

de valoração, a norma técnica NBR 14653:2008, elaborada pela ABNT, sempre que aplicável, deve ser priorizada como referência nos cálculos.

A NBR 14653:2008 (versão corrigida: 2009), em sua parte 6, informa que não é possível estabelecer, *a priori*, a prevalência de um método de valoração de dano.

Ronaldo Serôa da Motta esclarece que o valor econômico dos recursos ambientais é derivado de todos os seus atributos e que essas características podem estar ou não associadas a um uso. Desse modo, o consumo de um recurso ambiental se realiza via uso e não uso (MOTTA, 1997). O autor informa, ainda, que um bem é homogêneo quando seus atributos ou características que geram satisfação de consumo não se alteram e que outros bens são, na verdade, parte de classes de bens ou serviços compostos. Nesses casos, cada membro da classe apresenta atributos diferenciados, como, por exemplo, imóveis, veículos, viagens de lazer e também recursos ambientais. Logo, o preço de uma unidade j do bem x_i , P_{xij} , pode ser definido por um vetor de atributos ou características, a_{ij} , conforme representado pela Equação 1:

$$P_{xij} = P_{xi} (a_{ij1}, a_{ij2}, \dots, a_{ijn})$$

(Equação 1)

No caso de um recurso ambiental, definem seus atributos, os fluxos de bens e serviços ambientais que são derivados de seu consumo. Entretanto, há atributos de consumo associados à própria existência do recurso ambiental, independentemente do fluxo atual e futuro de bens e serviços apropriados na forma de seu uso. Dessa maneira, é corriqueiro na literatura constatar a desagregação do VERA em VU e VNU.

Ronaldo Serôa da Motta explica que valores de uso podem ser, por sua vez, desagregados em:

- i. Valor de Uso Direto (VUD): quando o indivíduo se utiliza atualmente de um recurso, por exemplo, na forma de extração ou outro uso do recurso ambiental. Consiste no valor que os indivíduos atribuem a um recurso ambiental em função do bem-estar que ele proporciona, por meio do uso direto;
- ii. Valor de Uso Indireto (VUI): quando o benefício atual do recurso deriva das funções ecossistêmicas, como, por exemplo, a proteção da fauna e flora aquáticas. É definido como o valor atribuído a um recurso ambiental em virtude de suas funções ecossistêmicas;
- iii. Valor de Opção (VO): quando o indivíduo atribui valor em usos direto e indireto que poderão ser optados em futuro

próximo e cuja preservação pode ser ameaçada. Por exemplo, o benefício advindo de fármacos desenvolvidos com base em propriedades medicinais ainda não descobertas de plantas em florestas tropicais;

iv. Valor de não-uso (ou valor passivo) representa o valor de existência (VE) que está dissociado do uso (embora represente consumo ambiental) e deriva-se de uma posição moral, cultural, ética ou altruística em relação aos direitos de existência de espécies não humanas ou preservação de outras riquezas naturais, mesmo que estas não representem uso atual ou futuro para o indivíduo (MOTTA, 1997, p. 11-12).

Há diversas classificações para os métodos de valoração econômica. Motta (1997) categoriza os métodos de valoração em dois tipos: função de produção e função da demanda. Esses métodos podem ser aplicados concomitantemente, em função do tipo de valoração pleiteada.

2.1.1 Métodos da função da produção

Os métodos da função da produção utilizam técnicas mais simplificadas para definição de valores. Nesse caso, o valor dos recursos é considerado insumo ou fator de produção.

Há duas subdivisões: *métodos de produtividade marginal e de mercados de bens substitutos*. Os primeiros, métodos de produtividade marginal, fundamentam-se no uso do preço de mercado para compor o valor econômico do recurso, uma vez que são valores reconhecidos pelo mercado. Consistem em métodos bastante aplicados por serem de fácil mensuração, mas desconsideram VO e VE.

Os métodos de mercado de bens substitutos empregam a mesma técnica dos métodos de produtividade marginal, uma vez que aplicam o preço de mercado. A base de cálculo dessa técnica consiste na reposição dos gastos requeridos para repor um bem ambiental avariado pela poluição ou uso inadequado. Esses métodos se subdividem em:

- i. custo de reposição: consiste naqueles que o usuário teve que arcar para substituir o bem ambiental de forma a garantir o nível desejado, como os custos de construção de piscinas públicas para garantir as atividades de recreação balneária quando as praias estão poluídas;
- ii. custos evitados: representa os gastos que o usuário arcou para substituir o bem original garantindo sua satisfação, como por exemplo, a aquisição de água tratada para substituir a água de reservatório de águas poluídas ou o custo que se deixou de arcar

com determinado tratamento de água ou esgoto;

iii. custos de controle: representa os gastos que o usuário tem para que o bem ambiental não se degrade ou não reduza seu estoque. Exemplo do pagamento das taxas de tratamento de esgotos para evitar a degradação dos recursos hídricos;

iv. custo de oportunidade: mensura as perdas de renda devido aos investimentos realizados nas linhas de produção e consumo de bens e serviços privados por meio de adoção de medidas com objetivo de conservar ou preservar os recursos ambientais (MOTTA, 1997, p. 18-19).

2.1.2 Métodos da função da demanda

Os métodos de função de demanda estão baseados na vontade dos indivíduos em pagar para ter disponível determinado recurso ambiental ou aceitar compensação por sua perda. Esses métodos consistem em: método de mercado de bens complementares e método de valoração contingente e baseiam-se em pontos comuns que são a Disposição a Pagar (DAP) e a Disposição a Aceitar uma Compensação (DAC), segundo Custódio (2017). A DAP relaciona-se à quanto o indivíduo está disposto a pagar para que um bem ambiental não seja danificado. Por esse método se mensuram preferências pessoais que são expressas em curvas de demanda pessoal e se estabelecem pela Equação 2:

$$DAP = VM + EC$$

(Equação 2)

Onde:

DAP = Disposição a Pagar;

VM = Valor de Mercado;

EC = Excedente de Consumo.

EC, de acordo com Lima (2001), consiste na quantidade de renda que um indivíduo pagaria, além e acima de seu preço efetivo, de maneira a não ficar sem a quantidade desejada de um dado bem.

Na técnica de valoração denominada Métodos de Mercado e de Bens Complementares, o parâmetro de cálculo consiste na preferência dos indivíduos, revelada por meio de mercados reais, recorrendo à análise de valores de bens correlacionados ao bem ambiental, em que este complementa aquele, tornando-o mais valioso. O valor do bem permite valorar o recurso ambiental pretendido (SOARES, 2019).

Custódio (2017) esclarece que, assim como mercados de bens e serviços privados, substitutos a bens e serviços ambientais podem oferecer medidas de valor de uso dos recursos ambientais – quando representam a produção de um bem de demanda final que não tem preço observável –, também mercados de bens e serviços privados complementares a bens e serviços ambientais podem ser utilizados para mensuração do valor de uso de um recurso ambiental. Aqueles bens consumidos em proporções constantes entre si são denominados bens perfeitamente complementares.

Nesse contexto, uma análise que recorra aos mercados desses bens e serviços privados complementares pode gerar informações sobre a demanda do bem ou serviço ambiental relacionado com estes. Assim, se determinado bem é um complemento perfeito de outro, seu valor será desprezível, se a demanda pelo outro bem também for insignificante (MOTTA, 1997).

As classificações para esse método são duas: preços hedônicos e custo de viagem. O preço hedônico faz uso de um bem privado que apresente atributos complementares, bens ou serviços ambientais. O preço implícito do bem ou serviço ambiental é obtido por meio da identificação do valor do bem complementar. Custódio (2017) cita que o exemplo mais trivial é pertinente à área imobiliária, onde se levanta o valor de imóveis em diferentes locais com distintos níveis de atributos ambientais (CUSTÓDIO, 2017).

O método de valoração contingente ou de mercado hipotético é o único que considera o valor de existência de um bem ambiental, tendo, assim, aplicação mais ampla, já que é capaz de captar particularidades objetivas e subjetivas dos fenômenos. Consiste na condução de pesquisas ou aplicação de questionários para indicar o DAP ou DAC dos indivíduos em relação a determinado bem ou qualidade ambiental e estima valores de uso e/ou de existência do bem, situando-o em caso hipotético em condições atuais e/ou futuras por meio de diferentes cenários – situações hipotéticas aproximadas do contexto real. As etapas para aplicação desse método contemplam (TOLMASQUIM *et al.*, 2000 *apud* CUSTÓDIO, 2017, p. 90):

- definição do bem ambiental a ser valorado, determinar se o mecanismo será DAP ou DAC;
- definição do instrumento de pagamento em pecúnia ou compensação;
- seleção da forma de resposta para valorar o DAP ou DAC;
- elaboração dos itens do questionário;
- definição da amostra de população a ser entrevistada;
- caracterização da forma de aplicação do questionário, determinação do conteúdo das informações que devem ser prestadas no questionário;
- análise dos questionários respondidos;
- cálculo da medida monetária.

Essa técnica de valoração aproxima e apresenta o interesse da sociedade em relação a determinado bem ambiental. Dessa maneira, atende ao princípio da participação comunitária na tomada de decisões sobre o uso ou não uso do bem.

2.1.3 Valoração monetária dos serviços ecossistêmicos – Emergia

O bem-estar da sociedade é garantido por bens e serviços fornecidos pelos ecossistemas. Esses serviços estão relacionados com o equilíbrio ecológico, notadamente quanto a sua estrutura e suas funções, que são comprometidas pela introdução de poluentes no ecossistema. Assim, os desequilíbrios ecológicos são diretamente relacionados à degradação dos serviços ecossistêmicos que, por sua vez, resultam em prejuízos para toda a sociedade. São essas perdas que a sociedade procura evitar ao estabelecer medidas de controle das emissões e monitorar a qualidade dos diferentes meios da biosfera (ULGIATI; BROWN, 2002; CHRIS-TÓFARO, 2012).

Diante disso, a avaliação dos impactos negativos decorrentes da introdução de poluentes nos ecossistemas, comprometendo seus serviços, corresponde a uma avaliação do desequilíbrio ecológico, que pode ser demonstrada em termos biofísicos (por unidades de energia ou massa) e/ou em termos monetários.

Na economia convencional, o preço de determinado produto corresponde aproximadamente ao somatório das despesas realizadas com insumos, mão de obra, transporte, outros tipos de serviços e a margem de lucro desejada. De certo modo, o preço econômico mensura o trabalho humano agregado; todavia, não considera a contribuição da natureza na formação dos insumos requeridos, tampouco o custo das externalidades negativas no sistema regional, pagas pela sociedade local.

A riqueza real dos recursos ambientais, na economia convencional, é inversamente proporcional aos custos monetários. Assim, quanto maior for o trabalho da natureza na produção de recursos, menor será seu preço, graças a sua abundância. Do mesmo modo, quando os recursos do ecossistema se tornam escassos, seus preços de mercado tendem a aumentar e, nesses casos, a pressão da demanda poderá colocar em risco a sustentabilidade do recurso (SOARES, 2019).

A metodologia emergética, apresentada pelo pesquisador Howard T. Odum, se propõe a medir todas as contribuições (moeda, massa, energia) em termos equivalentes (ou seja, a energia incorporada ou Emergia). Em outras palavras, isso significa que o trabalho da natureza deve ser reconhecido e corretamente valorizado no mercado (ODUM, 1996).

Desse modo, os valores expressos em Emergia ou dólares emergéticos (EM-Dólares) representam os verdadeiros valores dos recursos, sejam estes naturais ou antrópicos. A Emergia pode ser definida da seguinte maneira: “Emergia é a energia

disponível (exergia) de um mesmo tipo, por exemplo, energia solar equivalente, que foi previamente requerida, direta ou indiretamente, para produzir um certo produto ou serviço” (ODUM, 1996, p. 43).

Essa metodologia consiste em técnica de avaliação do fluxo de matéria e energia, permitindo analisar o nível biofísico de estresse ambiental a partir de vetores de produção e demanda por ativos e serviços ecossistêmicos (MOTA *et al.*, 2010).

O método aplica a Teoria de Sistemas, da Termodinâmica, da Biologia e de novos princípios do funcionamento de sistemas abertos, convertendo os recursos usados em um sistema produtivo em termos de Emergia e o modo de fazer a contabilidade em EMDólares (ODUM, 1996; PILLET, 1997).

A Emergia por unidade monetária mede a capacidade de compra de riqueza real, sendo um índice utilizado para converter os fluxos de Emergia em fluxos de EMDólares, ou seja, a emergia associada ao dinheiro, ou seu valor econômico equivalente (ORTEGA, 2002). Os cálculos permitem avaliar recursos e benefícios visando a subsidiar procedimentos para a tomada de decisões em nível de planejamento.

Nos ecossistemas naturais, todos os processos de uso, transferência, transformação e armazenagem de energia, desde os produtores até os consumidores, podem ser visualizados como fluxos energéticos e quantificados em Emergia, convertendo cada fluxo e estoque em energia solar incorporada, na medida em que passa de um estado a outro. Para isso, pesquisadores desenvolveram tabelas de Transformidade, tendo como referencial a própria energia solar (ODUM, 1989; COMAR, 2017). Esse método consiste, portanto, em técnica de avaliação do fluxo de matéria e energia, permitindo analisar o nível biofísico de estresse ambiental a partir de vetores de produção e demanda por ativos e serviços ecossistêmicos (MOTA *et al.*, 2010).

A metodologia emergética utiliza a energia solar incorporada (Emergia) aos recursos ambientais para expressar a contribuição da natureza na produção de insumos, matérias-primas, produtos e serviços. Desse modo, a contabilidade ambiental é realizada utilizando o Joule de energia solar (SeJ), que corresponde à unidade de medida da Emergia (ODUM, 1996), permitindo, ao contrário do que ocorre na economia convencional, atribuir um valor real aos recursos naturais pelo bem-estar que eles proporcionam, em virtude de suas funções ecossistêmicas e serviços ambientais realizados.

2.2 Distorções dos métodos de valoração

Os métodos de valoração disponíveis não conseguem realizar avaliação precisa dos bens ambientais em virtude de suas limitações, conforme leciona Custódio (2017). Portanto, a professora esclarece que a aplicação conjunta de vários desses métodos pode reduzir as distorções e resultar em valores mais reais.

Outro aspecto apontado por Custódio (2017) consiste no fato de que os métodos de valoração desconsideram valores religiosos, moral, afetivos e outros. O Quadro 2 apresenta, sucintamente, características dos métodos de valoração.

Quadro 2 Características dos métodos de valoração

Método	Tipo de valor	Características
Avaliação contingente	Uso direto e indireto Opção Existência	Realiza pesquisas à população para captar disposição direta da população a pagar por um bem ou serviço ambiental.
Preços hedônicos	Uso direto e indireto Opção	Estabelece relação entre os atributos de um produto e seu preço no mercado.
Custo de viagem	Uso direto e indireto Opção	Obtém a disposição adicional da população a pagar pelas visitas a um patrimônio natural a partir de uma função que relaciona a taxa de visitação ao custo de viagem (função demanda).
Dose resposta	Uso direto e indireto	Obtém o preço de um recurso a partir de uma função, relacionando o nível de provisão do recurso ambiental (dose) e o nível de provisão de um produto no mercado (resposta).
Custos evitados	Uso direto e indireto	Gastos para manter um produto constante após variação do bem ou serviço ambiental.
Custos de reposição	Uso direto e indireto	Gastos com substituto para repor perdas ambientais.
Custos de oportunidade	Uso direto e indireto	Renda sacrificada para manter bem ou serviço ambiental em seu estado atual.

Fontes: Vélez (2015); Custódio (2017).

Há, ainda, que ressaltar o Valor Econômico de Referência para o Dano Ambiental (VERD), apresentado pelo químico sanitário Artur R. Albeche Cardoso (CARDOSO, 2003), que buscava um *quantum debeatur* para indenização. Esse método, segundo Steigleder (2012), foi base para cálculo de compensação ambiental estabelecido pelo Decreto n. 6.848/2009, que se refere à compensação por significativa degradação ambiental.

Art. 31-A. O Valor da Compensação Ambiental – CA será calculado pelo produto do Grau de Impacto – GI com o Valor de Referência – VR, de acordo com a fórmula a seguir:

$$CA = VR \times GI$$

Onde:

CA = Valor da Compensação Ambiental;

VR = somatório dos investimentos necessários para implantação

do empreendimento, não incluídos os investimentos referentes aos planos, projetos e programas exigidos no procedimento de licenciamento ambiental para mitigação de impactos causados pelo empreendimento, bem como os encargos e custos incidentes sobre o financiamento do empreendimento, inclusive os relativos às garantias, e os custos com apólices e prêmios de seguros pessoais e reais; e

GI = Grau de Impacto nos ecossistemas, podendo atingir valores de 0 a 0,5% (BRASIL, 2009).

Conforme apresentado, os métodos de valoração existentes são limitados e contemplam a multidisciplinaridade das áreas de conhecimento para compreensão dos fenômenos, ultrapassando as fronteiras da economia convencional.

2.2.1 Métodos normatizados

A NBR 14.653-6:2008 (versão corrigida: 2009), da ABNT, trata de avaliação de bens – recursos naturais e ambientais. De acordo com a norma, não é possível estabelecer, a priori, a prevalência de um método de valoração de danos ambientais em relação ao outro.

Essa norma técnica apresenta alguns conceitos e referências, estabelecendo que o VERA é igual ao VU somado ao VE; $VERA = VU + VE$.

O VERA pode ser entendido como o Valor de Uso Direto (VUD), acrescido do Valor de Uso Indireto (VUI), do Valor de Opção (VO) e do Valor de Existência (VE).

Assim, o VERA compreende a soma dos valores de uso e de não uso, podendo ser expresso de acordo com a Equação 3:

$$VERA = VUD + VUI + VO + VE$$

(Equação 3)

Onde:

VUD = Valor de Uso Direto;

VUI = Valor de Uso Indireto;

VO = Valor de Opção;

VE = Valor de Existência ou Valor de Não Uso.

Há diversos métodos de valoração que objetivam obter as parcelas (VUD, VUI, VO e VE) do VERA. Cada método apresenta limitações em suas estimativas, as quais estarão quase sempre associadas ao grau de sofisticação metodológica, à necessidade e disponibilidade de dados e informação para o caso, às hipóteses

sobre comportamento dos bens envolvidos, bem como dos indivíduos e da sociedade e ao uso que será dado aos resultados obtidos.

O Decreto n. 4.339, de 22 de agosto de 2002, que institui princípios e diretrizes para a implantação da Política Nacional da Biodiversidade, também estabelece em seu Anexo (art. 2º, XIV) que o valor da biodiversidade inclui valor de uso direto e indireto, de opção de uso futuro e, ainda, valor intrínseco, incluindo os valores ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético (BRASIL, 2002).

Salienta-se que os métodos diretos utilizam mercados de bens e serviços substitutos ou complementares ou mercados hipotéticos para mensurar as variações de bem-estar, enquanto os indiretos valoram os benefícios ambientais utilizando os custos evitados, as mudanças na qualidade ambiental, serviços ecológicos e funções ambientais e outros.

Atendem à NBR 14.653-6:2008 (versão corrigida: 2009), em especial quanto aos componentes de valor comercial dos bens (8.5.1), custos de reposição (8.6.1.1), custos de realocização (8.6.1.2), e também em relação aos métodos de bens substitutos (8.6.1), quando os preços de mercado podem ser adotados com base nos bens substitutos para o produto ou o recurso natural (crédito de carbono, serviços ambientais, entre outros).

2.3 Estudo de caso – caracterização e valoração de dano à qualidade da água

2.3.1 *Caracterização dos danos – poluição dos recursos hídricos*

Serão discutidos, a seguir, os resultados dos principais parâmetros analisados nas Estações de Monitoramento do IGAM que ultrapassaram os padrões ambientais no período considerado, os quais permitem avaliar as possíveis alterações do corpo d'água, Rio Paraopeba, em função das características do rejeito e do volume de material sólido transportado pela lama.

No dia 26 de janeiro de 2019, primeiro dia após o desastre, foram observadas as maiores concentrações para os parâmetros turbidez, sólidos em suspensão totais, cor verdadeira, ferro dissolvido, manganês total, alumínio dissolvido, mercúrio total e chumbo total. De maneira geral, esses valores apresentaram redução ao longo dos dias. Contudo, ainda foram constatadas violações ao limite de classe 2 estabelecido na legislação vigente.

2.3.2 *Turbidez*

A turbidez constitui característica física da água decorrente da presença de substâncias em suspensão, ou seja, de sólidos suspensos finamente divididos, ou

em estado coloidal, e de organismos microscópicos. Esses sólidos ocasionam interferências na penetração da luz no meio aquático, conferindo uma aparência turva à água e, conseqüentemente, reduzem a zona eufótica dos cursos d'água, prejudicando o processo de fotossíntese e a sobrevivência da biota aquática (BAIRD, 2002).

A turbidez pode ser expressa por meio de Unidades de Turbidez (UNT), sendo considerada um dos principais parâmetros para a seleção da tecnologia de tratamento da água bruta e controle operacional dos processos de tratamento destinados à produção de água potável.

Na água potável, a turbidez é esteticamente desagradável e seu principal inconveniente sanitário está associado à natureza química de certos sólidos em suspensão que podem estar presentes.

Salienta-se que, em virtude do rompimento da barragem B1 e da grande quantidade de lama e de sedimentos de coloração marrom avermelhada contida nos rejeitos de minério de ferro que atingiram o Rio Paraopeba, a qualidade da água dos municípios que a captavam nesse curso d'água foi comprometida, principalmente, em virtude dos elevados índices de turbidez, impossibilitando o tratamento e acarretando, portanto, desde o dia 25 de janeiro de 2019, a total interrupção do uso desse manancial para qualquer finalidade.

2.3.3 Sólidos totais em suspensão

Os sólidos em suspensão, conforme mencionado anteriormente, podem ocasionar a turbidez das águas, dificultando a passagem dos raios solares, comprometendo a atividade fotossintética e, conseqüentemente, os serviços no ecossistema aquático. Os sólidos também contribuem para o assoreamento dos cursos d'água e podem ocasionar asfixia nos peixes por entupimento das vias respiratórias. Salienta-se que esse parâmetro constitui o poluente que mais impactou negativamente a qualidade da água do Rio Paraopeba em virtude do rompimento da barragem B1.

2.3.4 Manganês

As concentrações de manganês violaram, no período analisado, o padrão ambiental (0,1 mg/L), bem como ultrapassaram o máximo valor da série histórica de monitoramento (Projeto Águas de Minas) do Rio Paraopeba nas Estações de Monitoramento atingidas pela lama de rejeitos. Ressalta-se que esse parâmetro é um dos componentes do rejeito armazenado na barragem B1. A presença de manganês, em quantidade excessiva, é indesejável em mananciais de abastecimento público, como o Rio Paraopeba, por conferir cor e sabor às águas.

2.3.5 Chumbo total

As concentrações de chumbo total ultrapassaram os limites estabelecidos pela legislação vigente nos primeiros dias após o rompimento. Contudo, de acordo com os resultados obtidos no monitoramento, referentes ao dia 3 de fevereiro de 2019, os padrões ambientais se adequaram.

2.3.6 Alumínio e ferro dissolvidos

Foram constatadas violações das concentrações de alumínio e ferro dissolvidos em todas as estações no trecho entre Esmeraldas e Pompéu (estações BP082, BP083, BP078 e BP099). Entretanto, alterações desses parâmetros já eram observadas na série histórica de monitoramento do IGAM por estarem presentes na constituição do solo da região.

2.3.7 Mercúrio total

O mercúrio foi o único metal pesado detectado em 3 de fevereiro de 2019, na Estação BPE2 (Rio Paraopeba na captação da COPASA), em concentrações acima do padrão ambiental. Segundo a caracterização do rejeito da barragem B1, apresentada na documentação do licenciamento ambiental da Mina do Córrego do Feijão, o mercúrio não está presente na composição da lama e, de um modo geral, contaminações desse metal estão relacionadas à extração secular e recente do ouro, incluindo a atividade garimpeira.

2.3.8 Valoração do dano

2.3.8.1 Valor de uso direto (VUD)

O valor de uso direto consiste no valor que os indivíduos atribuem a um recurso ambiental em função do bem-estar que ele proporciona, por meio do uso direto. Por exemplo, na forma de extração de recurso, de visitação ou outra atividade de produção ou consumo.

Em consonância com o Comunicado à Imprensa divulgado pelas Secretarias de Estado de Saúde (SES), de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD); e de Agricultura, Pecuária e Abastecimento (SEAPA), baseado no monitoramento de qualidade de água bruta realizada pelo Governo de Minas, após o rompimento da Barragem I (Mina do Feijão em Brumadinho), foi suspensa a captação de água para abastecimento público no Rio Paraopeba COPASA e pela empresa Águas de Pará de Minas.

Em face do exposto, pode-se dizer que, além de fundamental para a vida, a água também constitui um importante insumo econômico. Portanto, seu VUD

foi estimado com base no valor de mercado estabelecido para o benefício advindo de sua utilização, após tratamento.

Considerando as informações da COPASA e dados de projeto da concessionária Águas de Pará de Minas, o cálculo do volume diário que ficou indisponível para a população abastecida por esse manancial, em virtude da interrupção de sua captação, encontra-se na Tabela 1.

Tabela 1 Volume indisponível após a interrupção da captação do Rio Paraopeba

Empresa	Captação – Rio Paraopeba (L/s)	Volume indisponível (m ³ /dia)
Copasa	5.000	432.000
Águas de Pará de Minas	3.000	259.200
Total	8.000	691.200

Fonte: MPMG (2019).

Utilizando-se o valor de mercado, ou seja, a tarifa média de R\$ 5,42 por m³, referente ao serviço público de abastecimento de água, estabelecida em 2019 pela COPASA, foi obtido o VUD (Tabela 2).

Tabela 2 Valor de Uso Direto (VUD)

Empresa	Volume indisponível (m ³ /dia)	Tarifa (R\$/m ³)	Custo (R\$/dia)
Copasa	432.000	5,42	2.341.440,00
Águas de Pará de Minas	259.200	5,42	1.404.864,00
Total	691.200	-	3.746.304,00

Fonte: MPMG (2019).

Portanto, o VUD corresponde a R\$ 3.746.304,00 por dia.

2.3.8.2 Valor de Uso Indireto (VUI)

O VUI é definido como o valor atribuído a um recurso ambiental em virtude de suas funções ecossistêmicas.

Bens e serviços são oferecidos pelos ecossistemas e garantem o bem-estar de toda a sociedade. Esses serviços estão intimamente relacionados ao equilíbrio ecológico, especificamente na estrutura e funções do ecossistema, que podem ficar comprometidos pela entrada de poluentes.

Dessa maneira, os desequilíbrios ecológicos são diretamente relacionados à degradação dos serviços ecossistêmicos que, por sua vez, resultam em prejuízos a toda sociedade. São essas perdas que a sociedade tenta evitar ao estabelecer medidas de controle das emissões e ao monitorar a qualidade dos diferentes meios da

biosfera (ULGIATI; BROWN, 2002).

Assim, a avaliação dos efeitos de poluentes nos serviços ecossistêmicos corresponde a uma avaliação do desequilíbrio ecológico, que pode ser expressa em termos biofísicos (unidades de energia ou massa) e/ou em termos monetários. Neste artigo, os serviços ecossistêmicos analisados são aqueles relacionados ao lançamento dos rejeitos da barragem B1 da Mina do Córrego do Feijão nas águas do Rio Paraopeba.

Considerando os impactos negativos dos poluentes lançados no Rio Paraopeba, verifica-se que seus principais impactos estão relacionados ao aporte de sólidos no ambiente aquático. Portanto, no que diz respeito às interferências sobre os recursos hídricos, os serviços ecossistêmicos afetados podem ser quantificados em termos da energia necessária para a diluição dos rejeitos até o nível máximo permitido para o parâmetro SST nas águas do rio, enquadrado na classe 2.

Para fins da quantificação do dano ambiental à qualidade das águas, considerou-se o trecho do Rio Paraopeba compreendido entre o ponto onde o rejeito atingiu esse rio e o local de captação de água para abastecimento público do município de Pará de Minas, Minas Gerais.

2.3.8.3 Quantificação da carga de rejeitos (lama) que atingiu o Rio Paraopeba

Para fins da quantificação da carga poluidora que atingiu o Rio Paraopeba, considerou-se que 50% dos rejeitos atingiram o rio Paraopeba e que 50% ficaram retidos no solo⁴.

Ademais, adotaram-se para fins de cálculo:

A média das concentrações de SST apresentadas pelo IGAM no período de 25 de janeiro de 2019 a 3 de fevereiro de 2019, aferidas em nove estações de amostragem situadas a jusante do ponto onde os rejeitos atingiram o Rio Paraopeba (Quadro 1).

O limite máximo admissível de 100 mg/L para SST (águas de classe 2 – art. 14, I, 3. f – DN COPAM/CERH 01/2008).

Vazão do Rio Paraopeba: 30 m³/s (medida antes do rompimento, conforme CPRM, 2019).

Portanto, a carga diária de rejeito lançada nas águas do Rio Paraopeba foi:

$$\text{Carga diária} = \text{Concentração de SST} \times \text{Vazão}$$

$$\text{Carga diária} = 6,17\text{E}+06 \text{ kg SST/dia}$$

⁴ Área atingida pela lama: 289,80 ha

Volume de rejeitos extravasados para o ambiente: 12,7 milhões de m³

2.3.8.4 Determinação da massa de água necessária para diluição dos rejeitos que atingiram o Rio Paraopeba

A massa total de água, comprometida na diluição de SST até a concentração máxima permitida pela legislação em vigor, foi obtida por meio da Equação 4:

$$M = d \frac{W_{SST}}{c}$$

(Equação 4)

Onde:

M = massa de água

d = densidade da água (1 g/cm³)

W_{SST} = carga média de SST, lançada no Rio Paraopeba (concentração × vazão)

c = concentração máxima permitida na legislação em vigor para SST para águas classe 2

Então:

$$M = 1E+06 \text{ mg/L} [(2.381,09 \text{ mg/L} \times 2.592.000.000,00 \text{ L/dia}) / (100 \text{ mg/L})]$$

$$M = 61.717.912.615,38 \text{ kg/dia de SST}$$

$$\mathbf{M = 6,17E+10 \text{ kg/dia}}$$

2.3.8.5 Cálculo da energia potencial da massa de água

A energia potencial (Ep) da massa de água utilizada na diluição dos poluentes foi calculada, em Joules, por meio da Equação 5:

$$E_p = M \cdot g \cdot h$$

(Equação 5)

Onde:

M = massa de água para diluir os SSTs até os níveis permitidos, em kg (Equação 4)

g = aceleração da gravidade = 9,8 m/s²

h = diferença de altitude entre o ponto P1 (Altitude: 738 m) e o ponto P2 (altitude: 688 m), que corresponde a 50 metros (*Google Earth*)⁵

Então:

$$E_p = 6,17E+10 \text{ kg/dia} \cdot 9,8 \text{ m/s}^2 \cdot 50,0 \text{ m}$$

$$\mathbf{E_p = 3,02E+13 \text{ J/dia}}$$

5 Para esse cálculo, considerou-se os pontos P1 e P2 do mapa apresentado pelo MPMG (2019). A diferença da altitude nos dois pontos forneceu o valor (h), para calcular a energia potencial necessária ao escoamento gravitacional da massa de água requisitada, a fim de diluir os SSTs até atingir o limite estabelecido pela legislação vigente (SST igual a 100,00 mg/L – classe 2). P1: ponto onde o rejeito (lama) atingiu o Rio Paraopeba, na confluência do Córrego Ferro-Carvão. P2: local de captação de água para abastecimento público do município de Pará de Minas, Minas Gerais.

2.3.8.6 Cálculo do VUI

A valoração monetária dos serviços ecossistêmicos e, portanto, o cálculo diário do VUI é apresentado na Tabela 3.

Tabela 3 Valoração dos serviços ecossistêmicos.

Serviços ambientais afetados	Carga total (kg/dia) ^(a)	Massa de água para diluição (kg/dia) ^(b)	Energia potencial (J/dia) ^(c)	Transformidade (Sej/J) ^(d)	Energia (Sej)	Em dólares (US\$/dia) ^(e)	Reais (R\$/dia) ^(f)
Diluição SST	6,17E+06	6,17E+10	3,02E+13	2,8E+04	8,43E+17	280.986,43	1.463.939,30

a – Carga: produto da concentração de SST e vazão do rio;

b – Equação 4;

c – Equação 5;

d – Ortega, 2000;

e – EMDólar = dólares emergéticos = energia / Transformidade

Energia-Dólar, onde: Transformidade Energia-Dólar = $3,0 \times 10^{12}$ Sej/US\$

f – US\$1,00 = R\$5,21 (câmbio – cotação em 24 de julho de 2020)

Fonte: elaborada pelos autores.

Portanto, o VUI corresponde a R\$ 1.463.939,30 por dia.

Desse modo, somando o VUD (Tabela 2) com o VUI (Tabela 3) tem-se o valor diário dos danos ocasionados ao Rio Paraopeba, desde o rompimento da barragem B1 em 25 de janeiro de 2019. Sendo assim, esse valor corresponde a R\$ 5.210.243,30 por dia.

Conclusão

Diante do exposto, para fins de valoração dos danos ocasionados à qualidade da água do Rio Paraopeba pelos rejeitos oriundos da Barragem B1, o método que emprega o cálculo emergético para determinação do VERA demonstrou-se viável.

Considerando o VUD, bem como o VUI, a valoração dos danos ocasionados à qualidade da água superficial para fins de abastecimento público, embasada em critério normatizado pela ABNT (NBR 14.653-4:2008), apresentou *quantum debeat* correspondente a R\$ 5.210.243,30 por dia. A sugestão é que esse valor diário seja acumulado até que se retomem as captações no Rio Paraopeba, para fins de abastecimento.

Referências

ABNT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 14.653-6:2008*. Versão corrigida: 2009. Avaliação de bens: parte 6: recursos naturais e ambientais. Rio de Janeiro: ABNT, 2009.

ARSAE-MG – AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUA E ESGOTO. *Resolução ARSAE-MG 96*, de 29 de junho de 2017. Autoriza a Companhia de Saneamento de Minas Gerais – Copasa a aplicar aos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário prestados as tarifas constantes do Anexo I desta Resolução, aprova as regras a serem observadas pela Copasa para o próximo ciclo tarifário e dá outras providências. Belo Horizonte: ARSAE-MG, 2017. Disponível em: http://arsae.mg.gov.br/images/documentos/audiencia_publica/15/Resolucao_96_RevisaoCopasa_2017.pdf. Acesso em: 10 fev. 2019.

BAIRD, C. *Química ambiental*. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2002.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 4.339, de 22 de agosto de 2002*. Institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4339.htm. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 6.848, de 14 de maio de 2009*. 2009. Altera e acrescenta dispositivos ao Decreto no 4.340, de 22 de agosto de 2002, para regulamentar a compensação ambiental. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6848.htm. Acesso em: 22 jan. 2019.

CARDOSO, A. R. A. *A degradação ambiental e seus valores econômicos associados*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

CHRISTÓFARO, C. Valoração de serviços ecossistêmicos afetados pelo lançamento de esgotos domésticos não tratados em cursos d'água na bacia do Rio Verde Grande-MG. *Revista do Ministério Público de Minas Gerais*, Belo Horizonte, edição especial Meio Ambiente, Jurídico Especial, p. 56-62, 2012.

COMAR, V. *Valoração ambiental pela metodologia emergética: subsídios às políticas públicas no Brasil*. Dourados: UFGD, 2017.

CONAMA – CONSELHO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE. *Resolução n. 357, 17 de março de 2005*. Estabelece normas e padrões para qualidade das águas, lançamentos de efluentes nos corpos receptores e dá outras providências. Brasília, DF: CONAMA, 2005.

COPASA – COMPANHIA DE SANEAMENTO DE MINAS GERAIS. *Comunicação Externa n. 069/2019 – DMT* enviada à CEAT/MPMG, em 8 de fevereiro de 2019, no âmbito do IC n. 0024.19.001859-8, 2019. Belo Horizonte: COPASA, 2019.

CPRM – SERVIÇO GEOLÓGICO DO BRASIL. *Boletim de monitoramento compartilhado do Rio Paraopeba*. Ruptura da barragem do Complexo do Feijão

em Brumadinho – MG. Documento de 06/02/2019. Figura 3 – Fluviograma das estações Ponte Nova do Paraopeba e Ponte da Taquara. Disponível em: http://www.cprm.gov.br/sace/boletins/Paraopeba/20190206_19-20190206%20-%20191433.pdf. Acesso em: 8 fev. 2019.

CUSTÓDIO, M. M. *A importância da valoração econômica na proteção jurídica do meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FREITAS, R.; ALMEIDA, F. Um ano após tragédia da Vale, dor e luta por justiça unem famílias de 259 mortos e 11 desaparecidos. *GI*, 25 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/01/25/um-ano-apos-tragedia-da-vale-dor-e-luta-por-justica-unem-familias-de-259-mortos-e-11-desaparecidos.ghtml>. Acesso em: 20 jun. 2020.

IBAMA – INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. *Modelo de valoração econômica dos impactos ambientais em unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Ibama, 2002. Disponível em: <http://www.terrabrasilis.org.br/ecotecadigital/pdf/modelo-de-valoracao-economica-dos-impactos-ambientais-em-unidades-de-conservacao.pdf>. Acesso em: 31 set. 2019.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Cidades e estados do Brasil*. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/>. Acesso em: 8 fev. 2019.

IGAM – INSTITUTO MINEIRO DE GESTÃO DAS ÁGUAS. *Informativo Especial Avaliação da série histórica entre 2000 e 2018*. Informativo dos parâmetros de qualidade das águas nos locais monitorados ao longo do Rio Paraopeba antes do desastre na barragem B1 no complexo da Mina Córrego Feijão da Mineradora Vale/SA no município de Brumadinho – Minas Gerais. Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2019. Disponível em: http://www.meioambiente.mg.gov.br/images/stories/2019/DESASTRE_BARRAGEM_B1/informativos_qualidade_agua/Informativo_Especial_Serie_Hist%C3%B3rica_2000_a_2018_140219.pdf. Acesso em: 20 fev. 2019.

LIMA, L. H. *Controle do patrimônio ambiental brasileiro: a contabilidade como condição para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: UERJ. 2001.

MAGLIANO, M. M. *Valoração econômica em laudos periciais de crimes contra o meio ambiente*. Dissertação (Mestrado Profissional) – Programa de Pós-Graduação em Perícias Criminais Ambientais, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

MINAS GERAIS. *Deliberação Normativa conjunta COPAM/CERH n. 01, de 5 de maio de 2008*. Dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e

padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências. Publicação – Diário do Executivo – “Minas Gerais” – 13/05/2008.

MOTA, J. A. *et al.* A. A valoração da biodiversidade: conceitos e concepções metodológicas. In: MAY, P. H. (org.). *Economia do Meio Ambiente: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 265-288.

MOTTA, R. S. *Manual para valoração econômica de recursos ambientais*. Rio de Janeiro: IPEA/MMA/PNUD/CNPq, 1997. Disponível em: <http://www.terrabrasilis.org.br/ecotecadigital/pdf/manual-para-valoracao-economica-de-recursos-ambientais.pdf>. Acesso em: 30 out. 2018.

MOTTA, R. S. *Manual de valoração*. Brasília, DF: MMA, 1998. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/publica/mvalora/sumario.html>. Acesso em: 30 jan. 2019.

MPMG – MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. *Ação Civil Pública ID 60842454*, de 31 de janeiro de 2019. Giselle Ribeiro de Oliveira. Belo Horizonte: MPMG, 2019a. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFA969E237220169E4F274311EBF>. Acesso em: 24 jun. 2019.

MPMG – MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. *Parecer Técnico Preliminar ID nº SGDP 2928573/SISCEAT 33652769*, de 11 de fevereiro de 2019, elaborado por Alexandra Fátima Saraiva Soares e Paula Santana Diniz. Belo Horizonte: MPMG, 2019b.

MPMS – MINISTÉRIO PÚBLICO DO MATO GROSSO DO SUL. *Nota técnica: orientações para valoração de dano ambiental em procedimentos do Ministério Público de Mato Grosso do Sul*. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente (CAOMA). Núcleo Ambiental. Campo Grande: MPMS, 2018.

ODUM, H. T. *Emergy and evolution*. In Preprints of the 33rd Annual Meeting of the International Society for System Sciences, Edinburgh, Scotland, v. 3. July 2-7, 1989.

ODUM, H. T. *Environmental accounting, emergy and decision making*. New York: Wiley, 1996.

ORTEGA, E. *Contabilidade e diagnóstico de sistemas usando os valores dos recursos expressos em emergia*. Campinas: UNICAMP/DEA, 2000.

PILLET, G. *Economia ecológica: introdução à economia do ambiente e dos recursos naturais*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

SABATER, S.; ELOSEGI, A. Ecossistema fluvial. In: BAPTISTA, M. B.; PÁDUA, V. L. (orgs.). *Restauração de sistemas fluviais*. Barueri: Manole, 2016. p. 3-28.

SEMAD – SECRETARIA DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. *Mapas de espalhamento do rejeito*. Belo Horizonte: SEMAD, 2019. Disponível em: <http://www.meioambiente.mg.gov.br/component/content/article/13-informativo/3748-mapa-espalhamento-do-rejeito-27-de-janeiro->. Acesso em: 10 fev. 2019.

SOARES, A. F. S. *Dano aos recursos hídricos por lançamento irregular de esgoto sanitário: metodologia para valoração e compensação ambiental*. Trabalho de conclusão de curso (especialização em Direito Ambiental e Sustentabilidade) – Escola Institucional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em parceria com a Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2019.

STEIGLEDER, A. M. Valoração de danos ambientais irreversíveis. *Revista do Ministério Público de Minas Gerais*, Belo Horizontem, edição especial meio ambiente, Jurídico Especial, p. 24-30, 2012.

TOLMASQUIM, M. T. *et al. Metodologias de valoração de danos ambientais causados pelo setor elétrico*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2000.

ULGIATI, S.; BROWN, M. Quantifying the environmental support for dilution and abatement of process emissions – the case of electricity production. *Journal of Cleaner Production*, v. 10, p. 335-348, 2002.

VÉLEZ, D. F. V. Valoração econômica perante o derramamento de petróleo bruto no ambiente marinho. *Revista de Economia*, Anápolis, v. 11, n. 1, p. 174-197, 2015.