Amazon's Research and Environmental Law

PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)
PERIÓDICO INDEXADO NOS DIRETÓRIOS DOS SISTEMAS DIADORIM, LATINDEX, LIVRE, ENTRE OUTROS

Vol. 5, número2, Direito Público Contemporâneo
Mai. 2017
ISSN 2317-8442

Arel Faar, Rondônia, v. 5, número 2, p. 1-158, mai. 2017.

PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)

DIRETORIA INSTITUCIONAL

Diretor Presidente

Ivanilde José Rosique

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Ariquemes – Rondônia – Brasil

Coordenadora Pedagógica

Marli Oliveira Silvestre

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Ariquemes – Rondônia – Brasil

Coordenadora Acadêmica

Elenice Cristina da Rocha Feza

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Ariquemes – Rondônia – Brasil

Biblioteca Acadêmica

Valéria Botelho

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Ariquemes – Rondônia – Brasil

CONSELHO CIENTÍFICO TÉCNICO

Prof. Dr. David Alves Moreira

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Departamento da Coordenação do Curso de Direito

Ariquemes – Rondônia (RO) – Brasil

Revisão em Língua Portuguesa e da padronização das normas da ABNT

Prof.ª MSc. Jakline Brandhuber Moura

Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes

Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa – Ariquemes – Rondônia - Brasil

Revisão em Língua Estrangeira

Prof. Gary Cohen

Prestador de Serviços do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa – Ariquemes – Rondônia - Brasil

Projeto de Capa e Diagramação

Jorge Raul de Souza

Prestador de Serviços do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes Departamento da Coordenação de Extensão e Pesquisa – Ariquemes – Rondônia - Brasil

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Universidade Presidente Antônio Carlos Departamento do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito Juiz de Fora – Minas Gerais (MG) – Brasil (BR)

Prof. David Tood Ritchie - PhD

Walter F. George School of Law

Shcool of Law and Philosophy - Department of International Initiatives

Macon - Georgia – United States

Prof. Dr. Demócrito Ramos Rinaldo Filho

Instituto de Política e Direito da Informática - Centro de Pesquisas e Estudos de Casos

Departamento de Novas Tecnologias no Direito

Recife – Pernambuco – Brasil

Profa. Dra. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva

Universidade Estácio de Sá

Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa - Departamento do Programa de Pós graduação strito sensu em Direito - Rio de Janeiro – Rio de Janeiro - Brasil

Prof. Muruga Ramaswamy - PhD

University of Macau

Faculty of Law - International Law Department: LLM International Law

Taipa - Macau – China

Prof. Pablo Jiménez Serrano

Centro Universitário Salesiano de São Paulo

Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito -São Paulo – São Paulo – Brasil

Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio

Escola de Direito do Rio de Janeiro

Vice-Diretoria de Pós-Graduação e Pesquisa – Departamento do Programa de Pós graduação strito sensu em Direito - Rio de Janeiro – Rio de Janeiro - Brasil

Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho

Universidade Federal da Paraíba – Campus I

Centro de Ciências Sociais Aplicadas - Departamento de Ciências Jurídicas

João Pessoa – Paraíba - Brasil

PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)

Os direitos de publicação desta Revista Científica são do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR).

A Revista Científica é um dos veículos de divulgação científica do Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito.

Os textos publicados na Revista Científica são de inteira responsabilidade de seus autores.

Endereço para correspondência, convênios e permutas:
Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR)
Endereço: Av. Capitão Silvio, n°. 2738, Grandes Áreas
Ariquemes - Rondônia - Brasil
CEP: 78932-000
Telefone: (69) 3535-5008 - Fax: (69) 3535-5005
E-mail: revistaarelfaar@gmail.com

PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE RONDÔNIA/FACULDADES ASSOCIADAS DE ARIQUEMES (IESUR/FAAR)

Esta publicação periódica é distribuída nos termos da licença Creative Commons Atribuição. Uso não comercial - vedada a criação de obras derivadas 3.0 Brazil (by--nc-nd). O leitor tem o direito de:

Compartilhar — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato

O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença. De acordo com os termos seguintes:

Atribuição — É obrigatório fazer a atribuição do trabalho, da maneira estabelecida pelo autor ou licenciante (mas sem sugerir que este o apoia, ou que subscreve o seu uso do trabalho).

Não Comercial — Você não pode usar o material para fins comerciais.

Sem Derivações — Se você remixar, transformar ou criar a partir do material, você não pode distribuir o material modificado.

Sem restrições adicionais — Você não pode aplicar termos jurídicos ou medidas de caráter tecnológico que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.

Qualquer utilização não prevista nesta licença deve ter prévia autorização por escrito da Editora.

Revista AREL FAAR - *Amazon's Research and Environmental Law*, **v. 5, número 2 – Rondônia: IESUR, 2017, 158 p.**

ISSN 2317-8442

Direito – Periódicos. Quadrimestral. Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR). Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito (NUPES/DIR).

CDD 341
CDU 342 (81)

SUMÁRIO

Editorial.....4

Artigos

O possível efeito liberatório do pagamento feito ao representante comercial: estudo de caso 6
The possible effect of the payment made to the commercial representative: a case study
Dra. Patrícia Maria Dusek - Università di Pisa - Itália

Challenges of convention on trafficking in human organs under a comparative Brazil-EU public law perspective 21
Desafios da convenção sobre o tráfico de órgãos humanos sob uma perspectiva comparada do direito público Brasil-UE
Dr. Fernando Gonzalez Botija - UCM – Espanha e Dr. David Alves Moreira - FAAr – RO – Brasil

L'evolution des institutions environnementales dans le Mercosur 32
A evolução das instituições ambientais no Mercosul
Dra. Liziane Paixão Silva Oliveira - Université d'Aix-Marseille III - França

O julgamento de Sócrates: Sócrates e o conceito de justiça: a repercussão do julgamento antigamente e sua interpretação atual.....46
The judgment of Socrates: Socrates and the concept of justice: the repercussion of judgment anciently and its current interpretation
Dr. Ricardo Santos David - FCU – EUA

Investimento estrangeiro e meio ambiente: análise dos acordos brasileiros de cooperação e facilitação de investimentos 61
Foreign investment and environment: analysis of the new brazilian agrements on cooperation and facilitation of investments
Dra. Germana Parente Neiva Belchior - UNI7 – CE - Brasil e Esp. Alebe Linhares Mesquita - USP – SP - Brasil

Princípios da proibição do excesso e da proibição da proteção das pessoas portadoras de necessidades especiais: os limites da atividade legislativa a partir da análise da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 89
The prohibition of excess principle and the prohibition of special needs carrier protection principle: the limits of the legislative activity from analysis of the constitutionality of article 28 of the Law 11.343 / 06
Dr. Cristiano Thadeu e Silva Elias e Ms. Fabiana Silva Bittencourt - FDSM - MG - Brasil

Direito fundamental à saúde: estudo sobre a obrigação do estado em fornecer medicamento de alto custo 110
Right to health: the obligation of the state to provide high-cost medicine study
Ms. Fernando Machado de Souza e Bel. Pamela Caroline Moura Wernersbach - UNIGRAN – MS – Brasil

Resíduo sólido ontem e hoje: evolução histórica dos resíduos sólidos na legislação ambiental brasileira 126
Solid residual yesterday and today: Historical evolution of solid residuals in brazilian environmental legislation
Dr. Leonardo Rabelo de Matos Silva, Ms. Erika Tavares Amaral Rabelo de Matos e Ms. Rossana Marina De Seta Fisciletti – UVA - RJ - Brasil

Resenha de livro 143
Book Review
Bel. Victor Vartuli Cordeiro e Silva - ESDHC – MG - BRASIL

Informações sobre a Revista Científica AREL FAAr 147

EDITORIAL

Prezados Leitores,

É com grande satisfação que se apresenta o número 2 do volume 5, no ano de 2017 da Revista Científica AREL FAAR - *Amazon's Research and Environmental Law* - publicação online quadrimestral do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - IESUR/FAAr. Permanece-se com a mesma missão de publicar estudos e pesquisas inéditas realizadas na área do Direito, preferencialmente no escopo das linhas editoriais, visando disseminar conhecimento científico jurídico.

As linhas editoriais são "Sociedade, Empresa e Sustentabilidade" e "Direitos Fundamentais e suas Dimensões", aprovadas em dezembro do ano de 2012 e 2013, respectivamente, pelo Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP).

Este número traz artigos de autores filiados em instituições nacionais e estrangeiras, resultado do trabalho de divulgação da AREL em eventos nacionais e estrangeiros, conforme diretiva de internacionalização do periódico, aprovada em dezembro de 2015, pelo Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP), a qual estamos avançando e buscando ampliar.

Ressalta-se que todos os artigos científicos foram, depois de recebidos, submetidos aos avaliadores pelo método double blind, ou seja, todos os trabalhos foram analisados por 02 (dois) pareceristas "ad hoc", bem como pelos membros do Conselho Editorial, em colegiado.

As edições são alocadas na plataforma OJS, pelo Conselho Editorial Técnico do IESUR/ FAAr, cumprindo a meta de prestigiar autores de diversas regiões do Brasil.

A Revista possui o *International Standart Serial Number* (ISSN nº 2317-8442) está indexada regionalmente - na Biblioteca do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - nacionalmente - no Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER) e no portal Diadorim, ambos do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT) - e internacionalmente LATINDEX.

Desde de 2015, as edições da AREL passaram a contar com a indexação DOI. A infraestrutura do sistema DOI é definida pela norma ISSO 26324, denominada Information and documentation: *digital object identifier system,* e é promovida pela *International DOI Fundation (*IDF). O endereço DOI é atribuído a um objeto de forma permanente a uma propriedade intelectual, através de um link na rede que remete às suas informações atualizadas, assegurando-lhe credibilidade, com a vantagem de ligar os usuários aos con-

teúdos dispostos pelos editores, gerenciando a comunicação por meio de uma rede que possibilita, inclusive, o acompanhamento das citações dos artigos.

A AREL FAAr tem seu próprio DOI® (*digital object identifier)*: 10.14690/2317-8442. Os autores poderão fazer o registro no Currículo Lattes utilizando o DOI® individual de sua produção, informação que consta no rodapé de cada artigo publicado no portal, ressalvando que esse link vincula o artigo ao ano de 2015. Todo o conteúdo da Revista Científica está sob Licença *Creative Commons*, que reveste de segurança as informações, protege os direitos autorais e facilita o acesso e utilização pelos seus leitores.

Os interessados estão convidados interessados a fazerem parte da relação de autores da Revista Científica AREL FAAR - *Amazon's Research and Environmental Law.* Para isso, basta conferir a CHAMADA PARA PUBLICAÇÃO no fim desta edição e conhecer as DIRETRIZES PARA AUTORES, acessando o ícone SOBRE do portal da Revista Científica Eletrônica, local onde deverá submeter seu artigo. O fluxo de envio de artigos é contínuo, ampliando as possibilidades de submissão e aprovação dos materiais na AREL.

Boa Leitura!

Prof. Dr. David Alves Moreira

Editor Chefe Revista AREL FAAr

O POSSÍVEL EFEITO LIBERATÓRIO DO PAGAMENTO FEITO AO REPRESENTANTE COMERCIAL: ESTUDO DE CASO

THE POSSIBLE EFFECT OF THE PAYMENT MADE TO THE COMMERCIAL REPRESENTATIVE: A CASE STUDY

Patrícia Maria Dusek[1]
Pós-doutora em Direito
Facoltà di Giurisprudenza - Università di Pisa - Itália

RESUMO: O texto tem por objetivo o estudo de um caso concreto, examinado à luz do direito civil/empresarial, acerca do efeito liberatório do pagamento feito por devedor ao representante comercial que não tem poderes de representação para receber quantia em nome do fornecedor, que o contratou para promover suas vendas em determinada região. A problemática do estudo é entender qual a posição Jurídica do Contratante de Boa-Fé nos Contratos Realizados em Decorrência da Atuação do Representante Comercial na doutrina e jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Representação. Adimplemento das Obrigações. Pagamento. Boa-Fé Objetiva. Pagamento por Falso Boleto.

ABSTRACT: The purpose of the text is to study a specific case, examined in the light of civil/business law, on the liberating effect of the payment made by the debtor to the commercial representative who does not have representation powers to

[1]Pós Doutora pela Universitá di Pisa (2015). Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (2014). Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes, onde também obteve o título de graduação na mesma área. Especialista em Direito pela EMERJ. Pesquisadora e membro da Comissão de Pesquisa da Universidade Castelo Branco - UCB. Parecerista ad hoc de Revistas Científicas. Professora da Universidade Castelo Branco e do Centro Universitário de Barra Mansa. Articulista, palestrante e conferencista bilíngue em eventos nacionais e internacionais. Foi por anos seguidos Vice Diretora Jurídica da sociedade de advocacia Ribeiro Pedroso e Jucá Advogados Associados. Leciona na docência do ensino superior há mais de 15 anos, na área do Direito Civil, Processual Civil e Empresarial, em cursos de graduação e pós-graduação em Direito e Administração. Coordenou os Cursos de Direito da Universidade Gama Filho e Centro Universitário da Cidade. Experiência de mais de 10 anos em coordenação de cursos. Foi Coordenadora Adjunta do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Gama Filho por aprovação em concurso público, coordenou o Núcleo de Prática Jurídica da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Uerj (Escritório Modelo - área Cível) entre 2013 a 2015. Coordenou cursos de pós-graduação lato sensu na Universidade Gama Filho e Centro Universitário da Cidade. E-mail: patriciadusek@castelobranco.br

receive money on behalf of the supplier, who hired him to promote your sales in a certain region. The problem of the study is to understand what the Legal position of the Good Faithful Contractor in Contracts Accomplished Following the Performance of the Commercial Representative in legal doctrine and on the Courts.

KEYWORDS: Representation. Performance of Obligations. Payment. Objective Good Faith. Payment by Fake Ticket.

INTRODUÇÃO

Genericamente, o contrato de representação comercial é o documento por meio do qual uma pessoa - dita representante - é contratada por outra - dita representada - para promover a venda de seus produtos ou serviços junto aos clientes de determinada zona territorial.

O representante assume, assim, o compromisso de auxiliar na consolidação e na ampliação do mercado consumidor do empresário representado. Por exercer sua atividade de forma autônoma, o representante não mantém vínculo empregatício com o representado - ou seja, ele não é considerado seu empregado.

Entretanto, as duas partes guardam uma relação de subordinação entre si, já que o representante deve sempre seguir as orientações dadas pelo empresário representado, principalmente em relação aos preços e aos prazos de pagamento e de entrega praticados.

A pesquisa, em voga, tratará da atividade de representação comercial, na modalidade metodológica estudo de caso e para tal foi construído um caso (com base em uma realidade fatídica na vida do representante comercial) que será o paradigma do estudo acadêmico. Sua fonte de inspiração é a necessidade de entender qual a posição Jurídica do Contratante de Boa-Fé nos Contratos Realizados em Decorrência da Atuação do Representante Comercial na doutrina e jurisprudência.

1 Dimensões do Caso em Estudo: questão recorrente de fato

O trabalho de pesquisa fundamenta-se no estudo do caso que possui as seguintes dimensões:

Alguns de seus clientes compradores adquiriram bens de sua fabricação e comércio com a interveniência de representante comercial. Para documentação da venda, a vendedora emitiu as notas fiscais e os boletos de cobrança, que foram enviados diretamente aos compradores. Ocorre que, antes do vencimento, esses

compradores foram procurados pelo representante comercial para a troca de boletos, com o argumento de que a vendedora havia concedido um desconto para quem desejasse antecipar os pagamentos. Nesses novos boletos, emitidos pelo representante comercial (sem a ciência da credora), entregues aos clientes da vendedora, esta figurava como sacada, porém os dados bancários do boleto correspondiam aos do próprio representante comercial.

Em vista dessa situação, a vendedora deseja saber se poderá cobrar o crédito diretamente dos compradores, mesmo ciente de que estes já haviam pago pelo boleto emitido pelo representante comercial, sob o fundamento do disposto no art. 308 do Código Civil, *in verbis:* "O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito".

O artigo se propõe ao deslinde dessa questão, ou seja, se o pagamento realizado pelo boleto "falso" libera ou não os devedores. Para tanto, a situação jurídica do representante comercial, do contrato de representação e o adimplemento das obrigações serão objeto de estudos.

2 Do Contrato de Representação Comercial: Aspectos jurídicos

2.1. Origem, conceito e caracterização

Foi da necessidade de dinâmica dos negócios que fez surgir o contrato de representação comercial, em busca de suprir o mercado consumidor com produtos ou serviços. Nesta dinâmica foi introduzida a figura do representante comercial. Trata-se de uma das espécies de contrato de colaboração por aproximação, a exemplo dos contratos de agência, distribuição e corretagem. A origem do contrato de representação comercial remonta à própria evolução do comércio e da necessidade de sua expansão.

Trata-se de contrato típico, em que os direitos e deveres das partes estão dispostos em Lei (4.886/65), cuja estipulação poderá ocorrer de forma verbal ou escrita, sendo, portanto, um contrato informal. A bilateralidade e onerosidade são determinantes para este tipo de contrato, que também pode ser classificado como de trato sucessivo ou de execução diferida.

Podemos conceituar o contrato de representação de acordo com os elementos extraídos da Lei nº 4.886/65 que regula a atividade do representante comercial. Segundo o art. 1º, da referida lei:

> Art. 1º da Lei nº 4.886/65: Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

Dessa definição podemos extrair alguns elementos essenciais à caracterização desse contrato para distingui-lo de outros similares, a saber:

> a) muito embora seja permitida a representação por pessoa física, para não caracterizar a relação trabalhista e, portanto, a responsabilidade pelos salários e encargos trabalhistas decorrentes da relação de emprego, é necessário que o representante de fato e de direito seja um empresário individual com registro próprio[2], portanto, sem vínculo empregatício com a contratante de seus serviços, isto é, que não haja subordinação entre a pessoa jurídica representada e o representante, ainda que pessoa física. Quase todos os elementos que caracterizam a relação de emprego estão presentes no contrato de representação (trabalho executado por pessoa natural, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade), sendo o elemento distintivo a ausência de subordinação[3];
>
> b) a não eventualidade é outro elemento caracterizador da representação comercial. Não caracteriza a representação a negociação única, nem aquelas eventuais. A habitualidade na mediação é indispensável para a caracterização deste tipo de contrato; e,
>
> c) a finalidade deve ser a aproximação entre a pessoa da representação e seus futuros clientes. O traço distintivo entre este tipo de negócio e a revenda é justamente o objeto. O revendedor compra produtos para revendê-los. O representante nada adquire do representado. Ele aproxima o representado de

[2]Já decidiu por inúmeras vezes o TST que a ausência do registro não é obstáculo ao reconhecimento do vínculo empregatício, configurando mera irregularidade. Vejamos: TST – RECURSO DE REVISTA nº 44734620115120014 (TST) – Data de publicação: 19/02/2016. Ementa: RECURSO DE REVISTA. REPRESENTANTE COMERCIAL. AUSÊNCIA DE REGISTRO NO ÓRGÃO COMPETENTE. IRREGULARIDADE FORMAL. A jurisprudência desta Corte orienta que a ausência de inscrição do representante comercial no respectivo Conselho Regional é irregularidade formal, que não possui aptidão para descaracterizar a representação comercial quando presentes os elementos materiais do art. 1º da Lei nº 4.886/65. Recurso de revista conhecido e provido.

[3]A ideia de subordinação está ligada à supervisão do trabalho por superior hierárquico. Há relação de dependência entre o obreiro e o supervisor. Nesta relação o obreiro deve obediência às orientações técnicas e/ou de padronização do trabalho, ou seja, o empregado se submete ao poder de direção do empregador, recebendo pelo seu trabalho o salário previamente ajustado.

> pessoas interessadas na aquisição de produtos e/ou serviços do representado. A atividade do representante é sem dúvida de intermediação, recebendo comissões pela realização dessas aproximações bem sucedidas.

De acordo com Waldírio Bulgarelli, este é o típico contrato de atividade de intermediação:

> [...] exercida pelo representante comercial autônomo, em caráter profissional, sem dependência (hierárquica, pois deve agir de acordo com as instruções do representado), em que não há verdadeiramente representação, posto que além de não ser mandatário (o que poderá ser também, desde que assim ajustado com o representado) nem comissário (o que também poderá ocorrer, cumulando ambas as situações), o representante meramente recolhe (ou agencia, como diz a lei) propostas ou pedidos para transmiti-los ao representado[4].

O representante comercial dirige sua própria atividade de forma habitual e com o intuito de lucro, podendo, inclusive, explorar mão-de-obra alheia para a consecução do seu objeto. Neste caso, exerce profissionalmente atividade econômica e organizada, razão pela qual essa exploração econômica configura fato que se amolda ao disposto no caput do art. 966 do Código Civil, ou seja, quem a exerce individualmente será empresário individual. O representante comercial não é um mandatário, nem empregado do vendedor. Ele fomenta as vendas em uma determinada praça e com intuito de lucro, consistente nas comissões decorrentes de sua atuação no negócio.

A representação comercial é um típico contrato de colaboração empresarial por aproximação, em que o objetivo se esgota, via de regra, com a aproximação das partes que figurarão no contrato a ser celebrado. Pela bem sucedida aproximação, o representante comercial receberá suas comissões.

2.2. Legislação aplicável

Até a vigência do Código Civil de 2002, o contrato de representação era regulado exclusivamente pela já citada Lei nº 4.886/65, sendo tratado pela doutrina como sinônimo de contrato de agência. O Código Civil brasileiro de 2002 incluiu regras

[4]BULGARELLI, Waldírio. Contratos Mercantis. São Paulo: Atlas, 1979, p. 500.

próprias para o contrato de agência e distribuição, sem mencionar, de forma expressa, a representação comercial.

A partir daí surgiram controvérsias, como pode ser verificado abaixo, se o contrato de agência seria um contrato distinto do contrato de representação, até porque o Código Civil não revogou a Lei nº 4.886/1965.

A par disto, trouxe regramentos específicos para o contrato de agência e distribuição, algumas contrárias ao que dispõe a Lei nº 4.886/65, como a vedação, como regra, do proponente agenciar propostas para mais de um agenciado (art. 711 do Código Civil).

Por outro lado, o contrato de representação comercial regulado pela Lei nº 4.886/65, que tenha sido firmado por prazo indeterminado somente poderá ser denunciado, por qualquer das partes, sem causa justificada, se houver vigorado por mais de seis meses (art. 34). Já o contrato de agência celebrado por prazo indeterminado poderá ser resolvido por qualquer das partes, a qualquer tempo, respeitado o aviso prévio de 90 dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente. Por essas e outras regras específicas, parte da doutrina passou a entender que se tratam de contratos diversos[5]. Seja como for, ambos pertencem ao gênero contratos de colaboração.

2.3. Cláusulas contratuais indispensáveis

Segundo dispõe o art. 27 da Lei nº 4.886/65, a caracterização do contrato de representação comercial impõe a inserção de algumas cláusulas contratuais indispensáveis.

> Art. 27 da Lei nº 4.886/65: Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros, a juízo dos interessados, constarão, obrigatoriamente:
>
> a) condições e requisitos gerais da representação;
>
> b) indicação genérica ou específica dos produtos ou artigos objeto da representação;
>
> c) prazo certo ou indeterminado da representação;
>
> d) indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação;

[5]Neste sentido e, por todos, ver COELHO, Fábio Ulhôa. Pareceres em Direito Comercial. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 3 vol.

e) garantia ou não, parcial ou total, ou por certo prazo, da exclusividade de zona ou setor de zona;

f) retribuição e época do pagamento, pelo exercício da representação, dependente da efetiva realização dos negócios, e recebimento, ou não, pelo representado, dos valores respectivos;

g) os casos em que se justifique a restrição de zona concedida com exclusividade;

h) obrigações e responsabilidade das partes contratantes;

i) exercício exclusivo ou não da representação a favor do representado;

j) indenização devida ao representante, pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.

2.4. A representação comercial e o mandato

Pela análise dos elementos acima, relativos à caracterização e cláusulas obrigatórias que deve conter o contrato de representação comercial, podemos extrair que o representante comercial não é um preposto nem mandatário da contratante, salvo se as partes tenham também firmado contrato de mandato, conforme dispõe o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 4.886/65, abaixo transcrito. Não sendo este o caso, o representante comercial não adquire, pela lei, poderes de representação para agir em nome da contratante para a realização de qualquer ato decorrente do contrato de compra e venda, tais como entrega de produtos, recebimento do preço etc.

Art. 1º da Lei nº 4.886/65: Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

Parágrafo único – Quando a representação comercial incluir podêres atinentes ao mandato mercantil serão aplicáveis, quanto ao exercício dêste, os preceitos próprios da legislação comercial (grifo nosso).

Caso a contratante não tenha outorgado mandato para a representada agir em seu nome (como na hipótese em exame), nas etapas que se sucederem à aproximação, como contratar, receber e dar quitação etc., ao praticar qualquer ato que venha neste sentido, o representante comercial está contraindo obrigação em nome próprio, isto porque o poder de representação pressupõe previsão legal ou contratual, conforme regra do art. 115 do Código Civil: "*Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado*".

Por outro lado, ainda que fosse conferido poderes de representação pelo mandato, para a quitação exige-se o instrumento do mandato (procuração), contendo poderes especiais para quitar, pois o mandato em termos gerais só confere poderes de administração, a teor do disposto no art. 661, § 1º do Código Civil[6].

Porém, receber numerários, como aluguel e encargos, já se tem decidido, não são atos para os quais se exige a exibição de mandato com poderes especiais. Desse modo, somente os atos praticados pelo mandatário, regularmente investido de poderes para a emissão e substituição de boleto com desconto é que poderão obrigar a pessoa do mandante. Mas, como visto, não se trata de mandato.

Sendo assim, em princípio, quem age sem observar as regras acima, fica vulnerável a ter que realizar o pagamento novamente, já que pagou à pessoa diversa daquela a quem deveria pagar, valendo o antigo ditado, quem paga mal paga duas vezes. Neste particular tem aplicação a regra do art. 662 do Código Civil, *in verbis:*

> Art. 662 do Código Civil: Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar.
> Parágrafo único – A ratificação há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco, e retroagirá à data do ato.

Para que o representante pudesse concretizar qualquer negócio em nome da contratada, ou praticar atos posteriores que extrapolam sua atuação de representante comercial, como fez quando da troca de boletos, inserindo novas datas e valores, seria necessário que tivesse poderes para tanto e no caso concretamente analisado não tinha.

---

[6]Art. 661 do Código Civil: O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.
§ 1º – Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos.

No entanto, seria indispensável indagar se e até onde o credor contribuiu para o erro do devedor, deixando com que o representante comercial atuasse como um mandatário tácito, praticando atos anteriores e posteriores não compatíveis com os de sua função típica. Sendo este o caso, o credor assumiu o risco que pode advir da conduta maliciosa, inclusive quanto ao ato de falsificação por parte do mandatário tácito. Ou, em outras palavras, seria razoável acreditar, nas circunstâncias concretas, que o representante comercial agiu em nome da credora ao procurar o devedor para a substituição dos boletos bancários? Não é demais lembrar que no novo boleto também figurava como sacador/credor o próprio fornecedor, consulente.

3 Das Regras Relacionadas ao Adimplemento Contratual Aplicáveis à Matéria

3.1. Analise da Doutrina: Pressupostos do pagamento com efeito liberatório

Para o efeito liberatório pretendido pelo devedor, o pagamento deve levar em conta a satisfação do direito de crédito do credor. Considera-se adimplida obrigação se observada a forma, lugar e tempo convencionados pelas partes ou estatuído por lei, e o pagamento deve ser feito a quem, ao tempo em que for realizado, ostente a posição de credor.

O Código Civil contém dispositivos específicos para regular o adimplemento e extinção das obrigações (arts. 304 a 388) e, dentre eles, destacamos a regra contida no art. 308, abaixo transcrita: Art. 308 do Código Civil: O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito.

Já se sabe que o representante comercial não tinha poderes de representação, como já visto acima, nem mesmo para a simples substituição dos boletos, como feito, ou seja, o boleto não foi apresentado pelo credor, nem pelo seu representante legal ou contratual, ou por pessoa que possuísse autorização para tanto.

No entanto, em algumas circunstâncias, desde que presente a boa-fé, o pagamento feito a quem não é o verdadeiro credor tem efeito liberatório, pela aplicação da teoria da aparência, que tem por requisitos a boa-fé do agente e o erro escusável.

Nesse sentido, leciona Vitor Frederido Kúmpel:

> [...] proteção, pelo sistema jurídico (princípios e regras), garantindo existên-

> cia, validade e eficácia a determinadas relações jurídicas, por haver uma exteriorização (publicidade) divorciada da realidade, a qual faz crer a todos na seriedade do negócio jurídico, pela incidência da boa-fé objetiva e, principalmente, ao terceiro legitimado (boa-fé subjetiva), gerando regulares efeitos econômicos diretos e indiretos, muito embora a situação esteja estribada numa situação insubsistente[7].

A conduta do representante comercial foi altamente reprovável. Resta analisar a conduta do devedor para que seja possível verificar se agiu com malícia ou com intuito de locupletamento ou se agiu em erro escusável.

Para que se possa dar o efeito liberatório há que se observar a cooperação entre as partes envolvidas e isto ocorre, como de praxe, pela aferição da conduta devida, observando-se a distinção entre a extinção da obrigação com e sem adimplemento.

Sobre o tema leciona Judith Martins-Costa:

> Essas considerações têm relevo para distinção entre as formas de extinção da relação obrigacional que constituem adimplemento e aquelas que não o constituem. Considerado o complexo de situações subjetivas que compõem a relação, pode-se compreender a razão pela qual, conquanto o adimplemento seja o principal e mais corriqueiro modo de extinção da relação obrigacional, dele não resulta sempre, lógica e necessariamente, o efeito extintivo, pode a obrigação perdurar por feito da incidência de deveres laterais, anexos ou instrumentais, inclusive pós-contratuais[8].

O adimplemento da obrigação na atualidade é regido por princípios específicos. Tais princípios devem ser trazidos a exame como auxílio para a elucidação da questão.

Segundo Judith Martins-Costa, como "modelo jurídico" o adimplemento não pode prescindir do exame metodológico dos princípios gerais e específicos a ele aplicáveis.

Ainda, conforme Judith Martins-Costa, quatro seriam estes princípios, sendo três deles relacionados com o efeito liberatório do devedor, positivados no art. 313 (princípio da correspondência, identidade ou pontualidade), art. 314 (princípio da in-

[7]KÚMPEL, Vitor Frederico. Teoria da Aparência no Código Civil de 2002. Coleção Professor Arruda Alvim. São Paulo: Método, 2007, p. 301-302.
[8]MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Forense: Rio de Janeiro, 2003, p. 87.

tegralidade), art. (princípio da exatidão) e art. 422 (princípio da boa-fé objetiva), todos do Código Civil. Sobre este último princípio, discorre a autora:

> Em tema de adimplemento joga papel fundamental a boa-fé objetiva, como já se anotou na Introdução, em razão de a relação obrigacional se qualificar como relação de cooperação, fundando-se na confiança qualificada. Muito embora não expressamente referida na lei ao tratar do adimplemento, diversamente do que se verifica no campo dos contratos (Código Civil de 2002, art. 422), é a boa-fé que impõe os comportamentos acessórios ou instrumentais necessários ao adequado adimplemento e que mensura a intensidade do dever de adimplir, dando, em outras palavras, a medida do esforço que do devedor pode ser exigido, inclusive para detectar a ocorrência, ou não, de enriquecimento injustificado (Código Civil de 2002, art. 884), que é nessa matéria, uma verdadeira cláusula geral. Da funcionalidade da boa-fé decorrem subprincípios, como o do equilíbrio entre as prestações, nos contratos bilaterais e sinalagmáticos, da vedação das condutas contraditórios o da proteção das justas expectavas dos partícipes da relação obrigacional e de terceiros eventualmente atingidos, direta ou indiretamente (grifo nosso)[9].

Corroborando tal entendimento, Karl Larenz prescreve:

> El principio de la 'buena fe' significa que cada uno debe guardar 'fidelidad' a la alabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas; supone el conducirse como cavia esperar de cuantos con ensamiento honrado intervienen em el tráfico como contratantes o participando em el em virtud de otros vínculos jurídicos. Se trata, por lo tanto, de un módulo 'necesitado de concreción', que unicamente nos indica la dirección em que hemos de buscar la contestación a la cuestión de cuál se la conducta exigible em determinadas circunstancias. No nos da una regla apta para ser simplesmente 'apicada' a cada caso particular y para ler em ella la solución de caso cuando concurran determinados pressupuestos. Sino que em cada supuesto se exige un juicio valorativo del cual deriva lo que el momento y el lugar exijan[10].

[9]MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Forense: Rio de Janeiro, 2003, p. 95.
[10]LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Tradução de Jayme Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 2016, tomo I, p. 142-143.

3.2 Análise de Jusrisprudência: Pressupostos do pagamento com efeito liberatório

Já há muito se tem dito que o direito privado vem passando por mudanças de paradigma, afastando-se da concepção individualista para uma perspectiva principiológica, baseada na função social dos institutos de direito privado, da boa-fé, dentre outros.

Ao que foi exposto pelo contratante, o representante comercial mantinha com seus clientes relação estreita no pós-venda, estabelecendo com estes comunicação baseada na cordialidade e confiança, levando-os a supor estivesse o representante comercial autorizado a agir em nome da credora. Ao realizar o pagamento pelo falso boleto, o devedor agiu de boa-fé, acreditando estar o representante legal autorizado a, de fato, promover a troca de boletos. Acrescenta-se, ainda, que o desconto para pagamento antecipado não foge ao que o mercado normalmente concede em situações similares (entre 10% e 20%), nada indicando fosse possível ao adquirente supor se tratar de uma fraude.

Ao colocar em análise o comportamento de quem pagou, indaga-se se seria razoável a qualquer pessoa de diligência normal realizar o pagamento pelo boleto, na forma como foi pago. A resposta parece ser positiva. O representante comercial adulterou o boleto apenas no que se refere ao valor e ao código de barras, permanecendo o nome do credor no campo onde sempre esteve.

O chamado “golpe do boleto” vem sendo praticado com certa frequência Normalmente, o autor do delito intercepta a correspondência bancária dirigida ao comprador, troca o boleto verdadeiro por um outro por ele emitidos já com as alterações e despacha este boleto ao destinatário. O devedor, sacado, recebe o novo boleto e realiza o pagamento acreditando estar fazendo o pagamento devido, na forma como contratado, mas numerário vai para a conta corrente de terceiros. Em regra, o devedor do título não percebe o erro no pagamento, já que as informações do boleto novo são praticamente as mesmas constantes do boleto original, exceto pelo código de barras.

O Tribunal de Justiça de São Paulo vem decidindo esta questão de forma favorável ao devedor. No julgamento da Apelação de nº 2016.0000715529, julgada pela 38ª Câmara de Direito Privado, em 28 de setembro de 2016, o Tribunal manteve a condenação de um determinado banco contratado por uma empresa para prestação de serviços de cobrança com emissão de boletos.

Assim, como no caso em exame, terceira pessoa interceptou o boleto bancário,

adulterando-o, de maneira que o valor que deveria ter sido repassado ao cliente do banco foi parar na conta de terceiros em virtude de prática criminosa, conforme ementa abaixo:

> Responsabilidade civil. Danos materiais e morais. Prestação de serviços de cobrança mediante remuneração e disponibilização de software. Fraude praticada por terceiros. Valores recebidos de cientes da autora creditados em favor de outra empresa. Sentença mantida. Recurso não provido (RT 24/213).

Por certo que neste tipo de atividade bancária há relação de consumo, devendo o banco assumir o risco de sua atividade, sobretudo quando recebe pagamento por boleto adulterado, pois aí tem aplicação a teoria do fortuito interno.

Mas o princípio pelo qual se fez acatar o pagamento com efeito liberatório realizado por quem pagou por boleto adulterado é, sem sombra de dúvida, a proteção do pagamento realizado de boa-fé, por pessoa de diligência normal, conduta passível de ser praticado por qualquer pessoa.

Em fevereiro (24) de 2015, o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de examinar um caso semelhante ao aqui tratado, reconhecendo como válido o pagamento feito por inquilino, por boleto adulterado:

> É válido o pagamento realizado por meio de boleto bancário mesmo que o código de barras tenha sido alterado por terceiros fraudadores. Na origem, os locatários requereram a declaração de inexistência da dívida de aluguel com base no comprovante de quitação juntado aos autos, entretanto, o locador alegou que o pagamento realizado não lhe foi revertido porque terceiros fraudadores manipularam o código de barras do boleto. Diante desse cenário, a Turma se filiou ao entendimento do STJ de que 'é válido o pagamento realizado de boa-fé a pessoa que se apresenta com aparência de ser credor ou seu legítimo representante. Para que o erro no pagamento seja escusável, é necessária a existência de elementos suficientes para induzir e convencer o devedor diligente de que quem recebe é o verdadeiro credor ou seu legítimo representante'. Para os Julgadores, se a impressão do boleto bancário foi feita por meio da página da internet do próprio locador com o código de barras já alterado, como consta dos autos, o reconhecimento da fraude pelos locatários demandaria diligência extraordinária que não se exige do homem médio. Desta feita, a Turma negou

> provimento ao recurso do locador por entender que, realizado o pagamento válido a credor putativo, resta ao verdadeiro credor perseguir o crédito daquele que indevidamente o recebeu (TJDF, Acórdão nº 851718, 20140310233290ACJ, Relatora: EDI MARIA COUTINHO BIZZI, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Julgamento: 24/02/2015, Publicado no DJE: 02/03/2015. Pág.: 334) (grifo nosso).

Dir-se-ia que os casos não são idênticos, eis que nos julgados os boletos teriam sido entregues pelo banco e no caso trazido em exame, entregues pelo representante comercial. Ocorre que para definir se o pagamento teve ou não efeito liberatório, precisamos mais do que examinar a forma de envio do boleto, o conjunto de fatos e circunstâncias que rodeiam a transação.

Considerações finais

O contrato de representação comercial é uma espécie de contrato de colaboração, em que se tem por cumprido com o ajuste de vontade das partes para a consecução do seu objeto, que no caso é a aproximação do vendedor e comprador. Realizada a aproximação de forma bem sucedida, tem-se por cumprido o contrato, fazendo jus o representante às comissões devidas em razão de sua atuação.

Em regra, o representante comercial não atua como preposto ou mandatário do contratante. No entanto, no caso em exame, o representante, dolosamente, extrapolou suas atribuições no momento em que apresentou novos boletos aos compradores, nos quais aparentemente apenas o valor e a data do vencimento foram modificados.

Na realidade, houve a adulteração também do código de barras, fazendo com que o numerário devido ao credor fosse direcionado à sua conta corrente, bem como de terceiros.

É certo que para se liberar da obrigação, o devedor deve guardar cautelas, cumprindo-a nos exatos termos em que foi contraída. Insta saber se, no caso em exame, o devedor tinha como saber estar pagando para pessoa diversa daquela que figurava no boleto, isto é, tinha como saber que os valores eram desviados para terceiras pessoas, estranhas ao contrato de compra e venda.

O representante comercial, aparentemente, agia em nome e nos interesses da credora, como preposto, já que frequentemente participava também do pós-venda, inclusive solucionando pequenas questões administrativas.

Levando em consideração o arcabouço jurídico moderno erigido em torno do

adimplemento das obrigações (para o direito civil como um todo), sobretudo o princípio da boa-fé objetiva, princípio da confiança e a teoria da aparência, temos como remotas as possibilidades de sucesso em ações para cobrança do débito dos compradores, pois, nas circunstâncias, não seria exigível a adoção de conduta diversa.

Devemos analisar caso a caso para verificar concretamente a boa-fé do comprador e até onde ele podia ou teria podido saber tratar-se de pagamento a pessoa estranha à relação comercial. O Direito não é uma ciência exata, dando sempre margem à discussão, sobretudo com o exame das provas que forem colhidas. Por certo, até que se opere a prescrição, é possível o manejo da competente ação indenizatória em face do representante comercial que sem sobra de dúvidas foi o grande responsável pelos prejuízos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

BULGARELLI, Waldírio. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 1979.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Pareceres em Direito Comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 3 vol.

KÚMPEL, Vitor Frederico. *Teoria da Aparência no Código Civil de 2002*. Coleção Professor Arruda Alvim. São Paulo: Método, 2007.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução de Jayme Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 2016. tomo I.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 2003.

REVISTAS DOS TRIBUNAIS. Secção Jurisprudência: Representante Comercial. *Julgados do Superior Tribunal de Justiça nos anos de 2000 a 2017*. São Paulo: RT. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Função Social dos Contratos*. Editora Método: São Paulo. 2007.

Artigo recebido em 20/03/2017
Revisado em 18/04/2017
Aprovado em 25/04/2017

CHALLENGES OF CONVENTION ON TRAFFICKING IN HUMAN ORGANS UNDER A COMPARATIVE BRAZIL-EU PUBLIC LAW PERSPECTIVE

DESAFIOS DA CONVENÇÃO SOBRE O TRÁFICO DE ÓRGÃOS HUMANOS SOB UMA PERSPECTIVA COMPARADA DO DIREITO PÚBLICO BRASIL-UE

Fernando Gonzalez Botija[1]
Doutor em Direito
Universidad Complutense de Madrid (UCM) – Espanha

David Alves Moreira[2]
Doutor em Direito
Faculdades Associadas de Ariquemes – (FAAr) – Ariquemes (RO) – Brasil

ABSTRACT: The aim of this article is the analysis on the alignment of current Brazil legal framework with the Convention on Trafficking in Human Organs under a comparative Public Law perspective, as regards European Union (EU) initiatives. It also reviews the eventual incorporation into the Brazilian internal law with the purposes of addressing the challenges arising of the implementation of Fundamental Rights governing the topic and in particular the principles of Freedom of Choice, informed consent, altruist, non-onerous, anonymous donations and general preference for organs of dead donors.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Freedom of Choice; Governance.

RESUMO: O objetivo deste artigo é a análise do alinhamento do atual quadro jurídico brasi-

[1]PhD in Law, Full Professor and Secretary of the Department of Administrative Law of the UCM. It should also be noted that he is a professor at the Institute of Criminology of the UCM where he teaches the subject of Administrative Law II within the program of Studies for Private Detective. He has been an expert associated with the Twinning project of the EU with Romania with a view to the harmonization of Romanian regulations in order to facilitate accession from 2002 to 2004. He is the author of almost one hundred publications in the field of administrative law, with special attention to the law community and the CAP. He has directed more than ten doctoral theses and is a professor of the University Master in environmental policies at IUCA. Professor Gonzalez Botija has taught and published extensively in Israel, Italy, Portugal, Spain, Germany and USA. E-mail: suricato@der.ucm.es

[2]Dados acadêmicos: Bacharel em Direito pela Fundação Eurípedes Soares da Rocha de Marília (1989) e Pedagogia pela Universidade Estadual Paulista / UNESP (1989) e mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (titulação obtida nos anos de 1995 e 1998, respectivamente). Ex-assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Tem experiência na área de Direito das relações sociais, com ênfase em Direito Processual Penal. Atualmente é Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Associadas de Ariquemes/FAAr, Professor Associado do quadro efetivo do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Rondônia / UNIR. E-mail: davidmoreiraadv@hotmail.com

leiro com a Convenção do CdE sobre Tráfico de Órgãos Humanos sob uma perspectiva comparativa de direito público, no que se refere às iniciativas da União Européia (UE). Também analisa a eventual incorporação no direito interno brasileiro com o objetivo de enfrentar os desafios decorrentes da implementação dos Direitos Fundamentais que regem o tema e, em particular, os subprincípios da Autonomia de Vontade, consentimento informado, altruísta, não - Doações desonestas, anônimas e preferências gerais para órgãos de doadores mortos.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios fundamentais; Autonomia da Vontade; Governança.

INTRODUCTION

The aim of this article is the analysis on the alignment of current Brazil legal framework with the Convention on Trafficking in Human Organs[3]. Those principles rules the existing general donation regimen in the Europe countries after entry in force of Directive 2010/45/EU on human organs intended for transplantation[4].

The Directive has largely contributed to combating organ trafficking through the establishment of competent authorities, the authorization of transplantation centers and the basis for traceability and procurement. Aspects such as the risk-benefit ratio, pre-transplant evaluation of potential donors, altruism as an essential principle or consent to donation are analyzed on the ground of need of common standards at Union level.

The ethical and legal dimensions of these issues are included in the framework of the Council of Europe (*which brings together states of the European continent, including Eastern Europe countries, such as the Russian Federation*) through two specific legal instruments. The first of them is the European Convention on Human Rights and Biomedicine (Oviedo Convention of 1997) and its four Additional Protocols; the latest instrument is the Convention on Prevention of Illicit Trafficking of Human Organs (Santiago de Compostela Convention of 2015, not yet into force). All those treaties are open to the accession of Non-Member States, such as Australia, Canada, Holy See, Japan, Mexico, United States of America and international organizations such as the EU.

The illicit trafficking of persons for the purposes of organ donation has been specifically developed within the United Nations (Protocol to Prevent, Suppress and Punish

[3]Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organ. CETS No.216: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/216> Last access on January 24th, 2017

[4]Directive 2010/45/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010, on standards of quality and safety of human organs intended for transplantation.

Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational organized crime) and the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings (Convention of Warsaw, 2005). These Conventions are open to signature by any State irrespective whether it belongs or not to the European regional area.

It is necessary to strengthen the EU capacity to foster and promote the highest ethical standards at both, the donation regime and the research integrity. In particular, promote the consistent application of the principles listed the *Helsinki Declaration5* as well as the "European Code of Conduct for Research Integrity" developed by the European Science Foundation (ESF)[6]. This includes their practical application at two levels: i) embed ethics and Bioethics within the research design; and ii) to update the information of trafficking in organs, tissues and cells on Comparative Law, by focusing on the study of the relevant aspects related to the protection of the fundamental rights in the European Union (EU). Four relevant fields of study have identified covering the main legal and bioethical issues related:

- human tissues and human embryonic stem cells,
- organ transplantation and donation and human trafficking
- surrogate motherhood,
- clinical practices which involves the economic gain with humans

Preventing the illegal trafficking in human organs, tissues and cells is a problem of global proportions against human rights which constitutes also a direct threat to individual and public health.

This study is a work from Research Project: Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability[7].

[5]World Medical Association. Declaration of Helsinki The World Medical Association has developed the Declaration of Helsinki as a statement of ethical principles to provide guidance to physicians and other participants in medical research involving human subjects, The main duty in medical research to protect the life, health, privacy, and dignity of the human subject <http://www.who.int/bulletin/archives/79(4)373.pdf>. Last access on January 24th, 2017.

[6]The European Code of Conduct for Research Integrity (ESF and ALLEA, 2011), available at <http://www.esf.org/fileadmin/Public_documents/Publications/Code_Conduct_ResearchIntegrity.pdf>.Last access on January 24th, 2017.

[7]Offers to the society the opportunity to critically engage with and consider a range of contemporary real-world issues: Globalized Challenges in Law Regulated Sectors from BR/EU/USA, on the comparative perspective, it enables all the researchers to encounter a variety of concepts, approaches and methods from the Social Science, Innovation and Ecology. This offers for all, the opportunity to build bespoke arguments, drawing on the inter, multi and transdisciplinary group researches and this research seeks to develop cross-disciplinary and cross-national research projects which intend to overcome the disciplinary barriers enabling the growth and integration of the social study of law. On other hand, the researchers can build a forum in which scholars, professors, students, as well as practitioners who are interested in interdisciplinary studies, can organize discussions, share work, exchange ideas and build networks. Available on < http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/5771319084225732> Last access on March, 4th 2016.

1.Trafficking in Human Organs and other part of their body

As there is a worldwide shortage of organs available for transplantation, there is a new and major problem, which is illegal trafficking in organs, which is now banned practically all over the world. Some victims are forced to donate an organ, others end up selling part of their body for financial gain and there are cases of people being deceived and/or others murdered for the removal and subsequent trade of human organs. The right aims to protect the society is marked by the dignity; the right condemns all action that can cause corporal or psychic injury to another or expose danger of life.

For Bittencourt, legal goods are the life of society and people, where everyone deserves constitutional protection precisely because of their social significance[8]. Legal good in the broadest sense, is all that presents us as worthy, useful, necessary valuable. Goods are real things, or ideal objects endowed with immeasurable value, they are material or immaterial things, objects that besides being what they are, is something very valuable. Historically criminal law has the claim to protect life, as it is the most valuable legal asset and this needs greater protection, this subject has led to major debates on the true essence of a democratic state of law that is the inviolability of life[9]. Trafficking of persons for the purpose of organ removal has long remained a subject of rumor and urban myth in Brazil. For the broader social context in which these rumors may arise in Brazil[10].

2. Rules of Brazil and European Comunity (EU) and their Challenges

In legal terms, firstly we can separate the idea of trafficking in organs, tissues and cells from trafficking in human beings itself for organ removal in one of the constituent elements of the crime – the object of the criminal offence. In the former case, the object of the crime is the organs, tissues and cells, and the deceptive practices thereof while in the latter case it is the trafficked person. Brazil and UE have approach the issue under different ways:

[8]Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, São Paulo: Imprenta, Saraiva, 2016, p.35.
[9]Toledo, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. São Paulo: Imprenta, Saraiva, 1994 p.15.
[10]N. Scheper-Hughes, Death Without Weeping: The Violence of Everyday Life in Brazil (University of California Press: Berkeley, 1992), pp. 233–239. Brazil is frequently identified as locations of greater organ trafficking activity, whether as a locus of donors, recipients or brokers For the broader social context in which these rumours may arise in Brazil, for example, see: Bellagio Task Force, Op. Cit.; D. A. Budiani-Saberi, F. L. Delmonico, "Organ trafficking and transplant tourism: a commentary on the global realities", American Journal of Transplantation, Volume 8(5) (2008), pp. 926–927; Presentation by Michael Bos at the ELPAT Session of the 22nd Congress of TTS, "An update on global organ trafficking", Sydney (10–14 August, 2008).

2.1 Relevants aspects of brazilian legislation: relevants aspects

On October 6th, 2016, the Law nº. 13.344[11] was enacted in Brazil. This Act provides for prevention and repression of internal and international trafficking in persons and measures for the care of victims:

> Chapter I - Principles and guidelines
>
> Art. 2 establishes the principles of respect for the dignity of the human person and the guarantee of citizenship and human right[12].
>
> Art. 3 set up the strengthening of federative actions and the coordination between institutional organizations and society[13], by means of policy coordination and the national plans to combat trafficking in persons.
>
> Articles 4 and 5 provides for specific prevention measures against trafficking in person[14], reinforcing the cooperation between the Justice and the Public security systems, national and foreign.

---

[11]This Law provides for trafficking in persons committed in Brazil against a Brazilian or foreign victim and abroad against a Brazilian victim and confronting trafficking in persons includes the prevention and repression of such a crime, as well as attention to its victims, available at <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm>, access on May, 25th, 2017.

[12]Art. 2. The confrontation with trafficking in persons shall comply with the following principles:
I - respect for the dignity of the human person;
II - promotion and guarantee of citizenship and human rights;
III - universality, indivisibility and interdependence;
IV - non-discrimination on grounds of gender, sexual orientation, ethnic or social origin, origin, nationality, professional activity, race, religion, age group, migratory status or other status;
V - transversally of the dimensions of gender, sexual orientation, ethnic or social origin, origin, race and age in public policies;
VI - full attention to direct and indirect victims, regardless of nationality and collaboration in investigations or legal proceedings;
VII - full protection of children and adolescents.

Art. 3. The confrontation with trafficking in persons shall comply with the following guidelines:
I - strengthening of the federative pact, by means of the joint and articulated action of the spheres of government within their respective competences;
II - articulation with national and foreign governmental and non-governmental organizations;
III - encouraging the participation of society in instances of social control and of class or professional entities in the discussion of policies on trafficking in persons;
IV - structuring the network to deal with trafficking in persons, involving all levels of government and civil society organizations;
V - strengthening of activities in areas or regions with a higher incidence of crime, such as border, ports, airports, highways and road and rail stations;
VI - stimulating international cooperation;
VII - incentive to carry out studies and research and their sharing;
VIII - preservation of the secrecy of administrative and judicial proceedings, in accordance with the law;
IX - integrated management for policy coordination and national plans to combat trafficking in persons.

Article 4. Prevention of trafficking in person s shall be by means of:
I - implementation of intersectoral and integrated measures in the areas of health, education, labor, public safety, justice, tourism, social assistance, rural development, sports, communication, culture and human rights;
II - socio-educational campaigns and awareness raising, considering the different realities and languages;
III - to encourage the mobilization and participation of civil society; and
IV - to encourage projects to prevent trafficking in persons.

Chapter III - From repression to trafficking in persons

Article 5. The repression of trafficking in persons shall be by means of:

On Chapter IV - Protection and assistance to victims[15] articulates specific measures for the protection and care for the direct or indirect victim of trafficking in persons including preservation of intimacy and identity;, their social reintegration, the guarantee of access to education, culture, vocational training and work and, in the case of children and adolescents, their reintegration into the family and community.

Previously, Law no. 9,434, of February 4, 1997 - Provides for the removal of organs, tissues and parts of the human body for the purpose of transplantation and treatment and other measures[16].

2.2 Brazil formal opposition to Declaration of Helsinki

Brasil will not adhere to Santiago de Compostela convention. In addition Brasil have developped a legal framework in line with Council of Europe convenants and Declaration of Helsinki ethical recommendations. See: Law no. 13344, of October 6, 2016[17]. All the subjects (Freedom of choice (autonomia de la voluntad), Informed consent, altruist, non-onerous, anonymous donations, general preference for organs of dead donors) are regulation by Brazil Associacion for transplant[18]s.

Althought Brasil developped a legal framework in line with Council of Europe Convenants and Declaration of Helsinki ethical recommendations, Brasil do not

---

I - cooperation between organs of the justice and security system, national and foreign;
II - the integration of policies and actions of repression to related crimes and the accountability of their authors;
III - the formation of joint research teams.
Chapter IV - Protection and assistance to victims
Article 6 Protection and care for the direct or indirect victim of trafficking in persons includes:
I - legal, social, work and employment and health care;
II - reception and temporary shelter;
III - attention to their specific needs, especially in relation to gender, sexual orientation, ethnic or social origin, origin, nationality, race, religion, age group, migratory situation, professional activity, cultural diversity, language, social and family ties Or other status;
IV - preservation of intimacy and identity;
V - prevention of revictimization in care and investigative and judicial procedures;
VI - humanized care;
VII - information on administrative and judicial procedures.
§1º. The attention to the victims will be with the interruption of the situation of exploitation or violence, their social reintegration, the guarantee of access to education, culture, vocational training and work and, in the case of children And adolescents, the search for their reintegration into the family and community.
§2º. Outside, immediate assistance to Brazilian victims will be in charge of the Brazilian consular network and will be provided regardless of their immigration status, occupation or other status.
§3º The health care provided in item I of this article must understand the aspects of physical and psychological recovery of the victim.

[17]Available at: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434compilado.htm> Last access on January, 23th, 2017. Decree no. 2.268, of June 30, 1997 - Regulates Law No. 9.434, of February 4, 1997, which provides for the removal of organs, tissues and parts of the human body for transplantation and treatment, and other measures. Available at: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2268.htm> Last access on January, 23th, 2017.

[18]Available at <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm.> Last access on April 2th,2017

[18]Available at <http://www.abto.org.br/abtov03_ingles/> Last access on January 2th, 2017.

intended to make proposal Lege ferenda, due to the fact that Brasil has considered Declaration of Helsinki ethical recommendations are particularly dangerous for poor people and population with serious health public problems, as is the case of Brazil which considered the text n ethical regression. Definitive re-formulations would be decided at the WMA meeting in October 2000 At the WMA meeting in Tel Aviv in 1999, it was decided that within this additional reflection on the proposed amendment to the Helsinki Declaration, some issues should be considered as priorities in the discussions.

2.3 Relevants aspects of convention on trafficking in human organs and their instruments

Recent advances in biomedicine and biotechnology have brought into existence a variety of new modalities in which human bodies, human tissues and human bodily parts may be used, modified, donated or sold, thus igniting a public debate on crucial issues laying at the interplay of bioethics and biolaw.

In 2002 The Council of Europe adopted an Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin (CETS nº. 186,) that provides strong prevention and repression of internal and international trafficking in persons and measures for the care of victims[19]:

> Chapter I – Purposes, scope and use of terms[20], includes the following definitions: scope: the Convention applies to the trafficking in human organs for purposes of transplantation and to other forms of illicit removal and of illicit implantation.
>
> (…)
>
> - “Trafficking in human organs” mean any illicit activity in respect of human organs
>
> (...)
>
> - “human organ” shall mean a differentiated part of the human body, formed

[19]Caplan, Arthur; Domínguez-Gil, Beatriz; Matesanz, Rafael; Prior, Carmen. Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs - Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, w/p.

[20]Text from Convention - Appendix 10 (Item 10.3) Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs (Adopted by the Committee of Ministers on 9 July 2014
at the 1205th meeting of the Ministers’ Deputies).

> by different tissues, that maintains its structure, vascularisation and capacity to develop physiological functions with a significant level of autonomy. A part of an organ is also considered to be an organ if its function is to be used for the same purpose as the entire organ in the human body, maintaining the requirements of structure and vascularisation.
>
> (...)
>
> Article 4, Substantive Criminal Law, regulates illicit removal of human organs: Each Party of the convention are intitled o take legislative and other measures to establish as a criminal offence under its domestic law, when committed intentionally, the removal of human organs from living or deceased donors is performed without the free, informed and specific consent of the living or deceased donor, or, in the case of the deceased donor, without the removal being authorized under its domestic law; or where the living donor, or a third party, has been offered or has received a financial gain or comparable advantage or the removal of organs from a deceased donor supposes a financial gain or comparable advantage. a third party

3. Other importants issues covered by these Convecions: Subrogate motherhood and therapeutic obstinacy

3.1 Subrogate Motherhood

An example of the current controversies on the diverging theoretical and normative views is represented by the ongoing discussion on the ethical and legislative status of surrogate motherhood. In this respect, the uncovering the key theoretical and normative foundations beneath the favorable and contrary positions structuring the current debate across EU member states, charting the various positions on

> (i) the principle of ownership over one's body;
>
> (ii) the likely impact on the family relationship in relation to the child future wellbeing
>
> (iii) the status of reproductive rights in different countries and cultural contexts;
>
> (iv) the rights and the protection of the interests of the newborn.

Recently the Spanish Association of Bioethics and Medical Ethics (AEBI) in its last Annual Conference (2017), under the title Surrogate Maternity: ethical-legal con-

cerns, condemns surrogate motherhood as contrary to the dignity of women.

5.2 "Encarnizamiento Terapeutico"

Encarnizamiento terapeutico happens all the time on Brazil due in Brazilian law, euthanasia is considered criminal, but there is no explicit provision in this regard.

However, the typification provided in art. 121 of the Penal Code, that is, simple or qualified murder. It is immaterial for the legal qualification of this conduct and for the corresponding civil and criminal liability, that the patient has given his consent. Even in this hypothesis, such consent is considered, legally, irrelevant, to de-characterize such conduct as a crime.

On Spain, in 2015, the parents of a kid with neurophysiological problems incompatible with life, had asked to cease all intervention by the Hospital of Santiago de Compostela to artificially prolong their life of the therapeutic support that kept it against nature, in what they understood a case of therapeutic obstinacy.

The parents, requested judicial intervention against the criteria of the Hospital. The novelty of the case is the bona fide mediation of the judge instead of the judicial intervention. The therapeutic obstinacy is forbidden in our legal order.

Final Considerations

The ethical and legal dimensions of these issues are included in the framework of the Council of Europe (which brings together states of the European continent, including Eastern Europe countries, such as the Russian Federation) through two specific legal instruments: the European Convention on Human Rights and Biomedicine (Oviedo Convention of 1997): and the Convention on Prevention of Illicit Trafficking of Human Organs.

Therefore, although the Brazil legislation is largely in line with the Convention on Prevention of Illicit Trafficking of Human Organs covering the issues, a further alignment to these specific legal instruments is advisable as a positive input in those specific areas:

> (1) proposing a set of scalable actions to identify, assess and resolve critical gaps in existing Brazilian regulations and policies concerning bodily rights and the donation/ownership of human tissues and other biological materials, and
> (2) address specific actions to improve the awareness of relevant stakeholders on bodily rights and the ethics of ownership and donation in biomedicine.

ACKNOWLEDGMENTS

My thanks to Germán Fernández Farreres, Dean of Administrative Law Department of Universidad Complutense de Madrid - UCM - and Leonardo Rabelo, Dean of Researcher and Degree Coordinator of Veiga de Almeida University – UVA -, who furnished very useful information and provided excellent research assistance for the draft, and is thankful to these institutions which provided financial research and encouraged the systematic study. This study is a work from Research Project on Development, globalization of legal relations and policies. The author also is obliged to give particular thanks to her team from GLUC - The Global Comparative Law Institute of the Universidad Complutense de Madrid, who were very helpful in its form of research and reviewer for allowing us to modify templates they had developed.

REFERENCES

BARRETO, Vicente de Paulo. CULLETON, Alfredo. In: *Dictionary of Political Philosophy.* São Leopoldo: Unisinos, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, São Paulo: Imprenta, Saraiva, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil,* de 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. *Law no. 13344, of October 6, 2016*. Available at <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm> Last access on January, 25th, 2017.

CAPLAN, Arthur; Domínguez-Gil, Beatriz; Matesanz, Rafael; Prior, Carmen. T*rafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*. Joint Council of Europe/United Nations study, 2009.

ESF and ALLEA - *The European Code of Conduct for Research Integrity,* 2011

GONZÁLEZ BOTIJA, F., VAQUERO RAMIRO, S. Trasplante de órganos y Derecho comunitario. In: *Revista Universitaria Europea,* Nº 22, enero-junio, 2015: 97-136 ISSN: 1139 -5796

Morin, Edgar; Le Moigne, Jean-Louis. *The Intelligence of Complexity*. São Paulo: Petrópolis, 2000.

POTTER, Van Rensselaer. *Bioética:* Ponte para o futuro. Presentation of Leo Pessini. São Paulo: Edições Loyola, available at <http://www.pucpr.br/arquivosUpload/1237335091471892398.pdf>. Acess on February, 4th, 2017.

SÁ, Maria de Fátima Freire; Naves, Bruno Torquato de Oliveira. *Biodireito*. 2 ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Imprenta, Saraiva, 1994.

UE - *Council Conclusions on Research Integrity,* December, 1st, 2015, 14853/15 RECH 296, several pages.

Artigo recebido em 03/03/2017
Revisado em 15/04/2017
Aprovado em 25/04/2017

L'EVOLUTION DES INSTITUTIONS ENVIRONNEMENTALES DANS LE MERCOSUR

A EVOLUÇÃO DAS INSTITUIÇÕES AMBIENTAIS NO MERCOSUL

Liziane Paixão Silva Oliveira[1]
Doutora em Direito
Université d'Aix-Marseille III (AMU) - França

RESUMÉ: Au départ, la structure institutionnelle du Mercosur annoncée dans le Traité d'Asuncion n'a prévu aucun organisme orienté vers la protection environnementale. En dépit de cette absence, la création d'institutions environnementales était possible compte tenu du fait que le Conseil du marché Commun du Mercosul (CMC) avait compétence pour instituer des réunions ministérielles spécialisées et le Groupe du Marché Commun du Mercosul (GMC) pour créer de nouveaux sous-groupes de travail afin de collaborer au processus d'intégration. C'est en vertu de cette compétence qu'a surgi, en 1992, la première institution environnementale nommée Réunion spécialisée sur l'environnement (REMA) ; en 1994, avec le Protocole additionnel au Traité d'Asuncion sur la structure institutionnelle du Mercosur, un "Sous-groupe de travail sur l'environnement" (SGT-6) a été installé ; enfin, a été créée la "Réunion des ministres de l'environnement" (RMMA) .

MOST CLES: Mercosur; Droit d`integration; Environnement

ABSTRACT: Initially, the Mercosur institutional structure announced in the Treaty of Asuncion did not provide any organization focused on environmental protection. In spite of this absence, it was possible to create environmental institutions, since the Mercosur Common Market Council (CMC), which is responsible for creating specialized ministerial meetings, as well as the Mercosur Common Market Group (CMG), the creation of new sub-working groups to collaborate in the process of integration of States parties in 1992. Under this jurisdiction, the first environmental institution

[1]Doutora em Direito pela Université d'Aix-Marseille III, Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes. Líder do grupo de pesquisa Novas tecnologias e seus impactos nos Direitos Humanos do CNPq. Pesquisa financiada pela CAPES e FAPITEC-SE. E-mail: lizianepaixao@gmail.com

called the Specialized Meeting on the Environment (REMA) emerged; in 1994, with the Additional Protocol to the Treaty of Asuncion on the Institutional Structure of Mercosur, a "Sub-Working Group on the Environment" (SGT-6) was created; and the "Meeting of Ministers of the Environment" (RMMA).

KEYWORDS: Mercosur; Right of Integration; Environment.

INTRODUCTION

Le Mercosur a été crée le 26 mars 1991 suite à la signature du Traité d´Asunción. Il est formé États membres, États associés (Bolivie, Chili, Pérou, Equateur, Colombie) et États au titre de participants à la zone de libre commerce et d´observateurs pour certaines réunions du bloc.

En ce qui concerne les sources du doit au Mercosur, on note que le Traité d'Asunción n'énumère pas les sources et n'établit pas de hiérarchie entre les règles juridiques. La doctrine à travailler une première classification du droit dans le Mercosur sur : (a) le droit originaire ou primaire (présent dans le Traité d'Asunción et ses Annexes), et (b) le droit dérivé ou secondaire (découlant des Décisions du Conseil du Marché Commun et des Résolutions du Groupe du Marché Commun – art. 10, 13 et 16 du Traité d'Asunción).

À sa suite, le Protocole de Brasilia pour le Règlement des Différends énumère les sources devant être observées par un Tribunal arbitral appelé à trancher un éventuel différend. Ces sources sont, selon l'article 19:

> (..) les dispositions du Traité d'Asunción, les accords résultant de ce traité, les décisions du Conseil du Marché commun, les résolutions du Groupe du Marché commun, ainsi que les principes et les dispositions du droit international applicables en la matière. Le Tribunal arbitral à la faculté de décider une controverse ´ex aequo et bono´ si les parties en conviennent.

Afin de combler les lacunes du TA, le Protocole de Ouro Preto (1994) consacre son chapitre V à ce sujet : « Les sources juridiques du Mercosur », définies ainsi à l'article 41:

> I. Le Traité d'Asunción, ses protocoles et les instruments additionnels ou complémentaires; II. Les accords conclus dans le cadre du Traité d'Asunción et de ses

> protocoles; III. Les décisions du Conseil du Marché commun, les résolutions du Groupe du Marché commun et les directives de la Commission du commerce du MERCOSUR, adoptées depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Asunción.

Les spécialistes de la doctrine entendent que l'énumération de l'article 41 du POP n'est pas limitative . Il convient de souligner qu'ils ajoutent à cette liste les décisions des tribunaux du Mercosur, ainsi que les recommandations des sous-groupes de travail, des réunions spécialisées, les accords inter-étatiques signés par les membres du Mercosur, ou encore par le Mercosur lui-même, en tant que personne juridique. Les sources juridiques du Mercosur peuvent être classées comme suit: les sources de Droit originaire, les sources de Droit dérivé et les sources complémentaires.

Le Droit originaire, ou primaire, constitue le fondement du Mercosur. Il est composé, en particulier, par les traités constitutifs, par exemple le Traité d'Asunción, le Protocole de Brasilia, le Protocole de Ouro Preto. Outre ceux-ci, le Protocole de Lenas, le Protocole de Santa Maria, et l'Accord Cadre sur l'Environnement doivent être également considérés, en fonction de leur nature juridique, comme des sources originaires.

Le droit dérivé est constitué de normes produites par les organes décisionnels du Mercosur, composés de représentants du pouvoir exécutif, et non pas par une source parlementaire. Considérant le caractère général des prévisions environnementales dans le droit originaire, il reviendra aux institutions du Mercosur, selon la marge de compétences qui leur est attribuée, de formuler les règles de droit dérivé capables de réglementer la protection environnementale dans le Cône Sud.

Conformément au Traité d'Asuncion et au Protocole d'Ouro Preto, il appartiendra au Conseil du Marché Commun (CMC) et au Groupe du Marché Commun (GMC) de compléter le cadre juridique institué dans le droit primaire (A). Toutefois, en vertu de la vaste gamme de sujets à réglementer et dans l'espoir d'atteindre les objectifs d'intégration, des organes auxiliaires spécialisés dans la thématique environnementale ont été créés, tels que la Réunion Spécialisée en Environnement (REMA), le Sous-Groupe de Travail sur l'Environnement (SGT-6) et la Réunion des Ministres de l'Environnement (RMMA).

Convaincus, devant le grand nombre d'institutions consultatives, de la complexité du système menant à l'élaboration du droit dérivé qui, avec un degré variable de régularité et d'efficacité, prévoit des normes qui seront possiblement trans-

formées en décisions, résolutions ou directives, on ressent le besoin d'analyser les organes techniques responsables des recommandations tournées vers la thématique environnementale dans le Mercosur.

1 Les premiers pas vers l'institutionnalisation de la thématique environnementale : La création de la REMA

En ce qui concerne la création des organismes environnementaux du Mercosur, on affirme qu'ils sont le résultat d'une volonté politique liée à la coordination des actions de différents acteurs sociaux. Dès le début du processus d'intégration, les organisations écologistes, tout comme les organisations sociales et syndicales, ont cherché à s'insérer dans le processus d'élaboration des politiques économiques, sociales et industrielles du Mercosur, ces organisations craignant que les politiques de protection des droits des travailleurs ou de protection environnementale soient reléguées au second plan et qu'on assiste à un nivellement vers le bas dans les pays membres, optant pour une protection minimale des droits sociaux et environnementaux en vue d'une politique maximale en faveur de la libéralisation.

Le GMC a institué la REMA fondé sur le besoin d'analyser la législation environnementale en vigueur dans les États parties, ainsi que sur celui d'introduire une plate-forme tournée vers la protection de l'environnement dans le contexte du Mercosur. Ces besoins laissent entrevoir la préexistence d'un débat fragmenté au sein des divers sous-groupes de travail sur la relation entre la protection environnementale et les politiques agricole, industrielle ou énergétique, entre autres, et qu'il était indispensable de coordonner ce débat et définir un regard transversal en matière de protection environnementale dans le bloc (MERCOSUR/GMC/RES N. 22/92),

Conformément au libellé de l'article 1 de la Résolution 22/92, la REMA « aura pour mission d'analyser la législation en vigueur dans les États parties et proposer des actions à entreprendre dans les divers domaines en vue de protéger l'environnement » (Notre traduction de la version original. MERCOSUR/GMC/RES N. 22/92).

La REMA serait composée de représentants de chaque État partie chargés des thèmes liés à l'environnement. Les objectifs et les fonctions ont été consignées dans le Procès-verbal nº 1/93 de la première réunion réalisée par l'institution, l'objectif général étant de formuler des recommandations au GMC qui assurent une protection adéquate de l'environnement dans le cadre du processus d'intégration

du Mercosur. Parmi ses fonctions, on note : établir les critères généraux et opérationnels pour le traitement de la question environnementale dans le Mercosur ; proposer des objectifs environnementaux de base qui contribuent au développement d'une gestion intégrée entre les États parties ; coordonner les travaux relatifs aux thématiques environnementales développés dans les autres SGT; promouvoir l'incorporation des aspects environnementaux dans les projets régionaux de coopération ; analyser de possibles asymétries entre les législations nationales ; établir, en matière d'environnement, des conditions adéquates de compétitivité entre les États parties (LACIAR, 2003. p. 56-57).

Dans le cadre de l'analyse des asymétries entre les différents droits de l'environnement internes aux États membres du Mercosur, les représentants de la REMA ont décidé de compiler les lois environnementales de chaque pays, d'élaborer des tableaux comparatifs afin d'identifier les différences et les vides normatifs. Au cours de cette tâche, on a conclu qu'il était nécessaire d'accorder un espace institutionnel plus important à la thématique environnementale, objectif atteint avec la création du SGT-6 et la Réunion des Ministres de l'environnement (RMMA)[2] (LACIAR, 2003. p. 60).

Cette initiative de compilation réalisée par la REMA est d'importance fondamentale afin d'avancer vers l'élaboration d'une politique environnementale pour le Mercosur. Cependant, l'absence de publicité sur le résultat de cette étude comparative fait obstacle à la participation de la société civile dans ce processus (TARAK, s.a).

En octobre 1994, les représentants argentins ont souligné que la Constitution nationale argentine avait été modifiée cette même année afin d'assurer le droit à un environnement sain et compenser ainsi les asymétries par rapport à la Constitution brésilienne (DIAS, 2001, p. 93).

En outre, le GMC propose à la REMA d'élaborer un programme en vue de l'élimination des restrictions non tarifaires appliquées pour raisons environnementales (MERCOSUR/GMC/RES. 62/93), Au cours de la première rencontre de la REMA, ses représentants ont souligné qu'ils ne pourraient éliminer ces barrières compte tenu du fait que, conformément à l'article 50 du Traité de Montevideo, les mesures destinées à la protection de la vie et la santé des personnes, des animaux et des végétaux, étaient permises. De ce fait, la REMA s'est engagée à harmoniser ces restrictions.

[2]LACIAR, Mirta Elizabeth. Medio ambiente y desarrollo sustentable: los desafíos del MERCOSUR. Buenos Aires – Madrid, 2003., p. 60

On observe ici une équivoque : les exceptions générales disposées à l'article 50 du Traité de Montevideo et incorporées au Traité d'Asuncion ne sont pas considérées comme barrières non tarifaires. Néanmoins, la proposition d'harmonisation semble être la plus adéquate compte tenu du fait que les délégations d'Argentine et du Paraguay ont allégué que, dans le Mercosur, les pays ne peuvent pas assumer d'engagements qui impliquent en la réduction de la protection environnementale énoncée dans leurs législations nationales. (MRE, Boletim de Integração Latino-americana, n. 15, 1994)

Au cours de la deuxième rencontre, réalisée du 5 au 7 avril 1994, le débat de la REMA s'est tourné vers la destination des déchets, dans le cadre de la Convention de Bâle (1989), soulignant que les États parties devraient promouvoir des études pour chercher des solutions au plan national afin d'établir, dans un deuxième temps, des mesures appropriées au plan régional. En outre, il a été pointé sept accords environnementaux internationaux fondamentaux afin de mettre en place une politique environnementale harmonieuse entre les pays du bloc. Partant, certains des États parties du Mercosur n'ayant pas encore ratifié toutes ces conventions, la suggestion était faite quant à leur ratification. Il s'agissait de : la Convention de Bâle, la CITES, la Convention sur la diversité biologique (1992), la Convention cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques, le Protocole de Montréal, la Convention RAMSAR et la Convention de Montego Bay.

Selon l'analyse de l'INTAL, en dépit de l'amplitude de ses objectifs, la REMA ne s'est réunie que cinq fois sur la période de un an (de novembre 1993 à novembre 1994) et a seulement réussi à annoncer les « Directives de base en matière de politique environnementale » (BID-INTAL, Informe do Mercosur, n. 1, 1995. p. 43) . Parmi les onze directives établies on distingue : l'harmonisation de la législation environnementale entre les divers partenaires, l'utilisation durable des ressources naturelles, l'inclusion des coûts environnementaux en tant que partie des coûts totaux, l'adoption de technologies propres, l'adoption d'un critère environnemental commun lors de négociations économiques internationales, le suivi d'activités qui pourraient affecter les écosystèmes partagés et la promotion et le renforcement institutionnel par l'échange d'informations (MERCOSUR/GMC/Res. 10/94).

On notera cependant qu'à partir du travail de coopération entre la REMA et les autres SGT, le GMC a approuvé quelques résolutions dans le domaine environnemental, telle que la Résolution nº 53/93 sur l'adoption du code de conduite régional quant à l'introduction et la libération dans l'environnement d'agents de contrôle

biologique, par suggestion du sous-groupe de politique agricole ; la Résolution nº 23/94 sur les résidus de pesticides dans les produits agricoles “in natura” pour le commerce intra régional, appliqué à la production de riz, d’oignons, de pommes et de tomates, conformément aux recommandations du sous-groupe de normes techniques.

2 SGT-6 : La consolidation de la thématique environnementale

En 1995, à Montevideo, il a été réalisé la première Réunion des Ministres et Secrétaires à l’Environnement qui a produit la Déclaration de Taranco, comme nous l’avons étudié au chapitre antérieur. Le texte de la déclaration reconnaît les avancées obtenues par la REMA, ainsi que la nécessité de renforcer le traitement environnemental dans le bloc. Afin de satisfaire ce besoin, il a été jugé pertinent de transformer la REMA en un Sous-groupe de travail du GMC, le SGT-6. La thématique sortait ainsi d’un organe consultatif pour intégrer un organe délibératif.

La création du SGT-6 permet la consolidation de la thématique environnementale dans les institutions du Mercosur. Il réalise deux réunions ordinaires par an et peut se réunir en sessions extraordinaires autant de fois qu’il en sent le besoin. En ce qui concerne la formation du SGT-6, on observe qu’il est composé de fonctionnaires du gouvernement, indiqués par chaque État partie, et coordonné par l’un d’entre eux, désigné par son gouvernement, selon un système de rotation par ordre alphabétique. On souligne que les activités du SGT-6 se développent en deux étapes : une première étape préparatoire, durant laquelle le sous-groupe de travail pourra solliciter la présence de représentant du secteur privé ; et une seconde étape, décisionnelle, exclusivement réservée aux représentants des États parties (MERCOSUR/SGT-6/ATA. 01/1996,)

Pendant la deuxième réunion du SGT-6 en mai 1996, les délégations des États parties ont insisté sur l’importance de la participation du “secteur privé” afin d’approfondir le débat et l’exécution des politiques environnementales (MERCOSUL, Res GMC n º 38/95). En accord avec le texte de l’article 29 du Règlement intérieur du GMC, « On entend comme représentant du secteur privé celui qui possède un intérêt direct sur l’une quelconque des étapes du processus de production, distribution et consommation.» (MERCOSUR/CMC/Dec. 04/1991).

L’admission des Organisations Non Gouvernementales (ONG) aux réunions est soumise à un certain nombre de conditions. Au-delà de la participation gouvernementale, chaque État partie a compétence pour indiquer, au maximum, trois re-

présentants du secteur privé, et ces indications doivent rechercher la participation égalitaire des secteurs économique, social et environnemental (MERCOSUR/SGT-6/ ATA. 02/1996, III Reunião Ordinária do SGT-6).

Les représentants non gouvernementaux indiqués doivent s'enregistrer auprès du secrétariat administratif du GMC et les coordinateurs des délégations nationales informeront préalablement le secrétariat de la composition de ces représentants, avec un délai d'au moins 8 jours avant la date prévue de la réunion (Articles 30 et 31 du Mercosur/CMC/Dec. 04/1991). Au cours de la période préparatoire, les représentants du SGT-6 et ceux du secteur privé pourront organiser des séminaires ou d'autres activités pertinentes afin d'approfondir le débat (MERCOSUR/SGT-6/ATA. 01/1996, II Reunião Ordinária do SGT-6).

Le SGT-6 portera auprès du GMC les recommandations adoptées par consensus en présence des représentants de tous les États membres. Toutefois, face à l'absence de consensus, le GMC prendra connaissance des diverses considérations formulées dans le cadre de l'organe environnemental (MERCOSUR/CMC/Dec. 04/1991 Regimento Interno do GMC, Articles 21 et 22.).

Dans la Résolution nº 38/95, le GMC a défini sept tâches prioritaires pour le SGT-6 : 1) analyser les RNA relatifs aux questions environnementales et au développement d'une proposition d'harmonisation ou d'élimination ; 2) stimuler des études pour évaluer les coûts environnementaux, y compris le coût total de la chaîne de production, de façon à permettre des conditions justes de protection environnementale et de compétitivité ; 3) encourager la mise en place des propositions environnementales présentées par les Groupes de travail ; 4) accompagner le processus ISO-14000, ainsi que l'analyse des impacts potentiels de son application sur la compétitivité des exportations ; 5) élaborer un document légal, en accord avec les ordonnancements juridiques nationaux ; 6) élaborer et mettre en place un système d'informations environnementales et 7) élaborer un système d'étiquetage, un 'label vert' du Mercosur (MERCOSUR/SGT-6/ATA n. 01/95).

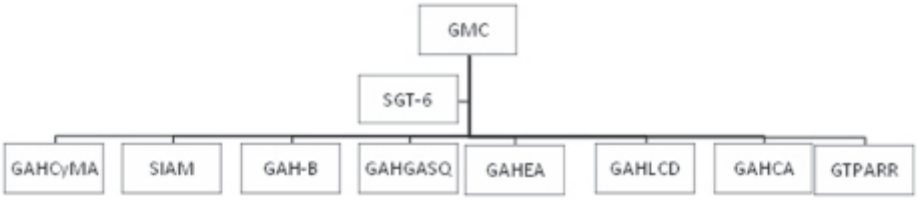
En 1997, selon le bulletin d'informations du Mercosur, la concrétisation des objectifs fixés pour le SGT-6 a été lente et rares sont les réalisations concrètes. Toutefois, en dépit de la lente progression de la mise en œuvre de ses activités, le SGT-6 a avancé. Comme on peut l'observer au cours des réunions réalisées en 1996, dix-huit mesures non-tarifaires ont été analysées, desquelles treize ont été jugées justifiables au plan environnemental, et une partiellement justifiée. Le SGT a également commencé à travailler sur le thème de la compétitivité et son interfa-

ce avec la protection de l'environnement, étude originellement programmée pour être conclue en décembre 1997.

En ce qui concerne l'élaboration d'un instrument légal, pour lequel le délai préalablement établi était octobre 1996, quelques progrès ont été perçus dans la mesure où a été proposé le protocole additionnel au Traité d'Asunción sur l'environnement. Au sujet de la mise en place d'un système d'informations environnementales, un groupe de travail ad hoc a été créé au sein du SGT-6 qui a élaboré une proposition afin de mettre en œuvre le système, ainsi qu'un planning de travail. Ce système est actuellement en fonctionnement. Finalement, en ce qui concerne le 'label vert', il s'est opéré une progression graduelle fondée sur l'analyse et l'identification de produits nationaux aptes à recevoir un label environnemental du Mercosur. (INTAL, 1997, P. 43-44)

La structure institutionnelle du SGT-6 s'est renforcée dans la mesure où ont été institués huit groupes spécialisés visant à la consolidation de la politique environnementale dans le cône sud, tel que l'on peut l'observer dans l'organigramme ci-dessous.

Figura 1:
Structure institutionnelle du SGT-6



Source: ALEMANY, Cecilia; LEANDRO, Beatriz. Análisis y propuestas para la participación ciudadana em el Mercosur. Uruguay: Friedrich Ebert Stiftung, 2006. Disponible sur: http://library.fes.de/pdf-files/bueros/uruguay/04479.pdf

Figura 2:
Sous-groupes de travail afin de collaborer au processus d'intégration

Sigla	Nome em Espanhol	Notre traduction
GAHCyMA	Grupo Ad Hoc Competitividad y Medio Ambiente	Groupe ad hoc Compétitivité et Environnement

SIAM	Grupo Ad Hoc Sistema de Información Ambiental del MERCOSUR	Groupe ad hoc Système d'information environnementale du Mercosur
GAH-B	Grupo Ad Hoc Biodiversidad	Groupe ad hoc Biodiversité
GAHGASQ	Grupo Ad Hoc Gestión Ambiental de Sustancias y Productos Químicos	Groupe ad hoc Gestion environnementale de substances et produits chimiques
GAHEA	Grupo Ad Hoc Emergencias Ambientales	Groupe ad hoc Urgences environnementales
GAHLCD	Grupo Ad Hoc Lucha contra la Desertificación y la Sequía	Groupe ad hoc Lutte contre la désertification et la sécheresse
GAHCA	Grupo Ad Hoc Calidad de Aire	Groupe ad hoc Qualité de l'air
GTPARR	Grupo de Trabajo Gestión Ambiental de Residuos y Responsabilidad post Consumo	Groupe de travail Gestion environnementale des résidus et responsabilité post consommation

Source: L'auteur elle-même

À partir de 2002, le SGT-6 a commencé à présenter un Programme de travail annuel. Le non-respect de ce programme devra être justifié devant le GMC lors de la proposition du programme suivant. La mise en place d'objectifs annuels facilite l'observation des résultats obtenus par l'organisme.

3 Reunion de Ministres de l´environnement du Mercosur

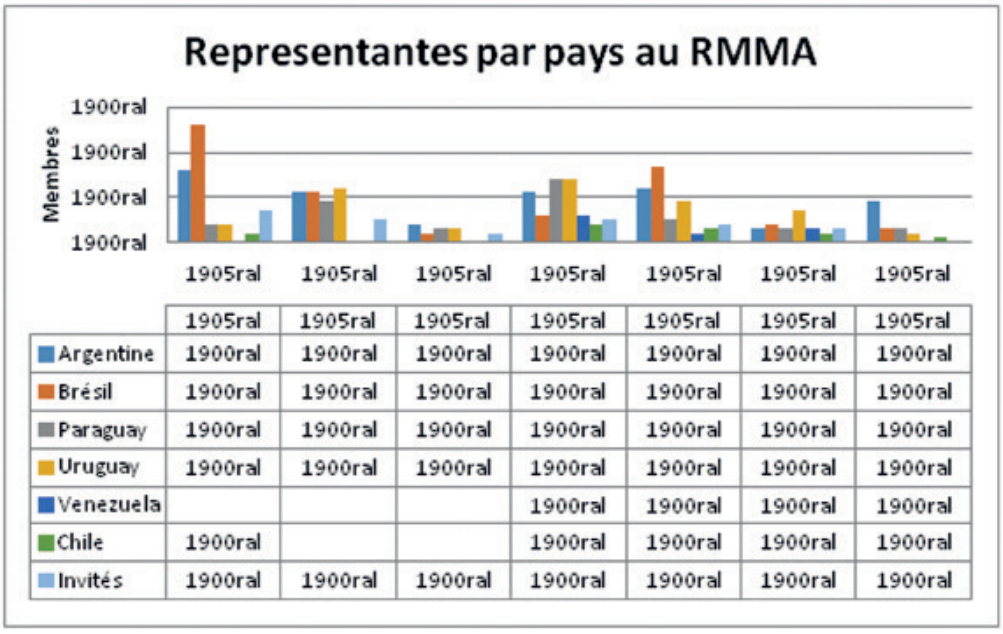
Un autre pas vers la consolidation d'un programme environnemental dans le Mercosur a été l'institution de la Réunion des Ministres de l'Environnement (RMMA) en 2004. ((Mercosur/CMC/Dec. n. 19/03) Parmi les attributions de la RMMA on note : élaborer des mécanismes capables d'approfondir les modalités de coopération ; donner assistance aux autres organes décisionnels ; envoyer au CMC des propositions ou des recommandations susceptibles de promouvoir la gestion de l'environnement et le développement durable dans le Mercosur ; ainsi que coordonner des actions de coopération environnementale entre les États parties. (MERCOSUR/CMC/Dec. n. 19/03, Article 1.)

La RMMA réalise deux sessions annuelles auxquelles participent les ministres de

l'Environnement, des techniciens d'organismes nationaux ayant compétence en matière d'environnement, les coordinateurs du SDGT-6 et leurs invités (Mercosur/CMC/DEC. n 18/10). La présidence de la RMMA est assurée par l'un des ministres, selon un système de rotation par ordre alphabétique entre les États membres (Mercosur/CMC/DEC. n 18/10, Article 2). Les conclusions auxquelles aboutissent les participants de la Réunion doivent être prises par consensus. Ces consensus seront nommés "propositions" et, ultérieurement, acheminés vers le CMC pour appréciation ((MERCOSUR/CMC/DEC. n 18/10, Article 6 et 7).

Il est important de souligner que la participation des organisations non gouvernementales, en qualité d'observateurs, a été passablement réduite au cours des onze réunions déjà réalisées : de la possibilité de participation maximale de trois représentants par pays, c'est-à-dire douze participants, on a observé la présence maximum d'à peine quatre membres invités par réunion. On note la présence du PNUE dans toutes les réunions organisées jusqu'en 2009, de la GTZ, du Centro Latino Americano de Ecologia Social (CLAES) , du Mécanisme Mondial à deux des rencontres, ainsi que la BID à une réunion.

Figura 3:
Representantes par pays au RMMA



	1905ral	1905ral	1905ral	1905ral	1905ral	1905ral	1905ral
Argentine	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral
Brésil	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral
Paraguay	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral
Uruguay	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral
Venezuela				1900ral	1900ral	1900ral	1900ral
Chile	1900ral			1900ral	1900ral	1900ral	1900ral
Invités	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral	1900ral

Source: TARAK, Pedro (org). Hacia Regulaciones Armonizadas para las Inversiones Privadas em Grandes Proyectos de Infraestructura en el MERCOSUR. FARN. Disponible sur: http://www.farn.org.ar/docs/p06/publicaciones6.html#comentarios

Encore faut-il noter que si la participation des personnes privées est encore assez restreinte dans le Mercosur (ALEMANY, 2006), leur participation est croissante pour l'élaboration des normes internationales : « le nombre d'ONG assistant aux réunions des conférences des parties est souvent considérable et semble être en constante augmentation » (DE KLEMIM,1998, p. 86).

Considérations finales

Malgré le régime limité de participation de représentants du secteur privé pour l'approbation des normes du Mercosur, on a vu que, dans un certain nombre de cas, l'initiative d'élaboration certains avant-projets de textes est partie de ces organisations non gouvernementales. Par exemple, le projet de 'Label Environnemental' (Annexe V, du PV nº5/97 du SGT-6) ou encore le projet « Compétitivité et Environnement (CyMA) – Incitation à la Gestion de l'Environnement et la Production plus Propre dans les Petites et Moyennes Entreprises » présenté par la GTZ (MERCOSUR/CMC/Dec. 26/07).

Conformément au TA et au POP, il appartiendra au Conseil du Marché Commun (CMC) et au Groupe du Marché Commun (GMC) de compléter le cadre juridique institué dans le droit primaire . Toutefois, en vertu de la vaste gamme de sujets à réglementer et dans l'espoir d'atteindre les objectifs d'intégration, des organes auxiliaires spécialisés dans la thématique environnementale ont été créés, tels que la Réunion Spécialisée en Environnement (REMA), le Sous-Groupe de Travail sur l'Environnement (SGT-6) et la Réunion des Ministres de l'Environnement (RMMA).

Le cadre juridique et politique pour la protection de l'environnement dans le bloc est défini à la fois dans le droit originaire par une série de traités, protocoles et accords que dans le droit dérivé. Les actes normatifs élaborés par des organes auxiliaires tels que le SGT-6 et la REMA n'ont pas un caractère obligatoire, mais peuvent acquérir cette caractéristique s'ils sont approuvés en réunion du GMC ou du CMC.

De tout ce qui vient d'être énoncé, il est essentiel de rappeler que l'intérêt pour les questions environnementales a été peu à peu pris en compte dans les systèmes juridiques. Dans le processus d'intégration régionale du Mercosur, la protection de l'environnement a tout d'abord été considérée comme un thème auxiliaire au programme de libre échange. Cependant, sous l'influence de la politique environnementale internationale, cet agenda a pris de l'importance pour les institutions du Mercosur.

Le droit de l'environnement du Mercosur se présente à la fois comme transversal et souple. Il est transversal du fait que ses règles sont établies dans différentes branches du droit, c'est-à-dire qu'elles sont réparties entre le droit du transport, le droit phytosanitaire, le droit des services ou le droit du commerce. Il est également souple aussi bien (soft law) quant à son contenu, considérant que la majeure partie des règles sur la protection de l'environnement n'établissent pas d'obligations précises ou quantifiées, que sur le plan formel, bien des règles et principes étant disposés dans des instruments juridiques non contraignants.

REFERENCES

LACIAR, Mirta Elizabeth. *Medio ambiente y desarrollo sustentable:* los desafíos del MERCOSUR. Buenos Aires – Madrid, 2003.

MAINI, Mario . *Mercosur:* una decisión ambientalmente posible. Revista Signos Universitarios Nº 27 - Jan/Juin, 1995, Ed. Univ. del Salvador. p. 2-8.

TARAK, Pedro (org). *Hacia Regulaciones Armonizadas para las Inversiones Privadas em Grandes Proyectos de Infraestructura en el MERCOSUR*. FARN. Disponible sur: http://www.farn.org.ar/docs/p06/publicaciones6.html#comentarios

DIAS, Reinaldo. *A politica ambiental no Mercosul* (1991-1999). These. UNICAMP, 2001. p. 93.

BRASIL, MRE. *Boletim de Integração Latino-americana*, n. 15, MRE. 1994.

INTAL. *Informatif Mercosur Juillet-Décembre 1996*. Vol. 1, n. 1. Buenos Aires: BID-INTAL, 1997 p. 43-44

DE KLEMIM, Cyrille. Les ONG et les experts scientifiques. in : IMPERIALI, Claude. *L´effectivité du droit international de l´environnement:* contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales. Paris : Economia, 1998.p. 86.

ALEMANY, Cecilia; LEANDRO, Beatriz. *Análisis y propuestas para la participación ciudadana em el Mercosur.* Uruguay: Friedrich Ebert Stiftung, 2006. Disponible sur:

<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/uruguay/04479.pdf> Dernière visite le 1er février 2017.

Artigo recebido em 05/02/2017
Revisado em 14/04/2017
Aprovado em 25/04/2017

O JULGAMENTO DE SÓCRATES: SÓCRATES E O CONCEITO DE JUSTIÇA: A REPERCUSSÃO DO JULGAMENTO ANTIGAMENTE E SUA INTERPRETAÇÃO ATUAL

THE JUDGMENT OF SOCRATES: SOCRATES AND THE CONCEPT OF JUSTICE: THE REPERCUSSION OF JUDGMENT ANCIENTLY AND ITS CURRENT INTERPRETATION

Ricardo Santos David[1]
Pós-Doutorado em Educação
Florida Christian University (FCU) – Flórida / EUA

RESUMO: O presente artigo tem por intuito analisar o Julgamento de Sócrates e a sua interpretação na atualidade. Discorre-se inicialmente acerca do conceito de justiça para o filósofo Sócrates. Em seguida, analisa-se o julgamento deste, comentando os principais pontos. Por fim, faz-se uma comparação entre a repercussão que o julgamento teve antigamente, com a que ele tem na atualidade, procurando demonstrar tal evolução.

PALAVRAS-CHAVE: Julgamento; Justiça; Atualidade; Sócrates; Evolução

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the Socrates Judgment and its interpretation today. We first discuss the concept of justice for the philosopher Socrates. Next, it analyzes the judgment of this, commenting the main points. Finally, a comparison is made between the repercussions that the judgment had in the past, with which it has at the present time, trying to demonstrate such evolution.

KEYWORDS: Judgment; Justice; Actuality; Socrates; Evolution

[1]Pós-Doutorado em Educação: Formação de Professores: FCU - Florida Christian University / EUA. Mestrado e Doutorado e Educação: Formação de Professores e Novas Tecnologias. Especialista em Docência do Ensino Superior. Pesquisador no Centro de Estudos da Linguagem pela Uniatlantico - Espanha. Professor de Metodologia da Pesquisa.
E-mail: ricardosdavid@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O filósofo grego Sócrates, encontra-se ínsito na história da humanidade como sendo um divisor de águas. Da mesma forma que a história, posteriormente, veio a dividir os acontecimentos terrestres nos tempos antes e depois de Jesus Cristo, dizemos de pré e pós Sócrates. Sócrates nasceu por volta de 470 e morreu em 399 a.C., deixando mulher e três filhos. Quando jovem, estudou as filosofias de então em voga, dos que hoje chamamos de "filósofos pré-socráticos". O contexto sócio-político em que situa a figura de Sócrates começa no assim chamado século de Péricles, esse distante século V a.C., em que Atenas atinge o seu apogeu. Previamente tinham deixado a sua pegada Tales, Anaximandro, Anaxímenes, Heráclito, etc., todos a receberem, posteriormente o rótulo de pré-socráticos. Chega-se a esse século maravilhoso dominado no ambiente cultural por Anaxágoras, que seria um dos preceptores de Péricles. E em vinte anos de governo de Péricles, ver-se-ia subir o que até hoje nos alimenta, ou seja, a cidade de Atenas. Nada foi tão profundo, tão potente, que iluminou o essencial da forma de viver da civilização ocidental. Em Atenas se produz um desses momentos de ouro que ciclicamente aparecem em diferentes pontos da Terra.

Personagem estanho, Sócrates resistia como ninguém ao sono, ao cansaço, ao frio, não precisava de nenhum luxo e quando o convidavam a algum banquete tomava uma taça de vinho após outra, mantendo-se sempre sereno, nunca tendo sido visto em estado de embriaguez. Por volta dos 50 anos, seu amigo Querefonte fez uma consulta muito curiosa ao oráculo de Delfos. Ele perguntou ao Deus Apolo se havia um homem mais sábio do que Sócrates. O oráculo respondeu que não. Não havia ninguém mais sábio do que ele. Quando Querefonte chegou a Atenas foi correndo lhe dizer o que a pítia havia lhe respondido; Sócrates lhe diz que o deus estava brincando, pois isso era impossível "Como serei eu o homem mais sábio de toda a Grécia?". E foi. Sócrates foi beneficiado por ter vivido numa época áurea para a Grécia, na qual grandes artistas embelezavam Atenas, os pensadores propagavam suas ideias em outras regiões da Grécia e as grandes tragédias eram encenadas. Neste rico cenário, Sócrates, que nunca escreveu nada e cuja passagem pela Terra nos é dada através de fragmentos de escritos de seus discípulos, tendo na obra de Platão, o seu mais renomado discípulo, o grande legado que foi deixado para que

pudesse ser admirado como é, após mais de dois mil e quinhentos anos. As palavras do oráculo, anteriormente descritas, soaram para o filósofo como a enunciação de uma missão. Esta era ir em busca dos que se julgavam sábios e mostrar-lhes a sua ignorância. Na praça publica de Atenas – chamada pelos gregos de ágora – Sócrates questionava os seus conhecimentos até provar à própria pessoa – e a quem o assistia – que a sua sabedoria era ilusória. Segundo Sócrates, as crenças humanas podem esconder desejos secretos, que usam o pensamento para geração de ideias pretensamente lógicas. Parta evitar esse engodo, Sócrates dizia que não poderia haver filosofia sem autoconhecimento. E aí surge outra frase famosa do filósofo: "Conhece-te a si mesmo".

Sócrates dedicava-se muito mais a perguntar do que a responder, deslocando a reflexão filosófica da natureza – priorizada pelos pré-socráticos – para o homem, alegando que as questões relativas ao ser humano são as que merecem mais reflexão. Ele não estava mais preocupado com a origem do cosmos (como as pessoas no tempo da mitologia) tampouco com o elemento que seria a essência de tudo. Para ele, o fundamental era a reflexão sobre a vida da polis (cidade), os costumes e comportamentos. Os sofistas Os gregos acreditavam que seus valores eram superiores aos dos demais povos. As colônias, o comércio, as guerras e as viagens fizeram com que esse povo passasse a ter contato com outras culturas. Mas a derrota ateniense na guerra do Peloponeso (404 a.C.) mudou muita coisa na vida dessa gente. Dois conceitos que anteriormente pareciam ligados, separam-se. Tratam-se dos conceitos de phýsis (natureza) e nómos (lei). Acreditava-se previamente que a lei, as instituições de um Estado baseavam-se na natureza, e que por assim estarem, seriam corretas, sendo incorretas àquelas que dela se afastassem. Nesse contexto surgem os sofistas, educadores de jovens que faziam exibições públicas de eloquência, visitando cidade por cidade. Alguns alunos de Sócrates pretenderam entrar para a política e alguns pretenderam tornarem-se sofistas. Os chamados sofistas pretendiam ensinar gramática, religião, interpretação dos poetas, porém, principalmente, a virtude política. Eles cobravam por seu trabalho, o que os diferenciava da lavra socrática. Eram céticos quanto à religião e quanto à fundamentação das instituições humanas. Fundamentalmente, os sofistas tinham no ensinamento de como ganhar nos tribunais e como agir para fazer carreira política, na arte da retórica, o sumo da sua cátedra. Esse modelo de ensinamento fez sucesso, sobretudo

na democracia ateniense.

Foram expoentes dos sofistas nomes como Protágoras, Górgias, Pródico, Hípias, dentre outros. O interrogador magistral Muitos rotularam Sócrates como sendo um sofista, pois Ele assim poderia aparentar ser, ao ensinar aos jovens na praça; porém algumas diferenças são marcantes e que o distancia da concepção sofista. Sócrates não pretendia ensinar nenhum saber positivo aos jovens, mas antes tentar livrá-los dos pretensos conhecimentos que esses jovens criam possuir e que, na verdade, eram apenas conhecimentos ilusórios. O Filósofo grego desenvolveu – (desenvolver significa tirar a casca de algo, num sentido primeiro desta palavra) – uma investigação compulsiva pela significação das palavras. Seu objetivo, porém, não era chegar a definições e conceitos finais. O que lhe interessava era apenas a troca de ideias, a conversa. A meta da discussão não era o assunto em si, mas o interlocutor. Era um método complexo (que significa o que é tecido junto) e Sócrates assim o desenvolveu. Se conseguisse mostrar ao seu interlocutor que ele era detentor de falsas verdades, que o seu conhecimento era limitado e que seus conceitos eram obscuros, Sócrates dava-se por satisfeito. Pois, para Ele, o reencontro consigo mesmo só se daria a partir da consciência da própria ignorância ("Só sei que nada sei"). Por essa razão seu método começa pela fase considerada "destrutiva", a ironia, termo que em grego significa "perguntar". Ao colocar uma questão sobre uma determinada virtude, e progressivamente, com hábeis perguntas, ocorre-se o desmonte das certezas até o outro reconhecer a própria ignorância. No final, nenhuma definição ficará de pé. Mas o interlocutor de Sócrates passa por uma terapia e se dá conta de que ele, na verdade, não sabe o que pensava saber. Sócrates, por afirmar nada saber, não ensina nada de positivo ao interlocutor, mas o livra da ilusão de ter o conhecimento que, de fato, não tem.

O que é justiça? Vale a apena ser justo? O justo pertence ao bem? O que mais vale: a corrupção ou a justiça? A idéia de justiça de Sócrates advém da Grécia Antiga. Na obra "A República" do socrático Platão, o ideal de justiça é o tema em questão, sendo Sócrates o personagem principal. O julgamento de Sócrates é um dos pontos marcantes deste trabalho, pois a partir de suas ideias, ideologias, pensamentos e ensinamentos, ele foi condenado à pena de morte. Sócrates é de fundamental importância para o desenvolvimento da ideia de justiça. Baseado em estudos e em análise das cidades e dos homens, ele dá inicio a uma série de pes-

quisas que auxiliaram no desenvolvimento de uma ciência estruturada e baseada no estudo da justiça. No contexto geral da filosofia, o julgamento deste filósofo é um dos temas de maior importância na difusão e estruturação dessa ciência. Sabendo que a ideia de justiça propagada pela Filosofia, tem espaço no dinamismo jurídico enfrentado por nós atualmente, através dos pensamentos de Sócrates entenderemos de que forma, essa filosofia será encaixada na cultura moderna. Sócrates foi condenado à morte por acusações que consistiam em ocupar seu tempo com fenômenos celestes, investigar o que se passava debaixo da terra, sua capacidade de fazer prevalecer sobre as boas coisas, as coisas más; ensinar essa doutrina aos outros e de instruir as pessoas a troco de dinheiro. No entanto, o mesmo se auto defendeu e colocou essas acusações abaixo com seus argumentos de total fundamentação. Porém esse caso não aconteceu só com Sócrates, é uma coisa corriqueira hoje em dia onde pessoas usam diversos argumentos infundáveis para conseguir uma condenação de um indivíduo mesmo de forma suspeita. Abordar-se-á também a questão da corrupção levando para o lado da justiça, já que o juiz que acabou condenando Sócrates lhe propôs que parasse de expor sua sabedoria - motivo principal que o levou a condenação. Para fechar nosso trabalho analisaremos a correlação desse julgamento nos dias atuais, se isso ainda ocorre mesmo com todo avanço que obtivemos durante esses milênios e colocaremos em xeque muitos juízes que usam do seu "poder" - status, para sentenciar pessoas à condenação, devido a interesses sobrepostos.

1 O Conceito de Justiça para Sócrates

Para trazer à tona a "verdade" do sujeito, o que lhe vai à alma, Sócrates cria um método específico, a partir da sua inteligência e perspicácia apuradas. Esse método ficou conhecido por maiêutica (em grego "parto"), que significa parto de ideias, em homenagem à sua mãe, que era parteira; segundo Sócrates, se ela fazia parto de corpos, ele "dava à luz" ideias novas. O diálogo socrático tem como objeto purificar o discurso, livrá-lo das suas contradições, partindo do confronto de exemplos e opiniões até chegar a definições universais, a serem aplicadas a todos os seres humanos. Sócrates compreendeu que as condições de uma ciência moral residiam na constituição, por via indutiva, dos conceitos universais, como a coragem, a jus-

tiça, etc. O indivíduo libertado assim da particularidade da sua opinião pode viver de acordo com a razão, sabendo o que pode e o que deve fazer sem se contradizer. Essa tarefa que consiste na construção de uma ciência moral é fundamental para o filósofo grego, que possui a convicção profunda de que a virtude ensina que ninguém é mau voluntariamente e de que o mal reside exclusivamente na ignorância de si, quando o mesmo ser arvora num pretenso saber, que, efetivamente, não detém. A justiça socrática Por seu caráter desafiador e questionador, Sócrates foi considerado um elemento corruptor da juventude, desafiando preconceitos sociais da época. No ano de 399 a.C., um tribunal formado por cidadãos provenientes de dez tribos que compunham a população de Atenas, reuniu-se para julgar Sócrates. Ele fora acusado por três elementos da sociedade ateniense – Meleto, Ânito e Lícon – de não reconhecer os deuses do Estado, de introduzir novas divindades e de corromper a juventude. Fez a própria defesa, mas foi condenado à morte. Teve a oportunidade de comutar sua pena, de fugir, mas não fez nada disso, enfrentando a sua sentença, preferindo morrer a admitir a culpa de algo que não tinha feito.

Indubitavelmente, frente ao clima de liberdade imperante na vida pública grega, a filosofia na Grécia possuía riqueza imensurável, advindo, portanto, as ideias de Justiça. O permanente anseio de justiça justifica as teorias escritas por Platão. O pensamento de Sócrates, neste contexto, que nada deixou escrito, se extrai dos diálogos de Platão, principalmente na obra A República. O que é justo e o que é injusto? Para Sócrates, a ideia de justiça é bem simples, mas advém de vários fatores. A justiça é, segundo ele, a base para todas as virtudes a que o homem quer ter. A justiça deveria estar contida nas virtudes (temperança[2], valor – o amor das – e sabedoria – gosto pelo saber) e na alma (dividida em desejo, coragem e razão) do homem, sendo que a virtude que deveria prevalecer seria a justiça[3]. O que seria justiça? O justo se dá a partir de uma análise do homem na sociedade, é baseado em um conceito antropológico, não se remetendo a conceitos fechados e absolutos. A cidade, por ser reflexo do homem, é justa se estiverem homens justos vivendo nela. Pergunta-se: o justo é mais feliz e vive melhor do que o injusto?

[2]"A temperança é uma espécie de ordenação, e ainda o domínio de certos prazeres e desejos, como quando dizem "ser senhor de si", e empregam outras expressões no gênero que são como que vestígios desta virtude." PLATÃO. A República. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 125.

[3]"[...] a temperança, a coragem e a sabedoria, era o que dava a todas essas qualidades a força para que se constituírem, e, uma vez constituídas, as preservava enquanto se mantivesse nelas. Ora nós dissemos que a justiça havia de ser o que restava se descobríssemos as outras três." PLATÃO. Op.cit., p. 128.

ntico - Espanha. Professor de Metodologia da Pesquisa.

Cada coisa possui uma função que lhe é própria e nenhuma outra pode desempenhar aquela função melhor do que ela. [...] a função de cada coisa é também sua virtude [...] a alma tem também funções específicas como guiar, comandar, tomar decisões, que só podem ser desempenhadas por ela. [...] a função mais elevada da alma é manter a vida, de modo que, se nada pode exercer a função melhor do que ela, então aquela função deve ser considerada a sua virtude. [5] Segundo Sócrates, a premissa básica para que se tenha uma sociedade justa, vem da ideia de uma República bem organizada, na qual a atitude do justo é atar dentro de suas aptidões, mas agindo pensando no 'bem comum' ("um por todos e todos por um"). [...] É, portanto, evidente que é sábia, corajosa, sensata e justa. Mas escuta, e diz se eu digo bem. O princípio que de entrada estabelecemos que devia observar-se em todas as circunstâncias, quando fundamos a cidade, esse princípio é, segundo me parece, ou ele ou uma das suas formas, a justiça. Ora nós estabelecemos, segundo suponho, e repetimo-lo muitas vezes, se bem te lembras que cada um deve ocupar-se de uma função na cidade, aquela para a qual a sua natureza é mais adequada. [...] Além disso, que executar a tarefa própria, e não se meter nas dos outros, era justiça. Essa afirmação escutamo-la a muitas outras pessoas, e fizemo--la nós mesmos muitas vezes. [...] Logo, esse princípio pode muito bem ser, de certo modo, a justiça: o desempenhar cada um a sua tarefa[4]. O maior dos danos que poderia ser acometido a cidade seria a injustiça. Teria cometido injustiça, aquele que não cumprisse a sua função natural na cidade, causando confusão entre as três classes de virtudes (naturezas da cidade), o que geraria danos terríveis.

A cidade se tornaria justa se cada um cumprisse a sua tarefa, fazendo aquilo que lhe foi incumbido de acordo com a sua natureza, pois estaria imposta a noção de justiça[5]. — Não o afirmemos com toda a segurança, mas, se reconhecermos que esta concepção, passando a cada indivíduo em particular, também aí será justiça, já concordaremos — pois por que não o diremos? Caso contrário, então examinaremos qualquer outra questão. Mas agora, levemos a cabo esta investigação, da qual pensávamos que, se tentássemos contemplar a justiça num dos seus maiores possuidores, antes de a vermos aí, se tornaria mais fácil vê-la num indivíduo. E

[4]"[...] a temperança, a coragem e a sabedoria, era o que dava a todas essas qualidades a força para que se constituírem, e, uma vez constituídas, as preservava enquanto se mantivesse nelas. Ora nós dissemos que a justiça havia de ser o que restava se descobríssemos as outras três." PLATÃO. Op.cit., p. 128.
[5]PLATÃO. Op. cit., p. 32
[6]Idem, p. 129.

pareceu-nos que tal possuidor era a cidade, e assim fundamos uma o melhor possível, perfeitamente cientes de que a justiça estaria nela, se fosse boa. Aquilo que aí se nos revelou, vamos transferi-lo para o indivíduo, e, se se acertar, bom será. Mas se a justiça se manifestar como algo de diferente no indivíduo, regressaremos novamente à cidade, para tirar a prova, e em breve, comparando-as friccionando-as uma contra a outra, como de uma pederneira, faremos saltar a faísca da justiça. E, depois de ela se ter tornado bem visível, fixá-la-emos em nós mesmos[6]. Dessa forma, o homem justo deverá assemelhar-se à cidade justa. A cidade é justa quando há, dentro dela, presentes as naturezas da temperança, da coragem e da sabedoria. O homem que tivesse na alma essas três virtudes seria considerado como justo. Agora resta saber se o homem possui em si essas três partes ou não. A cidade assim o é porque o homem habita nela. Logo, não há que se discutir se ao homem deve ser atribuída ou não essas características. No entanto, difícil seria determinar cada uma dessas no indivíduo. "Compreendemos, graças a um; irritamo-nos, por outro dos que temos em nós; desejamos, por um terceiro, o que toca aos prazeres da alimentação, da geração e quantos há semelhantes a estes; ou então praticamos cada uma destas ações com a alma inteira. Isto é que será difícil de determinar convenientemente"[7]. A alma humana é composta por três elementos, quais sejam: a razão, o desejo e a coragem[8]. A razão e o desejo brigam entre si, não estando do mesmo lado, não se associam, ao contrário da coragem, que luta ao lado da razão. A coragem, o medo, a ira, apesar de por vezes caminharem com a razão, segundo Sócrates, não se confundem entre si, pois "tal como, na cidade, esta se compunha de três classes: a negociante, a auxiliar e a deliberativa; também na alma a terceira servia este elemento irascível, auxiliar do racional por natureza, quando não foi corrompido por uma má educação? [...] se ele se revelar diferente do racional, como já se mostrou distinto do concupiscível". [11] [...] É, como dissemos, uma mistura de música e de ginástica que harmonizará essas partes, uma fortalecendo--a e alimentando-a com belos discursos e ciência, outra, abrandando-a com boas palavras, domesticando-a pela harmonia e pelo ritmo. [...] E estas duas partes,

[7]Idem, p. 130 e 131.

[8]"Não é, portanto, sem razão que consideraremos que são dois elementos, distintos um do outro, chamando àquele pelo qual ela raciocina, o elemento racional da alma, e aquele pelo qual ama, tem fome e sede e esvoaça em volta de outros desejos, o elemento irracional e da concupiscência, companheiro de certas satisfações e desejos." PLATÃO. Op. cit., p. 135..

assim criadas, instruídas e educadas de verdade no que lhes respeita, dominarão o elemento concupiscível (que, em cada pessoa, constitui a maior parte da alma e é, por natureza, a mais insaciável de riquezas) e hão de vigia-lo, com receio que ele, enchendo-se dos chamados prazeres físicos, se torne grande e forte, e não execute a sua tarefa, mas tente escravizar e dominar uma parte que não compete à sua classe e subverta toda a vida do conjunto. [12] A justiça é essa força que produz tais homens e cidades.

A justiça de dá no interior do homem, aquilo que verdadeiramente lhe pertence, sem que ninguém interfira nas atividades dos outros, "mas depois de ter posto a sua casa em ordem no verdadeiro sentido, de ter autodomínio, de se organizar, de se tornar amigo de si mesmo, de ter reunido harmoniosamente três elementos diferentes, exatamente como se fossem três termos numa proporção musical, o mais baixo, o mais alto e o intermédio" e outros possíveis que possam existir para permear, e ligar aos outros, gerando-os, de muitos que eram uma perfeita "unidade, temperante e harmoniosa, só então se ocupe (se é que se ocupa) ou da aquisição de riquezas, ou dos cuidados com o corpo, ou de política ou de contratos particulares, entendendo em todos estes casos e chamando justa e bela à ação que mantenha e aperfeiçoe estes hábitos, e apelidando de sabedoria a ciência que preside a esta ação;" e será tido com injusta qualquer ação que dissolva esses elementos a cada passo, e será considerada ignorância a opinião que a ela preside[9]. Uma alma justa é uma alma saudável e harmoniosa. A justiça faz parte da natureza humana.

2 O Julgamento de Sócrates

Naquela época, o direito natural era o único conhecido e era através dos ideais dele, que o filósofo acreditava que o justo natural não devia se sobrepor as normas. Com essas ideias – avançadas para época – foi que Sócrates atingiu a ira dos governantes e aristocratas gregos; que desejavam a todo custo aplicar-lhe uma sanção, a qual mais tarde veio a ser conhecida como pena de morte. Sócrates dialogava

[9]Idem, p. 140.
[10]O Julgamento de Sócrates e a Ágora de Atenas. Disponível em: < http://www.tecepe.com.br/olimpiadas/SocratesAgora.htm> Acesso em: 28, Abril 2016. 2004, p. 02..
[11][15] HABIB, Sérgio. Quando uma ideia leva à morte. Revista Prática Jurídica – Ano II – n. 19 – 31 de outubro de 2003, p. 20 e 21 [16] SOUSA, Rainer. Julgamento de Sócrates. Disponível em: < http://www.alunosonline.com.br/historia/julgamento-de-socrates/ >. Acesso em: 28 abril 2016, p. 02.

diariamente na Ágora Ateniense a respeito de vários assuntos, dentre eles, conhecimentos de vida, política, ciência e justiça. A elite local ficava intrigada com esses encontros, pois este filósofo espalhava ideologias de liberdade e palavras filosóficas para muitos ouvintes. Os gregos acreditavam que as pessoas não deveriam ter um 'estoque' limitado de ideias na cabeça, e que pessoas como Sócrates já haviam pensado demais[10]. A cidade de Atenas estava passando por uma fase difícil. Aproveitando-se desse contexto, Sócrates intensificou as reclamações e críticas ao governo e aos seus participantes, e aumentou mais ainda o discurso democrático. Todas as formas de governo e política eram sagradas para os gregos, pois havia a valorização demasiada da cidade (polis). Com sua argumentação engenhosa, Sócrates desmentia e questionava os ideais e as leis aplicadas pelos políticos. Desse modo, ele foi condenado por influenciar a juventude e trair os ideais democráticos de Atenas (polis). Afirmam que "Sócrates preferiu a coerência, em lugar da complacência, da anuência. Não lhe teria sido mais fácil renunciar às suas ideias, que encarnavam a rebeldia e a desobediência civil e com isso livrar-se da morte? Ele preferiu morrer, suicidando seu corpo, mas, permanecendo com suas ideias.[11]". Há outras hipóteses que podem ser levadas em consideração para a análise da razão do julgamento. Dentre elas podemos destacar a noção de conhecimento para Sócrates, que muitas vezes ridicularizava alguém por seu saber e sarcasmo intelectual, ao mesmo tempo em que questionava e menosprezava as ideias políticas. Segundo relatos da época, o Oráculo de Delfos (portal através do qual os deuses se comunicavam com os mortais) teria mencionado que Sócrates possuía superioridade intelectual mediante os demais. Talvez, por isso, o pensador grego acreditava que seria capaz de "fazer a verdade vir à tona" na medida em que empreendia um debate com seus interlocutores. Mesmo tendo grande fama devido sua grande capacidade argumentativa, Sócrates não era um orador de todas as horas. A grande maioria dos debates políticos engendrados na Assembleia não contava com sua participação. Dessa forma, ao questionar ou empreender debate com um indivíduo, Sócrates acabava criando uma situação bastante contraditória. Ao mesmo tempo em que desdenhava das importantes questões políticas de sua cidade, era capaz de ridicularizar alguém por meio de seu sarcasmo intelectual. [16] Apesar de sua oratória magnífica, Sócrates não se defendeu de nenhuma acusação que lhe foi feita, preferindo questioná-las, sendo este, talvez, o pior de seus erros, o que poderia ter causado a tão grave pena

atribuída a ele, qual seja, a de morte. Sócrates foi morto envenenado por acreditar que todo homem deve ser um ser pensante livre, devendo ter liberdade para expor suas ideias. Tal fato histórico chama mais atenção por acontecer em uma sociedade, caracterizada pela democracia e respaldo revolucionário, que valorizava, acima de tudo, o homem como ser pensante.

3 A repercussão do julgamento antigamente e a sua interpretação na modernidade

A morte do filósofo terminou por conduzir os gregos a formação de pessoas indagadoras – nome que mais tarde veio a ser sinônimo de ceticismo. Os céticos, assim, duvidavam de que as afirmações do conhecimento humano pudessem alguma vez oferecer a "verdade" sobre a totalidade do cosmo. Sócrates e Platão não haviam descoberto a verdade sobre o mundo; tinham apenas oferecidos diferentes concepções da verdade. Os céticos sugeriam que a maioria dos que se perguntavam sobre a verdade, e que, portanto não havia necessidade de novas indagações, ou por anunciarem que a verdade não podia ser encontrada, o que significava que não fazia sentido envolver-se na indagação intelectual. Ambas as posturas negavam a necessidade de dar continuidade ao processo. Ao contrario, os céticos afirmavam que a tarefa não tinha fim. A verdade era o objetivo, mas ficava muito além do entendimento humano (MORRISON, 2006: 62).

Sócrates não se dava por satisfeito com explicações convencionais; insistia em perguntar sobre o sentido das expressões, e desestabilizava a confiança que debatedor demonstrava ter em suas opiniões. Se, por um lado, esse processo argumentativo tinha por objetivo a busca da verdade ou da natureza essencial das coisas, por outro Sócrates não parece crer que o processo possa oferecer uma resposta absoluta. Portanto, Sócrates é de grande interesse para liberais modernos, que até afirmam que enquanto a verdade for objeto da pesquisa cientifica e filosófica, nunca se chegará à verdade absoluta. Ao contrario, Platão parece acreditar que os seres humanos são incapazes de compreender a sutileza desta posição e devem, categoricamente, acreditar que algumas coisas são simplesmente verdadeiras. Não verdadeiras no sentido do melhor que possamos argumentar em resultado de nossas metodologias e investigações, nem por concordância, mas simplesmente verdadeiras; verdadeiras em seu

sentido absoluto. Assim, das heranças socráticas temos o ato de ser, que dá ato a todos os atos do homem. A sua vida, a sua existência, todos os atos que praticar dependem do seu direito de ser: ser homem e como homem manter relações com seus semelhantes. É o seu ser, assim, o fundamento de todo o Direito, pois o seu ser lhe é ontologicamente devido. E só se pode falar da virtude da justiça fundada no bem, reconhecendo-se a antecedência do ser do homem, como seu direito e no qual há de se fundamentar todo o Direito (GUIMARÃES, 1991: 298). Na época de hoje, da interpretação desse julgamento percebemos que o homem não pode viver isoladamente e sim conviver socialmente. Sócrates nos deixou o legado da influência, de procurar disciplinar este convívio, não apenas e primeiramente em seu benefício, mas em prol do bem comum, ainda que centrado em seu próprio bem, que entrevê lhe impor limitações, mas circunscritas no que diz respeito aos seus direitos fundamentais e que tenham por escopo a consecução melhor de suas finalidades.

Considerações finais

O presente artigo se propôs a fazer uma análise dos conceitos de Sócrates. Seu direcionamento procurou discorrer sobre a importância do pensamento deste filósofo, construtor de discursos e ideias concisas e racionais. No percurso explicativo deparamos com a busca pela perfeição, entendida e explicada como a procura do saber. O conhecimento preconizado através do caminho ascendente e a questão do reconhecimento, onde temos que lembrar é recordar. E, em assim o fazendo, em razão do seu ser e do seu existir através da História, o Direito cristalizara-se ou evolve, fulgura ou se esvanece, é desrespeitado ou cumprido, vige ou é ab-rogados, torna-se eficaz ou inoperante; tudo segundo a contingência do homem no espaço. Sócrates foi o primeiro a questionar as ações humanas e os valores subjacentes a elas. Torna-se o inventor da ética. Trouxe um ensinamento profundo, até hoje ministrado e aprendido nas escolas do mundo, pois quando ao lhe perguntarem por que aceitava o julgamento e sua morte, se eram tão injustos, respondeu: “é melhor suportar uma injustiça do que cometê-la”. O que representa Sócrates? Não foi apenas um personagem histórico, que alguns duvidam da sua existência, que morreu em 399 a.C. mas sim o verdadeiro Sócrates vive dentro de todo ser humano. Ele representa a consciência, a capacidade de ser autêntico, de não se vender,

de poder estar para além das opiniões dos demais, dos jornais, da televisão, das pessoas famosas, dos colegas, da família e poder ser autêntico consigo mesmo, de cada um pensar o que quer pensar, sentir o que quer sentir e fazer o que lhe diz a sua consciência sem esperar sempre a aprovação pública. As ideias da temperança, da coragem, da prudência e da justiça, se cristalizam no seu discípulo Platão, configurando-se como as quatro virtudes cardeais, remontando aos pensamentos primeiros de Sócrates para o tema da justiça, virtude inseparável do ser humano.

Desta maneira, não apresentando um caráter definitivo, o trabalho procurou discorrer sobre um dos mais importantes temas da filosofia e da história do Direito, qual seja a ideia de justiça e o julgamento do filósofo Sócrates, e sua aplicação e importância nos dias atuais.

REFERÊNCIAS

GRAU, Eros Roberto. *O que é a filosofia do direito?* São Paulo: Manole, 2004.

LAFFITTE, Jacqueline e BARAQUIN, Noëlla. *Dicionário Universitário dos Filósofos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia:* dos pré-socráticos a Aristóteles. São Paulo: Brasiliense, 1994.

MAGEE, Bryan. *História da Filosofia*. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

ABRÃO, Bernadette Siqueira. *A História da Filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda e MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando – Introdução à Filosofia*. São Paulo: Moderna, 2007.

Atlas básico de Filosofia – São Paulo: Escala, 2007.

A História Ilustrada da Grécia Antiga – São Paulo: Escala, 2007.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo - RS e Rio de Janeiro – RJ: Unisinos e Renovar, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 2004.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Direito Natural:* visão metafísica e antropológica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

GOTTLIEB, Anthony. *O Sonho da Razão*. Rio de Janeiro: Difel, 2007.

HABIB, Sérgio. *Quando uma ideia leva à morte*. Revista Prática Jurídica – Ano II – n. 19 – 31 de outubro de 2003.

LALLANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. SOUZA, Elton Luiz Leite de. Filosofia do Direito – Ética e Justiça. Porto Alegre: Núria Fabris, 2007.

MAGEE, Bryan. *História da Filosofia*. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito:* dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

O julgamento de Sócrates e a Ágora Ateniense. Disponível em: < http://www.tecepe.com.br/olimpiadas/SocratesAgora.htm >. Acesso em: 01. mai. 2010.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

Revista Esfinge – *SÓCRATES Mestre da Humanidade* – Belo Horizonte: Nova Acrópole, 2007.

SOUSA, Rainer. *Julgamento de Sócrates*. Disponível em: < http://www.alunosonli-

ne.com.br/historia/julgamento-de-socrates/ >. Acesso em: 28 abr. 2016.

Artigo recebido em 10/01/2017
Revisado em 24/03/2017
Aprovado em 25/04/2017

INVESTIMENTO ESTRANGEIRO E MEIO AMBIENTE: ANÁLISE DOS ACORDOS BRASILEIROS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS

FOREIGN INVESTMENT AND ENVIRONMENT: ANALYSIS OF THE NEW BRAZILIAN AGREMENTS ON COOPERATION AND FACILITATION OF INVESTMENTS

Germana Parente Neiva Belchior[1]
Doutora em Direito
Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7) – Fortaleza (CE) - Brasil

Alebe Linhares Mesquita[2]
Especialista e Pesquisador em Direito
Universidade de São Paulo (USP) – São Paulo (SP) - Brasil

RESUMO: O presente artigo propõe uma análise da relação entre investimento estrangeiro e meio ambiente, mais especificamente do tratamento dado à questão ambiental nos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs) celebrados pelo Brasil em 2015. Nesse sentido, desenvolve-se um estudo sobre a relação entre meio ambiente e investimento estrangeiro, o avanço das cláusulas de promoção do desenvolvimento sustentável e proteção do meio ambiente no âmbito dos Acordos Bilaterais de Investimentos e, por fim, o atual posicionamento do Brasil diante dos fluxos internacionais de capital. Conclui-se que o novo modelo de Acordo pode ser aperfeiçoado a partir da inclusão de cláusulas sobre manutenção do espaço necessário para implementação de políticas públicas voltadas à proteção do meio ambiente e a não caracterização de medidas ambientais como expropriação indireta.

PALAVRAS-CHAVE: Investimento Estrangeiro; Meio Ambiente; Desenvolvimento Sustentável; Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos; Brasil

[1]Doutora em Direito com área de concentração em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito com área de concentração em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professora dos cursos de graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade 7 de Setembro. E-mails: germana_belchior@yahoo.com.br / germana.belchior@fa7.edu.br
[2]Mestrando em Direito Internacional e Comparado pela Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro de Comércio Global e Investimento (CCGI) da Função Getúlio Vargas (FGV/EESP). E-mail: alebe.mesquita@fgv.br

ABSTRACT: The present paper analyzes the relation between foreign investment and the environment, more specifically the treatment given to environmental issues in the Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFIs) signed by Brazil in 2015. In this sense, this article develops a study about the relation between environment and foreign investment, the advancement of sustainable development promotion and environment protection clauses in Bilateral Investment Agreements and, at last, the current Brazilian position in the view of the international capital flows. It is concluded that the new model of agreement can be improved through the inclusion of clauses on the maintenance of the necessary policy space aimed at protecting the environment and on the non-characterization of environmental measures as indirect expropriation.

KEYWORDS: Foreign Investment; Environment; Sustainable Development; Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments; Brazil.

INTRODUÇÃO

A evolução dos meios técnicos, científicos e informacionais permitiu que os fluxos de capital se tornassem cada vez mais fluídos, transpondo com maior facilidade as fronteiras dos Estados soberanos. Esse fenômeno suscitou uma significativa mudança na forma como os países regulam e promovem o investimento tanto no plano interno com no internacional, demandando ações de cooperação e coordenação entre as nações envolvidas.

Observa-se, assim, um crescente regime internacional de investimento irradiado nos mais diversos níveis, sejam eles bilaterais, plurilaterais, regionais ou multilaterais. Apesar de a temática já ser regulada há tempos, desde o período das grandes navegações, pelas mais diversas nações, corporações e organizações, é no século XX que a sua normatização toma proporções verdadeiramente internacionais.

Percebe-se uma crescente proliferação dos tratados internacionais de investimento que, gradativamente, aumentam seu alcance e avançam em complexidade, buscando dar maior segurança e previsibilidade jurídica às transações de bens de capitais. Segundo relatório da United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) de 2015, o número total de acordos de investimento alcançou a cifra de 3.271, dos quais 2.926 são Acordos Bilaterais de Investimento e 345, outros tipos acordos.

Nessa perspectiva, observa-se uma florescente tendência de se incluir dispositi-

vos de preservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável no âmbito dos Acordos Bilaterais de Investimento. Na última década, o conteúdo desses Acordos vem procurando reconciliar a proteção e a liberalização do investimento estrangeiro com os novos imperativos do Direito Ambiental. Objetiva-se, assim, transformar essas duas áreas, previamente antagônicas, como mutuamente complementares e dialógicas.

Nesse contexto, insere-se a discussão sobre o atual posicionamento do Brasil diante dessa nova prática de se tentar conciliar investimento estrangeiro e proteção do meio ambiente. Apesar de o país se destacar como um dos principais receptores de investimento estrangeiro no mundo e começar a despontar como um ascendente exportador de capital, os acordos internacionais do país nessa temática são escassos. A despeito de o país ter assinado 14 Acordos Bilaterais de Investimento, durante a década de 1990, nenhum deles foi devidamente internalizado.

Contudo, nos últimos tempos, é possível perceber uma mudança da política nacional quanto à atração e promoção de investimentos. No primeiro semestre de 2015, o Brasil celebrou quatro Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), respectivamente, com Angola, Moçambique, México, Malauí, Chile e Colômbia. Esse novo modelo de Acordo visa dar maior segurança e previsibilidade jurídica ao investidor estrangeiro, constituindo um novo paradigma à condução das relações econômicas internacionais do país.

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo geral investigar a relação entre investimento estrangeiro e meio ambiente no direito internacional. Já no que concerne aos objetivos específicos, o presente trabalho pretende analisar os dispositivos de preservação do meio ambiente estabelecidos no âmbito dos Acordos Bilaterais de Investimento; produzir um levantamento dos principais Acordos Internacionais de Investimento celebrados pelo Brasil e avaliar o atual posicionamento do país diante dos fluxos de capital estrangeiro.

O presente estudo se justifica pelo fato de a procura por um equilíbrio entre, de um lado, os princípios em matéria de promoção do investimento estrangeiro e, do outro, os ditames relativos à proteção do meio ambiente, apresentar-se como um dos mais importantes desafios enfrentados pelo regime jurídico internacional. Ademais, ressalta-se a relevância do tema para o Brasil, um dos maiores receptores de investimento estrangeiro direto do mundo e crescente exportador de capital. Assim, a análise que ora se realiza visa a contribuir para uma reflexão sobre os dispositivos de proteção do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável

incluídos nos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos recentemente celebrados pelo Brasil.

A partir de uma pesquisa teórica, bibliográfica, descritiva e exploratória, o presente artigo é dividido em três momentos distintos. Primeiramente, discorre-se sobre a interação entre meio ambiente e investimento estrangeiro. Em um segundo momento, evidencia-se o avanço das cláusulas ambientais nos Acordos Bilaterais de Investimento. Por fim, analisa-se o posicionamento do Brasil diante dos fluxos de investimento estrangeiro e a inserção de dispositivos de proteção do meio ambiente no novo modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos.

1 Meio Ambiente e Investimento Estrangeiro

O intenso processo de globalização, impulsionado pela revolução tecnológica, possibilitou desarticulação da cadeia produtiva, proporcionando a redução dos custos de produção por meio da transferência de subsidiárias para países que oferecem condições que possam reduzir drasticamente os custos de produção. Dessa forma, as empresas transnacionais despontam como as principais protagonistas da atual dinâmica do ágil fluxo de capitais, ao ponto de, no âmbito econômico, tornarem-se muitas vezes mais poderosas que muitos Estados Nacionais.

Ao relativizar o princípio da territorialidade, referidos grupos econômicos desafiam a própria noção de soberania, elemento central da ordem internacional estabelecida pela Paz de Westfália (1648)[3]. Tal fato se fortalece diante da problemática ambiental, na medida em que barreiras alfandegárias não são suficientes para delimitar os impactos ambientais.

Assim, diante da multiplicidade e disparidade de regimes jurídicos, as empresas transnacionais, visando o lucro a qualquer custo, se aproveitam da leniência legislativa de alguns países para produzir seus produtos em desrespeito aos princípios fundamentais dos direitos humanos, sejam eles de cunho trabalhista ou ambiental. No que tange à regulamentação da matéria ambiental, a discrepância dos níveis de proteção do meio ambiente entre os Estados é alarmante[4].

Ao mesmo tempo em que alguns países possuem normas ambientais extremamente rígidas, outros nem sequer normas ambientais possuem ou as que possuem são altamente permissivas e flexíveis. As exigências normativas referentes ao manejo

[3]AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Introdução ao Direito Internacional Público. São Paulo, Atlas, 2008.
[4]CAUBET, Christian Guy. A Irresistível Ascensão do Comércio Internacional: o meio ambiente fora da lei? Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 6, p. 81-99, abr./jun. 2001.

sustentável dos recursos naturais, ao estudo prévio de impacto ambiental, à política de tratamento de resíduos industriais, bem como a reparação e indenização do dano ambiental ainda não são consenso no âmbito internacional, o que dificulta a aplicação de princípios e regras ambientais[5].

Consequentemente, um Estado que dispõe de leis de proteção ambiental mais duras se encontra em uma situação menos favorável do que aquele que apresenta leis de proteção ambiental mais flexíveis, haja vista que este dispõe de uma vantagem comparativa em razão do menor custo de produção de seus produtos. Isso decorre do fato de o valor dos bens produzidos em seu território não refletir os gastos correspondentes ao respeito de padrões mínimos de proteção ambiental.

Essa atual conjuntura demonstra um efeito negativo da liberalização comercial e a facilitação dos fluxos de capital ao redor do mundo, uma vez que incentiva a "migração de empresas altamente poluentes e/ou que fazem uso intensivo recursos naturais para os países cujas legislações e exigências ambientais sejam mais brandas.[6]" Nesse sentido, Queiroz ressalta que:

> Tais empresas, em sua grande maioria sediadas nos EUA e na União Europeia, pressionadas por padrões ambientais internos rigorosos e no intuito de fugir de custos produtivos mais elevados em virtude da aplicação de normas técnicas ambientais, migram para os pollution havens (refúgios da poluição), terminologia utilizada em referência àqueles países onde as normas ambientais são menos rigorosas ou até mesmo inexistentes[7].

Desse modo, a discrepância do nível da regulamentação ambiental em diferentes países acaba incentivando a criação dos mencionados refúgios da poluição (*pollutions havens*), verdadeiros oásis de descaso ambiental. Esse fenômeno vai de encontro aos princípios e obrigações pactuados no âmbito dos acordos internacionais de proteção ao meio ambiente, colocando em risco os avanços até então alcançados.

Enfrentam-se, por conseguinte, ameaças políticas que permeiam a desregula-

[5]BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MESQUITA, Alebe. O papel da OMC no Combate às Práticas de Dumping Ambiental para a Proteção Internacional do Direitos Humanos. In: SANTOS, Ricardo; ANNONI, Danielle (Org.). Cooperação e Conflitos Internacionais: Globalização, Regionalismo e Atores. Curitiba: Multideia, 2014.
[6]QUEIROZ, Fábio Albergaria de. Meio ambiente e comércio internacional: relação sustentável ou opostos inconciliáveis? Argumentos ambientalistas e pró-comércio do debate. Contexto Internacional, Rio de Janeiro, v. 31, p. 251-283, mai./ago. 2009, p. 258.
[7]Ibid., p. 258.

mentação da matéria ambiental. Os países com baixos padrões de proteção ambiental não se veem motivados a adotarem normas ambientais mais rígidas, bem como países que já dispõem de normas severas se veem tentados a diminuir seu nível de proteção ambiental, a fim de atrair novos investimentos internacionais[8].

Isso acontece em razão de essas normas ambientais mais severas, em sua maioria, exteriorizam-se por meio de instrumentos de comando e controle cujo objetivo principal é a punição. Atualmente, essa lógica normativa em matéria ambiental é vista como ultrapassada. Encontra-se em curso um processo de mudança em que se busca utilizar instrumentos econômicos que promovam a proteção do meio ambiente por intermédio de incentivos fiscais, financeiros e creditícios.

Nesse contexto, insere-se a discussão sobre a compatibilização entre os ditames do desenvolvimento sustentável[9] com os fluxos de capital estrangeiro ao redor do globo. De acordo com Viñuales, a dimensão de mútuo apoio entre investimento estrangeiro e proteção do meio ambiente encontra-se no centro do conceito de desenvolvimento sustentável atualmente[10].

Cumpre salientar que o princípio da sustentabilidade aqui discutido não se trata do mesmo conteúdo do desenvolvimento sustentável, haja vista que ele se tornou insuficiente para atender aos problemas da complexidade. A definição do desenvolvimento sustentável está no tripé: "desenvolvimento econômico, equidade social e equilíbrio ambiental.[11]"

Nessa perspectiva, Kanas afirma que o aumento dos fluxos de investimentos pode promover o desenvolvimento sustentável a partir da transferência de tecnologias, harmonização de práticas ambientais e diminuição da pobreza[12]. A importância dos investimentos estrangeiros para a promoção do desenvolvimento sustentável já foi até reconhecida pela Agenda 21[13] que estabelece em seu Capítulo 2 (2.23) que:

[8]Ibid., p. 258-259.

[9]O conceito de desenvolvimento sustentável foi formalmente adotado pelos países no âmbito da Declaração do Rio de 1992, tendo sido previamente proposto pelo relatório das Nações Unidas de 1987, intitulado Nosso Futuro Comum. O estudo, também conhecido como Relatório Brundtland, definiu que o desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades.

[10]VIÑUALES, Jorge. Foreign Investment and the Environment in International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 17.

[11]BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Fundamentos Epistemológicos do Direito Ambiental. 2015. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, p. 154.

[12]KANAS, Vera. Investimentos e Meio Ambiente. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle (Coord.). Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

> O investimento é fundamental para que os países em desenvolvimento tenham condições de atingir o crescimento necessário a uma melhora do bem-estar de suas populações e ao atendimento de suas necessidades básicas de maneira sustentável, sem deteriorar ou prejudicar a base de recursos que escora o desenvolvimento[14].

Esse preceito retoma a ideia de justiça ambiental, expressa no direito a um meio ambiente seguro e sadio para todos. A sua hermenêutica pressupõe o diálogo com vários sistemas e influxos – econômico, urbano, local, social, da cidade, político – para se alcançar, por meio do princípio dialógico e do princípio da transdisciplinariedade, pontos convergentes e, naqueles em que há divergência, novos componentes construtivos[15].

Nesse passo, Sonarjah ressalta que a criação de objetivos concorrentes de proteger o meio ambiente de abusos das grandes empresas multinacionais leva a um reconhecimento do direito regulatório do Estado de interferir nas circunstâncias em que esses investidores abusam ou causem danos ambientais[16]. Assim, assevera Spears, o direito de regular decorre dos atributos básicos da soberania, enquanto dever de proteger advém de uma série de instrumentos jurídicos internacionais e domésticos[17].

Destarte, a relação entre investimento estrangeiro e proteção do meio ambiente, sublinha Viñuales, apresenta uma natureza dual com caraterísticas tanto conflitantes quanto sinérgicas. Os conflitos que podem advir dessa relação possuem duas naturezas distintas, uma normativa e outra de legitimidade. O conflito normativo ocorre quando há um choque entre uma obrigação pactuada no âmbito do direito internacional dos investimentos e outra no direito internacional do meio ambiente. Já o conflito de legitimidade ocorre na própria aplicação do tratado[18].

Quanto aos instrumentos que aumentam as sinergias entre investimento estran-

[13]A Agenda 21 constitui um documento de planejamento para construção de sociedades sustentáveis que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica. O documento foi assinado por 179 países participantes da Rio 92. Vide: MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Agenda 21 Global. MRE. Disponível em: < http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>. Acesso em 27 jun. 2015.
[14]Ibid.
[15]BELCHIOR, Germana Parente Neiva, op. cit., p. 97.
[16]SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3 ed. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 77.
[17]SPEARS, Suzanne. The Question for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements. Journal of international Economic Law, Oxford, v. 13, n. 4, p. 1037-1075, 2010, p. 1038.

geiro e proteção do meio ambiente, Viñuales destaca o financiamento de projetos ambientais, por meio, por exemplo, de fundos ambientais; e as parcerias público-privadas, voltadas ao aprimoramento tecnológico, tratamento de água e esgoto, produção de energia renovável e educação ambiental[19].

Diante dessas possibilidades, Gunningham e Sinclair defendem que não há um instrumento único ou estratégia absoluta que seja capaz de proteger o meio ambiente por si só. Pelo contrário, todos os instrumentos possuem pontos positivos e pontos negativos que variam de acordo com o contexto no qual são aplicados. Logo, os autores defendem a combinação de diferentes tipos de políticas públicas voltadas à proteção do meio ambiente[20].

A fim de dirimir os conflitos que possam surgir entre meio ambiente e investimento estrangeiro, deve-se combinar os fatores acima descritos de acordo com o contexto específico de cada país. Faz-se necessário repensar o atual modelo econômico de modo com que ele promova a adoção de instrumentos sinérgicos entre as duas áreas.

O estabelecimento de cláusulas ambientais no bojo de Acordos Bilaterais de Investimento se apresenta como um dos diversos instrumentos voltados à harmonização entre proteção do meio ambiente e promoção do investimento estrangeiro. Logo, tendo em vista os objetivos do presente trabalho, cumpre avaliar essa nova tendência, a fim de que se possa compreender o seu verdadeiro alcance, restrições e benefícios.

2 O avanço das cláusulas ambientais nos acordos bilaterais de investimento

Os Acordos Bilaterais de Investimento, comumente conhecidos pela sigla em inglês BITs (*Bilateral Investment Treat*), constituem o conjunto mais significativo de regras sobre a promoção e a proteção de investimentos no exterior. Nas palavras de Perrone-Moisés, os BITs "são instrumentos através dos quais dois países, geralmente um país desenvolvido e um país em desenvolvimento, procuram regular relações em matérias de investimento, com a finalidade de aumentar o seu fluxo[21]."

Nesse sentido, Kotschwar afirma que os BITs asseguram previsibilidade e estabilidade em ambientes, de outro modo, frequentemente incertos, uma vez que os

[18]VIÑUALES, Jorge, op. ci., p. 28.
[19]Ibid., p. 48.
[20]GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. Regulatory Pluralism: Design Policy Mixes for Environemental Protection. Law&Policy, Oxford, v.21, n. 1, p. 49-76, jan. 1999.

países envolvidos concordam em aceitar certos padrões de tratamento e de tê-los executados por um mecanismo de solução de controvérsias internacional[22]. Segundo o *Word Investment Report* da UNCTAD, os BITs chegaram à cifra de 2.926 ao final do ano de 2014[23]. Esse fenômeno, independentemente do regime político ou do nível de desenvolvimento dos países, envolve a maioria dos países, impactando profundamente nos fluxos de capital no mundo.

De acordo com Carreau e Juillard, a inexistência de um tratado geral de investimento permitiu a proliferação de instrumentos convencionais e, particularmente, dos BITs. Os autores ressaltam que, até o presente momento, ainda não existe um só quadro normativo, ao mesmo tempo único e coerente que reja todos os aspectos do regime internacional de investimento. Externa-se o caráter fragmentado dessas fontes convencionais que não são coordenadas nem hierarquizadas entre si[24]. Sublinha-se, assim, a importância do diálogo entre fontes do Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros e os outros ramos do Direito, a fim de se dirimir as controvérsias aparentes do regime de tratados internacionais.

A despeito de parecer um fenômeno relativamente novo, os acordos bilaterais de proteção de interesses comerciais existem desde muito tempo. De acordo com Sornarajah, os precursores desses acordos foram os Tratados de Amizade, Comércio e Navegação concluídos a partir do século XVIII. Dentre os diversos assuntos que esses acordos tratavam, destacam-se os direitos e garantias dos investidores estrangeiros quando se estabeleciam além mar para propósitos comerciais[25].

Os investimentos diretos, ressalta Scandiucci, "circunscreviam-se, em sua maior parte, aos domínios dos Impérios de cada país europeu, dentro dos quais a harmonização legal e regulatória era suficiente para a estabilidade jurídica.[26]" Apesar de não regularem especificamente os investimentos estrangeiros, eles apresentaram importantes fundamentos para a subsequente evolução dos tratados bilaterais de investimento[27].

---

[21]PERRONE-MOISÉS, Claudia. Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 24.

[22]KOTSCHWAR, Barbara. Mapping Investment Provisions in Regional Trade Agreements: towards an international investment regime? In: ESTEVADEORDAL, A.; SUOMINEN, K.; TEH, R. (Ed.). Regional Rules in the Global Trading System. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 373.

[23]UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. World Investment Report 2015: reforming international investment governance. UNCTAD. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2015.

[24]CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. Droit International Économique. 5 ed. Paris: Dalloz, 2013, p. 463.

[25]SORNARAJAH, op. cit., p. 180.

SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. O Brasil e os Acordos Bilaterais de Investimento. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coords.). Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 274.

Todavia, foi no período pós-Segunda Guerra Mundial que os BITs começaram a ganhar maior notoriedade de que dispõem atualmente. Esse movimento se deu em um momento marcado pelo crescente movimento de descolonização, caracterizado pela criação de novos países e pela cessão de territórios, que ditava uma dinâmica fundada na necessidade de controle dos recursos naturais e nacionalização de indústrias-chave. Consequentemente, os países desenvolvidos, normalmente exportadores de capital, procuravam garantir uma maior segurança jurídica em face dos países em desenvolvimento, frequentemente, receptores de investimento[28].

Nesse sentido, os primeiros acordos assinados no pós-guerra demonstravam um viés muito mais de proteção do que de promoção dos investimentos estrangeiros. Segundo Sornarajah, o propósito dos tratados de investimento, a princípio, consistia em preservar algumas das normas que os países desenvolvidos tinham avançado como Direito Internacional consuetudinário, de modo a favorecer as normas de proteção ao investimento que tinham sofrido violações[29].

O primeiro Acordo de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, nos moldes contemporâneos, foi concluído em 1959 entre Alemanha e Paquistão[30]. Desde então, a Alemanha já entrou em mais de 100 acordos, acompanhada, em seguida, pela França e pela Suíça em programas similares, de modo que, atualmente, os Estados Unidos e todos os países da Europa Ocidental tornaram a negociação de BITs um elemento central da sua política externa econômica[31].

A grande maioria dos BITs, ressalta Lowenfeld, ainda é celebrada entre países desenvolvidos e em desenvolvimento[32]. São raros os casos de BITs entre países desenvolvidos que, normalmente, valem-se de acordos plurilaterais (no âmbito do Nafta ou da União Europeia, por exemplo) ou de convenções de caráter recomendatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para regular a matéria entre si[33]. Contudo, chama-se atenção para o crescente número de BITs celebrados entre países em desenvolvimento.

Ao longo da última década e meia, o conteúdo dos BITs tem se tornado cada vez mais padronizado. Segundo Kotschwar, isso resulta, em parte, do fato de os Estados Unidos e a União Europeia utilizarem modelos para seus acordos, influenciando a

[27]PERRONE-MOISÉS, Claudia, op. cit., p. 27.
[28]UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. International Investment Agreements: key issues. UNCTAD. Disponível em: < http://unctad.org/en/docs/iteiit200410_en.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2015, p. 7.
[29]SORNARAJAH, M., op. cit., p 175.
[30]SCANDIUCCI FILHO, José, op. cit., p. 278.
[31]LOWENFELD, Andreas F. International Economic Law. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 554.
[32]Ibid., p. 554.
[33]SCANDIUCCIO FILHO, José, op. cit., p. 279.

formação do regime de investimento regional[34]. Assim, os BITs são negociados com base em modelos convencionais que se exteriorizam como um conjunto de dispositivos[35].

Nessa perspectiva, o *World Investment Report* da UNCTAD, de 2015, chamou atenção para a crescente inclusão de dispositivos que resguardam o direito de os Estados perseguirem os seus objetivos de desenvolvimento sustentável. De acordo com o relatório, dos 18 Acordos Internacionais de Investimento (AII) celebrados em 2014: (i) 14 continham dispositivos de exceções gerais que resguardavam, por exemplo, o direito dos países de proteger a vida ou saúde animal, vegetal e humana, bem como de conservar seus recursos naturais não renováveis; (ii) 14 incluíam cláusulas que explicitamente reconheciam que as partes não deveriam diminuir os seus níveis de proteção ambiental para atrair investimentos; e (iii) 12 referiam ao desenvolvimento sustentável ou à proteção do meio ambiente nos seus preâmbulos[36].

Aliás, o World Investment Report, de 2015, da UNCTAD ressalta que a inclusão de dispositivos que garantem o direito de os Estados legislarem, levando em conta os objetivos de desenvolvimento sustentável, não se traduziu necessariamente em um menor nível de proteção do investimento. Pelo contrário, segundo o relatório, a maioria dos Acordos Internacionais de Investimento (AIIs) assinados em 2014 também apresentavam elevados níveis de proteção dos investimentos estrangeiros[37].

Nessa linha, o relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 2014, identificou 6 categorias recorrentes de dispositivos ambientais nos AIIs, quais sejam:

> 1. Disposições gerais no preâmbulo dos Acordos que menciona preocupações ambientais e estabelece a proteção do ambiente como uma preocupação das partes. Essa linguagem fornece contribuições essenciais para os procedimentos de interpretação do Tratado.
> 2. Cláusulas sobre preservação do espaço necessário para implementação de políticas públicas (policy space). A maioria dessas referências são específicas para preocupações ambientais.
> 3. Cláusulas sobre a não diminuição dos níveis de proteção ambiental. Esses

[34]KOTSCHWAR, Barbara, op. cit., p. 374.
[35]CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick, op. cit., p. 460.
[36]UNCTAD, 2015, op. cit., p. 112.
[37]Ibid., p. 112.

> dispositivos visam a desencorajar a flexibilização da legislação ambiental para se atrair investimento estrangeiro.
>
> 4. Cláusulas que estabelecem que medidas ambientais tomadas com o intuito de proteger os objetivos do bem-estar público não constituem expropriação indireta.
>
> 5. Cláusulas que encorajam o fortalecimento da regulamentação e cooperação ambiental.
>
> 6. Disposições que estabelecem uma relação entre desenvolvimento sustentável e a solução de controvérsias entre Investidor-Estado, prevendo a possibilidade de se recorrer ao conhecimento de especialistas sobre o assunto nos tribunais arbitrais[38].

De acordo com Beharry e Kuritzky, esses dispositivos refletem três temas principais: (i) o reconhecimento da proteção do meio ambiente com um objetivo do tratado; (ii) a preservação do direito dos Estados de regular questões ambientais; e (iii) a garantia do dever permanente dos Estados de aplicar e promover medidas de proteção ambiental[39].

Ademais, pesquisa realizada pela OCDE, em 2014, também traz outros dados de grande relevância para a análise do avanço das cláusulas ambientais nos Acordos Bilaterais de Investimento. Segundo o estudo, mais de três quartos (3/4) dos Acordos Internacionais de Investimentos celebrados entre 2008 e 2013 contém linguagem sobre desenvolvimento sustentável e praticamente todos os Acordos de Investimento celebrados em 2012 e 2013 abrangem tais dispositivos. Dos 54 países investigados, pelo menos 47 já tinham inserido algum tipo de dispositivo sobre desenvolvimento sustentável nos seus acordos[40].

Todavia, acordos mais antigos sem qualquer linguagem sobre desenvolvimento sustentável continuam a dominar a amostra de tratados. Apenas 12% do total de Acordos Internacionais de Investimento contém dispositivos sobre essa matéria. Dentre as conclusões preliminares obtidas pela pesquisa da OCDE, destaca-se a de que a inclusão de dispositivos sobre proteção do meio ambiente nos Acordos Bilate-

[38]GORDON, Kathryn; POHL, Joachim; BOUCHAD, Marie. Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: a fact finding survey. OECD Working Papers on International Investment, 2014/01, OECD Publishing. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5jz0xvgx1zlt.pdf?expires=1435611677&id=id&accname=guest&checksum=77A420B9FA2EBA0349BBDDECE4D2AB75>. Acesso em: 29 jun. 2015, p. 15-17.

[39]BEHARRY, Christina; KURITZKY, Melinda. Going Green: managing the environment through interantional investment arbitration. The American University International Law Review, v. 30, n. 3, p. 383-429, 2015, p.

[40]GORDON, Kathryn; POHL, Joachim; BOUCHAD, Marie, op. cit., p. 5.

rais de Investimento não contribuirá para os objetivos do desenvolvimento sustentável se outras questões mais amplas e outras cláusulas substantivas e processuais não avançarem[41].

Em suma, pode-se afirmar que apesar de a maioria dos Acordos Internacionais de Investimento ainda não preverem cláusulas sobre proteção do meio ambiente, essa é uma tendência bem forte que pode ser comprovada nos tratados celebrados na última década. Assim, convém agora passar para a análise do posicionamento do Brasil diante dos fluxos de capital estrangeiro, investigando-se, mais precisamente, o novo modelo de Acordo Bilateral de Investimento, intitulado de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimento.

3 Brasil e investimento estrangeiro direto: O novo modelo de acordo de cooperação e facilitação de investimento

Segundo o World Investment Prospects Survey 2013-2015, o Brasil é o 5º país mais atraente para investimentos estrangeiros futuros no mundo[42]. De 2008 a 2015, o país deteve o status de grau de investimento, conforme as agências de classificação *Standard&Poors, Moodys e Fitch*, o que refletiu o contínuo e sólido desenvolvimento da política econômica brasileira[43]. Apesar da atual crise política e econômica vivenciada pelo país, o amplo mercado interno e recursos naturais abundantes ainda tornam o país um importante polo de atração de investimentos estrangeiros.

O Brasil se destaca como o país que mais recebe investimentos estrangeiros diretos na América Latina, assim como se distingue como a maior fonte desses recursos na região desde a Segunda Guerra Mundial[44]. Nesse aspecto, cumpre ressaltar o crescente papel do Brasil não mais apenas como receptor de investimentos, mas também como promotor. Nos últimos anos, o país vem ganhando cada vez mais espaço como exportador de capitais. Em 2014, o estoque de investimento estrangeiro direto brasileiro atingiu U$ 394,2 bilhões, conforme Censo de Capitais Brasileiros no Exterior, elaborado pelo Banco Central. Essa cifra demonstra uma expansão de 0,7% em relação ao ano de 2013[45].

Segundo o Relatório dos Investimentos Brasileiros no Exterior de 2013, elaborado

[41]Ibid., p. 6.
[42]UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. World Investment Prospects Survey 2013-2015. UNCTAD. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2013d9_en.pdf>. Acesso em: 22 set. 2014.
[43]AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES E INVESTIMENTOS. Investimento Estrangeiro Direto. ApexBrasil. Disponível em: <http://www2.apexbrasil.com.br/atrair-investimentos/investimento-estrangeiro>. Acesso em 20 jun. 2015.
[44]Ibid.

pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), os investimentos externos brasileiros ainda são bastante concentrados setorialmente, com destaque para os serviços financeiros e os prestados às empresas. Na indústria extrativa, o setor de extração de minerais não metálicos apresenta-se como o de maior participação. Já na indústria de transformação, destacam-se três setores: alimentos e bebidas, metalurgia e produtos minerais não metálicos[46].

Nos últimos anos, devido a motivações políticas e econômicas, o Brasil tem desenvolvido uma estratégia ativa de aproximação dos países africanos, promovendo ações de cooperação tanto no âmbito comercial quanto no dos investimentos. Segundo Costa, grandes empresas transnacionais brasileiras, como a Vale e a Petrobras, detêm importantes investimentos em Angola, o principal receptor de investimentos brasileiros no continente, bem como na Nigéria e na África do Sul[47]. Dentre os principais setores alvos do investimento brasileiro direto, destacam-se os de petróleo, mineração e construção civil.

Assim, diante do crescente volume de investimentos brasileiros no exterior, o país tende a defender regras internacionais que protejam seus investidores, mas que igualmente resguardem o direito de adotar políticas públicas voltadas ao desenvolvimento, uma vez que o país passou a desempenhar a dupla função de exportador e de receptor de investimentos.

Apesar de ter conduzido importante reformas legislativas que favorecem a entrada de capital estrangeiro, notadamente no setor de serviços públicos, o Brasil ainda apresenta uma tímida política de atração de investimentos estrangeiros[48]. Embora o país tenha assinado 14 Acordos Bilaterais de Investimento durante a década de 1990, eles não foram devidamente internalizados, não estando atualmente em vigor. A tabela 1 lista os Estados e as datas de assinatura desses acordos.

[45]BANCO CENTRAL DO BRASIL. Censo de Capitais Brasileiros no Exterior (CBE): ano-base 2014. BCB. Disponível em: < http://www4.bcb.gov.br/rex/CBE/Port/ResultadoCBE2014p.pdf >. Acesso em: 24 set. 2014.

[46]CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Os Investimentos Brasileiros no Exterior: relatório 2013. CNI. Disponível em: <http://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/investimentosbrasileirosnoexterior_cni.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

[47]COSTA, Katarina Pereira da. Continuities and changes in patterns of direct investment flows between South America and Africa. Atlantic Future, direct investment flows in the atlantic, scientific paper n. 1, 23 set 2014. Disponível em: <http://www.atlanticfuture.eu/files/305-ATLANTIC%20FUTURE_01_Continuities%20and%20changes%20in%20patterns%20of%20direct%20investment%20flows%20between%20South%20America%20and%20Africa.pdf >. Acesso em: 20 jan. 2016. p. 7.

[48]MENDES, Ricardo Camargo; SENNES, Ricardo Ubiraci. O Brasil e a Experiência do Nafta no Tema de Investimento. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coords.). Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p 188.

Tabela 1 - Acordos Bilaterais de Investimento Assinados pelo Brasil na década de 1990

País	Data de Assinatura
Alemanha	21/09/1995
Chile	22/03/1994
Coréia do Sul	01/09/1995
Cuba	26/06/1997
Dinamarca	04/03/1995
Finlândia	28/03/1995
França	21/03/1995
Holanda	25/11/1998
Itália	03/04/1995
Portugal	09/02/1994
Reino Unido	19/07/1994
Suíça	11/11/1994
Venezuela	04/07/1995

Fonte: PIMENTA, 2014, p. 217.

A assinatura dos acordos supracitados, explica Pimenta, insere-se no contexto em que o Brasil passava por uma crescente liberalização comercial, mas necessitava de investimentos, principalmente em decorrência das sucessivas crises econômicas ocorridas ao longo da década[49]. Com esse objetivo, o Brasil também adotou, concomitantemente à negociação desses BITs, a Emenda Constitucional nº 65/95, que estabelecia o fim da diferenciação entre empresa brasileira de capital nacional e empresa brasileira de capital estrangeiro, permitindo, assim, que "qualquer empresa que se estabelecesse no Brasil e estivesse em conformidade com a legislação nacional, fosse ela controlada por brasileiros ou estrangeiros, receberia status de empresa brasileira.[50]" Destarte, procurava-se atrair de forma maciça o investimento direto estrangeiro.

O único tratado desse gênero em vigor é o Acordo sobre Garantias de Investimentos, firmado com os Estados Unidos na década de 1960 e promulgado um ano após sua assinatura em 1966. Salvo esse acordo específico, o Brasil não apresenta mais nenhum outro tratado em vigor que regule o investimento internacional em âmbito bilateral, plurilateral ou regional[51].

[49]PIMENTA, José Luiz. O Brasil e o Regime Internacional de Investimentos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; CELLI JÚNIOR, Umberto. A OMC: Desafios e Perspectivas. 1 ed. São Paulo: Aduaneiras, 2014, p. 217.
[50]PIMENTA, José Luiz, op. cit., p. 217.

Ademais, cumpre destacar que os 14 Acordos Bilaterais de Investimento assinados na década de 1990 e o Acordo sobre Garantias de Investimentos (1966) não apresentam nenhum dispositivo que preveja a perseguição dos objetivos do desenvolvimento sustentável. Isso demonstra que a causa ambiental ainda não se encontrava presente nos Acordos Internacionais de Investimento celebrados pelo Brasil, apesar de o constituinte de 1988 ter conferido status constitucional à proteção do meio ambiente.

Nessa perspectiva, Varella e Leuzinger ressaltam que o tratamento ao meio ambiente concedido pela Constituição Federal de 1988 perpassa os eixos centrais do meio ambiente como direito fundamental; da conservação da diversidade biológica e dos processos ecológicos; da criação de espaços territoriais especialmente protegidos; da necessidade de estudo prévio de impacto ambiental da realização de atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental; e a da educação[52]. Nenhum desses eixos centrais foi refletido no texto dos Acordos brasileiros da década de 90.

À época da análise dos 14 Acordos Bilaterais de Investimento, a Consultoria Legislativa da *Câmara dos Deputados*[53] proferiu parecer alegando os seguintes motivos jurídicos que impediam o Brasil de ratificar os tratados então assinados:

> • A definição do termo investimento é bastante ampla, não sendo possível diferenciar o capital produtivo que atenda sua função social do capital especulativo, nos termos que prescreve o artigo 5o, XXII e XXIII da CF/88.
>
> • As cláusulas da nação mais favorecida, do tratamento nacional e do tratamento justo e equitativo. Dentre esses dispositivos, a cláusula da Nação Mais Favorecida foi a que mais gerou apreensão, haja vista que a sua adoção permitiria que qualquer benefício concedido a um país poderia ser estendido a outros com os quais o Brasil possuísse acordos semelhantes.
>
> • A proibição de nacionalização e desapropriação, salvo em razão do interesse nacional e mediante justa e pronta indenização. Esse dispositivo estaria em desacordo com o art. 184 da CF/88 que prevê a possibilidade de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural mediante

[52]VARELLA, Marcelo; LEUZINGER, M.D. O Meio Ambiente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional: avanços ou retrocessos (1988 a 2014). Nomos, v. 34, p. 299-314, jul./dez. 2014, p. 300.

[53]AZEVEDO, Débora Bithiah de. Os Acordos para Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil. Brasília. Câmara dos Deputados, 2001, p. 3-11. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/102080.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

> indenização em títulos da dívida agrária.
>
> • A cláusula de vigência e denúncia segundo a qual estabelece-se um prazo mínimo de vigência de 10 anos, antes do qual o acordo não poderia ser denunciado. Esse dispositivo poderia comprometer um período demasiadamente longo, impedindo o tratado possa ser modificado.
>
> • Solução de controvérsias entre Investidor-Estado que possibilitaria ao investidor escolher o foro os tribunais locais ou a arbitragem internacional para dirimir as controvérsias que porventura venham surgir no decorrer da execução dos BITs. Esse dispositivo iria de encontro aos artigos 1º, inciso I (princípio da soberania nacional) e art. 5º, inciso XXXV (princípio da inafastabilidade de jurisdição) da Constituição Federal de 1988 (Destacado)[54].

No âmbito das discussões políticas sobre as oportunidades e desafios que a ratificação dos 14 BITs poderiam trazer ao país, Veiga lista as seguintes razões pelas quais os referidos acordos foram tirados da pauta de ratificação do Congresso Nacional:

> • Preservar a autonomia nacional e manter espaços para o Estado brasileiro exercer sua autoridade, especialmente no campo de desenvolvimento;
>
> • Percepção de que o formato dos Acordos Bilaterais de Investimento assinados ao longo dos anos 90 reduz a capacidade regulatória dos Estados gerando um impacto negativo no exercício da política industrial do país.
>
> • Entendimento de que o país tem sido um importante receptor de investimentos estrangeiros diretos sem ter nenhum Acordo Bilateral de Investimento em vigor.
>
> • Pouca pressão doméstica por esses acordos. À época eram poucos os investimentos brasileiros no exterior.
>
> • Percepção de que a assinatura de acordos que englobem mecanismos de solução de controvérsias Investidor-Estado possa ser visto como barreiras à melhoria do recente arcabouço jurídico criado nos anos 90[55].

Atualmente, dentre todos os argumentos ora levantados, sejam eles jurídicos ou políticos, que impediam o Brasil de avançar na celebração de Acordos Bilaterais de Investimento, o único que subsiste é o da cláusula de solução de controvérsias Inves-

[54]PIMENTA, José Luiz, op. cit., p. 218-220; AZEVEDO, Débora Bithiah de, op. cit., p. 3-11.
[55]VEIGA, Pedro da Motta. Foreign Direct Investment in Brazil: regulation, flows and contribution to development. International Institute for Sustainable Development. Winnipeg, maio 2004, p. 32-34. Disponível em: <http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_country_report_brazil.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.

tidor-Estado. A possibilidade de utilização de arbitragem entre investidor estrangeiro e o Estado Brasileiro ainda é um assunto bastante controverso na doutrina nacional.

Entre o fim da década de 90 e o início de 2015, o Brasil não tinha mostrado mais nenhuma movimentação no sentido de renegociar os acordos já assinados, bem como firmar novos acordos de promoção e proteção de investimentos estrangeiros. Contudo, no primeiro semestre de 2015, houve uma mudança da estratégia nacional a partir da adoção de um novo modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) pelo país. Desde então, segundo os novos moldes desse instrumento, o Brasil já celebrou ACFIs com Moçambique, Angola, México, Maláui, Colômbia e Chile. A tabela abaixo demonstra os países e as datas de celebração de ACFIs.

Tabela 2 – Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos assinados pelo Brasil

País	Data de Assinatura
Moçambique	30/03/2015
Angola	01/04/2015
México	26/05/2015
Malauí	25/06/2015
Colômbia	09/10/2015
Chile	23/11/2015

Fonte: Ministério das Relações Exteriores, 2016. Elaborado pelos autores.

Vale ressaltar que o modelo de ACFI do Brasil foi desenvolvido a partir de amplas consultas domésticas, especialmente com o setor privado, que levaram em consideração a experiência de outros países e de organizações internacionais sobre a matéria. Em linhas gerais, pode-se afirmar que esse modelo de cooperação e facilitação de investimentos adotado pelo Brasil apresenta três características principais: (i) a melhoria da governança institucional, por meio da criação de Pontos Focais e de um Comitê Conjunto; (ii) a identificação de agendas de cooperação e facilitação permanente; e (iii) a instituição de mecanismos de mitigação de riscos e prevenção de litígios[56].

Cumpre destacar que os Pontos Focais são institucionalizados por meio do sistema de Ombudsmen, pelo qual órgãos governamentais designados por cada Estado Parte servem de intermediários entre governo e investidor para resolver problemas relacionados aos investimentos e sugerir melhorias no ambiente de negócios. O

[56]UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. World Investment Report 2015: reforming international investment governance. UNCTAD. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2015.

Comitê Conjunto, por sua vez, é composto por representantes governamentais de ambas as partes, cuja função consiste em: compartilhar informações sobre as oportunidades de investimentos nos dois países; monitorar a implementação do acordo e resolver possíveis divergências de forma amigável. Destarte, esse desenho institucional favorece a prevenção de disputas e facilita a sua solução[57].

No que se refere a agendas de cooperação e facilitação, estão previstos dispositivos sobre concessão de vistos especiais para negócios, responsabilidade social das empresas[58], transferência de fundos e transparência dos procedimentos. Ademais, quanto à mitigação e diminuição dos riscos de disputas, o modelo também estabelece um mecanismo obrigatório de prevenção de litígios antes do estabelecimento de um procedimento de arbitragem entre Estado-Estado. Além desses novos mecanismos, o modelo de ACFI também abrange dispositivos sobre expropriação, tratamento nacional[59], tratamento da nação mais favorecida (most-favoured-nation treatment), compensação por perdas e procedimentos para aumentar a transparência.

No que concerne à previsão de dispositivos ambientais, todos ACFIs brasileiros até então assinados reconhecem, na sua exposição de motivos, o papel essencial do investimento na promoção do desenvolvimento sustentável. Os Acordos estabelecem que os investidores e seus investimentos deverão se empenhar em realizar o maior nível possível de contribuições ao desenvolvimento sustentável do Estado receptor e da comunidade local, por meio da adoção de um elevado grau de práticas socialmente responsáveis[60].

Nesse sentido, os Estados devem tomar por referência os princípios voluntários e padrões que estabelecidos na cláusula de Responsabilidade Social e Corporativa[61]. Em consonância com essa diretriz, os investidores e os investimentos deverão "respeitar a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável e encorajar a utilização de tecnologias que não agridam o meio ambiente, de acordo com as

[57]UNCTAD, 2015, op. cit., p. 108.

[58]Cumpre destacar que a Organização Internacional para Padronização já estabeleceu um standard sobre a matéria. A ISO 26000 fornece orientação sobre como empresas e organizações podem operar de uma forma socialmente responsável, ou seja, como elas podem agir de forma ética e transparente de modo a contribuir para a saúde e o bem-estar da sociedade. Vide: INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. ISO 26000 – Social Responsability. ISO. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

[59]De acordo com os ditames do tratamento nacional, cada Parte deve conceder aos investidores da outra Parte no seu território um tratamento não menos favorável do que o concedido em circunstâncias semelhantes aos seus próprios investidores ou aos investidores de uma Parte não contratante. Vide: artigo 11, parágrafo 7, do ACFI Brasil – Angola.

[60]Vide: artigo 10 do ACFI Brasil – Angola.

[61]A cláusula sobre responsabilidade social e corporativa encontra-se prevista no Anexo II dos ACFIs Brasil- Moçambique e Brasil – Angola. Nos demais ACFIS, a cláusula encontra-se prevista no corpo do tratado: artigo 19 ACFI Brasil – Maláui; artigo 13 ACFI Brasil – México; artigo 15 ACFI Brasil – Chile; artigo 13 ACFI Brasil – Colômbia.

políticas nacionais das Partes, de modo a incentivar o progresso econômico, social e ambiental.[62]"

Ademais, a cláusula sobre Responsabilidade Social e Corporativa também estabelece que os investidores e seus investimentos devem abster-se de procurar ou aceitar isenções que não estejam estabelecidas na legislação da parte receptora em relação ao meio ambiente, à saúde, à segurança, ao trabalho, aos incentivos financeiros e a outras questões[63]. Esse dispositivo visa garantir que os países não diminuam seus níveis de proteção ambiental para atrair um maior volume de capital estrangeiro.

Insta observar que os dois últimos ACFIs celebrados pelo Brasil, avançaram ainda mais na matéria, prevendo cláusulas específicas sobre investimento e meio ambiente. De acordo com o parágrafo primeiro do artigo 17 do ACFI Brasil-Chile, "uma Parte poderá adotar, manter ou fazer cumprir qualquer medida que considere apropriada para garantir que as atividades de investimento no seu território se efetuem tomando em conta a legislação [...] ambiental dessa Parte.[64]" Na mesma vertente, o parágrafo primeiro do artigo 15 do ACFI Brasil - Colômbia estabelece que:

> Nada do disposto neste Acordo será interpretado como impedimento para que uma Parte adote, mantenha ou faça cumprir qualquer medida que considere apropriada para garantir que as atividades de investimento em seu território sejam efetuadas tomando em conta a legislação [...] ambiental [...] dessa Parte, desde que essa medida não se aplique de maneira que constitua uma forma de discriminação arbitrária ou injustificável ou uma restrição encoberta[65].

Esses dispositivos concedem o espaço necessário para que os países implementem suas políticas públicas voltadas à proteção do meio ambiente, sem que isso se caracterize como uma violação aos direitos do investidor. Ademais, os ACFIs Brasil – Chile e Brasil – Colômbia também reconhecem que não é apropriado estimular o investimento diminuindo os padrões de sua legislação ambiental. Destarte, os países devem recusar a aplicar ou de qualquer modo derrogar, flexibilizar ou oferecer renunciar, flexibilizar ou derrogar medidas ambientais para incentivar a manutenção ou a expansão de um investimento em seu território[66].

[62]Vide: Anexo II – Responsabilidade Social e Corporativa – do ACFI Brasil-Angola.
[63]Vide: artigo 9 (e) do ACFI Brasil – Maláui.
[64]Vide: artigo 17 do ACFI Brasil – Chile.
[65]Vide: artigo 15 do ACFI Brasil – Colômbia e artigo 17 do ACFI Brasil – Chile.

Em que pese os ACFIs Brasil – Chile e Brasil – Colômbia terem avançado na regulação do nexo entre investimento estrangeiro e meio ambiente, as medidas adotas em aplicação de seus artigos sobre a matéria não podem ser objetivo de arbitragem. Isso significa que caso uma disputa entre as Partes advenha da aplicação desses dispositivos, o sistema de solução de controvérsias previsto nos Acordos não poderá ser utilizado para dirimi-la[67]. Esse detalhe prejudica a aplicabilidade dos compromissos ambientais assumidos, diminuindo a sua efetividade.

Em síntese, percebe-se que o Brasil se apresenta como um importante receptor de investimento estrangeiro e um crescente exportador de capital para África e América Latina. Nesse sentido, o novo modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimento surge como um importante dispositivo para dar segurança jurídica a esse novo posicionamento do país. Diferentemente dos Acordos Bilaterais de Investimento celebrados na década de 1990, os novos ACFIs estabelecem, ainda que timidamente, dispositivos sobre promoção do desenvolvimento sustentável e proteção do meio ambiente, caracterizando-se, portanto, como um avanço no diálogo entre os imperativos econômicos e os ambientais.

Considerações finais

A interação entre investimento estrangeiro e proteção do meio ambiente deve ser repensada, a fim de que as suas dimensões complementares sejam aprimoradas e as suas características contraditórias minimizadas. O fluxo de capitais de países desenvolvidos para os países em desenvolvimento pode contribuir para o alcance dos objetivos do desenvolvimento sustentável a partir da transferência de tecnologias menos poluentes, disseminação de boas práticas ambientais e redução da pobreza.

Nesse sentido, os Acordos Bilaterais de Investimento (BITs) constituem importantes ferramentas jurídicas para garantir segurança e previsibilidade à relação entre Estado e investidor estrangeiro. Com a inclusão de declarações interpretativas, cláusulas de exceção geral e nova linguagem preambular, os BITs estão passando por uma mudança significativa, abrangendo cada vez mais preocupações ambientais. Destarte, faz-se necessário adotar uma nova hermenêutica para os BITS, de modo que eles sejam executados em consonância com os princípios do Direito Ambiental internacionalmente reconhecidos.

[66]Op.cit.
[67]Vide: artigo 1 do Anexo I do CFI Brasil – Chile e parágrafo 2 do artigo 23 do ACFI Brasil – Colômbia.

Apesar de a quantidade de Acordos Bilaterais de Investimento com disposições sobre proteção do meio ambiente constituir uma pequena parcela do total de acordos celebrados, observa-se um aumento significativo dessa tendência na última década. Também não se pode olvidar do crescente número de casos levados a tribunais arbitrais que envolvem controvérsias sobre questões ambientais entre Estado receptor e investidor estrangeiro.

Presencia-se, na verdade, a consolidação de um conjunto de regras e princípios interpretativos ambientais que permeiam o regime jurídico dos fluxos de capital pelo mundo. Não é mais possível se imaginar uma ordem econômica internacional sustentável, sem o estabelecimento de um regime de promoção do investimento estrangeiro que diminua a canalização do capital internacional para países com menores níveis de proteção ambiental.

Nesse contexto, devido ao fato de ser um dos mais importantes destinos de investimento direto no mundo e crescente exportador de capital para África e América Latina, o Brasil desempenha um importante papel nos rumos da regulação internacional do investimento estrangeiro.

Cumpre ressaltar que nenhum dos 14 Acordos Bilaterais de Investimento assinados pelo Brasil na década de 90 continha disposições sobre proteção do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável. Todavia, esse posicionamento é alterado a partir da adoção do novo modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos celebrados pelo país em 2015, respectivamente com Angola, Moçambique, México, Malauí, Colômbia e Chile.

O novo modelo de ACFI contém linguagem preambular que reconhece o papel essencial do investimento na promoção do desenvolvimento sustentável. Ademais, estabelece-se que os investidores e seus investimentos deverão se empenhar em realizar o maior nível possível de contribuições ao desenvolvimento sustentável do Estado receptor e da comunidade local, por meio da adoção de um elevado grau de práticas socialmente responsáveis.

Além disto, o modelo também prevê, em seu Anexo II (Responsabilidade Social Corporativa), que os investidores e seus investimentos devem abster-se de procurar ou aceitar isenções que não estejam estabelecidas na legislação da parte receptora em relação ao meio ambiente. Assim, pode-se afirmar que o novo modelo de ACFI adotado pelo Brasil avança no diálogo entre os imperativos econômicos e os ambientais contemporâneos.

Todavia, cumpre ressaltar que os dispositivos ambientais até então previstos nos

ACFIs brasileiros não dispõe de força coercitiva, impedindo com que sanções sejam impostas caso um investidor estrangeiro os violem. As cláusulas possuem apenas natureza de normas voluntárias (softlaw) desenhadas para pautar uma conduta empresarial responsável. Elas não se submetem ao sistema de solução de controvérsias previsto nos Acordos, o que diminui a sua efetividade.

Nesse sentido, a fim de aprimorar os dispositivos ambientais nos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos celebrados pelo Brasil, sugere-se que sejam incluídas e replicadas no novo modelo cláusulas que estabeleçam: (i) a manutenção do espaço necessário para implementação de políticas públicas (policy space) voltadas à proteção do meio ambiente e (ii) que medidas ambientais tomadas com o intuito de proteger os objetivos do bem-estar público não constituem expropriação indireta.

Em suma, pode-se concluir que o Brasil, a partir da adoção do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos, de 2015, avançou no diálogo entre investimento estrangeiro e proteção do meio ambiente. Todavia, o novo modelo de Acordo ainda pode ser aperfeiçoado a partir da inclusão de cláusulas sobre (i) manutenção do espaço necessário para implementação de políticas públicas voltadas à proteção do meio ambiente e (ii) a não caracterização de medidas ambientais como expropriação indireta.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES E INVESTIMENTOS. *Investimento Estrangeiro Direto*. ApexBrasil. Disponível em: <http://www2.apexbrasil.com.br/atrair-investimentos/investimento-estrangeiro>. Acesso em 20 jan. 2015.

AZEVEDO, Débora Bithiah de. *Os Acordos para Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil*. Brasília. Câmara dos Deputados, 2001, p. 3-11. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/102080.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Censo de Capitais Brasileiros no Exterior (CBE):* ano-base 2014. BCB. Disponível em: <http://www4.bcb.gov.br/rex/CBE/Port/ResultadoCBE2014p.pdf >. Acesso em: 24 set. 2014.

BEHARRY, Christina; KURITZKY, Melinda. *Going Green:* managing the environment through interantional investment arbitration. The American University International Law Review, v. 30, n. 3, p. 383-429, 2015.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Fundamentos Epistemológicos do Direito Ambiental*. 2015. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

_____; MESQUITA, Alebe. O papel da OMC no Combate às Práticas de Dumping Ambiental para a Proteção Internacional do Direitos Humanos. In: SANTOS, Ricardo; ANNONI, Danielle (Org.). *Cooperação e Conflitos Internacionais:* Globalização, Regionalismo e Atores. Curitiba: Multideia, 2014.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. 5 ed. Paris: Dalloz, 2013.

CAUBET, Christian Guy. A Irresistível Ascensão do Comércio Internacional: o meio ambiente fora da lei? *Revista de Direito Ambiental,* São Paulo, v. 6, p. 81-99, abr./jun. 2001.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Os Investimentos Brasileiros no Exterior: relatório 2013*. CNI. Disponível em: < http://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/investimentosbrasileirosnoexterior_cni.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

COSTA, Katarina. *Continuities and changes in patterns of direct investment flows between South America and Africa.* Atlantic Future, direct investment flows in the atlantic, scientific paper n. 1, 23 set 2014. Disponível em: <http://sb.fgv.br/catalogo-sp/index.asp?link_rapido=circulacoes>. Acesso em: 20 jun. 2015.

GORDON, Kathryn; POHL, Joachim; BOUCHAD, Marie. *Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct:* a fact finding survey. OECD Working Papers on International Investment, 2014/01, OECD Publishing. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5jz0xvgx1zlt.pdf?expires=1435611677&id=id&accname=guest&checksum=77A420B9FA2EBA0349BBD

DECE4D2AB75>. Acesso em: 29 jun. 2015.

GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. R*egulatory Pluralism: Design Policy Mixes for Environemental Protection*. Law&Policy, Oxford, v.21, n. 1, p. 49-76, jan. 1999.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *ISO 26000* – Social Responsability. ISO. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

PERRONE-MOISÉS, Claudia. *Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

KANAS, Vera. Investimentos e Meio Ambiente. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle (Coord.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

KOTSCHWAR, Barbara. Mapping Investment Provisions in Regional Trade Agreements: towards an international investment regime? In: ESTEVADEORDAL, A.; SUOMINEN, K.; TEH, R. (Ed.). *Regional Rules in the Global Trading System*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

MENDES, Ricardo Camargo; SENNES, Ricardo Ubiraci. O Brasil e a Experiência do Nafta no Tema de Investimento. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coords.). R*egulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Agenda 21 Global*. MMA. Disponível em: < http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>. Acesso em 27 jun. 2015.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e o Governo da Repúbli-*

ca de Moçambique. MRE. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8511&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR>. Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República de Angola*. MRE. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8520:acordo-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280#acord-invest>. Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Maláui*. MRE. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-a-republica-do-malaui>. Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil os Estados Unidos Mexicanos*. MRE. Disponível em: < http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-os-estados-unidos-mexicanos>. Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República Federativa da Colômbia*. MRE. Disponível em: < http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_atosinter/20151009-ACFI-port2.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile*. MRE. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2015/acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-a-republica-federativa-do-brasil-e-a-republica-do-chile>. Acesso em: 13 jan. 2016.

PIMENTA, José Luiz. O Brasil e o Regime Internacional de Investimentos. In: AMARAL

JÚNIOR, Alberto; CELLI JÚNIOR, Umberto. *A OMC:* Desafios e Perspectivas. 1 ed. São Paulo: Aduaneiras, 2014.

QUEIROZ, Fábio Albergaria de. **Meio ambiente e comércio internacional: relação sustentável ou opostos inconciliáveis?** Argumentos ambientalistas e pró-comércio do debate. Contexto Internacional, Rio de Janeiro, v. 31, p. 251-283, mai./ago. 2009.

SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. O Brasil e os Acordos Bilaterais de Investimento. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle Ratton (Coords.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos:* algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3 ed. New York: Cambridge University Press, 2010.

SPEARS, Suzanne. *The Question for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements*. Journal of international Economic Law, Oxford, v. 13, n. 4, p. 1037-1075, 2010.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2015: reforming international investment governance*. UNCTAD. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2015.

_____. *International Investment Agreements*: key issues. UNCTAD. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/iteiit200410_en.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2015.

_____. *World Investment Prospects Survey 2013-2015*. UNCTAD. Disponível em: < http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2013d9_en.pdf>. Acesso em: 22 set. 2014.

VARELLA, Marcelo; LEUZINGER, M.D. O Meio Ambiente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional: avanços ou retrocessos (1988 a 2014). *Nomos*, v. 34, p. 299-314, jul./dez. 2014.

VEIGA, Pedro da Motta. *Foreign Direct Investment in Brazil*: regulation, flows and contribution to development. International Institute for Sustainable Development. Winnipeg, mai./2004, p. 32-34. Disponível em: < http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_country_report_brazil.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

VIÑUALES, Jorge. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Artigo recebido em 30/01/2017
Revisado em 26/03/2017
Aprovado em 25/04/2017

PRINCÍPIOS DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO E DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DAS PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS: OS LIMITES DA ATIVIDADE LEGISLATIVA A PARTIR DA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06

THE PROHIBITION OF EXCESS PRINCIPLE AND THE PROHIBITION OF SPECIAL NEEDS CARRIER PROTECTION PRINCIPLE: THE LIMITS OF THE LEGISLATIVE ACTIVITY FROM ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 28 OF THE LAW 11.343 / 06

Cristiano Thadeu e Silva Elias[1]
Doutor em Direito Penal
Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) – Minas Gerais (MG) - Brasil

Fabiana Silva Bittencourt[2]
Mestranda em Direito
Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) - Minas Gerais (MG) - Brasil

RESUMO: A partir dos princípios da proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente, que são conceituados e analisados, por serem os "devem ser" cumpridos pelo legislador quando da elaboração das normas jurídicas, o presente trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica, analisará a arguição de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, as características da sua produção legislativa e a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que já proferiu três votos declarando a inconstitucionalidade do referido dispositivo.

[1]Doutor em Direito Penal da Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito do Estado da Universidade de São Paulo – USP. Professor do PPGD da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Advogado. E-mail: cristiano_elias@hotmail.com

[2]Mestranda pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - Área de concentração: Constitucionalismo e Democracia. Bolsista CAPES. Editora Associada da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Atualmente é professora substituta na Faculdade de Direito do Sul de Minas.
E-mail:fafabittencourt@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Proibição do excesso. Proibição da proteção deficiente. Inconstitucionalidade. Legislativo. Recurso Extraordinário n.º 635.659.

ABSTRACT: Based on the principles of the prohibition of excess and the prohibition of deficient protection, which must be followed by the legislator when elaborating legal norms, the present work, through a bibliographical research, will analyze the unconstitutionality of article 28 of Law 11.343 / 06, the characteristics of its legislative production and the position adopted by the Federal Supreme Court, which has already delivered three votes declaring the unconstitutionality of said device.

KEYWORDS: Prohibition of excess. Prohibition of poor protection. Unconstitutionality. Legislative. Extraordinary Appeal n.º 635.659.

INTRODUÇÃO

O Recurso Extraordinário n.º 635.659 tem como objeto a discussão, à luz do artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, a compatibilidade ou não do artigo 28, da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte para consumo de drogas para uso pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.

Tal julgamento refere-se à atuação em sede recursal do tribunal constitucional, que analisará a constitucionalidade do referido artigo em função do controle difuso de constitucionalidade. O fato que deu azo a tal recurso fundamenta-se no sentido de que a criminalização da posse de drogas para consumo violaria o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, o qual prevê que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Nesse sentido, tal dispositivo constitucional protegeria as escolhas do indivíduo em âmbito privado, desde que não haja ofensa a terceiros, o que descaracterizaria a conduta criminosa, vez que em decorrência de tal fato, a conduta para que seja definida como crime deve lesionar bens jurídicos alheios. Assim, diversamente dos recursos anteriores a respeito da inconstitucionalidade do referido artigo, que tinham como fundamento o fato de não se atribuir pena de reclusão ou detenção à conduta, o julgamento atual dar-se-á sob o enfoque da incompatibilidade do mencionado artigo com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada.

Entretanto, muito se discute acerca desse controle Legislativo exercido pelo Judiciário, vez que aquele é o titular democrático da elaboração das leis a partir da representação da vontade popular.

Lado outro, questiona-se a adequação das decisões tomadas pelo Legislativo quando da elaboração das leis, vez que estas seriam pautadas em interesses pessoais dos Legisladores e não na vontade popular.

Fato é que há parâmetros que permitem aferir a necessidade e adequação da lei ao ordenamento jurídico e uma dessas possibilidades está presente na subsunção aos princípios da proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente.

Assim, o presente trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica, estudará os referidos princípios, analisará o contexto de elaboração do artigo 28 da Lei 11.343/06 e verificará se o artigo em questão precisa ser submetido ao controle de constitucionalidade para que se conforme ao ordenamento.

1. ARTIGO 28 DA LEI 12.343/06 – ASPECTOS LEGAIS E PECULIARIDADES

A Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, foi promulgada com o intuito de instituir o chamado Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas (SISNAD), de prescrever medidas para a prevenção do uso indevido e reinserção social de usuários/dependentes e para estabelecer normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, revogando expressamente, em seu artigo 75, as antigas Leis n.º 6.368/76 e 10.409/02, que tratavam, anteriormente, do tema.

Primeira característica que deve ser destacada quanto à Lei de Drogas (11.343/06) é a de ser uma norma penal em branco, ou seja, não há no corpo da legislação penal a especificação de quais seriam as drogas lícitas e ilícitas assim consideradas pelo ordenamento jurídico, sendo tal definição de incumbência da Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA), vinculada ao Ministério da Saúde[3], que estabelece o rol das substâncias consideradas drogas ilícitas e que consequentemente, ensejam a aplicação da legislação específica.

Outro aspecto importante que merece atenção é a conformidade da lei com as diretrizes internacionais da Organização Mundial da Saúde, que passa a utilizar o termo “droga” ao invés das antigas referências a entorpecente e substância psicotrópicas[4], inclusive tratando o título V da Lei 11.343/06 da cooperação internacional acerca atuação de prevenção e repressão do uso das drogas, demonstrando a preocupação e a união internacional no seu combate.

[3]NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 299.
[4]MONTEIRO, Antônio Lopes. Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos. 8 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 107.

Nesse sentido, corroborando a relevância do tema que enseja inclusive a união de forças além das fronteiras dos países, a Constituição de 1988, norma fundamental e diretriz de todo o ordenamento jurídico brasileiro, em seu artigo 5 º, inciso XLIII dispõe que:

> Art. 5º, XLIII: a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, **o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (grifos nossos)

Além de considerar crime hediondo, inafiançável e insuscetível de graça ou indulto o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, a CF/88 ainda estabelece a possibilidade de extradição do brasileiro naturalizado em caso de cometimento de crime de tráfico de drogas, independentemente se praticado antes ou depois da naturalização (CF, art. 5º, LI), também prevê a possibilidade de confisco de todo e qualquer bem apreendido em decorrência do tráfico ilícito de drogas e expropriação das glebas de terras em que forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas sem direito a qualquer indenização (CF, art. 243, p.u.), sendo uma das atribuições da polícia federal a prevenção e a repressão do tráfico de drogas (CF, art. 144, §1º, II).

Destarte, é nítida a preocupação do legislador constitucional em combater o tráfico ilícito de drogas, estabelecendo tratamento rígido à conduta criminosa, não podendo o agente se beneficiar de favores legais (graça e anistia), criando exceção à regra da não-extradição e à do não-confisco e demonstrando a necessidade de atenção especial e controle eficiente ao atribuir à polícia federal expressamente o dever de prevenção e repressão ao tráfico de drogas, devendo o legislador infraconstitucional, à luz da integridade e coerência do sistema de normas, observar os parâmetros e as diretrizes constitucionais quando da elaboração de novos diplomas legislativos.

Contudo, diversas controvérsias permeiam a Lei 11.343/06, principalmente quando esta é analisada sob a perspectiva constitucional, sendo o encalço do presente trabalho o estudo de uma das várias vertentes que emergem desse cotejo entre a carta constitucional e a Lei de drogas.

Dentre as referidas vertentes possíveis, o presente estudo buscará analisar o

artigo 28 da Lei 11.343/06, que trata do porte de drogas para consumo pessoal, em razão do questionamento acerca da sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e das consequentes repercussões que poderão decorrer do julgamento[5].

Assim dispõe a Lei 11.343/06, em seu artigo 28:

> Art. 28: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
> I - advertência sobre os efeitos das drogas;
> II - prestação de serviços à comunidade;
> III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.
> § 1o Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.
> § 2o Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.
> § 3o As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.
> § 4o Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.
> § 5o A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.
> § 6o Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

[5]A respeito do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06 vide trabalho do i. Professor Doutor Lenio Luiz Streck intitulado "O dever de proteção do estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou "qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes"?", disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigo_lenio.pdf acesso em 31/01/2017.

> I - admoestação verbal;
>
> II - multa.
>
> § 7o O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Na época em que a Lei 11.434/06 entrou em vigor, uma parcela da doutrina defendeu ter havido a descriminalização do delito previsto no artigo 28, não sendo mais o usuário de drogas ilícitas considerado criminoso vez que a ele não eram destinadas as autênticas penas, atribuindo-lhe o tipo penal apenas as sanções de advertência, de prestação de serviços à comunidade e/ou de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo àquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar, trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, restando descaracterizado o crime em razão da impossibilidade de imposição da pena privativa de liberdade[6].

Argumentos contrários à *abolitio criminis* são trazidos enfaticamente pelo jurista Vicente Greco Filho[7] ao afirmar categoricamente que

> [a] lei NÃO DESCRIMINALIZOU NEM DESPENALIZOU a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal nem a transformou em contravenção. Houve alterações, abrandamento (...), mas a conduta continua incriminada. A denominação do capítulo é expressa. As penas são próprias e específicas, mas são penas criminais. Não é porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, e, portanto, não se enquadram na classificação prevista em seu artigo 1º que lei posterior, de igual hierarquia, não possa criar penas criminais ali não previstas. (...) A observação é feita somente porque, logo que foi promulgada, houve divulgação de opinião de que a lei teria descriminalizado ou despenalizado a conduta com esse argumento, mas que, data vênia, não tem consciência jurídica.

Por fim, defendeu-se inclusive o surgimento de uma categoria sui generis de ilícito, vez que não seria nem penal (crime ou contravenção) e nem administrativo, constituindo a conduta fato ilícito, porém não penal e, sim, sui generis[8].

[6]NUCCI, idem, p.306.
[7]GRECO FILHO, Vicente. Tóxicos: Prevenção-repressão. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p.128
[8]NUCCI, op. cit. p. 309.

Entretanto, as discussões mais acentuadas que surgiram e permanecem até hoje ultrapassam questionamentos acerca do caráter penal ou administrativo ou mesmo sui generis da cominação atribuída ao artigo 28 da Lei 11.343/06, afirmando a necessidade de análise do tipo à luz da Constituição a partir da premissa de que a intimidade, a liberdade e a vida privada asseguradas pela carta magna impediriam que o legislador infraconstitucional estabelecesse tal proibição porte de drogas para consumo próprio.

Assim, o disposto no artigo 28 da Lei 11.343/06 violaria a proteção às escolhas do indivíduo em âmbito privado, vez que não há ofensa a terceiros, o que descaracteriza a conduta criminosa, pois a conduta para que seja definida como crime deve lesionar bens jurídicos alheios.

E é à luz desse argumento que o Supremo Tribunal Federal, diversamente dos recursos anteriores a respeito da inconstitucionalidade do referido artigo, que tinham como fundamento o fato de não se atribuir pena de reclusão ou detenção à conduta, deverá proferir decisão, em sede de controle difuso, acerca da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06

O Supremo Tribunal Federal foi instado, por meio do Recurso Extraordinário n.º 635.659, a se manifestar acerca da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, o qual, segundo a tese do recurso, iria de encontro aos princípios constitucionais da intimidade e da privacidade. Tal arguição questiona o exercício da atividade legislativa, seus limites de atuação, colocando em xeque, por meio de controle difuso, a constitucionalidade do referido artigo.

O referido recurso tem como objeto a discussão a respeito da compatibilidade ou não do artigo 28, da Lei 11.343/2006 – que tipifica a posse de drogas para consumo pessoal – com os princípios constitucionais da intimidade, da vida privada, da segurança e da saúde pública.

O Recurso Extraordinário em questão foi interposto pela Defensoria Pública de São Paulo em favor de um réu pego com 3g de maconha na prisão, sob o fundamento de o artigo 28 da Lei 11.343/06 ferir os direitos à intimidade, à vida privada e à autolesão, garantidos constitucionalmente.

Eleito relator do caso, o Ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto[9] no sentido de dever ser reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006

[9]Voto na íntegra disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506> Acesso em 5 set 2016.

em razão de sua violação ao princípio da proporcionalidade, que tem como norte os princípios da proibição do excesso (Ubermassverbote) e proibição da proteção deficiente (Untermassverbote), em que se devem observar critérios de necessidade e adequação para a elaboração da norma, ressaltando que a criminalização, nesse caso, restringe em grau máximo, porém, desnecessariamente, a garantia da intimidade, da vida privada e da autodeterminação ao reprimir condutas que denotam, quando muito, autolesão.

Consigna o E. Ministro, primeiramente, em tópico acerca da possibilidade do controle de constitucionalidade de normas penais, seus parâmetros e limites, que é possível o controle de constitucionalidade material da atividade legislativa em matéria penal vez que estaria o Tribunal incumbido de examinar se o legislador utilizou de sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou proteger.

No item seguinte, o Ministro tece considerações acerca dos crimes de perigo abstrato, afirmando a delicada relação entre tais delitos e os princípios da lesividade/ofensividade, devendo ser rígida a fiscalização de sua constitucionalidade, à luz do princípio da proporcionalidade.

Em seguida, o Ministro passa a tratar das políticas regulatórias para a posse de drogas para consumo pessoal, distinguindo descriminalização de despenalização e ressaltando a adoção de medidas em âmbito internacional para redução de danos e prevenção de riscos.

O Ministro Gilmar Mendes, então, passa a analisar a norma impugnada, à luz do princípio da proporcionalidade, em exame de sua adequação e necessidade. Primeiramente, trata da adequação, sob o enfoque dos controles de evidência e justificabilidade, afirmando que na prática, em que pese o abrandamento das consequências penais no caso de posse de drogas para consumo pessoal, a lei, ao conferir tratamento distinto aos diferentes graus de envolvimento na cadeia do tráfico, não foi objetiva em relação à distinção entre usuário e traficante, e, diante dessa situação, na maioria dos casos, todos acabam sendo enquadrados como traficantes. Para fundamentar tal afirmação, o e. Ministro apresenta estudo acerca da situação de pessoas presas em flagrante na posse de drogas, criticando o fato de não haver critérios objetivos para a distinção entre traficante e usuário, ficando a cargo da autoridade policial a classificação do delito. Conclui o julgador pela incongruência entre a criminalização da conduta e os objetivos do legislador, potencializada pela ausência de critério objetivo, o que violaria o princípio da proporcionalidade. Em

seguida, o e. Ministro Gilmar Mendes trata do controle de justificabilidade, consignando que não há nenhuma relação entre a criminalização da conduta e a redução do consumo, logo, a criminalização das condutas referentes ao consumo da droga está em dissonância com o princípio da proporcionalidade.

O Ministro analisa também se a medida legislativa é necessária, sob o aspecto constitucional, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes, concluindo haver, nesse caso, de um lado o direito à intimidade, à vida privada e à autodeterminação e de outro o direito coletivo à saúde e à segurança pública, tratando-se o presente caso de verificação dos limites da intervenção em direitos individuais em nome da proteção a direitos coletivos, afigurando-se, nesse contexto, a criminalização do porte "excessivamente agressiva à privacidade e à intimidade" p. 39.

A criminalização do porte de drogas para consumo próprio, portanto, segundo o Ministro, é inconstitucional por atingir em grau máximo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, afirmando a necessidade de adoção de medidas alternativas, como a fixação de critérios objetivos para distinguir o uso do tráfico, não sendo, entretanto, realizado prévio estudo sobre as peculiaridades do local. Consigna o e. Ministro que "a criminalização do usuário restringe, em grau máximo, porém desnecessariamente, a garantia da intimidade, da vida privada e da autodeterminação, ao reprimir condutas que denotam, quando muito, autolesão, em detrimento de opções regulatórias de menor gravidade"[10].

Ressalta o julgador que a decisão não tem o condão de conduzir à interpretação de legalização irrestrita do porte de drogas para consumo pessoal, mas em caráter transitório, até ulterior legislação, devem ser aplicadas as medidas previstas no artigo impugnado, afastado seu caráter penal, conferindo-lhe natureza exclusivamente administrativa.

Destaca, por fim, o e. Ministro, como consequência da declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, a impossibilidade de prisão em flagrante e da condução coercitiva à presença do juiz ou à delegacia, afirmando ser ônus da acusação a comprovação de que a droga não se destina a consumo pessoal, à luz do princípio constitucional da não culpabilidade.

Em sede de dispositivo, o Ministro Gilmar Mendes declara a inconstitucionalida-

[10]Trecho extraído do voto do e. Ministro Gilmar Mendes, disponível em Voto na íntegra disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506> p. 49. Acesso em 5 set 2016.

de do artigo 28 da Lei 11.343/06, afastando-lhe qualquer natureza penal, contudo, mantendo no que couber, até advento de legislação específica, as medidas ali previstas com natureza administrativa, além de conferir interpretação conforme à Constituição aos artigos 48, §§ 1º e 2º e artigo 50, caput, todos da Lei 11.343/06. Determina, ainda, ao Conselho Nacional de Justiça diligenciar, por meio de articulação com Tribunais de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Justiça e Ministério da Saúde, os encaminhamentos necessários à aplicação das medidas previstas no artigo 28 da Lei 11.343/06, em procedimento cível, com ênfase em atuação de caráter multidisciplinar e articulação com serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas, por meio de projetos pedagógicos e campanhas institucionais, com estratégias preventivas e de recuperação adequadas às especificidades socioculturais dos diversos grupos de usuários e das diferentes drogas utilizadas.

Em seguida, o e. Ministro Edson Fachin proferiu seu voto[11] seguindo o relator, com a ressalva de declaração de inconstitucionalidade da norma especificamente para a situação que, tal como se deu no caso concreto em questão, apresente conduta que, descrita no tipo legal, tiver exclusivamente como objeto material a droga que estava em pauta, ou seja, a maconha, restando mantida a proibição, inclusive do uso e do porte para consumo pessoal, de todas as demais drogas ilícitas.

Destaca, o Ministro, a necessidade de autocontenção da Corte, com estrita observância às balizas fáticas e jurídicas do caso concreto para a atuação especificamente sobre: a definição da constitucionalidade, ou não, da criminalização do porte unicamente de maconha para uso próprio em face de direitos fundamentais como a liberdade, autonomia e privacidade.

Afirma, ainda, que a questão da criminalização das drogas se fundamentaria em três argumentos, quais sejam: argumento perfeccionista – reprovabilidade moral da conduta –; argumento paternalista – proteção contra os danos decorrentes do consumo de drogas –; argumento de defesa da sociedade – proteção dos demais cidadãos –, e que, segundo o mesmo, haveria outros mecanismos capazes de coibir e reprimir o uso de drogas alheios à esfera penal.

Após citar doutrinadores que tratam do tema, consigna o e. Ministro que a opção pela criminalização do uso e posse de drogas ilícitas representa uma atitude político-criminal, vez que se confrontam a técnica de incriminação por meio dos "cri-

[11]Voto na íntegra disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506> Acesso em 5 set 2016.

mes de perigo abstrato" e o princípio da ofensividade e confrontam-se concepção perfeccionista de proteção social do Estado e o direito constitucional à intimidade e à vida privada.

Nesse momento, destaca, o Ministro, o fato de que a definição do rol de drogas ilícitas é ato realizado pelo Poder Executivo, no âmbito do Ministério da Saúde, caracterizando o aspecto político-criminal da situação, sendo a norma impugnada espécie penal em branco, que deixou a cargo do Poder Executivo a previsão das drogas que devem ser consideradas ilícitas, ressaltando, pois, que a não inclusão do álcool e do tabaco no rol das drogas ilícitas é também uma questão político--criminal.

E, nesse contexto, deveria ser analisada a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 à luz da sua compatibilidade com a intenção político-criminal, sob os aspectos da proporcionalidade e da ofensividade. Quanto à proporcionalidade, afirma o e. Ministro que esta "não se nos afigura critério legitimador único para investigar a compatibilidade constitucional das normas que definem crimes de perigo abstrato"[12]. Já quanto à ofensividade, passa o Ministro a tratar da diferenciação entre crimes de dano e crimes de perigo abstrato, concluindo que estes, presentes na lei 11.343/06, caracterizariam uma imputação hipotética, que deve ser analisada sob o aspecto de ser capaz de gerar mais do que dúvida razoável, permitindo a conclusão de ser a incriminação justificada, o que não seria o caso do tipo em questão.

A partir de tais conceitos, conclui o e. Julgador a necessidade de ser o dependente de drogas considerado vítima e não autor do delito. Em seguida, são apresentados vários dados referentes à condenação penal envolvendo drogas, com a discriminação específica da maconha nas análises, a fim de demonstrar a necessidade de ser o usuário em situação de dependência encarado como doente, sendo dever do Estado seu acolhimento e garantia de seu direito à saúde.

Ressalta o Ministro a necessidade de o Legislativo estabelecer a regulamentação de toda a sequência que liga a produção ao consumo da droga, sob pena de vácuo inconstitucional e mora legislativa, além de definir de maneira objetiva a diferenciação entre o usuário e o traficante de drogas. Além disso, destaca a necessidade da respectiva regulamentação e execução por parte dos órgãos do Poder Executivo aos quais incumbem a elaboração e execução de políticas públicas criminais e so-

[12]Trecho extraído do voto do e. Ministro Edson Fachin, disponível em Voto na íntegra disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506> p. 7. Acesso em 5 set 2016.

bre drogas – Ministério da Justiça, por meio de sua Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), os quais devem, na ausência de previsão legislativa, determinar parâmetros provisórios para distinção entre usuário e traficante de drogas.

Decide o Ministro, em sede de dispositivo, declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 somente com relação ao porte de maconha para consumo próprio, mantendo a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas; declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, e determinar aos órgãos do Poder Executivo, acima referidos, aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exerçam suas competências e até que sobrevenha a legislação específica e emitam, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data do julgamento, provisórios parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados iuris tantum no caso concreto; em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades portadoras de experiência e autoridade nesta matéria, propor ao Plenário a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como ouvir especialistas e a comunidade externa.

O Ministro Luís Roberto Barroso, último a proferir voto[13] a respeito do caso até o momento, consignou, primeiramente, que a questão em discussão envolve o consumo de 3g (três gramas) de maconha e, portanto, esse é o pressuposto de seu voto, o qual se restringe à análise do porte e consumo apenas da referida droga. Ressalta em seu voto que a discussão se refere à descriminalização e não à legalização, continuando, portanto sendo o consumo da maconha ou de qualquer outra droga ilícito, cingindo o debate sobre como deve ser a reação do Direito Penal a esse fato, se por meio de medidas penais ou outros instrumentos.

Estabelece, o Ministro em seu voto, três premissas fáticas, quais sejam: o consumo de drogas ilícitas, sobretudo daquelas consideradas pesadas, é uma coisa ruim – sendo papel do Estado e da sociedade deve ser o de: a) desincentivar o consumo;

[13]Voto na íntegra disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em 5 set 2016

b) tratar os dependentes; e c) combater o tráfico –; a guerra contra as drogas fracassou - a realidade atual é a do consumo crescente, do não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico –; é preciso olhar o problema das drogas sob uma perspectiva brasileira – combate ao tráfico, atenção à população carcerária e tratamento do usuário.

Em seguida, o Ministro elenca três razões pragmáticas para a descriminalização: a primeira razão é o fracasso da política atual, que fomentou o crescimento do mercado negro, a consolidação do crime organizado e o aumento de delitos relacionados ao tráfico de drogas; a segunda razão é o alto custo para a sociedade para a manutenção da população carcerária, que aumentou significativamente com o advento da lei 11.343/06; e a terceira razão é o fato de a criminalização afetar a proteção da saúde pública, que assume posição secundária diante das preocupações com a segurança pública e aplicação da lei penal.

Assim, nesse primeiro momento, aponta o e. Ministro razões que caracterizam a necessidade da descriminalização. Em seguida, o Ministro Luís Roberto Barroso demonstra a tendência atual entre países como EUA, Portugal e Espanha de adoção de meios alternativos à criminalização.

Do ponto de vista jurídico, o e. Ministro aponta três fundamentos que justificam e legitimam a descriminalização à luz da Constituição Federal de 1988. O primeiro deles é a violação do direito à privacidade, afirmando ser a intimidade e a vida privada direitos resguardados constitucionalmente e que condutas que em que pese não moralmente aceitas, mas que não interfiram na esfera de direitos de terceiros, não devem ser punidas. O segundo é a violação à autonomia individual, não podendo o Estado interferir nas escolhas dos indivíduos se estas não prejudicarem terceiros; a autonomia individual relaciona-se diretamente à liberdade do indivíduo, direito constitucional que não pode ser cerceado pelo Estado. O terceiro, e último, é a violação ao princípio da proporcionalidade, afirmando nesse caso o e. Ministro ser a proporcionalidade o parâmetro para a restrição das liberdades, devendo ser medida à luz da lesividade da conduta, da adequação e da necessidade; e, no caso em questão, não há que se falar em lesividade considerando que a conduta não atinge bem jurídico de alheio, tampouco em adequação, vez que não tem atingido seu fim de proteção à saúde pública, nem em necessidade, considerando a tendência atual de descriminalização.

Assim, conclui o e. Ministro pela declaração da inconstitucionalidade do art. 28

caput e de seu §1º da Lei 11.343/06, por arrastamento, afirmando a necessidade de definição de um critério objetivo para distinção entre usuário e traficante. E, em seguida, nesse sentido, o e. Julgador propõe a fixação do critério objetivo de até 25g de maconha (critério português) ou e 6 (seis) plantas fêmeas (critério uruguaio) para a caracterização do usuário, sendo este parâmetro presunção relativa, que pode ser afastado a critério do juiz de acordo com as circunstâncias do caso em questão.

Ao final, rebate, o e. Ministro, argumentos contrários à descriminalização, como: a descriminalização produzirá aumento do consumo e aumento da criminalidade associada ao consumo das drogas; a descriminalização trará impacto para a saúde pública etc.

Em conclusão, o referido Ministro declara a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 e fixa critérios objetivos para a distinção entre usuários e traficantes, devendo prevalecer estes até manifestação do Poder Legislativo acerca da questão.

Até o presente momento foram proferidos os referidos três votos. A síntese deles acima apresentada já permite analisar alguns fundamentos que buscam caracterizar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, demonstrando a incompatibilidade entre o referido artigo e as diretrizes constitucionais, restando clara a sua inobservância pelo Legislador quando da elaboração e a necessidade de atuação do Poder Judiciário para a garantia da guarda constitucional.

Em que pese a apresentação dos principais pontos de argumentação constantes em cada voto que se entendeu necessária para a melhor compreensão do contexto de julgamento, o voto do e. Ministro Gilmar Mendes é o que contempla a tese que será desenvolvida em sequência.

3 O Princípio da Proporcionalidade e sua implicação na atuação do Poder Legislativo

Como é possível observar já no início do voto proferido pelo e. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o Legislador, quando da elaboração das leis, precisa ater-se aos parâmetros de necessidade e de adequação, caracterizados, nesse caso, pelo chamado princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade para a elaboração das normas é dividido em duas vertentes: proibição do excesso (Ubermassverbote) e proibição da proteção deficiente (Untermassverbote). A primeira indica que o Estado não deve intervir na

liberdade dos cidadãos, ou deve respeitar limites rígidos na intervenção da conduta destes, enquanto a segunda indica que o Estado tem o dever de adotar medidas mínimas de proteção e não pode ser omisso quanto à garantia e proteção de direitos daqueles a ele subordinados.

Assim,

> há uma distinção entre os dois modos de proteção de direitos: o primeiro – o princípio da proibição de excesso (Übermassverbot) – funciona como proibição de intervenções; o segundo – o princípio da proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) – funciona como garantia de proteção contra as omissões do Estado, isto é, será inconstitucional se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção[14].

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet[15], na seara do direito penal, que se refere ao caso em questão analisado pelo presente trabalho, há uma inequívoca vinculação entre os deveres de proteção e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais. Assim, para efetivar seu dever de proteção pode o Estado afetar de modo desproporcional um direito fundamental, atuando o princípio da proibição do excesso como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas adotadas, sendo um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais; a outro giro, o Estado pode também frustrar seu dever de proteção atuando de maneira insuficiente ou até mesmo deixando de atuar e, nesse caso, emerge a proibição da insuficiência, ou proibição da proteção deficiente, sendo o Estado obrigado a agir para efetivar a proteção a determinado direito fundamental.

O Legislador, portanto, tem o dever de observar as duas vertentes do princípio da proporcionalidade quando da elaboração da lei, sob pena de dever ser reconhecida a inconstitucionalidade do ato normativo. Destarte,

> a inconstitucionalidade pode advir de um ato excessivo do Estado, ou pode advir de uma proteção insuficiente de um direito fundamental por parte deste (e.g., quando o Estado abre mão de determinadas sanções cujo objetivo é a proteção de direitos fundamentais). Esta dupla face do princípio da proporcio-

[14]STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou "qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes"? Disponível em http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigo_lenio.pdf Acesso em 01/02/2017.
[15]SARLER, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm Acesso em: 02/02/2017.

> nalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos do poder público à Constituição, e tem como consequência a redução do espaço de conformação do legislador[16].

No caso do artigo 28 da Lei 11.343/06 há praticamente unanimidade a respeito do fato de a maioria dos questionamentos em torno do referido artigo decorrerem da não fixação de um critério objetivo pelo legislador que diferencie a posse para consumo pessoal do tráfico de drogas.

Desse modo,

> o sistema brasileiro de controle de drogas atua de forma seletiva e autoritária, pois não limita o poder punitivo, pelo contrário, deixa de estabelecer limites e contornos diferenciadores exatos para as figuras do usuário, do pequeno, médio e grande traficante, e atribui às autoridades, no caso concreto, ampla margem de discricionariedade, o que acarreta uma aplicação injusta da lei[17].

Além da ampla discricionariedade atribuída ao magistrado para a tipificação da conduta que lhe é apresentada diante da ausência da fixação do critério objetivo para a distinção entre os delitos, tem-se também como problema de técnica legislativa o fato de os principais artigos da Lei de Drogas possuírem núcleos verbais iguais ou muito próximos[18], dificultando ainda mais o enquadramento do fato e depositando peso ainda maior na discricionariedade judiciária.

Entretanto, o maior afastamento do Legislador do princípio da proporcionalidade quando da elaboração do artigo 28 da Lei 11.343/06 decorre da ausência de coerência e integridade de um sistema normativo que de um lado considera crime hediondo, insuscetível de graça e anistia, que apresenta possibilidade mais rígida para a progressão de regime, ou seja, de um delito criminalizado constitucionalmente, sendo-lhe atribuídas diretrizes para rígido tratamento, e, do outro lado, tem-se o consumo de drogas em si não criminalizado e a posse para uso próprio praticamente na esteira de não-infração, como caminha o Supremo Tribunal Federal na análise da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06.

[16]GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição de proteção deficiente. Disponível em http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246460827.pdf Acesso em 01 fev. 2017.
[17]BOITEUX , Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: Drogas: uma nova perspectiva. Lemos, Clécio e al. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p.92.
[18]MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Breves considerações sobre a política criminal de drogas. In: Drogas: uma nova perspectiva. Lemos, Clécio e al. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p.219-220.

O presente trabalho não tem a pretensão de defender posicionamento acerca da legalização ou não das drogas, mas sim de demonstrar a necessidade de se analisar as consequências da atividade legislativa incoerente e sem integridade com o sistema constitucional, que acaba por ocasionar a total incongruência do sistema legislativo, que é submetido a conserto pelo Judiciário que tenta, discricionariamente, estabelecer interpretações e eliminar as incompatibilidades entre as normas.

O problema ainda maior é o fato de que a distinção entre o tráfico de drogas e a simples posse para consumo pessoal é não é tarefa fácil e fica a mercê do judiciário, que em grande parte das vezes acaba por decidir em razão de critérios puramente censitários[19], afastando ainda mais das diretrizes constitucionais a aplicação da lei, e, nesses casos,

> O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade[20].

Destarte torna-se ainda mais pulsante a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade tanto quando da elaboração da norma quanto de sua aplicação, vez que é

> a Constituição determina - explícita ou implicitamente - que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: a uma, protege o cidadão frente ao Estado; a duas, através do Estado – e inclusive através do direito punitivo – uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos[21].

[19]MARONNA, Cristiano Ávila. Os novos rumos da política de drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre o risco de retroceder. In: Drogas: uma nova perspectiva. Lemos, Clécio e al. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p.50.
[20]BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 431.
[22]STRECK, Lenio Luiz. O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/untermassverbot.pdf Acesso em 01 fev. 2017.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, ao realizar a análise da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 deve-se pautar pela aplicação do princípio da proporcionalidade à luz de suas ambas vertentes, a fim de garantir a integridade e coerência do ordenamento jurídico e, principalmente, a observância às normas constitucionais.

Ocorre que, o que se percebe a partir dos votos proferidos, é a inexistência de um voto da corte[22], sendo a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal um conjunto de votos isolados, o que se depreende do resumo dos votos apresentado adrede, não sendo, contudo, objeto do presente trabalho proceder a essa análise, que deverá ser feita em outra oportunidade, sendo o foco atual a afirmação da necessidade de observância do principio da proporcionalidade quando da elaboração das leis e também quando da verificação de sua constitucionalidade a fim de garantir a coerência e integridade do sistema jurídico e, principalmente, a consecução das diretrizes constitucionais.

Predomina na fundamentação dos votos já proferidos a necessidade de tutela dos princípios constitucionais da intimidade e da vida privada, em detrimento da saúde pública, prestigiando a fundamentação do Recurso Extraordinário interposto. Logo, prevalece o argumento da liberdade, no sentido de que

> a autolesão provocada pelo uso de substâncias entorpecentes foi fortemente contestada como fundamento plausível de incidência penal, o critério de lesividade do direito de terceiros é tradicionalmente considerado como pressuposto do bem jurídico penalmente relevante. Parece claro que, se a pena é medida de caráter público e visa condutas nocivas à sociedade, não pode recair sobre atos que apenas atingem o próprio agente. Basta lembrar que os tipos penais de "lesão corporal" sempre pressupõem afetação de outrem[23].

Entretanto, conforme já referido acima, a analise da constitucionalidade do artigo 28 da Lei11.343/06 não pode ser considerada de maneira isolada, somente a partir da dualidade entre intimidade e vida privada versus saúde pública, ignorando toda a diretriz constitucional de combate e prevenção ao à comercialização das drogas e, portanto, a declaração isolada de inconstitucionalidade do referido dispositivo nos moldes constantes nos votos já proferidos parece não levar em

[22]A respeito do tema cf.: RODRIGUES. José Rodrigo. Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.
[23]LEMOS, Clécio. Internações forçadas: entre o cachimbo e a grade. In: Drogas: uma nova perspectiva. Lemos, Clécio e al. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 20.

consideração todo o ordenamento jurídico e acabará por permitir incoerência da conduta posse para consumo não ser criminalizada mas devendo o tráfico ser duramente combatido, ou seja, o início e o meio da cadeia devem ser duramente reprimidos, mas o final é permitido – Como será possível ter a posse da droga e poder consumi-la sem que seja possível comprá-la ou cultivá-la licitamente, logo, em todo consumo pessoal há um tráfico anterior presumível.

Assim, percebe-se que a discussão não pode se ater simplesmente no reconhecimento ou não da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11/343/06, mas deve ser analisado todo o sistema referente às drogas, à luz das diretrizes constitucionais, a fim de que garantir a integridade e a coerência do sistema constitucional-penal que disciplina a questão, exercendo o Estado o seu papel de garantidor das liberdades, a partir do princípio da proibição do excesso (*Ubermassverbot*), e protetor dos direitos, considerando a proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Considerações Finais

O Legislador tem o dever de, quando do exercício da atividade legislativa, garantir a integridade e coerência do sistema normativo, observando sempre as diretrizes constitucionais estabelecidas, a fim de que a inserção da nova lei não entre em conflito com o ordenamento jurídico pré-existente.

No caso em questão, é indubitável a incoerência normativa entre os dispositivos constitucionais e o disposto no artigo 28 da Lei 11.343/06, vez que ao mesmo tempo em que a Constituição prevê rígido tratamento ao crime de tráfico e severas medidas para o seu combate, o artigo 28 da Lei 11.343/06 prevê brandas sanções àqueles que portarem a droga para consumo pessoal, o que já demonstra a falta de integridade do sistema.

Instado a manifestar acerca da inconstitucionalidade do referido artigo, o Supremo Tribunal Federal segue o rumo para a declaração da inconstitucionalidade, conforme os votos acima apresentados; contudo, tal postura acentua ainda mais a incoerência entre as referidas normas, sendo, necessária, na realidade, a adoção de mecanismos que observem o sistema jurídico como um todo e não que analise determinada norma isoladamente. Essa necessidade é ainda mais pulsante tendo em vista o fato de que em que pese a arguição de inconstitucionalidade ter sido feita pela via difusa, não restam dúvidas a respeito da repercussão que a decisão irá gerar, provocando efeito cascata nos julgados das instâncias inferiores no exato sentido emanado pelo Supremo Tribunal Federal.

E, conforme demonstrado pelo presente artigo, esse conflito foi gerado, em grande medida, em virtude da não observância pelo legislador dos princípios da proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente, que são os parâmetros que devem orientá-lo quando da elaboração das normas, impedindo uma atuação além e aquém do Estado, devendo, no presente momento, o Supremo Tribunal Federal observar o princípio da proporcionalidade para proferir a decisão, sem, contudo, perder de vista a necessidade de garantir a coerência e integridade do sistema normativo à luz das diretrizes constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOITEUX, Luciana. *Drogas e cárcere:* repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: Drogas: uma nova perspectiva. Lemos, Clécio e al. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. *A proibição de proteção deficiente*. Disponível em http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246460827.pdf Acesso em 01 fev. 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos:* Prevenção-repressão. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEMOS, Clécio. *Internações forçadas:* entre o cachimbo e a grade. In: Drogas: uma nova perspectiva. Lemos, Clécio e al. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

MARONNA, Cristiano Ávila. Os novos rumos da política de drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre o risco de retroceder. In: *Drogas:* uma nova perspectiva. Lemos, Clécio e al. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes Hediondos:* texto, comentários e aspectos polêmicos. 8 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Breves considerações sobre a política criminal de drogas. In: *Drogas*: uma nova perspectiva. Lemos, Clécio e al. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES. José Rodrigo. *Como decidem as cortes?*: para uma crítica do direito. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Disponível em: http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm Acesso em: 02 fev. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do estado (schutzpflicht)*: o lado esquecido dos direitos fundamentais ou "qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes"? Disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigo_lenio.pdf Acesso em 01 fev. 2017.

_____. *princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/untermassverbot.pdf> Acesso em 01 fev. 2017.

Artigo recebido em 30/03/2017
Revisado em 12/04/2017
Aprovado em 25/04/2017

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: ESTUDO SOBRE A OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM FORNECER MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO

RIGHT TO HEALTH: THE OBLIGATION OF THE STATE TO PROVIDE HIGH-COST MEDICINE STUDY

Fernando Machado de Souza[1]
Mestre em Direito
Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN) -
Mato Grosso do Sul (MS) - Brasil

Pamela Caroline Moura Wernersbach[2]
Bacharel em Direito
Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN) -
Mato Grosso do Sul (MS) – Brasil

RESUMO: O direito fundamental à saúde é garantido pela Constituição Federal no artigo 6º e 196, onde determina que a saúde seja direito de todos e dever do Estado, além de instituir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Neste sentido entrou em vigor em 1990 a Lei nº. 8.080, regulamentando o Sistema Único de Saúde criado pela Constituição federal. Uma de suas atribuições é a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção. O crescente aumento nos custos com a saúde, sobretudo com os medicamentos, torna-se mais alarmante e dramático nos países onde o acesso aos serviços de saúde é universal, como é o caso do SUS (instituído pela Lei nº. 8.080/90). Neste sentido, houve considerável aumento de ações no Poder Judiciário pleiteando medicamentos por não serem distribuídos na rede pública de saúde. Diante do fato, existe notável impacto orçamentário nas contas do Esta-

[1]Doutorando em Direito Constitucional. pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Paranaense UNIPAR. Especialista em Direito Administrativo e em Direito Previdenciário. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Professor do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direitos Difusos e Coletivos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Professor de Direito Administrativo e Direito Internacional no Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN). Chefe da Assessoria Jurídica da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). E-mail: fernando@fmadvocacia.com
[2]Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados (2017). Atua principalmente nos seguintes temas: direito à saúde, alto custo e obrigação do estado. E-mail: pamela_k_aroline@hotmail.com

do, vez que nas decisões é atribuída obrigação solidária entre os Entes Federados para o fornecimento de tais medicamentos. Deste modo, é primordial que exista o equilíbrio entre os direitos fundamentais à vida, à dignidade da pessoa humana e à saúde, corroborado com a estabilidade do orçamento do Estado. Desta forma é necessária devida precaução para não impor ao Estado a responsabilidade pela concessão ilimitada de assistência em saúde em razão de impactos orçamentários, porém a ponderação dos direitos não permite que seja negada a assistência farmacêutica, vez que esta deve ser garantida de maneira eficaz, integral e igualitária à população que necessita de medicamento excepcional para a manutenção da vida.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde; Medicamento de alto custo; Obrigação do Estado

ABSTRACT: The fundamental right to health is guaranteed by the Federal Constitution in article 6 and 196, where it determines that health is the right of everyone and the duty of the State, in addition to establishing universal and equal access to actions and services for their promotion, protection and recovery . In this sense, Law no. 8,080, regulating the Unified Health System created by the federal Constitution. One of its attributions is the policy formulation of medicines, equipment, immunobiological and other inputs of health interest and participation in its production. The growing increase in health costs, especially with medicines, becomes more alarming and dramatic in countries where access to health services is universal, as is the case of SUS (instituted by Law No. 8,080 / 90). In this sense, there was a considerable increase in actions in the Judiciary requesting medicines for not being distributed in the public health network. In view of the fact, there is a notable budgetary impact on the State's accounts, since in the decisions it is attributed a joint and several obligation between the Federated Bodies for the supply of such medicines. It is therefore vital that there is a balance between the fundamental rights to life, human dignity and health, which is corroborated by the stability of the State budget. In this way, due care must be taken not to impose on the State the responsibility for the unlimited granting of health care due to budgetary impacts, but the weighting of the rights does not allow the denial of pharmaceutical assistance, since this must be guaranteed in an effective way, Integral and equal to the population that needs an exceptional medicine for the maintenance of life.

KEYWORDS: Right to health; High cost drug; State obligation

INTRODUÇÃO

O direito à saúde está insculpido na Constituição Federal em seu artigo 6º como um direito social fundamental que deve ser prestado através de políticas públicas e econômicas onde o Estado é o responsável pela sua garantia. Diante de tal relevância, a Constituição reservou uma seção para tratar deste direito, dentro do Capítulo II que trata da Seguridade Social, estabelecendo formalmente o Sistema Único de Saúde, que reorganizou o sistema público de saúde brasileiro.

O tema traz discussões sobre o dever do Estado em promover a saúde diante, especificamente, da distribuição de medicamentos de alto custo que em situações frequentes são essenciais para a manutenção da vida humana.

Verifica-se que a Lei Orgânica que regulamentou o SUS (Lei nº 8.080/90), manteve os critérios adotados na Constituição Federal e acrescentou em seu artigo 6º a atribuição de "assistência integral às pessoas, desde a atenção básica à atenção especializada, nos vários níveis de complexidade do sistema, incluindo assistência farmacêutica". É neste ponto que versa o presente estudo, onde a população não conseguindo acesso ao medicamento excepcional preceituado pelo médico nos centros de distribuições, por motivos diversos, acaba por procurar satisfazer seu direito através do Poder Judiciário.

1 O Direito Fundamental à Saúde

Os direitos sociais de segunda geração foram efetivamente positivados sob a condição de direitos fundamentais, na Constituição Federal de 1988. Especificamente, o artigo 6º da Constituição Federal estabelece os direitos sociais básicos, entre eles o direito à saúde. Verifica-se que a normatização dos direitos sociais possui forte comprometimento com a justiça social, vez que se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana como fio condutor para alcançar a eficácia do Estado Democrático de Direito, sendo aquele o principio que baliza e orienta a atividade do Estado em todas suas dimensões.

Assim, leciona Sarlet:

> Tal princípio, para além de outros aspectos dignos de nota, atua como verdadeiro fio condutor relativamente aos diversos direitos fundamentais, reforçando a existência de uma recíproca complementaridade entre os direitos civis e políticos (por muitos, designados de direitos individuais ou direitos de liberdade) e os direitos sociais, na medida em que os direitos fundamentais (ainda que

não todos e não da mesma forma) expressam parcelas do conteúdo e dimensões do principio da dignidade humana.

Finalmente, o direito à saúde, assim como os demais depende da atuação do Estado[3] para serem efetivados, por meio de políticas públicas competentes. Diante desta regra, todo cidadão tem direito ao acesso universal e igualitário à saúde, vez que a causa compreende simultaneamente os direitos à vida e a dignidade da pessoa humana, estendendo ao Estado a responsabilidade de disponibilizar os bens e serviços correspondentes à eficácia de tais direitos.

Por fim, comprova-se a essencialidade do direito à saúde, entretanto, a escassez de recursos e a ingerência do Estado administrador ocasiona óbices fatais à implementação de políticas públicas eficientes que sejam capazes de atender a todo cidadão que busca usufruir seu direito fundamental.

2 Sistema Único de saúde e a repartição de competências

A Constituição moldou as diretrizes do Sistema Único de Saúde, estabelecendo pontos básicos sobre como a saúde é direito de todos e dever do Estado. Assim, por meio da Carta Magna de 1988, estava criado o Sistema Único de Saúde, no artigo 198 e através da Lei nº. 8.080 de 19 de setembro de 1990 o sistema foi consolidado.

Como resultado, a primeira lei orgânica do SUS detalha os objetivos e atribuições; os princípios e diretrizes; a organização, direção e gestão, a competência e atribuições de cada nível (federal, estadual e municipal); a participação complementar do sistema privado; recursos humanos; financiamento e gestão financeira e planejamento e orçamento. Apesar de que novas lutas e aprimoramentos ainda seriam necessários, para se adequar as demandas atuais.

Os gestores do Sistema Único de Saúde são os entes da federação, que não possuem hierarquia, mas distribuição de competências para que não haja duplicidade de meios para fins idênticos, dentro das quais, a União, Estados e Municípios devem produzir políticas e gestões próprias para a saúde. Portanto, a responsabilidade dos entes da federação quanto à promoção da saúde é solidária, devendo garantir a prestação de serviços públicos de saúde para a população, pois ainda que haja hierarquia na divisão das responsabilidades, especialmente no tocante à dispensa-

[3]Assim dispõe o texto constitucional: *Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

ção de medicamentos, todos devem cumprir a obrigação igualmente e financiar o Sistema Único de Saúde.

2.1 Assistência farmacêutica

Dentre as atribuições do Sistema Único de Saúde está a assistência farmacêutica, que objetiva garantir a segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, bem como a efetivação do uso racional e acesso a população aqueles medicamentos considerados essenciais.

A Política de Medicamentos é um dos elementos fundamentais da política nacional de saúde. Com isto, adotou a lista oficial do RENAME, que ajuda na orientação das políticas públicas de desenvolvimento cientifico e tecnológico, para que o país tenha capacidade de aperfeiçoar e produzir os medicamentos que atendem as necessidades do Sistema Único de Saúde.

A Relação Nacional de Medicamentos está em sua nona edição, e contempla medicamentos incorporados até o mês de junho de 2015, cujo financiamento foi pactuado entre os gestores do SUS das três esferas do governo (União, Estados e Municípios).

A nona edição da RENAME, elaborada à luz do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, foi atualizada contemplando os medicamentos incorporados até junho de 2015, cujas responsabilidades de financiamento foram pactuadas na Comissão Intergestores Tripartite. Nesta edição foi realizada a revisão e a harmonização da descrição de fármacos e das formas farmacêuticas entre os componentes da Assistência Farmacêutica. Deste modo, os medicamentos registrados na RENAME, e devem estar disponíveis a todos brasileiros, cuja distribuição é dever do Município, e caso o medicamento essencial não esteja na lista local (REMUNE), mas esteja na Rename é dever da União disponibilizá-los.

3 A responsabilidade do Estado em fornecer medicamento de alto custo: características e efeitos

Necessário se faz a definição de medicamentos chamados excepcionais ou de alto custo, que são utilizados por um número reduzido da população atingida por doenças mais raras e que por tal motivo, desperta menos interesse na indústria farmacêutica, que pela lei da oferta e da procura acabam com um preço elevado.

Medicamentos de dispensação excepcional são aqueles de alto valor agregado, empregados em portadores de doenças raras ou órfãs que, pela cronicidade do tra-

tamento, tornam-se excessivamente caros para serem custeados pela população, segundo o Ministério da Saúde (MS, 2001). A definição de doença rara é aquela que afeta até 65 pessoas em cada 100.000 indivíduos, ou seja, 1,3 pessoas para cada 2.000 indivíduos (Portaria n. 199, 2014).

A principal iniciativa do Ministério da Saúde em relação aos medicamentos excepcionais foi a instituição do Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional (CMDE), por meio da Portaria nº 2.577/06, objetivando disponibilizar esses medicamentos no Sistema Único de Saúde.

A Portaria GM nº 204/07, organizou os recursos para aquisição de medicamentos no Bloco de Financiamento de Assistência Farmacêutica, dividido em três componentes: básico, estratégico e medicamentos de dispensação excepcional. Portanto, com este Programa os recursos financeiros para a compra dos medicamentos de alto custo são independentes daqueles destinados para aquisição dos fármacos de assistência básica e estratégica.

O orçamento destinado para a saúde pública sofreu reduções nos últimos anos, em 2015 sofreu dois cortes que totalizaram quinze bilhões de reais e em 2016 a redução foi em cerca de vinte e quatro bilhões de reais. Assim, a incorporação de novos medicamentos nas listas de disponibilização do SUS é muito mais lenta. Com a redução dos investimentos em saúde, o Governo Federal fica sem dinheiro para incorporar novos medicamentos no Sistema Único de Saúde.

Por falta de recursos, o SUS não incorpora a maioria dos medicamentos mais modernos, dando preferência às tecnologias mais antigas. Nos últimos três anos, até julho de 2015, o governo havia barrado 56,3% dos 199 pedidos de incorporação que recebera. Outros 66 pedidos ainda estavam em fase de análise. Dos 80 medicamentos incorporados, a maioria (45) é formada por terapias disponíveis no mercado há mais de 15 anos. Já os remédios lançados mais recentemente, com até cinco anos de mercado, tiveram uma incorporação bem menor, de apenas 13 produtos.

Desse modo, a sociedade enfrenta grande problema com a dispensação de medicamentos de alto custo, com a ineficácia das políticas públicas e o considerável corte nos gastos com a saúde pública. Fatores que dentro de um contexto maior, contribuem para a ininterrupta judicialização da saúde que afeta o país inteiro.

3.1 Breve relato sobre a Judicialização da Saúde

Não há no Brasil políticas públicas voltadas essencialmente para as pessoas portadoras de doenças raras, “o que se veem são ações isoladas, por meio de publi-

cações de Portarias voltadas para esse campo e que apresentam algum grau de dispersão e mudanças contínuas". Uma situação em que o Estado também acaba negando o fornecimento do fármaco seria quando determinado medicamento, regularmente aprovado e registrado, indicado para tratamento de uma determinada patologia, é receitado para o tratamento de outro tipo de doença, em que o protocolo de utilização ainda não foi aprovado pelo Estado .

Tem-se que o ideal é a liberação contínua dos medicamentos excepcionais sem a interrupção dos tratamentos dos pacientes com doenças crônicas, e sem, sobretudo, da judicialização do caso, que enquanto não providenciada melhor solução é a via garantidora do direito fundamental.

Em 2012, devido a intensa judicialização na área da saúde, o Conselho Nacional de Justiça no III Fórum Estadual do Judiciário para a saúde elaborou Enunciados que expõe medidas a serem observadas pelos magistrados em demandas sobre o tema, entre eles:

> 8º Enunciado: O fornecimento de medicamentos reconhecidos pela ANVISA e/ou procedimentos admitidos pelo CFM, ainda que não incorporados na rede pública, compreende-se no dever de assistência integral à saúde e não afronta o princípio da reserva do possível, desde que demonstrada a ineficácia do tratamento disponibilizado pelo SUS.
>
> 9º Enunciado: Para o cumprimento de tutela judicial que assegure o fornecimento de medicamentos e desde que se mostrem comprovadamente ineficazes outros meios coercitivos já adotados, pode o magistrado excepcionalmente determinar a apreensão, em conta bancária de titularidade do ente público, de quantia suficiente à aquisição dos medicamentos e repassá-la imediatamente ao beneficiário ou seu representante com posterior prestação de contas (art. 461, §5º, CPC).

Seguindo o objetivo de alcançar a redução da judicialização e garantir a melhor forma de prestação jurisdicional em área tão sensível, o Conselho Nacional de Justiça também editou a Resolução nº 238 em 06/09/2016, que dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de Fazenda Pública.

Diante esta ideia, foi realizado em São Paulo, no Centro de Ensino e Pesquisa do Hospital Sírio-Libanês, treinamento para os representantes dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus) vinculados aos tribunais que farão uso do sistema com informações técnicas para subsidiar magistrados de todo o país em ações judiciais na área de saúde, nos moldes da resolução 238.

Deste modo, a judicialização da saúde trouxe à tona a precariedade da saúde pública. O atendimento ineficaz acaba sendo direcionado principalmente para a população mais carente, enquanto que o Judiciário verificando o inadequado atendimento busca oferecer ao destituído de condições financeiras a assistência necessária para a garantia da dignidade da pessoa humana e da saúde.

3.2 Confirmando a hipótese a partir da análise jurisprudencial: Posicionamento dos Tribunais Superiores quanto à dispensação de medicamento de alto custo

O Superior Tribunal de Justiça já apreciou muitos casos acerca do direito à saúde, prevalecendo o entendimento de que é dever do Estado manter a assistência integral a saúde condenando a entidade pública ao fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de doença grave. Em recente julgamento de Recurso Especial nº 1650318, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

> Conforme o disposto no art. 198, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único. O parágrafo único dispõe que esta rede é organizada e financiada com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Desta forma, o entendimento de que os artigos 196 e 198 da Constituição Federal asseguram aos necessitados o fornecimento gratuito dos medicamentos indispensáveis ao tratamento de sua saúde, de responsabilidade da União, dos Estados e Municípios, já se encontra consolidado em nossos Tribunais. (...) Portanto, considerando-se os princípios constitucionais elencados pelo recorrente, fato é que, ponderando-se os valores envolvidos nesta demanda, deve prevalecer o direito à saúde, projeção da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República, nos termos do art. 1º, III, da CRFB/88, a ser resguardado, in casu, pelo fornecimento de medicamentos pelo ente réu.

O Supremo Tribunal Federal desde o dia 28 de setembro de 2016 encontra-se com um julgamento suspenso sobre os Recursos Extraordinários (REs) 566.471 e 657.718, os quais tiveram repercussão geral reconhecida e tratam do fornecimento de medicamentos de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Dentre os votos dos ministros, destaca-se o do Ministro Luís Roberto Barroso que apresentou seu voto prezando a desjudicialização da saúde no Brasil. Para Barroso, quanto às demandas de medicamento já incorporado pelo SUS, o Estado tem a obrigação de fornecê-los, exigindo apenas, demonstrar a necessidade do remédio e a prévia tentativa de obtenção pela via administrativa. Entretanto, em relação às demandas por medicamento não incorporado pelo SUS, inclusive os que forem de elevado custo, não devem ser fornecidos pelo Estado, como regra geral. Mas, estabeleceu cinco critérios cumulativos que o Poder Judiciário deve observar para o deferimento de demandas dessa natureza, sendo assim, as exceções.

> [...] incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo.

Portanto, para Barroso, o Estado não está obrigado a fornecer medicamentos fora da lista do SUS, salvo em hipóteses em que preenchidos os cinco requisitos cumulativos. Neste sentindo, ainda aguarda-se um posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal quanto às demandas de fornecimento de medicamento de alto custo e àqueles não registrados pela Anvisa. Enquanto isso, os recursos que chegam ao tribunal continuam sendo improvidos, devido a impossibilidade de reexame do conjunto probatório.

3.3 Confirmando a hipótese a partir da análise doutrinária

A judicialização da saúde para o autor José Caubi Diniz Júnior é um fenômeno que não favorece o orçamento público e muito menos contribui para a integralida-

de e eficiência na saúde publica. Segundo ele, "é uma realidade que pode prejudicar a execução de políticas de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), uma vez que o cumprimento de determinações judiciais para o fornecimento de medicamentos, insumos e serviços de saúde acarreta gastos elevados e não programados" .

Para os autores da obra "Os Tribunais e o Direito à saúde" a judicialização da saúde traz efeito negativo para a organização estatal, vez que consideram que o Poder Judiciário toma o papel de "paladino da Justiça", onde cada juiz aplica a norma segundo sua própria convicção. A tônica das decisões judiciais no Brasil é a implementação dos direitos sociais, mas na verdade atribuem direitos individuais, fazendo com que verbas públicas sejam aplicadas como verdadeiros planos de saúde privados .

Para Nunes e Scaff a interpretação dada ao preceito Constitucional de direito à saúde (art. 196 da CF) é errônea, pois o Poder Judiciário acredita que este deve ser aproveitado diretamente por cada individuo, quando na verdade este é um preceito que deve ser garantido por políticas públicas analisando o interesse social e não o realce do direito individual.

Nota-se que estes autores, não tratam do tema específico sobre a dispensação de medicamentos de alto custo, mas se opõem ás decisões do Poder Judiciário que dão procedimento às demandas com este pedido. A justificativa é que com isso há inevitável transferência de recursos e de serviços que deveriam atender a todos em condições de igualdade para garantir a integralidade apenas para alguns.

O ministro Luiz Roberto Barroso em seu artigo que trata "Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial", defende que o Judiciário deve agir nas causas sobre os direitos sociais, fornecimento de medicamentos e de direito à saúde, porém não de maneira excessiva e que invada a deliberação dos outros Poderes.

Neste sentido, o ministro elaborou parâmetros para uniformizar a atuação judicial no fornecimento de medicamentos. No tocante as ações individuais a atuação do Poder Judiciário deveria ser no sentido de efetivar a dispensação dos medicamentos já constantes nas listas elaboradas pelos entes federativos.

Para ele a dispensação de medicamento fora das listas fere a independência entres os Poderes e não atende os critérios técnico-científicos, vez que os órgãos públicos já estabeleceram políticas públicas e delimitaram o fornecimento gratuito com base em estudos técnicos. O Ministro estabelece um parâmetro de discussão

das listas de medicamentos, desde que realizado no âmbito de ações coletivas, para que o Judiciário investigue se há abusos nas atuais políticas públicas e as listas sejam discutidas e revisadas.

Assim, a impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. O que se propõe, entretanto, é que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos erga omnes no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias.

As vantagens de discutir as listas em ações coletivas são vistas em três pontos pelo Ministro Luiz Roberto Barroso. A primeira é observada no âmbito da possibilidade dos entes responsáveis pelas listas analisarem o contexto em geral das políticas públicas, as necessidades e a quantidade de recursos disponíveis, situações impossíveis de serem analisadas em uma ação individual.

A segunda vantagem é a simplificação que o controle abstrato traria para a alocação de recursos para as finalidades instituídas na Constituição Federal, como educação, saúde e seguridade social. Finalmente, a terceira vantagem considerada por Barroso, é que não ações coletivas, a decisão tomada é erga omnes, garantindo a universalidade e igualdade no atendimento à população.

Sobre as demandas que discutem a revisão das listas de medicamentos Barroso ainda estipula outros parâmetros ao Judiciário, que se resumem em: determinar a inclusão nas listas apenas medicamentos com eficácia comprovada, excluindo os experimentais e alternativos, optar por substâncias disponíveis no Brasil, medicamento genérico e de menor custo e considerar que o medicamento seja indispensável para a manutenção da vida.

Contudo, existem doutrinadores que defendem a ação do Poder Judiciário nas demandas de saúde pública, de modo que não verificada concretamente a prestação do Estado, por meio de políticas publicas, do direito à saúde, este pode ser deduzido em juízo e tutelado pelo Judiciário.

Neste liame, não há ofensa ao princípio da separação dos poderes, já que o Judiciário apenas aplica o direito e não o cria ou atua politicamente. Assim, aquele

que pleiteia em juízo a concretização de seu direito à saúde, deve receber a devida prestação judicial e a concreção do direito.

Assim, para garantir a integridade da própria vida humana, não se justifica a impossibilidade de obter medicamento que é imprescindível para a manutenção da vida apenas pelo motivo de não constar nas listas, pois estas não devem ser consideradas de forma absoluta. Pois bem, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), os medicamentos essenciais, são aqueles que satisfazem às necessidades prioritárias da população.

Posto isto, o Estado deve fornecer o medicamento que não consta nas listas oficiais, desde que tenha fundamentação clinica suficiente que comprove sua essencialidade, e ainda, podendo ser pleiteado no Poder Judiciário a garantia desse direito.

Não se desconhece que a atuação do Poder Judiciário em compelir o Estado a fornecer medicamentos excepcionais que não fazem parte de protocolos clínicos oficiais possa, a primeira vista, representar uma ingerência do Poder Judiciário na discricionariedade que é assegurada aos administradores públicos. Contudo, se o Estado, através [sic] da autoridade competente, não cumpre a obrigação constitucionalmente imposta de assegurar aos cidadãos o direito à saúde, negando o fornecimento de medicamento que não figura em protocolos oficiais, mas que, diante da fundamentação clínica suficiente, se mostra mais indicado para o tratamento do paciente, então estar-se-á diante de flagrante desrespeito à Constituição Federal, surgindo para o Poder Judiciário o dever de agir para que sejam assegurados o direito à saúde, o direito à dignidade da pessoa humana e, o mais evidente, o direito à vida .

O argumento de Allan Weston de Lima Wanderley considera indiscutível a utilização do Direito como instrumento de transformação social. Na proporção de que toda a destinação de recursos por parte do Estado pode ser objeto de controle do Poder Judiciário. Mas que compete ao magistrado, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas e ponderar entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade do caso concreto, se justifica ou não a escolha estatal. Corroborando ao seu entendimento, Wanderley cita um exemplo em que reiteradas decisões judiciais sobre a implementação do direito a saúde provocou o Estado a promulgar lei que regulamentasse a situação.

Um exemplo dessa realidade foi a promulgação da Lei n. 9.313/96, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do vírus HIV e doen-

tes com a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), a qual é resultado de inúmeras e reiteradas decisões judiciais que buscavam implementar o direito à saúde, embasadas no texto constitucional (art. 196) como base de argumentação. Por força do posicionamento do Poder Judiciário, o Estado viu-se obrigado posteriormente por força da citada lei, a qual reconhece a obrigatoriedade do fornecimento.

Diante dessa realidade é pacífico que quando tratar-se de medicamentos que estão inclusos nas diretrizes e protocolos clínicos excepcionais devem, sem dúvidas, serem fornecidos pelo Estado. Porém, o conflito paira sobre os medicamentos de alto custo que não fazem parte das listas oficiais ou que ainda não foram aprovados pela Anvisa. O fornecimento destes, por sua vez, é questionado pelo fato de interferirem nos gastos públicos, atendendo um individuo em detrimento da coletividade.

Infelizmente, existe uma linha muito tênue entre os princípios e direitos envolvidos na questão, de um lado tem-se a inviolabilidade financeira, a separação do Poderes (referente a atuação do Poder Judiciário nas demandas obrigando o Estado a fornecer os medicamentos excepcionais) e do outro o direito a dignidade da pessoa humana, à saúde, à integralidade física e sobretudo, à vida.

Neste sentindo, diante desse ambiente instável espera-se que sejam implantadas políticas públicas eficientes que diminuam a judicialização da saúde e prioritariamente, atenda as necessidades daqueles que para viver, dependem de um medicamento de alto custo.

Considerações finais

A dispensação de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde é organizada, portanto, por diretrizes e protocolos clínicos que estabelecem listas oficiais da relação de medicamentos disponíveis.

Deste modo, existem limites para que tenha acesso ao medicamento de alto custo, visto que se não constar nas listas oficiais o acesso é negado. Porém é dever do Estado, por meio do SUS garantir a saúde que é inerente ao principio da dignidade humana, que tem como objetivo garantir um mínimo de direitos sem os quais não se consegue levar uma vida digna. Neste caso, a saúde é um superdireito, amparado pela Lei máxima que é a Constituição Federal, bastando, para o seu atendimento pelo Estado, lato sensu, a prova da necessidade do tratamento indicado pelo profissional especialista que acompanha o paciente, bem como a incapacidade de custeá-lo.

Com efeito, o óbice na dispensação de medicamentos de alto custo não disponibilizados pelo SUS, ocasiona a busca do Poder Judiciário para a resolução da demanda. O fenômeno da Judicialização da saúde, portanto, deve-se a um conjunto de fatores, entre eles a hipossuficiência do paciente, dificuldades financeiras devido à crise econômica, redução do orçamento da saúde e falta de incorporação de medicamentos mais modernos nas listas oficiais.

Tratando do tema da judicialização, em suma, àqueles que se opõem, argumentam que esta prioriza o atendimento do individuo em detrimento da coletividade, pois "cortam" a fila através do judiciário. Impugnam ainda quanto ao medicamento ser receitado por médicos particulares que buscam lucrar com a indicação de medicamentos fora das listas e ainda o aumento dos gastos públicos, pois com a condenação do Estado, este não possui tempo hábil para realizar procedimentos licitatórios e tiram dinheiro sem planejamento para atender apenas uma demanda.

Já aos que defendem a judicialização, veem o Poder Judiciário apenas como aplicador da norma constitucional que não interfere nos demais Poderes, além de que o financeiro não pode ficar acima do direito a vida. E ainda, considera-se extrema injustiça àquele que possui maior poder econômico e tem condições de adquirir o medicamento que necessita em vista daquele hipossuficiente, sem condições de custear seu tratamento, não ter esperança de vida por ser impedido de ter acesso ao medicamento através do judiciário.

Todo o sistema que regulamenta o SUS e os gastos públicos são editados para dissipar as desigualdades, a ineficiência da assistência médica, porém o que resta é a desobediência das diretrizes do ordenamento jurídico, pois os recursos financeiros disponibilizados para garantir a saúde de todos são insuficientes, demonstrando um verdadeiro descaso do Governo Federal em cumprir preceito fundamental, desviando absurdamente para interesses secundários.

E por isso, aquele que não tem condições de adquirir o medicamento que garante sua vida, busca em ultima ratio a assistência judiciária gratuita, porque somente assim, os entes federados voltam sua atenção para o problema que alastra o país inteiro, principalmente no interior do país.

Considerando o quadro geral da saúde pública, a ineficiência de todos os entes da federação tem feito o povo sofrer ao necessitar de um atendimento no Sistema Único de Saúde (SUS). Neste sentido, a disponibilidade de medicamento de alto custo, um direito subjetivo, não irá, demasiadamente, onerar os cofres públicos se observados alguns limites, não havendo justificativa plausível para a negativa do

fornecimento, mormente se contrastar a prioridade do gasto com a manutenção da saúde em face de outros dispêndios do poder público, principalmente a exagerada e caríssima publicidade, ostensiva ou velada, propagada pelos governantes nos meios de comunicação de massa, evidentemente menos prioritária.

Deste modo, um dos princípios norteadores do direito à saúde é a integralidade da assistência. Integral quer dizer completa, assim não se pode negar a um cidadão pobre o direito a uma vida digna, principalmente, quando o meio para que se alcance a dignidade e o auxílio necessário para o tratamento de saúde, é um dever do Estado e direito do cidadão.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Simone; NOVARETTI, Marcia Cristina Zago. *Medicamentos de Alto Custo: Compreendendo o Gerenciamento de Falhas de Dispensação em Cinco Estados Brasileiros*. Disponível em: http://www.apgs.ufv.br/index.php/apgs/article/view/768/422#.WPR1vnyvIU.
Acesso em 25 mar. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf, p31. Acesso em 17 mar. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. acesso em 22 mar. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Enunciados Aprovados no III Fórum Estadual do Judiciário para Saúde*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/777-acoes-e-programas/programas-de-a-a-z/forum-da-saude/iniciativas-dos-comites-estaduais/26762-enunciados aprovados-no-iii-forum-estadual-do-judiciario-para-saude. Acesso em 25 mar. 2017.

INTERFARMA. J*udicialização da saúde na prática.* Fatos e dados da realidade brasi-

leira. Disponível em: https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/102--caderno-judicializacao-jul2016-site.pdf. Acesso em 11 mar. 2017.

JÚNIOR, José Caubi Diniz. *A Eficácia das Decisões Judiciais na área da saúde*. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais*. RENAME 2014, p. 7. Disponível em: http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2015/janeiro/13/Rename-2014.pdf. Acesso em 24 mar. 2017.

NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. 1.ed. São Paulo: Livraria do advogado, 2011.

PORTAL JUSTIÇA. REsp 1650318 / RJ, *RECURSO ESPECIAL- 2017/0004850-0*. Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN (1132), Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento: 14/03/2017, Data da Publicação/Fonte: DJe 20/04/2017. Disponível em: http://www.portaljustica.com.br/acordao/2020978. Acesso em 18 mar. 2017.

REIS, Denizi Oliveira. et all. *Políticas Públicas de Saúde no Brasil:* SUS e pacto pela Saúde. Disponível em: http://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/1/modulo_politico_gestor/Unidade_4.pdf. Acesso em 01 nov. 2016.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes Constitucionais*. 2.ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 199.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. 2016. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275. Acesso em 30 mar. 2017.

WANDERLEY, Allan Weston de Lima. *A eficácia do direito à saúde: limites relativos ao fornecimento de medicamentos excepcionais*. 1.ed. Paraná: Ed. Assoeste, 2011.

Artigo recebido em 12/04/2017
Revisado em 1º/05/2017
Aprovado em 05/05/2017

RESÍDUO SÓLIDO ONTEM E HOJE: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS RESÍDUOS SÓLIDOS NA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA

SOLID RESIDUAL YESTERDAY AND TODAY: HISTORICAL EVOLUTION OF SOLID RESIDUALS IN BRAZILIAN ENVIRONMENTAL LEGISLATION

Leonardo Rabelo de Matos Silva[1]
Doutor em Direito
Universidade Veiga de Almeida (UVA)
Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

Erika Tavares Amaral Rabelo de Matos[2]
Mestre em Direito
Universidade Veiga de Almeida (UVA)
Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

Rossana Marina De Seta Fisciletti[3]
Mestre em Direito
Universidade Veiga de Almeida (UVA)
Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

RESUMO: A questão dos resíduos sólidos hoje é de suma relevância. A legislação ambiental veio de forma gradativa a estabelecer ou a incluir a questão dos resíduos sólidos no ordenamento jurídico. O objetivo geral deste trabalho é analisar a evolução histórica do resíduo sólido na legislação ambiental brasileira. O presente trabalho foi elaborado através da análise da legislação ambiental brasileira desde 1981 até 2017. Foi utilizada a doutrina e a legislação vigente para conceituar resíduos. Atualmente, os resíduos sólidos são amplamente regulados, por leis, decretos, re-

[1]Doutor em Direito pela UGF, Mestre em Direito e Economia, Bacharel em Direito pela UERJ. Advogado. Atualmente exerce o cargo de Pró-Reitor de Pós-graduação e Pesquisa da Universidade Veiga de Almeida, onde é Professor Titular IV e Coordenador do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado (PPGD/UVA). E-mail: leonardorabelo@uva.br

[2] Doutoranda do Programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade Veiga de Almeida. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Coordenadora de Extensão e Pesquisa da FABEL e professora da Faculdade Gama e Souza. Advogada. Bolsista CAPES/PROSUP. E-mail: etarm13@gmail.com

[3] Doutoranda do Programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade Veiga de Almeida (RJ). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Professora da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Advogada. Bolsista CAPES/PROSUP. E-mail: direitorossana@gmail.com

soluções e normas técnicas. Embora a Política nacional dos Resíduos Sólidos esteja no rol da legislação ambiental, e o problema dos resíduos seja um problema ambiental, na prática não é isso que ocorre. Assim, apesar dos avanços da legislação ambiental ainda falta a mudança do paradigma dos resíduos sólidos com o deslocamento de seus conceitos de saneamento básico, para algo muito além do básico. Mas sim, o resíduo como um problema de poluição ambiental que pode acarretar, inclusive a destruição de um ecossistema.
PALAVRAS-CHAVE: Resíduo sólido; Legislação; Histórico; saneamento básico

ABSTRACT: The question of solid waste today is relevant. Environmental legislation hás gradually introducedor included the issue of solid waste in the legal system. The general aim is analyze the historical evolution of solid waste in Brazilian environmental legislation. The present work was elaborated through the analysis of the Brazilianenvironmental legislation from 1981 to 2017. The doctrine and the current legislation was used to conceptualize waste. Currently, solid wasteis large regulated by laws, decrees, resolutions and technical standards. Although the National Solid Waste Policyis in the role of environmental legislation, and the waste problem is na environmental problem. Thus, despite advances in environmental legislation, there is still a need to change the paradigm of solidwaste with the shift of its concepts of basics. The waste as a problem of environmental pollution that can lead to, including the destruction of na ecosystem.

KEYWORDS: Solid residual; Legislation; Historic; Basic sanitation

INTRODUÇÃO

A questão dos resíduos sólidos hoje é de suma relevância, uma vez que a sociedade moderna gera cada vez mais e mais resíduos. Além do aumento da quantidade dos resíduos outra coisa a ser observada é o aumento da toxidade e da nocividade dos resíduos sólidos. Gerando cada vez mais poluição ambiental, quando gerenciados de forma incorreta.

Para tanto a legislação ambiental veio de forma gradativa a estabelecer ou a incluir a questão dos resíduos sólidos no ordenamento jurídico.

Atualmente, os resíduos sólidos são amplamente regulados, por leis, decretos, resoluções e normas técnicas.

A presente pesquisa é relevante uma vez que o resíduo sólido, ou seja, o geren-

ciamento incorreto do resíduo sólido é um dos males da sociedade moderna.

O objetivo geral deste trabalho é analisar a evolução histórica do resíduo sólido na legislação ambiental brasileira. E como objetivos específicos têm-se: analisar a legislação ambiental brasileira sobre resíduo sólido, identificar a legislação sobre resíduo sólido vigente, conceituar resíduo sólido segundo a doutrina e a legislação vigente.

O presente trabalho foi elaborado através da análise da legislação ambiental brasileira desde 1981 até 2017. Foi utilizada a doutrina e a legislação vigente para conceituar resíduos. Os dados para elaboração deste trabalho foram obtidos nos sites do Ministério do meio Ambiente (MMA) e do Instituto Brasileiro do Meio ambiente (IBAMA).

1. **A evolução histórica do resíduo na Legislação Brasileira**

Em 1981 foi instituída a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) através da Lei no 6.938 de 31 de agosto de 1981 e regulamentada pelo Decreto no 99.274 de 6 de junho de 1990.

A PNMA constituiu um dos maiores avanços da legislação ambiental brasileira, vez que este foi o primeiro diploma legal que tratou o meio ambiente como um todo, não regulando de maneira fragmentária determinados recursos ambientais (AMADO, 2013),

A Política Nacional do Meio Ambiente estabelece no art.2oseu objetivo como:

> A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Contudo, a questão ambiental no Brasil e especialmente a questão dos resíduos começou a ser tratada de forma especial, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que disciplina a questão ambiental no Capítulo VI, onde o art. 225 estabelece:

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

A Constituição Federal de 1988 trouxe mais autonomia aos municípios. Os muni-

cípios passam a ser um ente federativo autônomo, dotados de competências próprias, independência administrativa, legislativa e financeira e, com faculdade de legislar sobre assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e a estadual e, ainda, organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local de caráter essencial (Art. 30 incisos I, II e V).

Assim, o município é o detentor da titularidade dos serviços de limpeza urbana e toda a gestão e manejo e dos resíduos sólidos, desde a coleta até a sua destinação ou disposição final ambientalmente adequada.

E ainda, o Decreto no 96.044 de 18 de maio de 1988 regulamenta o Transporte Rodoviário de Produtos Perigosos e dá outras providências.

Com a finalidade de consolidar a legislação ambiental esparsa para punir e penalizar administrativa e penalmente as condutas lesivas ao meio ambiente foi editada a Lei no 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 denominada de Lei de Crimes Ambientais (LCA). A Lei de Crimes Ambientais dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Assim, depois de sete anos de tramitação no Congresso Nacional entra em vigor a LCA. O Decreto no 6.514 de 22 de julho de 2008 regulamenta a Lei de Crimes Ambientais que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações e dá outras providências. Uma das principais inovações trazidas pela LCA, de forma clara e objetiva foi a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A Lei de Crimes Ambientais trata de forma expressa da questão dos resíduos sólidos. No art. 54 estabelece que "causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora". Este crime possui uma pena de reclusão de um a quatro anos e multa. No art. 54, §2o, V a LCA institui que se a poluição "ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos", a pena nesse caso é de reclusão, de um a cinco anos.

Ainda, nessa linha, o art. 56,§1o, II da Lei de Crimes Ambientais consagra que comete crime, com pena de reclusão de um a quatro anos e multa, quem "manipula, acondiciona, armazena, coleta, transporta, reutiliza, recicla ou dá destinação final a resíduos perigosos de forma diversa da estabelecida em lei ou regulamento".

Segundo dados obtidos no site da Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT (Brasil, 2017a) a Resolução da ANTT no 420 de 02 de fevereiro de 2004 aprova as Instruções Complementares ao Regulamento do Transporte Terrestre de Produtos Perigosos foi resultado da análise da equipe técnica da ANTT, tendo como parâmetro as recomendações internacionalmente praticadas, bem como as contribuições encaminhadas pelos agentes envolvidos em toda a cadeia dessa atividade, quando da submissão do texto da referida resolução a processos de Audiência Pública (BRASIL, 2017a).

A Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA RDC no 306 de 07 de dezembro de 2004 dispõe sobre o Regulamento Técnico para o gerenciamento de resíduos de serviços de saúde.

A Política Nacional de Saneamento Básico foi instituída através da Lei no 11.445 de 05 de janeiro de 2007 que estabelece as diretrizes para o saneamento básico e para a Politica Federal de Saneamento Básico (PFSB). A PNSB estabelece várias definições e, em seu art. 3o, I, c define limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos como sendo, conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário de varrição e limpeza de logradouros e vias públicas.

Em 2010, foi instituída a Política Nacional de Resíduos Sólidos através da Lei nº 12.305 e Regulamentada pelo Decreto nº 7.404, que será objeto de estudo no próximo capítulo.

A Instrução Normativa do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA) no 13 de 18 de dezembro de 2012 dispõe sobre a publicação da Lista Brasileira de Resíduos Sólidos, a qual será utilizada pelo Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais (CTF/APP) e Cadastro Técnico Federal e Instrumentos de Defesa Ambiental (CTF/AINDA) e pelo Cadastro Nacional de Operadores de Resíduos Perigosos (CNORP), bem como por futuros sistemas informatizados do Ibama que possam vir a tratar de resíduos sólidos. Também estabelece no art. 2o, I a definição de resíduo sólido.

A Instrução Normativa do IBAMA no 1 de 25 de Janeiro de 2013, que em seu art.1o resolve: “Regulamentar o Cadastro Nacional de Operadores de Resíduos Perigosos (CNORP), estabelecer sua integração com o Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais (CTF/APP) e com o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental (CTF/AIDA), e definir os procedimentos administrativos relacionados ao cadastra-

mento e prestação de informações sobre resíduos sólidos, inclusive os rejeitos e os considerados perigosos." No art. 2o estabelece algumas definições como: gerador de resíduo perigoso, operador de resíduo perigoso entre outras.

A Instrução Normativa IBAMA nº 6 de 15 de março de 2013, regulamenta o Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras e Utilizadoras de Recursos Ambientais - CTF/APP. Nessa linha a Instrução Normativa IBAMA nº 3 de 28 de fevereiro de 2014 regulamenta o Relatório Anual de Atividades Potencialmente Poluidoras e Utilizadoras de Recursos Ambientais - RAPP.

A Instrução Normativa IBAMA nº 12 de 16 de julho de 2013, dispõe sobre a regulamentação dos procedimentos de controle da importação de resíduos e o art. 3º estabelece:

> É proibida a importação, em todo o território nacional, sob qualquer forma e para qualquer fim, dos seguintes resíduos:
> I - Resíduos Perigosos - Classe I;
> II - Rejeitos;
> III - Outros Resíduos; e
> IV - Pneumáticos Usados.

E, ainda, as Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, tais como:

- Resolução do CONAMA no 005 de 05 de agosto de 1993 dispõe sobre o gerenciamento de resíduos sólidos gerados nos portos, aeroportos, terminais ferroviários e rodoviários. As disposições que tratam de resíduos oriundos do serviço de saúde estão revogadas pela Resolução do CONAMA no 358/ 2005.

- Resolução do CONAMA no 275 de 25 de abril de 2001 estabelece o código de cores para os diferentes tipos de resíduos, a ser adotado na identificação de coletores e transportadores, bem como nas campanhas informativas para a coleta seletiva.

- Resolução do CONAMA nº 283 de 12 de julho de 2001 estabelecia normas sobre o tratamento e a destinação final dos resíduos dos serviços de saúde. Foi revogada pela Resolução do CONAMA no 358/2005.

- Resolução do CONAMA nº 312 de 10 de outubro de 2002 dispõe sobre o licenciamento ambiental dos empreendimentos de carcinicultura na zona costeira.

- Resolução do CONAMA nº 313 de 29 de outubro de 2002 dispõe sobre o inventário Nacional de Resíduos Sólidos industriais.

- Resolução do CONAMA no 316 de 29 de outubro de 2002 dispõe sobre o funcionamento de sistemas de tratamento térmico de resíduos.

- Resolução do CONAMA nº 358 de 29 de abril de 2005 revoga as disposições da Resolução do CONAMA no 005/93, que tratam dos resíduos sólidos oriundos dos serviços de saúde. E revoga a Resolução do CONAMA no 283/01. Esta resolução dispõe sobre o tratamento e a disposição final dos resíduos dos serviços de saúde. Em seu anexo I estabelece a classificação dos resíduos de saúde.

- Resolução do CONAMA no 362 de 27 de junho de 2005 dispõe sobre o recolhimento, coleta e destinação final de óleo lubrificante usado ou contaminado.

- Resolução do CONAMA no 386 de 27 de dezembro de 2006 altera o art. 18 da Resolução do CONAMA no 316 de 29 de outubro de 2002.

- Resolução do CONAMA no 401 de 4 de novembro de 2008 estabelece os limites máximos de chumbo, cádmio e mercúrio para pilhas e baterias comercializadas no território nacional e os critérios e padrões para o seu gerenciamento ambientalmente adequado, e dá outras providências.

- Resolução do CONAMAno 416 de 30 de setembro de 2009 dispõe sobre a prevenção à degradação ambiental causada por pneus inservíveis e sua destinação ambientalmente adequada, e dá outras providências.

- Resolução do CONAMA no 450 de 06 de março de 2012 altera os arts. 9º, 16, 19, 20, 21 e 22, e acrescenta o art. 24-A na Resolução no 362/2005, que dispõe sobre recolhimento, coleta e destinação final de óleo lubrificante usado ou contaminado.

- Resolução do CONAMA no 452 de 02 de julho de 2012 dispõe sobre os procedimentos de controle da importação de resíduos, conforme as normas adotadas pela Convenção da Basiléia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito. Esta resolução revoga as Resoluções nº 08/1991, nº 23/1996, nº 235/1998 e n° 244/1998. Adota a definição de resíduo sólido perigoso.

Os resíduos também possuem como fonte de normatização, as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT:

- ABNT NBR 7.500 – Estabelece os símbolos utilizados no transporte e armazenamento para designar os diversos tipos de produtos perigosos;
- ABNT NBR 7.501 – Define os diversos tipos de produtos perigosos, bem como estabelece outras definições importantes para o manuseio, transporte e descartes desses produtos;
- ABNT NBR 7.503 – Especifica as características e as dimensões para a confecção da ficha de emergência e do envelope para o transporte terrestre de produtos

perigosos, bem como as instruções para o preenchimento da ficha e do envelope;

- ABNT NBR 8.418 – Estabelece normas para aterros de resíduos industriais perigosos;

- ABNT NBR 8.419 – Estabelece normas para aterro sanitário de resíduos sólidos urbanos;

- ABNT NBR 10.004 – Estabelece a classificação dos resíduos sólidos;

-ABNT NBR 10.005 – Procedimento para obtenção de extrato lixiviado de resíduos sólidos;

-ABNT NBR 10.007 – Fixa os requisitos exigíveis para amostragem de resíduos sólidos;

- ABNT NBR 10.157 – Estabelece critérios para projeto, construção e operação de Aterros de resíduos perigosos;

- ABNT NBR 11.175 – Estabelece regras para a incineração de resíduos sólidos perigosos;

-ABNT NBR 11.564 – Define requisitos e métodos de ensaio para embalagem de produtos perigosos - Classes 1, 3, 4, 5, 6, 8 e 9;

- ABNT NBR 12.235 – Define normas e regras para o armazenamento de resíduos sólidos perigosos;

-ABNT NBR 12.807 – Define os termos empregados em relação aos resíduos de serviços de saúde;

- ABNT NBR 12.808 – Classificação dos resíduos do serviço de saúde;

- ABNT NBR 12.809 – Procedimento para manuseio de resíduos de serviços de saúde;

- ABNT NBR 13.221 – Requisitos para transporte terrestre de resíduos sólidos perigosos;

- ABNT NBR 13.463 – Definições e classificações na coleta de resíduos sólidos;

- ABNT NBR 13.896 – Estabelece normas para aterro de resíduo sólido não perigoso.

2. A história da Política Nacional de Resíduos Sólidos

Segundo dados obtidos no site do Ministério do Meio Ambiente (Brasil, 2017b), em 1991 passa a tramitar no Congresso Nacional o Projeto de Lei 203 que dispõe sobre condicionamento, coleta, tratamento, transporte e destinação dos resíduos de serviços de saúde.

Em 1999 foi aprovada pelo plenário do CONAMA a que seria a Conama no 259

intitulada Diretrizes Técnicas para a Gestão de Resíduos Sólidos, mas não foi publicada.

Em 2001 a Câmara dos Deputados cria e implementa Comissão Especial da Política Nacional de Resíduos com o objetivo de apreciar as matérias contempladas nos projetos de lei apensados ao Projeto de Lei no 203/91 e formular uma proposta substitutiva global. Com o encerramento da legislatura, a Comissão foi extinta.

O Presidente à época institui em 2003 o Grupo de Trabalho (GT) Interministerial de Saneamento Ambiental a fim de promover a integração das ações de saneamento ambiental, no âmbito do governo federal. O GT reestrutura o setor de saneamento e resulta na criação do Programa Resíduos Sólidos Urbanos.

Em 2004 o Ministério do Meio Ambiente promove grupos de discussões interministeriais e de secretarias do ministério para elaboração de proposta para a regulamentação dos resíduos sólidos. E, ainda, no mesmo ano, o CONAMA realiza o seminário "Contribuições à Política Nacional de Resíduos Sólidos" com objetivo de ouvir a sociedade e formular nova proposta de projeto de lei, pois a Proposição CONAMA no 259 estava defasada.

Em 2005 o Ministério do Meio Ambiente (MMA) cria um grupo interno na Secretaria de Qualidade Ambiental para consolidar contribuições do Seminário CONAMA, os anteprojetos de lei existentes no Congresso Nacional (CN) e as contribuições dos diversos atores envolvidos na gestão de resíduos sólidos.

Ainda em 2005 foi encaminhado ao Congresso Nacional o anteprojeto de lei de "Política Nacional de Resíduos Sólidos", que foi discutido com vários Ministérios tais como os Ministérios das Cidades, da Saúde, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e da Fazenda.

Dessa forma, foi instituída uma nova Comissão Especial na Câmara dos Deputados para estudar o novo projeto.

Em 2006 é aprovado relatório (deputado Ivo José) que trata do PL 203/91 acrescido da liberação da importação de pneus usados no Brasil.

Em 2007 o Executivo propõe o projeto de Lei 1991. O projeto de Lei trata da Política Nacional de Resíduos Sólidos, este projeto considerou o estilo de vida da sociedade brasileira contemporânea, que aliado às estratégias de marketing do setor produtivo, levam a um consumo intensivo provocando uma série de impactos ambientais, à saúde pública e sociais incompatíveis com o modelo de desenvolvimento sustentado que se pretende implantar no Brasil.

Nessa linha, o projeto de Lei no 1991/2007 apresenta forte inter-relação com outros instrumentos legais na esfera federal, tais como a Lei de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007) e a Lei dos Consórcios Públicos (Lei n.º 11.107/1995), e seu Decreto regulamentador (Decreto nº. 6.017/2007). Todos estão relacionados com as Políticas Nacionais: de Meio Ambiente, de Educação Ambiental, de Recursos Hídricos, de Saúde, Urbana, Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior e as que promovam inclusão social.

Em 11 de março de 2010, o plenário da Câmara dos Deputados aprovou em votação simbólica um substitutivo ao Projeto de Lei 203/91, do Senado, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos e impõe obrigações aos empresários, aos governos e aos cidadãos no gerenciamento dos resíduos. Sendo o projeto enviado ao Senado Federal onde foi analisado em quatro comissões e no dia 7 de julho foi aprovado em plenário.

Em 2 de agosto de 2010, o Presidente, à época, em cerimônia no Palácio do Itamaraty, sancionou a lei que cria a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Assim, em 3 de agosto de 2010 foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 12.305 que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos e dá outras providências.

E, no dia 23 de dezembro foi publicado no Diário Oficial da União o Decreto nº 7.404, que regulamenta a Lei no 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências.

Segundo o art. 4º a Política Nacional de Resíduos Sólidos reúne "o conjunto de princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações adotados pelo Governo Federal, isoladamente ou em regime de cooperação com Estados, Distrito Federal, Municípios ou particulares, com vistas à gestão integrada e ao gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos". E, integra a Política Nacional do Meio Ambiente, como estabelece o art. 5o.

3. Conceitos doutrinário e legal de Resíduo Sólido

Resíduo derivado do latim residuu é um adjetivo. E significa o que resta, restante, remanescente. Tem como sinônimos: despejo, detrito e lixo (MICHAELIS, 2004).

Assim, resíduo é tudo aquilo que não tem mais utilidade, o que resta, o que sobrou, tanto do processo produtivo, como no consumo, ou seja, o que não tem mais utilidade e não foi aproveitado. E podem se apresentar sob as seguintes formas:

sólida, líquida e gasosa.

Optou-se no presente trabalho por apresentar algumas definições de resíduos com base na doutrina e na legislação, a saber.

Nas palavras de Russo (2003, p.47) "Os resíduos sólidos incluem materiais sólidos ou semissólidos provenientes das atividades humanas e que são rejeitados pelos seus produtores".

A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) através da Norma Brasileira (NBR) 10.004 no item 3.1 define resíduo sólido como:

> Resíduos nos estados sólido e semissólido, que resultam de atividades de origem industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola, de serviços e de varrição. Ficam incluídos nesta definição os lodos provenientes de sistemas de tratamento de água, aqueles gerados em equipamentos e instalações de controle de poluição, bem como determinados líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou corpos de água, ou exijam para isso soluções técnicas e economicamente inviáveis em face à melhor tecnologia disponível.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos conceitua resíduo no art. 3o, XVI, como:

> Material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnicas ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível.

Assim, resíduos sólidos são todos os restos sólidos ou semissólidos das atividades humanas ou não humanas, que para a atividade fim para a qual foram geradas, podem não apresentar mais nenhuma utilidade, mas podem servir de insumo para outras atividades.

4. Classificação dos Resíduos Sólidos

Os resíduos sólidos podem ser classificados de várias formas, e esta classificação envolve a identificação do processo ou atividade que lhe deu origem, a segregação do resíduo na fonte geradora, a identificação de sua origem, dentro do processo produtivo e pós-consumo, e conhecer todos os seus constituintes, ou seja, conhe-

cer tudo de que é constituído o resíduo.

Os resíduos sólidos são classificados de acordo com sua origem, tipo de resíduo e composição química e periculosidade. Essa classificação é de extrema importância para que possamos fazer o correto gerenciamento do resíduo sólido e assim minimizar os efeitos danosos à saúde humana e ao meio ambiente.

O item 4 da NBR 10.004 da ABNT estabelece:

> A classificação de resíduos envolve a identificação do processo ou atividade que lhes deu origem e de seus constituintes e características e a comparação destes constituintes com listagens de resíduos e substâncias cujo impacto à saúde e ao meio ambiente é conhecido.

A identificação dos constituintes a serem avaliados na caracterização do resíduo deve ser criteriosa e estabelecida de acordo com as matérias-primas, os insumos e o processo que lhe deu origem.

Assim, caracterizar os resíduos sólidos consiste em determinar suas principais características físicas e/ou químicas, qualitativa e/ou quantitativamente. Essa caracterização é feita por profissional especializado, que conforme a complexidade e necessidade deve ser feita em laboratório de análise especializado, de acordo com o item 4 da ABNT NBR 10. 004.

4.1 Classificação dos resíduos sólidos quanto à origem

O art. 13, I da Lei no 12.305 de 2010 dispõe a classificação dos resíduos sólidos quanto a sua origem e estabelece:

a) resíduos domiciliares: os originários de atividades domésticas em residências urbanas;

b) resíduos de limpeza urbana: os originários da varrição, limpeza de logradouros e vias públicas e outros serviços de limpeza urbana;

c) resíduos sólidos urbanos: os englobados nas alíneas “a” e “b”;

d) resíduos de estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços: os gerados nessas atividades, excetuados os referidos nas alíneas “b”, “e”, “g”, “h” e “j”;

e) resíduos dos serviços públicos de saneamento básico: os gerados nessas atividades, excetuados os referidos na alínea “c”;

f) resíduos industriais: os gerados nos processos produtivos e instalações industriais;

g) resíduos de serviços de saúde: os gerados nos serviços de saúde, conforme

definido em regulamento ou em normas estabelecidas pelos órgãos do SISNAMA e do SNVS;

h) resíduos da construção civil: os gerados nas construções, reformas, reparos e demolições de obras de construção civil, incluídos os resultantes da preparação e escavação de terrenos para obras civis;

i) resíduos agrossilvopastoris: os gerados nas atividades agropecuárias e silviculturais, incluídos os relacionados a insumos utilizados nessas atividades;

j) resíduos de serviços de transportes: os originários de portos, aeroportos, terminais alfandegários, rodoviários e ferroviários e passagens de fronteira;

k) resíduos de mineração: os gerados na atividade de pesquisa, extração ou beneficiamento de minérios.

4.2 Classificação dos resíduos sólidos quanto à periculosidade

A NBR 10.004 de 2004 classificava os resíduos sólidos quanto aos principais riscos ao meio ambiente e à saúde pública como: Classe I, perigosos e Classe II, não perigosos e ainda, a Classe II se dividia em A - não inertes e B - inertes.

5.2.1 resíduo perigoso

Os resíduos sólidos perigosos são aqueles que, em função de suas características intrínsecas de inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade ou patogenicidade, apresentam riscos à saúde pública através do aumento da mortalidade ou da morbidade, ou ainda provocam efeitos adversos ao meio ambiente quando manuseados ou dispostos de forma inadequada.

A ABNT NBR 10.004 no item 3.2 define periculosidade de um resíduo como:

> Característica apresentada por um resíduo que, em função de suas propriedades físicas, químicas ou infectocontagiosas, pode apresentar:
>
> a) risco à saúde pública, provocando mortalidade, incidência de doenças ou acentuando seus índices;
>
> b) riscos ao meio ambiente, quando o resíduo for gerenciado de forma inadequada.

Mas uma definição de resíduos perigosos é encontrada na Lei no 12.305 de 2010 no art. 13, II, alínea a, que estabelece:

a) resíduos perigosos: aqueles que, em razão de suas características de inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade, patogenicidade, carcinogenicidade, teratogenicidade e mutagenicidade, apresentam significativo risco à saúde pú-

blica ou à qualidade ambiental, de acordo com lei, regulamento ou norma técnica.

O Dicionário de Direito Ambiental conceitua resíduo perigoso como:

> Resíduo ou mistura de resíduos que, devido à sua quantidade e às suas características físicas, químicas e biológicas, podem apresentar perigo à saúde humana e à fauna e flora, podendo prejudicar substancialmente o meio ambiente ou causar danos ás construções e equipamentos. Podem ocorrer em estados sólido, líquido ou gasoso. Usualmente, são explosivos, tóxicos, corrosivos ou radioativos. Requerem cuidados adequados na sua manipulação, desde o acondicionamento ao transporte, tratamento e disposição final, devendo ser estabelecidos por lei. (FREIRE, 2003 p.339)

E a Resolução do CONAMA no 452/2012 estabelece a definição de resíduo sólido perigoso no art. 2o, I, como: "aqueles que se enquadre em qualquer categoria contida no Anexo I, a menos que não possuam quaisquer das características descritas no Anexo III, bem como os resíduos listados nos Anexos II e IV"; Assim, o anexo I estabelece uma lista de Resíduos Perigosos - CLASSE I (Anexo I da Convenção de Basiléia).

Já o anexo III, da supracitada resolução institui uma lista de características que se o resíduo possuir é classificado como perigoso, são elas: Explosivos; Líquidos inflamáveis; Sólidos inflamáveis; Substâncias ou resíduos sujeitos a combustão espontânea; Substâncias ou resíduos que, em contato com água, emitem gases inflamáveis; Oxidantes; Peróxidos orgânicos; Venenosas (Agudas);Substâncias infecciosas; Corrosivas; Liberação de gases tóxicos em contato com o ar ou a água; Tóxicas (Retardadas ou crônicas); Ecotóxicas e Capazes, por quais meios, após o depósito, de gerar outro material, como por exemplo, lixivia, que possua quaisquer das características relacionadas anteriormente.

Como ensina Derisio (2012, p.172) os resíduos sólidos perigosos são:

Aqueles resíduos ou mistura de resíduos que, por sua natureza (inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade e patogenicidade) e por suas propriedades físicas, químicas ou infectocontagiosas, podem apresentar:

- risco à saúde pública, provocando ou acentuando um aumento de mortalidade por incidência de doenças;
- riscos ao meio ambiente, quando o resíduo for gerenciado de forma inadequada.

Os resíduos sólidos perigosos Classe I são os que possuem as características de inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxidade e patogenicidade e por isso

apresentam risco a saúde pública, provocando ou contribuindo para o aumento da mortalidade. E apresentam efeitos adversos ao meio ambiente, quando manuseados ou dispostos de forma inadequada(BRANDÃO et.al., 2013).

Dessa forma, os resíduos perigosos (Classe I) são aqueles que apresentam riscos à sociedade e ao meio ambiente por suas características. Devem ter uma coleta, manuseio e descarte adequados com a finalidade de minimizar os riscos à população e ao meio ambiente.

Segundo a ABNT NBR 10.004 os resíduos sólidos perigosos são os que apresentam periculosidade, está descrita no item 3.2 da referida ABNT, ou ainda, inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade ou patogenicidade. Ou constem no anexo A (resíduos perigosos de fontes não específicas) e o anexo B (resíduos perigosos de fontes específicas).

Dentre eles cabe ressaltar os agrotóxicos, seus resíduos e embalagens; pilhas e baterias; pneus; óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens; lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista; produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

Como se pode entender da definição de resíduo perigoso, descrita no art. 13, II da PNRS os resíduos perigosos são aqueles que possuem as seguintes características: inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade, patogenicidade e por essa razão são danosos a saúde humana ou ao meio ambiente, quando gerenciados de forma incorreta.

4.2.2 Resíduo não perigoso

Segundo a Lei no 12.305 de 2010 os resíduos não perigosos são todos os que não se enquadram na classificação de resíduos perigosos. A NBR 10.004 ABNT, classifica o resíduo não perigoso como Classe II, este se subdivide em: Classe II A (não inertes) e Classe II B (inertes).

O Resíduo não inerte – Classe II A é “todo resíduo sólido ou mistura de resíduos que não se enquadra na classe I ou na Classe II B” (DERISIO ,2012, p.173).

E os resíduos inertes – Classe II B é “todo resíduo sólido ou mistura de resíduos sólidos, submetido ao teste de solubilidade (Solubilização de Resíduos Sólidos – Método de Ensaio – ABNT NBR 10.006), não teve nenhum de seus constituintes solubilizado em concentrações superiores aos padrões de potabilidade de água, excetuando-se aspecto, cor, turbidez, dureza e sabor” (DERISIO, 2012, p.173).

Considerações Finais

Conforme foi verificado ao logo do presente trabalho o resíduo sólido começou a demostrar relevância ambiental na Política Nacional de Saneamento Básico e na Lei de Crimes Ambientais.

Contudo só em 2010 quando da instituição da Política Nacional de Resíduos Sólidos a questão dos resíduos sólidos ganha força e visibilidade, principalmente quando da implementação da Política dos Rs (reduzir, reaproveitar, reutilizar e reciclar) e também com a divulgação da necessidade de encerramento dos lixões e implementação dos aterros sanitários.

Embora a Política nacional dos Resíduos Sólidos esteja no rol da legislação ambiental, e o problema dos resíduos seja um problema ambiental, na prática não é isso que ocorre.

A questão do resíduo sólido no Brasil é tratada como de saneamento básico, ou seja, na imensa maioria dos municípios brasileiros, uma vez que estes são responsáveis pela coleta e destinação final dos resíduos sólidos urbanos, a responsabilidade pela coleta e correta destinação final não é da Secretaria Municipal de Meio Ambiente mas sim das Secretarias de Saneamento e Limpeza Urbana ou outra Secretaria ou órgão para esta finalidade.

Assim, apesar dos avanços da legislação ambiental ainda falta a mudança do paradigma dos resíduos sólidos com o deslocamento de seus conceitos de saneamento básico, para algo muito além do saneamento básico. Mas sim que a poluição ambiental gerada pelo resíduo sólido pode acabar, inclusive com um ecossistema.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Resumo Direito Ambiental* - Esquematizado. 1. ed. São Paulo: Editora. Método, 2013.

BRANDÃO, Igor Augusto. et. al. A tecnologia de rádio frequência e a Política Nacional de Resíduos Sólidos. *XVI SEMEAD – Seminário em Administração*. Outubro de 2013. Disponível em: <http://www.semead.com.br/16semead/ resultado/trabalhosPDF/1203.pdf> Acesso em: 12 mar. 2017.

DERISIO, José Carlos. *Introdução ao controle de poluição ambiental*. 4. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2012.

FREIRE, William e Daniela Lara Martins (coordenadores). *Dicionário de Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Editora Mineira, 2003.

MICHAELIS. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. 1. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004.

RUSSO, Mario Augusto Tavares. *Tratamento de Resíduos Sólidos*. Universidade de Coimbra, 2003. Disponível em: <http://homepage.ufp.pt/madinis/ RSol/Web/TARS.pdf> Acesso em: 07 mar. 2017.

Artigo recebido em 04/03/2017
Revisado em 18/04/2017
Aprovado em 25/04/2017

RESENHA DE LIVRO

BOOK REVIEW

RESENHA DA OBRA: COSTA, Beatriz Souza; REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís de. **Fundamentos filosóficos e constitucionais do Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Victor Vartuli Cordeiro e Silva[1]
Graduado em Direito
Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) – Belo Horizonte (MG) - BRASIL

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente; Filosofia; Proteção Ambiental.

O livro através da interação entre Filosofia e Direito Constitucional busca delinear a proteção ambiental, utilizando do pensamento filosófico, social e do Direito positivado para se discutir a inter-relação homem natureza, bem como da necessidade de se salvaguardar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Se dividindo em três capítulos o livro trata inicialmente dos "fundamentos filosóficos para uma reflexão socioambiental" e utiliza para referida tarefa de seis filósofos, Habermas, Lévinas, Jonas, Rawls, Ricoeur e Honneth, todos eles situados temporalmente entre os séculos XX e XXI, para dessa maneira representar o pensamento filosófico contemporâneo.

Os capítulos seguintes abordam o constitucionalismo ocidental pós segunda-guerra e o principio da dignidade da pessoa humana como forma de construção da proteção ambiental e da responsabilidade intergeracional proveniente do domínio da natureza pelo homem.

Na presente resenha destacam-se as reflexões filosóficas apresentadas no primeiro capitulo que se inicia com Habermas e a proposta de uma democracia deliberativa.

Demonstra-se primeiramente a importância da linguagem e do entendimento entre as partes que participam da fala. Então se passa a enumerar requisitos expostos por Habermas para que se pronuncie um discurso válido, bem como para se

[1]Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara, pesquisador do grupo de pesquisa Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente no Brasil e no Direito Comparado. Especialista em Regime Jurídico dos Recursos Minerais pelas Faculdades Milton Campos. Procurador Legislativo.
E-mail: victorvartuli@gmail.com

alcançar uma linguagem ideal e se ilustra sobre como seria o agir comunicativo.

Em outro momento é diferenciada ação comunicativa de ação estratégica e tece-se uma crítica a forma que a linguagem é utilizada na modernidade que a torna uma ferramenta para atingir determinadas finalidades que não o entendimento.

Prossegue a obra explanando sobre os modelos de democracia no liberalismo e republicanismo expondo os pontos negativos e positivos de cada, utilizando desses para criar a proposta de democracia deliberativa que tomaria em conta os diferentes tipos de discursos não somente os da maioria e que essa maneira beneficiaria na discussão das questões ambientais que tem a participação de diversos atores.

O segundo filósofo tratado é Emmanuel Lévinas e seu estudo sobre alteridade que se inicia com uma crítica ao modelo totalizante da tradição filosófica que ignora o singular. A partir da necessidade de se analisar o Eu e sua relação com o Outro tendo a ética como reflexão primordial.

Para tanto deve se entender que os indivíduos são diferentes entre si e é essa diferenciação que forma a sociedade que deve estar pautada em um sentimento de fraternidade que nesse caso significa ser responsável com o Outro e não somente com aqueles que estão próximos.

Posteriormente o livro traz Hans Jonas e a preocupação com as gerações futuras e a responsabilidade do homem para com ele mesmo e com a natureza. A evolução tecnológica tornou o homem capaz de extinguir toda a natureza tornando-o destruidor de sua própria espécie.

Diante disso se faz necessário repensar o conceito de responsabilidade que deixa de ser apenas em relação ao próximo e passa a abranger o meio ambiente e as gerações futuras, logo o homem deve agir de forma a permitir a perpetuação da vida humana no planeta, pois até para se falar em responsabilidade é condição *sine qua non* a existência do homem.

Defendem os autores que o agir governamental deve estar baseado na precaução e prevenção para evitar a ocorrência de eventos drásticos causados pelo poder do homem moderno de manipular a natureza que pode desencadear efeitos incertos fora de seu controle, o benefício de nenhuma nova tecnologia deve-se sobrepor a existência do homem.

Assim o homem se torna responsável não somente pela sua vida, mas também da dos outros seres vivos com os quais compartilha o planeta para que se possibilite um meio ambiente equilibrado que garanta a chance da existência de uma geração futura.

De John Rawls se trabalha com a ideia de justiça distributiva, justiça essa que deve ser uma qualidade intrínseca das instituições, uma vez que ela pode amenizar ou evitar os conflitos que surgem de uma sociedade composta por indivíduos com interesses diferentes.

A justiça social passa por uma distribuição equitativa de direitos e deveres na sociedade, pois essa somente será vantajosa para os seus membros se for justa, o que passa também pelos aspectos econômicos e sociais.

Devem-se garantir as liberdades básicas para todos bem como uma igualdade de oportunidades que permita que os menos afortunados possam se igualar aos demais e a educação tem papel primordial, já que proporciona aos indivíduos o conhecimento de seu próprio valor.

Se enxerga também um princípio de justiça intergeracional, no qual a geração presente deve manter uma poupança para a prole vindoura tendo em vista que o futuro depende das decisões tomadas agora.

O penúltimo filósofo apresentado no primeiro capítulo é Paul Ricouer e sua visão sobre memória e tradição cultural que é transmitida através de narrativas que carregam uma história relacionada a uma cultura. Para demonstrar a importância dessa forma de expressão contrapõe o conceito agostiniano sobre o tempo e a "Poética" de Aristóteles sendo que ambos contribuem para o discurso que se cria.

Em sequência evidencia o poder de uma narrativa histórica de ser algo transcultural que traz a possibilidade de se entender o passado de maneira a entender o presente e possibilitar o conhecimento das tradições no futuro e interrelaciona ao pensamento socioambiental que onera ao Poder Público o dever de preservar os diferentes tipos de narrativas e consequentemente a tradição cultural diversificada.

Por fim trabalha com Axel Honneth que se utiliza de diversos pensadores como Hegel e Mead para erguer seus referenciais a respeito das formas de reconhecimento que se dividem em três: o amor e a amizade, o reconhecimento jurídico e a estima social.

O primeiro formato de reconhecimento ilustrado como amor trata das relações interdependentes entre os indivíduos que necessita ser recíproca. Já aquele que se relaciona com o sistema jurídico precisa ser compreendido de forma universal de maneira que todos os indivíduos tenham direitos e deveres básicos.

A terceira figura do reconhecimento está ligada as características individuais dos sujeitos, a estima social que devido a dinâmica da sociedade moderna esta a mercê de conflitos sociais entre os grupos que tentam elevar a relevância de sua forma

de ser.

Com a leitura dos filósofos apresentados se percebe o cuidado dos autores em proporcionar um caminho, mesmo que não linear, para que o leitor possa construir um pensamento crítico sobre a temática socioambiental.

Resenha recebida em 30/03/2017
Revisada em 12/04/2017
Aprovada em 25/04/2017

INFORMAÇÕES SOBRE A REVISTA CIENTÍFICA AREL FAAr - *Amazon's Research and Environmental Law*

MISSÃO

A Revista é de titularidade do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes - IESUR/FAAr. Sua missão é publicar estudos e pesquisas inéditas realizadas na área do Direito, preferencialmente no escopo das linhas editoriais, visando disseminar conhecimento científico jurídico, estabelecida em dezembro do ano de 2012, após aprovação no Conselho Superior do IESUR/FAAr (CONSUP).

OBJETIVO DA REVISTA

O objetivo da Revista AREL FAAr - Amazon's Research and Environmental Law é a a interrelação entre a ciência e a prática jurídica, em face da formação integral dos profissionais da área. Para efetivar o seu objetivo, buscam-se articulistas e/ou pesquisadores que investiguem as possíveis formas em que o Direito possa contribuir para a edificação da consciência social e a formação de valores em face das novas relações estabelecidas entre a Sociedade e o Estado.

LINHAS EDITORIAIS

Projeta o desenvolvimento de estudos históricos, comparados e contemporâneos, através de duas linhas editoriais:

Linha Editorial I - Sociedade, Empresa e Sustentabilidade.

Discutem-se as perspectivas de desenvolvimento empresarial, procurando novas formas de efetivação do desenvolvimento econômico-social e ambiental.

Linha Editorial II - Direitos Fundamentais e suas dimensões.

Estudam-se as correlações e contribuições possíveis entre os Direitos Fundamentais e a realização da cidadania.

As linhas editoriais desenvolvidas pela Revista, por vezes, buscam o vértice comum entre elas. Nesse caso, discute-se: os aspectos fenomenológicos da em-

presa e as características da sociedade onde se insere; e os efeitos da ineficácia social do Direito, a exclusão social e jurídica e a relação à dignidade da pessoa humana com a sustentabilidade, procurando contribuir de alguma forma para as discussões científicas em torno do exercício do poder político e da Justiça.

FORMATO DOS NÚMEROS DA REVISTA

Todos os números deverão publicar, no mínimo, cinco artigos científicos, que versem sobre as linhas editoriais: I – Empresa, sociedade e sustentabilidade; II – Direitos Fundamentais e suas dimensões, ou o seu cruzamento.

A Revista prioriza a publicação de textos científicos inéditos, a saber: artigos científicos, resenhas e análise de jurisprudências. A Revista é disponibilizada na plataforma OJS, de forma a facilitar aos leitores o acesso ao seu conteúdo.

A Revista pode publicar, se houve interesse científico institucional: resumo de teses e dissertações; traduções de textos não disponíveis em língua portuguesa; relatórios de pesquisa, na forma de Empirical Research Review, estudos estatísticos ou estudo de casos; debates científicos; comentários jurídicos; transcrição de palestras, e outros relevantes à área do Direito, desde que seja regulamentado o modus operandi.

PROCEDIMENTOS PARA PUBLICAÇÃO OU DIRETRIZES AOS AUTORES

A Revista Científica AREL FAAr - Amazon's Research and Environmental Law, ISSN n. 2317-8442, recebe ARTIGOS NACIONAIS E ESTRANGEIROS, RESENHAS e ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS, com as seguintes características:

1. Redação – Diretrizes básicas

1.1. A redação da produção bibliográfica, quando em nosso idioma, deve estar conforme as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa e quando em língua inglesa deve estar em conformidade com as respectivas regras ortográficas;

1.2. As producões bibliográficas podem ser publicadas em português ou inglês.

1.3. As referências nacionais ou estrangeiras devem ser consistentes e mostrar o posicionamento dos doutrinadores sobre o tema.

2. Elementos estruturadores básicos

2.1. Os artigos deverão ser inéditos e atuais, escritos em português ou inglês, e atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título, título em inglês, resumo (em português), palavras-chave (no mínimo 3 e no máximo 5 e que representem o conteúdo do artigo), abstract (resumo em inglês), keywords (palavras -chaves em inglês), introdução (não deve vir numerada), desenvolvimento (dividido em itens numerados), considerações finais (não deve vir numerada) e referências (não numerada e em ordem alfabética).

2.2. O título do artigo deve estar em português e em inglês, centralizado na página, com letra maiúscula e em negrito – fonte 16;

2.2.1. Os subtítulos, quando existirem, devem ser concisos e vir claramente indicados – fonte 12.

2.3. Os capítulos, subcapítulos e demais subdivisões do artigo devem estar em letras minúsculas, em negrito, numerados de forma progressiva – fonte 12.

2.4. O artigo deve conter 'Resumo' em português e 'Abstract' em inglês, ressaltando no conteúdo do texto os objetivos, a metodologia e a síntese das considerações finais. Fonte times new roman, corpo 11, espaçamento simples (1,0), máximo de 200 palavras.

2.5. O artigo deve indicar de três a cinco palavras-chave, podendo conter expressões representativas do tema, em português e ingles, refletindo as ideias elementares do texto e que possam auxiliar a pesquisa de terceiros interessados.

2.6. As resenhas poderão ser críticas ou descritivas de obras na língua portuguesa ou inglesa pertinentes às linhas editoriais da Revista.

2.6.1. Deverão ser inéditas e atuais, escritas em português ou inglês, e atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título em português e inglês da obra em análise, elaboração de texto no formato de dissertação contendo: introdução, desenvolvimento e conclusão em texto corrido, podendo ter ou não referências (não numerada e em ordem alfabética); deve indicar as palavras-chave da obra analisada.

2.6.2. O título da obra deve estar centralizado na página e na forma apresentada na ficha catalográfica da obra analisada, com letra maiúscula e em negrito – fonte 16.

2.7. As análises de jurisprudências deverão atender ao seguinte conteúdo e nesta ordem: título, título em inglês, resumo (em português), palavras-chave (no mínimo 3 e no máximo 5 e que representem o conteúdo do artigo), abstract

(resumo em inglês), keywords (palavras-chaves em inglês), introdução (não deve vir numerada), desenvolvimento (apresentando e analisando os julgados), considerações finais (não deve vir numerada) e referências (não numerada e em ordem alfabética);

2.7.1. O título da análise de jurisprudências deve estar em português e inglês (conforme o caso), centralizado na página, com letra maiúscula e em negrito – fonte 16.

3. Outras regras de formatação

3.1. Os artigos devem ter no mínimo 10 e no máximo de 30 páginas;

3.2. As resenhas e as análise jurisprudenciais devem ter no mínimo 2 e no máximo 10 páginas.

3.3. Os artigos, as resenhas e as análises de jurisprudências devem ser digitados no editor de texto Microsoft Word, em formato A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical, fonte Times New Roman, corpo 12; alinhamento justificado (sem separação de sílabas), com espaçamento entre linhas de 1,5 cm.

3.4. O Layout da página deve ter margens superior e inferior de 2,5 cm e margens esquerda e Direita de 3,0 cm.

3.5. O parágrafo deve ter espaçamento posterior e anterior de 0 ponto. O recuo dos parágrafos deve ter 1,25cm.

3.6. Quando for necessária a utilização de siglas e abreviaturas, estas deverão ser introduzidas entre parênteses, logo após o emprego do referido termo na íntegra quando do seu primeiro aparecimento no texto. A partir da primeira menção o autor poderá utilizar somente a sigla ou abreviatura. As siglas e abreviaturas inseridas em tabelas ou ilustrações devem possui definição nas suas respectivas legendas.

4. Referências, Notas e Citações

4.1. As referências deverão conter todos os dados necessários à identificação das obras e estar em ordem alfabética da primeira letra do sobrenome do autor e constar em lista não numerada no final do artigo. No artigo o item deve ser denominado “Referências”, seguindo as normas vigentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT - NBR 6023 – Informação e Documentação - Referências – Elaboração. / Ago. 2002).

4.1.1. As referências de obras e documentos consultados devem ser feitas

apenas se efetivamente tiverem sido citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT.

4.2. As citações bibliográficas devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 – Informação e Documentação - Citações em documentos – Apresentação/ Ago. 2002), adotando-se preferencialmente o sistema autor-data.

4.2.1. Se houver mais de uma obra do mesmo autor citado no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Nunes (2013a). A organização alfabética será a do nome dos artigos ou obras do autor naquele mesmo ano.

4.3. As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

4.4. Os artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer ao limite de 200 palavras para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações deverá ser encaminhado para análise acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original endereçada ao autor, especialmente para o artigo submetido à Revista.

4.5. As citações textuais pequenas (de até três linhas) deverão ser inseridas no corpo do artigo, entre aspas duplas e sem itálico. As citações textuais longas (com mais de três linhas) devem ser destacadas em parágrafo independente com recuo de 4 cm da margem esquerda, com corpo 11, com o espaçamento simples, sem aspas.

5. Submissão

5.1. Os artigos, resenhas e análises de jurisprudências devem ser submetidos a revisão de linguagem e digitação, além de constar a data de sua elaboração antes de serem encaminhados para a Revista.

5.2. Cada autor (individualmente ou em coautoria) poderá submeter apenas um artigo por ano na Revista.

5.2.1. A coautoria é limitada ao máximo de dois autores;

5.3. O arquivo submetido pelo autor (Artigos Nacionais ou Estrangeiros, Resenhas e Análise Jurisprudenciais) deve ser apresentado sem a identificação do(s) autor(es) no corpo do trabalho.

5.4. Em arquivo apresentado na plataforma OJS, junto com a autorização expressa para publicação, os autores de textos (individuais ou em coautoria) deverão indicar, o nome completo, o nome e a sigla da instituição a qual estão ligados, sua unidade e departamento, cidade, estado, país, cargo, endereço eletrônico para correspondência (e-mail), bem como o endereço completo e telefones de contato.

5.5. O arquivo submetido não poderá estar sob avaliação para publicação em outro periódico e nem durante o processo de avaliação da Revista, sob pena de ser desclassificado.

5.6. Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores. O conteúdo do artigo assinado não reflete a opinião da Revista.

5.7. No momento da submissão da produção bibliográfica à Revista, haverá a concordância da declaração de cessão de direitos autorais na plataforma OJS.

5.8. O envio das produções bibliográficas será considerado como participação voluntária e gratuita dos autores, com os direitos autorais cedidos para a Revista.

5.9. Os autores devem preencher as condições de submissão especificadas nestas diretrizes para terem os seus trabalhos avaliados.

5.10. Os autores serão notificados sobre o resultado da avaliação de seus artigos, análises jurisprudenciais ou resenhas através de e-mail.

5.11. As submissões em deacordo com as normas, bem como a identificação incompleta dos autores, sem a inclusão do nome da instituição, unidade, departamento, cidade, Estado e país serão devolvidas para as devidas retificações antes do processo de avaliação.

5.12. A produção bibliográfia para publicação na Revista pode ser submetida em fluxo contínuo ou atendendo as datas especificadas pela CHAMADA DE PUBLICAÇÃO.

NORMAS PARA A APRESENTAÇÃO DE TRABALHOS À REVISTA OU PARA A SUBMISSÃO ONLINE

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar e declarar na plataforma OJs a conformidade de sua submissão em relação a todos os itens listados acima (procedimentos para publicação ou diretrizes aos autores) e listados abaixo (formulário eletrônico da plataforma OJs):

1. A contribuição deve ser original e inédita, e não foi publicada em anais de

congresso, seminários, colóquios ou similares e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deverá justificar em "Comentários ao editor".

2. O arquivo da submissão deve estar em formato Microsoft Word ou RTF.

3. O autor é responsável pelo preenchimento na plataforma OJs, no campo solicitado, da indicação de financiamento da pesquisa vinculada à produção bibliográfica submetida à Revista.

4. Os URLs para as referências devem ser informados, quando possível.

5. O texto deve seguir os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores.

6. As instruções de anominato do arquivo submetido devem assegurar a avaliação Double Blind Peer Review .

7. A Declaração de Direito Autoral deve conter a autorização de publicação e cessão de direitos autorais.

8. A cessão de direitos autorais não gerará ônus para a Revista, ou seja, não haverá pagamento pela utilização do material submetido. O autor compromete-se a assegurar o uso e gozo da obra à Revista, que poderá explorá-la com exclusividade nas edições que fizer.

9. O autor tem ciência de que:

a) A publicação desta obra poderá ser recusada, caso o Conselho Editorial da Revista não considere conveniente sua publicação, seja qual for o motivo. Este cancelamento não acarretará responsabilidade a qualquer título por parte do Conselho Editorial; e

b) Os editores, juntamente com o Conselho Editorial, reservam-se o direito de modificar o texto - quando necessário, sem prejudicar o conteúdo -, com o objetivo de uniformizar a apresentação dos materiais publicados.

PROCEDIMENTOS UTILIZADOS PARA ANÁLISE (*DOUBLE BLIND PEER REVIEW*), APROVAÇÃO E PUBLICAÇÃO

1.1. Todas as produções bibliográficas serão avaliadas pelo sistema Double Blind Peer Review, salvo as submissões que não estiverem de acordo com as normas de publicação ou diretrizes aos autores, que serão devolvidas para as devidas retificações antes de iniciar o procedimento de submissão aos avaliadores.

1.2. Todos os arquivos serão analisados por 02 (dois) pareceristas externos ad hoc, bem como pelo Conselho Editorial. E, em caso de controvésia, haverá análise de um terceiro parecerista ad hoc.

1.2.1 Todos os pareceristas ad hoc e os conselheiros pertencentes à Revista são professores doutores.

1.3. Os pareceres emitidos pelos pareceristas ad hoc são elaborados no formato do formulário disponibilizado na Revista dentro da página das "Diretrizes aos Autores", disponível no endereço: <http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/manager/previewReviewForm/1>.

1.3.1. Na avaliação dos pareceristas ad hoc são observados os seguintes critérios:

a) Fundamentação teórica e conceitual adequada ao tema escolhido; relevância e pertinência e atualidade no tema objeto da submissão; consistência metodológica de pesquisa e o cumprimento da lista de diretrizes aos autores – normas da ABNT e das normas específicas da Revista; e formulação do artigo em linguagem correta, clara e concisa nos idiomas português e inglês.

1.3.2. O resultado da avaliação apontará se a produção bibliográfica será:

a) aceita sem restrições; b) aceita com proposta de alteração; e c) rejeitada.

1.4 A decisão dos pareceristas ad hoc, escolhidos pelo Conselho Técnico Científico, será submetida ao Conselho Editorial para referendo ou não.

1.4.1 A decisão do Conselho Editorial será por maioria dos presentes, com o quorum mínimo de dois conselheiros, não incluindo o Presidente e o Vice-Presidente, pois ambos são vedados de votar nas reuniões do colegiado.

1.4.2. A convocação das reuniões do Conselho Editorial será feita via e-mail pelo Presidente ou Vice-Presidente do Conselho Editorial, obrigatoriamente 15 dias antes de sua realização.

1.4.3. As reuniões do Conselho Editorial serão realizadas nas dependências do IESUR/FAAr ou no ambiente virtual, por meio da ferramenta de vídeo ou teleconferência do Skype, Hangouts ou similares.

1.4.3.1. Os termos das atas das reuniões do Conselho poderão ser trancritos ou gravados.

1.4.3.2. Compete ao Presidente ou ao Vice-Presidente do Conselho Editorial a relatoria das atas das reuniões.

1.4.4. O colegiado decidirá, entre os artigos avaliados e aceitos pelos pareceristas ad hoc, quais serão publicados nos números dos volumes da Revista , 1.5.2

Nesse caso, ficará suspensa a participação do autor submitente em qualquer ato interno do número da Revista onde pretenda ter o seu artigo publicado, sob pena de declassificação por conflito de interesse.

2. Publicação

2.1. Após o processo de avaliação, serão publicadas as producões bibliográficas que forem aprovadas pelos pareceristas "ad hoc" e referendadas pelo Conselho Editorial, em colegiado, por voto da maioria dos presentes.

2.2. Se a produção bibliográfica for aceita para publicação, a mesma será publicada com a identificação do autor próximo ao título contendo a sua titulação, a filiação institucional, cidade, estado e país.

2.2.1. Ao nome do autor, sera incluída nota de rodapé para constar o nome e a sigla da instituição a qual está ligado, cargos e demais atuações do autor, além do endereço eletrônico para correspondência (e-mail).

2.2.2. Solicita-se ao autor que preencha na versão completa o formulário de cadastramento no sistema na plataforma OJS e mantenha o seu CV Lattes atualizado.

CHAMADA PÚBLICA PARA PUBLICAÇÃO NO NÚMERO 1 VOLUME 5 DA REVISTA AREL FAAr

Embora a Revista Científica AREL FAAr - Amazon's Research and Environmental Law, ISSN n. 2317-8442, seja de fluxo contínuo, o seu Conselho Editorial, está recebendo artigos para o número 1 volume 5, que serão publicados em janeiro do próximo ano.

As temáticas estão vinculadas à área de concentração da Revista "Direito Público Contemporâneo" e às Linhas de pesquisa "Empresa, sociedade e sustentabilidade" e "Direitos Fundamentais e suas dimensões".

Os interessados devem submeter seus artigos para o número 2 do volume 4 poderão fazê-lo até o dia 20 de dezembro de 2016 pelo endereço: http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php. A AREL também possui fluxo contínuo, oferecendo a possibilidade de submissão a qualquer tempo.

Os artigos deverão estar em conformidade com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e as regras específicas da Revista apresentadas no referido endereço eletrônico.

PARECERISTAS

Álvaro de Oliveira Azevedo Neto
Doutor em Direito
Faculdade Boa Viagem
Recife - Pernambuco (PE) - Brasil

Ana Alice de Carli
Doutora em Diretio
Universidade Federal Fluminense - Campus Volta Redonda
Volta Redonda - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

Bárbara Gomes Lupetti Batista
Doutora em Direito
Univerisdade Veiga de Almeida
Rio de Janerio - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

Célia Barbosa Abreu
Doutora em Direito
Universidade Federal Fluminense - Campus Sede
Niterói - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes
Doutora em Direito
Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes
Ariqueimes - Rondônia (RO) - Brasil

Germana Parente Neiva Belchior
Doutora em Direito
Faculdade Sete de Setembro - FA7
Fortaleza - Ceará (CE) - Brasil

David Augusto Fernandes
Doutor em Direito
Universidade Federal Fluminense - Campus Macaé
Macaé - Rio de Janeiro (RJ) -Brasil

Martha Asunción Enriquez Prado
Doutora em Direito
Universidade Estadual de Londrina
Londrina - Paraná (PR) - Brasil

Nilton César Flores
Doutor em Direito
Universidade Estácio de Sá
Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

Nivaldo dos Santos
Doutor em Direito
Pontifícia Universidade Católica de Goiás e Universidade Federal de Goiás
Goiania - Goiás (GO) - Brasil

Patrícia Maria Dusek
Doutora em Direito
Universidade Castelo Branco - Campus Sulacap
Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

Rafael Mario Iorio Filho
Doutor em Direito
Universidade Estácio de Sá
Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

Renata Guimarães Franco
Doutora em Direito
Faculdades Integradas do Norte de Minas da Associação Educativa do Brasil
Montes Claros -Minas Gerais (MG) - Brasil

Rosângela Maria Pereira
Doutora em Direito
Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro
Pinheral - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

Zoraide Amaral
Doutora em Direito
Centro Universitário de Barra Mansa - Campus Cicuta
Volta Redonda - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

POLÍTICA DAS PESQUISAS COM SERES HUMANOS - COMITÊ ÉTICO DE PESQUISA

No caso do resultados de uma pesquisa com seres humanos tornar-se um relatório ou artigo ofertado a este periódico, deve(m) o(s) autore(s) anexar(em) o documento da Comitê da Ética na Pesquisa (CEP) da instituição onde a pesquisa foi realizada no momento em que realizarem a submissão online, preferencialmente na área dos anexos ou metadados da pesquisa.

Se o projeto de pesquisa com seres humanos não tiver sido comprovadamente analisado por alguma CEP, o Editor-Chefe de esta Revista reserva-se ao direito de solicitar ao autor o preenchimento dos dados de sua pesquisa na Plataforma Brasil para tramitar na CEP do IESUR/FAAr o projeto, o protocolo e o resultado da pesquisa já realizada, antes de encaminhar o documento para os pareceristas "ad hoc".

No caso do parecer da CEP do IESUR/FAAr consubstanciado por escrito aprovar o protocolo, este seguirá os tramites regulares estabelecidos neste periódico. Se aprovar com proposta de alteração ou sugestão, a propositura para publicação estará suspensa até a comprovação do cumprimento das exigênicas da CEP do IESUr/FAAr.

No caso do parecer da CEP do IESUR/FAAr consubstanciado por escrito, rejeitar o protocolo o protocolo, a submissão será entendida como não existente e o arquivo imediatamente devolvido ao autor.

Para maiores esclarecimentos do "modus operandi" da CEP do IESUR/FAAr, acesse a pagina da CEP do IESUR/FAAr, disponível em: <http://www.faar.edu.br/portal/comite-etica-pesquisas-seres-humanos-cep.php>.