



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. 6, número 2, Direito Público Contemporâneo

Mai. 2018

ISSN 2317-8442

**PUBLICAÇÃO PERIÓDICA DO INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR DE
RODÔNIA / 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 - 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

Revisao em Língua Inglesa

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

Revisao em Língua Espanhola

DOLORES SALAZAR MUÑOZ

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

Diagramação

JOÃO BATISTA SOARES DA COSTA JUNIOR

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 - Brasil

PROF. DAVID TODD RITCHIE - PHD

Walter F. George School of Law School 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 - 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 RODÔNIA / 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 RODÔNIA / 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. 6, número 2 - Rondônia: IESUR, 2018. 105 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	8
BRAZILIAN CLIMATE-INDUCED MIGRATION AND DISPLACEMENT: REGULATION EFFECT OF CAATINGA TO AVOID DESERTIFICATION	10
MIGRAÇÃO E DESLOCAMENTO INDUZIDOS PELO CLIMA NO BRASIL: EFEITOS DA REGULAÇÃO DA CAATINGA PARA EVITAR A DESERTIFICAÇÃO PEDRO DIAZ PERALTA, DOUTOR EM DIREITO, UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, MADRID/ESPAÑA	
SUPREMACIA DO TESTAMENTO E AUTONOMIA DA ÚLTIMA VONTADE VERSUS DISCRIMINAÇÃO: UMA AULA DE DIREITOS HUMANOS.....	19
WILL SUPREMACY AND LAST WILL AUTONOMY VERSUS DISCRIMINATION: UMA AULA DE DIREITOS HUMANOS CARINA BARBOSA GOUVÊA, DOUTORA EM DIREITO, UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - PE/BRASIL	
BIOÉTICA EM TEMPO DE GLOBALIZAÇÃO.....	49
GLOBALIZATION AND BIOETHICS ANDRÉ LUIZ COSTA, MESTRE EM DIREITO, UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ - RJ/ BRASIL	
OS LIMITES DAS DISPONIBILIDADES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	64
THE LIMITS OF THE AVAILABILITIES OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE RELATIONS CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO, DOUTORA EM DIREITO, CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BAURU - SP/BRASIL E NEYMILSON CARLOS JARDIM, ESPECIALISTA E MESTRANDO EM DIREITO, FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS - MG/ BRASIL	
INTERSECÇÃO ENTRE A POLÍTICA AMBIENTAL, A POLÍTICA DE RESÍDUOS SÓLIDOS E A POLÍTICA ENERGÉTICA NO BRASIL.....	79
INTERSECTION BETWEEN ENVIRONMENTAL POLICY, SOLID WASTE POLICY AND ENERGY PUBLIC POLICIES IN BRAZIL PRISCILA ELISE ALVES DE VASCONCELOS, MESTRE E DOUTORANDA EM DIREITO, UNIVERSIDADE VEIGA DE ALMEIDA	
INFORMAÇÕES SOBRE A REVISTA CIENTÍFICA AREL FAAR	89

Prezados Leitores,

É com grande satisfação que se apresenta o número 1, 2 e 3 do volume 6, no ano de 2018 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. Nosso periódico, na última avaliação Qualis, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), recebeu o estrato A2.

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 continua trazendo artigos de autores filiados em instituições nacionais e estrangeiras, resultado de dois anos de trabalho na 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.

Todos os artigos científicos recebidos foram 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. Ressalta-se que estamos muito honrados que, neste volume, Reitoras de duas prestigiadas Instituições de Ensino Superior da Região Sudeste submeteram seus artigos aos trâmites de avaliação e revisão de nossa Revista da Região Norte, tendo sido aprovados para a publicação. Uma delas é Reitora do Centro Universitário Fluminense,

no Estado do Rio de Janeiro e outra da Universidade de Bauru, no Estado de São Paulo.

A Revista possui o International Standart Serial Number (ISSN nº 2317-8442) e 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).

Nesta edição, acrescenta-se, obtivemos a indexação LiVre e Sumários.org, o que ainda aumenta ainda mais a nossa visibilidade nacional. Internacionalmente, a Revista é indexada no LATINDEX desde 2014. Também crescemos internacionalmente com indexações no JR4 e DOAJ e, tendo maior visibilidade internacional, contamos com autores da Espanha e dos Estados Unidos, o que nos engrandece.

Desde de 2015, as edições da AREL passaram a contar com a indexação DOI. A AREL FAAR conta com o seu próprio DOI: 10.14690/2317- 8442, o que facilita aos autores que poderão fazer o registro no Currículo Lattes utilizando o DOI de sua produção, informação que consta em cada artigo publicado no portal da Revista.

Os interessados estão convidados 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

BRAZILIAN CLIMATE-INDUCED MIGRATION AND DISPLACEMENT: REGULATION EFFECT OF CAATINGA TO AVOID DESERTIFICATION

MIGRAÇÃO E DESLOCAMENTO INDUZIDOS PELO CLIMA NO BRASIL: EFEITOS DA REGULAÇÃO DA CAATINGA PARA EVITAR A DESERTIFICAÇÃO

Pedro Diaz Peralta¹

Doutor em Direito

Universidad Complutense de Madrid - Madrid/Espanha

Abstract: The severity of climate change predicted for the region was one of the factors that led researchers to carry out the study. This will be one of the areas most affected by climate change. In addition, the caatinga biome is very peculiar and characteristic of our country. In this context, the research work presented here aims to point out the degradation of the caatinga biome, to describe the vulnerability of the “people of the caatinga” and to analyse whether such issues delay the socio-economic development sought by the Brazilian Constitution. The research methodology is exploratory-descriptive and the databases searched to organize the theme were extracted from Scientific Journals.

Keywords: Environmental policies; Climate change; Migration.

Resumo: A gravidade das alterações climáticas previstas para a região foi um dos fatores que levaram os pesquisadores a realizar o estudo. Esta será uma das áreas mais afetadas pelas mudanças do clima. Além disso, o bioma da caatinga é muito peculiar e característico do nosso país. Neste contexto, o trabalho de pesquisa ora apresentado tem por objeto apontar a degradação do bioma da caatinga, descrever a vulnerabilidade do “povo da caatinga” e

1 - Dr. Peralta é Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri (2012). Atualmente, é pesquisador na Universidade Complutense de Madri (Espanha) e professor visitante na Universidade Veiga e Almeida (Brasil). Ele é consultor científico sênior da Sociedade Científica e Tecnológica GGINNS - Governança, Inovação e Sustentabilidade. Ele é escritor, entre outras obras, do livro de referência: Regime Legal de Plantas Medicinais: Medicamentos, suplementos alimentares e outros produtos de fronteira. Peralta é palestrante multilingue em eventos nacionais e internacionais, com publicações no Brasil, Portugal, Espanha, Inglaterra, Estados Unidos da América do Norte, Grécia e Alemanha. Recompensa acadêmica pela contribuição no desenvolvimento da análise de bioética concedida pela Universidade Veiga de Almeida (medalha do Prof. Mario Veiga de Almeida) e recompensa de honra por seu trabalho em desenvolvimento de bioética no Rio de Janeiro pela Câmara do Rio de Janeiro-RJ / Brasil. Membro da AEDDA e AEDDS. Foi Professor Visitante na Universidade de Harvard em 2004-2008 e Membro da Cooperação Espanhola com a América Latina (Colômbia) em 2009-2010 e Pesquisador Visitante na Universidade de Oxford em 2012. Tem experiência nas áreas de Direito Administrativo, Ciências Ambientais, Farmacologia e Toxicologia, Bioética, Tecnologia, com ênfase nos seguintes tópicos: globalização, biodiversidade, padrões e processos de patentes, CBD, OMC-TRIPS, Protocolo de Nagoya e novas tecnologias. E-mail: pdiazper@ucm.es

analisar se tais questões atrasam o desenvolvimento socioeconômico, buscado pela Constituição Brasileira. A metodologia da pesquisa é a exploratório-descritiva e as bases de dados pesquisadas para organizar a temática foram extraídas de Revistas Científicas.

Palavras-chaves: Política pública de meio ambiente; mudanças climáticas; migrações internas.

INTRODUCTION

The Brazilian government withdrew the candidacy to host the Conference of the Parties of the United Nations (UN) Conference on Climate Change (COP-25).

Nevertheless, the national and state climate change forums are intended to mobilize society and promote dialogue and integration between institutions of various sectors, with the objective of adopting policies and programs in accordance with the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC).

The aim research is to understand the economic, social, and legal impacts on the scope and complexity of migration and climate displacement of Brazilian Caatinga.

The northeastern region, and in particular the semiarid region, is known for its severe socioeconomic problems related to long periods of drought and dry season.

The production chain of smallholder farming holds fundamental economic importance in Brazil, and is responsible for about 15% of the gross domestic product (GDP) (GUILHoto, 2017).

The Northeastern region, although the region contains 50% of all smallholder farming establishments, it only received 25% of PronaF's resources and a mere 1.5% of resources allocated for cooperatives during the 2016-2017 agricultural year (GUILHoto, 2017).

1 CAATINGA BIOMA

The Caatinga is considered the most biodiverse semi-arid area in the world. Data from the Ministry of Environment (MMA) indicates that there is a great wealth of species in the biome, with 932 varieties of plants, 178 of mammals and 590 of birds.

Of the total, at least 318 are endemic, that is, they occur only in the

Caatinga. This bioma occupies about 11% of the Brazilian territory (844 thousand km²), where almost 28 million people live.

Despite its importance for Brazil and the world, this biome has not been a focus of concern for conservation and environmental sustainability policies in the country.

The Caatinga has been intensely degraded, due to the diverse pressures resulting from human activities, without adequate management (low-tech agriculture, extensive livestock and unsustainable extraction).

Currently, around 25% of the energy consumed by the industrial and commercial sectors in the Northeast is still derived from the Caatinga forest biomass, in the form of firewood, representing the second main energy source in the region.²

Climate change will increase the frequency and intensity of extreme weather events, such as droughts, due to rising temperatures on Earth. This is the scientific consensus of the experts gathered by the United Nations (UN), in the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC).

The researchers' projections place the Caatinga as one of the geographic regions most affected by climate change in Brazil. The biome may suffer a reduction of up to 40% in its rainfall, directly impacting various social and productive sectors.

Caatinga Desertification



Source: MEIO AMBIENTE. Fragilidade da caatinga devido à desertificação. Published on 06/03/2016 Available at <https://www.domtotal.com>. Accessed on 08/01/2018.

² - MISSIRIAN, Anouch; SCHLENKER, Wolfram. Asylum applications respond to temperature fluctuations. In: Science, 22 Dec 2017: Vol. 358, Issue 6370, pp. 1610-1614. DOI: 10.1126/science.aao0432. Available at <https://science.sciencemag.org/content/358/6370/1610>. Accessed on 02/06/2018.

As a consequence of natural and man-made factors, about 62% of the areas susceptible to desertification in Brazil are found in the Caatinga. On the other hand, only 1.5% of its territory is inserted in fully protected environmental conservation units.³

This situation intensifies during extreme droughts, when there is a shortage in food production and in the main local livelihoods, increasing the degradation of ecosystems, a scenario that is further aggravated by environmental changes.

The climate change process is already underway and its impacts will be felt across the planet in the coming decades, especially from the second half of the 21st century.

2 CAATINGA VULNERABILITY

Extreme climatic events, such as droughts, produce widespread damage and socioeconomic impacts, taking on proportions of real natural disasters. This was the case of the historic “drought of the century”, which occurred in the period 2010-2017.

Extreme droughts expose the population’s vulnerability to ineffective public policies and the fragility of the infrastructure of the various sectors, in relation to environmental systems. In this way, it changes the functioning of the economy and social welfare.⁴

According to the Report of Material Damage and Damage Resulting from Natural Disasters in Brazil (1995-2014), the natural disasters reported most frequently by the Caatinga municipalities are related to droughts and droughts. In this post, we talk in more detail about the enormous cost of droughts for Brazil.

The Brazilian Yearbook of Natural Disasters contains 3,096 records of the occurrence of drought and drought events, only in 2013, in municipalities in the Semiárid Region. This total represents 70% of the natural disasters that occurred in Brazil that year.⁵

Developing mechanisms to adapt to extreme droughts today is a

3 - MISSIRIAN, Anouch; SCHLENKER, Wolfram. Asylum applications respond to temperature fluctuations. In: Science, 22 Dec 2017: Vol. 358, Issue 6370, pp. 1610-1614. DOI: 10.1126/science.aao0432. Available at <https://science.sciencemag.org/content/358/6370/1610>. Accessed on 02/06/2018.

4 - BURITI, Catarina de Oliveira; BARBOSA Humberto Alves. Um Século De Secas: Por que as Políticas Hídricas não transformaram o Semiárido Brasileiro? 1ª ed. (E-book) Editora: Chiado Portugal (Letras Ambientais).

5 - BURITI, Catarina de Oliveira; BARBOSA Humberto Alves. Um Século De Secas: Por que as Políticas Hídricas não transformaram o Semiárido Brasileiro? 1ª ed. (E-book) Editora: Chiado Portugal (Letras Ambientais).

fundamental step to promote the resilience of ecosystems and the human population to the impacts of climate change projected for the near future.⁶

In the face of climate change, and its relationship with the increasing occurrence of natural disasters, the increase in the frequency and intensity of droughts demands from governments and society urgency in the implementation of structural and non-structural actions, with a focus on integrated disaster risk management.⁷

Drought is considered a chronic-silent natural disaster, whose negative environmental and economic impacts affect thousands of people and are often relegated by public policy makers.⁸

The recurrent extent and frequency of drought cause damage to various economic activities, in the sectors of agriculture, livestock, industry, services and the community in general.⁹

The Brazilian semiarid is the region of the country most affected by the process of climate change. In the book “A century of droughts”, the coordinator of the new IPCC report on climate change and land use, researcher Humberto Barbosa, shows the impacts of the expected climate change process for the region.¹⁰

Desertification, the guarantee of local livelihoods by the most vulnerable communities, the availability of drinking water, in a scenario of climate change and intensification of drought, are among the greatest challenges pointed out by the researcher for the semiarid region of Brazil.¹¹

6 - NUNES, Claudia Ribeiro Pereira. Alimentação adequada no Brasil: Ativo econômico ou direito fundamental social? (Adequate food in Brazil: Economic asset or fundamental social right?) In: Espaço Jurídico: Journal of Law, v. 17, n. 1, p. 167-186, Joaçaba: Editora Unoesc, jan./abr. 2016. DOI: 10.18593/ejvl.v17i1.4584.

7 - BOHRA-MISHRA, P.; OPPENHEIMER, M.; HSIANG, S. M. Nonlinear permanent migration response to climatic variations but minimal response to disasters. Proc. Natl. Acad. Sci. U.S.A. 111, 9780-9785 (2014). doi:10.1073/pnas.1317166111pmid:24958887.

8 - NUNES, Claudia Ribeiro Pereira.; SILVA, Camila Barreto Pinto. Discussão entre desenvolvimento econômico e a sustentabilidade no Brasil: projeto fábrica da JAC Motors. In: Revista Interdisciplinar de Direito. Vol. 16 (1) Páginas 91-103. Published on 2018/6/20. Editora FAA: Valença - Rio de Janeiro/Brasil. 2018.

9 - PIGUET, E.; LACZKO, F. People on the Move in a Changing Climate. The Regional Impact of Environmental Change on Migration (Springer Conference, New Jersey, 2014).

10 - BURITI, Catarina de Oliveira; BARBOSA Humberto Alves. Um Século De Secas: Por que as Políticas Hídricas não transformaram o Semiárido Brasileiro? 1ª ed. (E-book) Editora: Chiado Portugal (Letras Ambientais).

11 - BURITI, Catarina de Oliveira; BARBOSA Humberto Alves. Um Século De Secas: Por que as Políticas Hídricas não transformaram o Semiárido Brasileiro? 1ª ed. (E-book) Editora: Chiado Portugal (Letras Ambientais).

Caatinga vulnerable communities



Source: MEIO AMBIENTE. Fragilidade da caatinga devido à desertificação
Published on 06/03/2016 Available at <https://www.domtotal.com>. Accessed on 08/01/2018.

The vegetation of the caatinga, although xerophilous and highly adapted to droughts, may be affected by climate change. The process of environmental changes will require a high level of adaptation of species of native flora to the new environmental conditions.

Researchers claim that extreme weather events, such as the 2012 drought, cause plants in the Caatinga to operate at their physiological limits.¹²

With the reduction in rainfall, caused by climate change, the Caatinga ecosystems may reach a critical point of irreversibility, causing an impoverished flora and fauna.

The process of land and vegetation degradation causes desertification in some areas of the biome, making the caatinga extremely vulnerable to extreme weather events and future climate changes.

Thus, the two main strategies for conserving biodiversity and restoring the ecological function of the Caatinga are the creation of conservation units and the restoration of degraded areas. Currently, only 1% of the Caatinga is contained in federal protected areas of integral protection.¹³

12 - BURITI, Catarina de Oliveira; BARBOSA Humberto Alves. Um Século De Secas: Por que as Políticas Hídricas não transformaram o Semiárido Brasileiro? 1ª ed. (E-book) Editora: Chiado Portugal (Letras Ambientais).

13 - MISSIRIAN, Anouch; SCHLENKER, Wolfram. Asylum applications respond to temperature fluctuations. In: Science, 22 Dec 2017: Vol. 358, Issue 6370, pp. 1610-1614. DOI: 10.1126/science.aao0432. Available at

It is also essential, from a scientific and political point of view, to identify areas of the Caatinga that are currently vulnerable to the effects of climate change.¹⁴ This is the case for areas ecologically vulnerable to drought.

3 SLOWING ECONOMIC GROWTH

Economic growth in different countries will also be limited by climate change. In the period 1995-2014, in the Northeast of Brazil, the value of damages and losses, public and private, caused by natural disasters of climatological origin, corresponded to R\$ 47 billion. Of this total, the majority, about 75%, is directly related to the environmental conditions of droughts and droughts.¹⁵

United Nations University studies on desertification indicate that in the next ten years, more than 50 million people on the planet will have to migrate from their regions, as a result of dry ecosystems, caused by the loss of natural vegetation cover, soil erosion and by the deterioration of the waters.

According to estimates by the United Nations Convention to Combat Desertification (UNCCD), an estimated 135 million people are at risk of being displaced by desertification by 2045 as a result of the ongoing process of land degradation.¹⁶

Certainly, climate change will be one of the major vectors of the process of land degradation, deforestation and the consequent migration of the population, in search of other alternatives for subsistence and better living conditions.

CONCLUSIONS

In the 21st century, discussions about the environment theme are increasing every day and involve most members of the most diverse societies and cultures. Directly affecting the environment, one of the great challenges is the increased demand for food, water and energy, in view of the growth of the world population and the increasing need for these resources for survival.

<https://science.sciencemag.org/content/358/6370/1610>. Accessed on 02/06/2018.

14 - CATTANEO, C.; PERI, G.; The migration response to increasing temperatures. *J. Dev. Econ.* 122, 127–146 (2016). DOI:10.1016/j.jdeveco.2016.05.004. Accessed on 01/06/2018.

15 - BAZZI, S. Wealth heterogeneity and the income elasticity of migration. *Am. Econ. J. Appl. Econ.* 9, 219–255 (2017). DOI:10.1257/app.20150548 Accessed on 02/06/2018.

16 - CLEMENS, M. A. “Does development reduce migration?” in *International Handbook on Migration and Economic Development* (Edward Elgar Publishing, 2014), chap. 6, pp. 152–185.

Countries have faced difficulties in reducing emissions of greenhouse gases into the atmosphere. However, this decrease is essential to counter the impacts of climate change. The increase in the planet's temperature will influence dry and vulnerable ecosystems to climate change, as is the case of the semiarid region of Brazil.

Thus, given the risks caused by climate change and the increase in the occurrence of natural disasters, it is essential for governments and civil society to implement actions to adapt to the impacts of extreme weather events.

To develop mechanisms and policies for monitoring and environmental conservation of the Caatinga, adapting populations and economic sectors to droughts and strengthening water resource management systems.

Another way to avoid increasing the temperature in the atmosphere is to reduce the destruction and devastation of ecosystems, such as the caatinga, as well as diminishing waste and water pollution.

REFERENCES

BAZZI, S. **Wealth heterogeneity and the income elasticity of migration.** *Am. Econ. J. Appl. Econ.* 9, 219-255 (2017). DOI:10.1257/app.20150548 Accessed on 02/06/2018.

BOHRA-MISHRA, P.; OPPENHEIMER, M.; HSIANG, S. M. **Nonlinear permanent migration response to climatic variations but minimal response to disasters.** *Proc. Natl. Acad. Sci. U.S.A.* 111, 9780-9785 (2014). doi:10.1073/pnas.1317166111pmid:24958887.

BURITI, Catarina de Oliveira; BARBOSA Humberto Alves. **Um Século De Secas: Por que as Políticas Hídricas não transformaram o Semiárido Brasileiro?** 1ª ed. (E-book) Editora: Chiado Portugal (Letras Ambientais).

CATTANEO, C.; PERI, G.; **The migration response to increasing temperatures.** *J. Dev. Econ.* 122, 127-146 (2016). DOI:10.1016/j.jdeveco.2016.05.004. Accessed on 01/06/2018.

CLEMENS, M. A. **“Does development reduce migration?”** in *International Handbook on Migration and Economic Development* (Edward Elgar Publishing, 2014), chap. 6, pp. 152-185.

MEIO AMBIENTE. **Fragilidade da caatinga devido à desertificação.** Published on 06/03/2016 Available at <https://www.domtotal.com>. Accessed on 08/01/2018.

MISSIRIAN, Anouch; SCHLENKER, Wolfram. **Asylum applications respond to temperature fluctuations.** In: Science, 22 Dec 2017: Vol. 358, Issue 6370, pp. 1610-1614. DOI: 10.1126/science.aao0432. Available at <https://science.sciencemag.org/content/358/6370/1610>. Accessed on 02/06/2018.

NUNES, Claudia Ribeiro Pereira. **Alimentação adequada no Brasil: Ativo econômico ou direito fundamental social?** (Adequate food in Brazil: Economic asset or fundamental social right?) In: Espaço Jurídico: Journal of Law, v. 17, n. 1, p. 167-186, Joaçaba: Editora Unoesc, jan./abr. 2016. DOI: [10.18593/ejil.v17i1.4584](https://doi.org/10.18593/ejil.v17i1.4584).

NUNES, Claudia Ribeiro Pereira; SILVA, Camila Barreto Pinto. **Discussão entre desenvolvimento econômico e a sustentabilidade no Brasil: projeto fábrica da JAC Motors.** In: Revista Interdisciplinar de Direito. Vol. 16 (1) Páginas 91-103. Published on 2018/6/20. Editora FAA: Valença - Rio de Janeiro/Brasil. 2018.

PIGUET, E.; LACZKO, F. **People on the Move in a Changing Climate. The Regional Impact of Environmental Change on Migration** (Springer Conference, New Jersey, 2014).

Recebido em: 12.02.2018

Revisado em: 10.03.2018

Aprovado em: 25.05.2018

SUPREMACIA DO TESTAMENTO E AUTONOMIA DA ÚLTIMA VONTADE VERSUS DISCRIMINAÇÃO: UMA AULA DE DIREITOS HUMANOS

WILL SUPREMACY AND LAST WILL AUTONOMY VERSUS DISCRIMINATION: UMA AULA DE DIREITOS HUMANOS

Carina Barbosa Gouvêa¹

Doutora em Direito

Universidade Federal de Pernambuco - PE/Brasil

Resumo:As questões debatidas no presente artigo são o testamento, a autonomia da última vontade, a discriminação e os direitos fundamentais/humanos, e esses assuntos vêm a representar uma vocalização de representação coletiva. Pois problemáticas como: A supremacia do testamento e a autonomia da última vontade têm prevalência sobre os direitos fundamentais e humanos? Ou seja, é possível anular ou romper um testamento por discriminação e em confronto com a legislação? As netas(os) fruto de relação não marital possuem os mesmos direitos, inclusive para fins sucessórios, das netas(os) advindas das relações maritais? Estas questões são relevantes do ponto de vista social e jurídico e transcendem ao interesse subjetivo das partes. O objetivo deste artigo é o de contribuir para a persecução da unidade do direito no estado constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas que envolvem a coerência das normas jurídicas ao texto constitucional.

Palavras chaves: Direito Internacional, Direitos Fundamentais, Direito Civil.

Abstract: The issues discussed in this article are will, autonomy of the last will, discrimination and fundamental / human rights, and these issues come to represent a vocalization of collective representation. For problems such as: Does the supremacy of the will and the autonomy of the last will prevail over fundamental and human rights? In other words, is it possible to annul or break a will due to discrimination and in conflict with the law? Do granddaughters fruit of a non-marital relationship have the same rights, including for succession purposes, as granddaughters from marital relations? These issues are relevant from a social and legal point of view and transcend the parties' subjective

1 - Estágio Pós Doutoral UFPE; Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela UNESA; Professora Pesquisadora I da UFRPE; Professora da FACIPE/PE; Pesquisadora dos Grupos de Pesquisas: Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional (NPJuris/UNESA-RJ); Laboratório de Estudos Comparados Latino Americano e Europeu (CECLAE); Membro do *Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability* (UVA/RJ). E-mail: carinagouvêa25@gmail.com

interest. The objective of this article is to contribute to the pursuit of the unity of law in the Brazilian Constitutional State, making compatible or developing solutions to problems that involve the coherence of legal norms to the constitutional text.

Keywords: International Law, Fundamental Rights, Civil Law.

INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos (DH) no Brasil assumiram uma centralidade no ordenamento jurídico, cuja consequência é a aceitação da vinculação de todos os poderes públicos e agentes privados ao conteúdo desses direitos².

Desta forma, em um caso concreto, deve ser estabelecido se determinada norma a ser aplicada está em simetria com os direitos humanos. Isso significa que esta “interpretação conforme os direitos humanos” é consequência da “interpretação conforme à Constituição”³.

Esta técnica⁴⁵ comporta alguns núcleos semânticos, ou seja, possui conteúdo polissêmico e plurissignificativo de aderência, a saber: respeito à expressão literal do texto legal e respeito ao fim buscado pelo legislador⁶; modalidade de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; atribuição de coerência da norma ou ato estatal da Constituição; inibição ou exclusão de interpretações que, por desconformidade à Constituição, conduzem a uma exegese divorciada do sentido autorizado pela Lei Fundamental. Sua principal função é preservar o que se revela compatível com a Constituição, suspendendo, em consequência, várias interpretações conflitantes com a ordem constitucional. Cabe ressaltar que a opção escolhida será aquela que permita uma sincronia mais intensa com a norma constitucional⁷.

No caso da “interpretação conforme os direitos humanos”, deve o intérprete escolher, quando a norma impugnada admite várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com os direitos humanos⁸. O objetivo

2 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.102.

3 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.102.

4 - Voto do Ministro Celso de Mello, ADPF 187.

5 - A interpretação conforme à Constituição, ao contrário do que pode fazer supor seu nome, não constitui método de interpretação, mas técnica de controle de constitucionalidade. (SARLET, Ingo. W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1210.)

6 - SARLET, Ingo. W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1211.)

7 - AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Forense, 2007 p.567.

8 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.102.

é influir em todo o Direito e nos atos dos agentes públicos e privados, concretizando seu efeito irradiante que os transformam no centro dos valores do ordenamento.

1 ENTROSAMENTO DOS DIREITOS INTERNO E INTERNACIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO

No que tange ao direito interno e ao direito internacional, devem caminhar em sintonia: como os Tratados sobre os DH têm objeto e fins próprios, para que tais direitos se materializem na jurisdição interna dos Estados que aderem a tais tratados, um sistema de direitos no Estado Democrático deve ser interpretado de tal modo que alcance completude e permaneça em movimento por meio das fontes de retroalimentação - a interna de cada Estado e a internacional⁹.

Assim sendo, o aplicador, seja ele executivo, legislativo ou judiciário, deve, desde já, aplicar o direito internacional e supranacional dos direitos humanos.

Nesse caso, todo o conjunto de direitos deve ser levado em consideração e, por isso, são considerados *prima facie*, eis que a dignidade humana deve ser assegurada em uma “constante busca de harmonia na aplicação prática dos direitos humanos. Que se irradiam por todo o ordenamento e orientam as ações no ambiente público e privado”¹⁰.

Para Ramos, essa técnica ganha importância por dois elementos-chaves: a superioridade normativa, pois não há outras normas superiores nas quais possa o intérprete buscar auxílio; e na força expansiva, fazendo com que todas as facetas da vida social sejam atingidas pelos direitos humanos. Essa função, por conseguinte, busca materializar os direitos humanos por meio de um procedimento fundamentado, com argumentos racionais e embasados, que poderão ser coerentemente repetidos em situações idênticas, gerando previsibilidade jurídica e evitando o arbítrio e decisionismo do intérprete-juiz¹¹.

Assim, a técnica é uma atividade de cunho constitutivo - constrói a norma a ser aplicada no caso concreto - e não meramente declaratório¹², a partir

9 - MATA, Alfonso Chacón. Apuntes de hermenéutica interpretativa em materia de derechos humanos. *Revista Judicial*, Costa Rica, nº 118 enero, 2016, p.33-60, p. 45.

10 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.103.

11 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.105.

12 - A interpretação no Estado Democrático de Direito não comporta mais a interpretação a partir da subsunção mecânica dos juizes que os transformam na “boca da lei”. Esta expressão francesa (*bouche de la loi*), originalmente cunhada no século XIX, retratava o receio de que os juizes subtraíssem, pela via da

da combinação entre o texto normativo e os dados da realidade que incidem sobre este texto¹³. E esse papel foi assumido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em seus precedentes¹⁴.

A Constituição Federal de 1988, efetivamente uma carta de cunho transformativo¹⁵, e o critério da máxima efetividade dos direitos humanos exigem que a interpretação de determinado direito conduza ao maior proveito de seu titular, com o menor sacrifício imposto aos titulares dos demais direitos em colisão¹⁶. Além disso, conduz à “aplicabilidade” integral desses direitos, uma vez que todos os seus comandos são vinculantes. Implica, ainda, segundo Ramos, a aplicação direta e imediata, pela qual os Direitos Humanos previstos na Constituição e nos Tratados possam incidir prontamente nos casos concretos.¹⁷

Conexo, encontra-se o critério da interpretação *pro homine*, que implica em reconhecer a superioridade das normas de direitos humanos, e, em sua interpretação, ao caso concreto, na exigência da adoção da interpretação que dê posição mais favorável ao indivíduo^{18 19} - ou seja, para o destinatário da proteção.

Esse princípio possui variantes essenciais: atua como diretriz de preferência das normas e de proteção do ser humano. A Corte Interamericana de Direitos Humanos aceitou essa interpretação ao pronunciar-se sobre o artigo 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos²⁰ - “*debe prevalecer la norma*

interpretação, o poder de criação de normas do legislativo. (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.104).

13 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.104.

14 - Cita-se como exemplo, ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216-01 PP-00011.

15 - O constitucionalismo de transformação diz respeito ao conteúdo substantivo da proposta de constitucionalismo manifestada em um texto que pretende ser o motor de alteração de uma realidade social. Tem incidência no progresso da democracia, caracterizado por ser um processo dinâmico e expansivo. (GOUVÊA, Carina Barbosa. *As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos Estados em transição política: o papel das Nações Unidas no resgate da ordem democrática*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 78.)

16 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.108.

17 - NUNES, CRP (Claudia Ribeiro Pereira Nunes). *History Process of Constitutionalizing Private Law and Its Reflection in Contractual Relationship*. Publication on 2006/7/13. Available at SSRN 2217046, 2006.

18 - RAMOS, Op. Cit, 2017, p.108.

19 - Neste mesmo sentido, SARLET, Ingo W. *Direitos fundamentais, Reforma do Judiciário e Tratados Internacionais de Direitos Humanos*. In: CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo W.; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Orgs.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.331-360.

20 - Corte IDH, “Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Serie A No. 13, Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. párrafo 50; Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Excepciones Preliminares. Serie C No. 61, Sentencia de 18 de noviembre de 1999. párrafo 37.

más favorable a la persona humana”²¹. No âmbito do direito internacional dos DH importa ter em conta uma regra que está orientada a privilegiar, preferir, selecionar, favorecer, tutelar e, portanto, a adotar a aplicação da norma que melhor proteja os direitos fundamentais do ser humano²².

Diferentes exemplos efetivam essa postura interpretativa como, por exemplo, o artigo 5º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos²³; o artigo 23 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher²⁴; o artigo 41 da Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente²⁵; e o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos²⁶, todos incorporados no universo normativo brasileiro.

Para o STF²⁷, essa é, também, a posição dominante:

“HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia

21 - Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Serie A No. 18, Opinión Consultiva OC- 18/03 de 17 de septiembre de 2003. párrafo 21.

22 - MATA, Alfonso Chacón. Apuntes de hermenêutica interpretativa en materia de derechos humanos. *Revista Judicial*, Costa Rica, nº 118 enero, 2016, p.33-60,p. 49.

23 - Incorporado no Brasil por meio do Decreto nº 591 de 1992. “Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas”.

24 - Incorporado no Brasil por meio do Decreto Nº 4.377 de 2002. “Nada do disposto nesta Convenção prejudicará qualquer disposição que seja mais propícia à obtenção da igualdade entre homens e mulheres e que seja contida na legislação de um Estado-Parte ou em qualquer outra convenção, tratado ou acordo internacional vigente nesse Estado”.

25 - Incorporado no Brasil por meio do Decreto Nº 99.710 de 1990. “Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: a) das leis de um Estado Parte; b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado”.

26 - Incorporado no Brasil por meio do Decreto Nº 678 de 1992. “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.

27 - HC 91361, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-03 PP-00430 RTJ VOL-00208-03 PP-01120.

o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.” (*grifo nosso*)

Essa construção interpretativa também serve de base para que outras jurisdições nacionais usem esses instrumentos para fundamentar e realçar a defesa desses interesses a favor do ser humano²⁸. Para esses efeitos, segundo Mata, o entendimento é que o princípio com o qual se instrumentaliza a favor do ser humano busca protegê-lo de todas aquelas atuações e interpretações normativas que tendam a lesionar sua dignidade, integridade e restrições a benefícios pessoais.

Desta forma, pode-se concluir que: os DH, a partir da Constituição de 1988, assumiram a centralidade do ordenamento jurídico brasileiro; toda norma produzida no âmbito interno deve guardar simetria com os DH; a interpretação conforme os DH e *pro homine* tem o intuito de preservar os direitos do ser humano, da coerência e da integridade do texto constitucional.

2 A INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA CONSTITUIÇÃO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 possui poucos artigos que tratam do processo de formação e incorporação dos Tratados de Direitos Humanos²⁹. Entre 1988 e 2008, o STF³⁰ decidiu a favor da tese de que os tratados de direitos humanos teriam a mesma hierarquia dos demais tratados, ou seja, considerados equivalentes à lei ordinária federal. Para Ramos, o caso paradigmático da prisão civil do depositário infiel é exemplar. No julgamento, o Supremo decidiu que a Convenção Americana de Direitos Humanos teria estatuto de lei ordinária federal e, logo, deveria ser subordinada ao texto constitucional brasileiro.

28 - MATA, Alfonso Chacón. Apuntes de hermenêutica interpretativa en materia de derechos humanos. *Revista Judicial*, Costa Rica, nº 118 enero, 2016, p.33-60,p. 50.

29 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.472.

30 - HC 72131, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1995, DJ 01-08-2003 pp-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650.

A emenda constitucional 45, de 2004, trouxe à Constituição a “Teoria do Duplo Estatuto dos Tratados de Direitos Humanos”³¹, ou seja, teriam natureza constitucional os tratados aprovados pelo rito do § 3º do artigo 5º da referida emenda e natureza supralegal todos os demais. Essas alterações motivaram o STF à revisão do seu posicionamento sobre a hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil. No julgamento do RE 466.343³², a maioria dos votos sustentou novo patamar normativo para esses tratados.

Cabe lembrar que o STF enfatizou que a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, ficou ainda mais difícil defender a tese de que os tratados poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinárias. Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre os direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

E, nesse sentido, o STF, com a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos internos e internacional, tornou imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica nacional.

Por fim, revelou o STF que é necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. Passagem essa bem enfatizada por Cançado Trindade³³: “a tendência constitucional contemporânea de

31 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.478.

32 - RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 public 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ vol-00210-02 pp-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

33 - CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Editora Fabris, 2003, p.515.

dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar a posição central”.

Por conseguinte, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Além disso, devido ao caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem a sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 1857 do Código Civil (Lei 10.406/2002) relativa à sucessão testamentária, cuja liberdade de testar não é absoluta.

Temos assim sistematizados³⁴:

- a. As leis, inclusive as leis complementares, e os atos normativos são válidos se forem compatíveis, simultaneamente, com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados;
- b. Cabe ao poder judiciário, também, realizar o chamado controle de convencionalidade nacional das leis, utilizando os tratados de direitos humanos como parâmetro supralegal ou mesmo equivalente à emenda constitucional;
- c. Os Tratados incorporados pelo rito especial previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal passam a integrar o bloco de constitucionalidade restrita, podendo servir de parâmetro para avaliar a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional qualquer.

Assim, no atual sistema normativo brasileiro, esses tratados abrem oportunidade ao controle difuso e ao exercício desse controle da compatibilidade das normas internas com as convencionais, o que é um dever do juiz nacional.³⁵

Superada essa questão, passamos a analisar o tópico seguinte que tratará

34 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.479.

35 - MARINONI, Luiz Guilherme. Repercussão Geral. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MIDIDIEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1335.

sobre a positivação de um Estado Democrático de Direito que resulta em um Direito Civil renovado com as aspirações de reposição do sujeito no centro protetivo do ordenamento.

2.1 O Código Civil é a Verdadeira Constituição do indivíduo

A luta pelo direito pode ser considerada, ao longo dos séculos, como uma luta pela liberdade. Segundo Aronne³⁶, para evitar a concretização dessa liberdade, chegou-se a construir, no transcurso dessa Modernidade, muralhas e grilhões hermenêuticos, como o da Escola da Exegese, vestida em ditos arcaicos como a crença em uma democracia fruto da aplicação inflexível da lei.

O decorrer do tempo possibilitou refinar esta leitura, tendo em vista que a concretização dos direitos fundamentais na aplicação da norma civil passou a redesenhar a jurisprudência da última década do século XX, de modo a relativizar as titularidades, outrora absolutas; a ressignificar o trânsito jurídico, outrora intangível; e a primar pela afetividade dos projetos parentais, na família eudomonista, outrora patriarcal e hierarquizada³⁷.

Com a Constituição de 1988, uma revolução se pôs em curso no Direito Civil Brasileiro³⁸. A chegada da democracia no Brasil deu origem ao Estado Social e Democrático Nacional, ou seja, novos atores atuando em novos roteiros epistemológicos.

Assim, segundo Aronne, o trânsito jurídico, os projetos parentais, como o direito das sucessões e as titularidades de apropriação, foram sendo reconstruídos pela jurisprudência e doutrina mais arejada a par do núcleo constitucional redivivo em novos moldes axiológicos. Inicia-se a marcha da repersonalização, da despatrimonialização do Direito.

Foi a partir da metade da década que findou o século XX que a família, o contrato e as titularidades eram significantes que ostentavam novos significados, cuja fisionomia e silhueta ainda continuariam a ser transformadas.

Fora do palco da codificação, as categorias fundamentais do Direito Civil passam a ser repensadas, tendo se exaurido o fôlego de sua teoria

36 - ARONNE, Ricardo. Por um Direito Civil- Constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) Estudos de Direito Civil Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 11-15.

37 - Vide item 36.

38 - ARONNE, Ricardo. Titularidades e apropriação no novo Código Civil Brasileiro - breve ensaio sobre a posse e sua natureza. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) O novo Código Cível e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 215-220; ARONNE, Ricardo. Código Civil Anotado. São Paulo: Thomson.

clássica, ainda presente, infelizmente, nos manuais, substanciada por uma Jurisprudência dos Conceitos³⁹, fantasiosa e egocentrista⁴⁰.

De acordo com Aronne, um novo Direito Civil que encontra a sociedade não se faz meramente em Códigos, mas é fruto de uma reconstrução epistemológica, capitaneada pela jurisprudência mais compromissada. E isso importa em uma ruptura material, de compromissos, com a proposição tradicional do Direito Civil.

Pela análise do Direito Civil, em bases teóricas diversas, frutifica a busca de uma compreensão metodológica adequada que ampare a empreitada do civilista na sua tarefa interpretativa, rompendo com a ideologia conservadora da civilística tradicional (manutenção do *status quo*)⁴¹. Este redirecionamento não fundamenta uma perda da racionalidade e sim aponta um novo patamar de racionalidade, imbricado com sua interpretação constitucionalizada⁴².

Trata-se de repensar ínsito voltado à própria teoria da normatividade, em face da regulação constitucional das relações interprivadas, como esteio axiológico que emoldura a sistematização interprivada, trazendo-lhe novos contornos valorativos, não impressos pelos conceitos e sim pela Lei Maior, que a fundamenta.⁴³

Contrariar esse repensar, pelo apego ao conceitualismo, resulta na ineficácia dos mecanismos do sistema, uma vez que o instrumental clássico não é apto para a compreensão das bases ou possibilidades de um sistema axiológico e tampouco apto a operar com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁴⁴.

O sistema pátrio é construído a partir de valores como a igualdade, a solidariedade, a liberdade, a fraternidade, o pluralismo e o bem comum - esses pilares estão previstos no preâmbulo da Constituição de 1988⁴⁵. Como

39 - A Pandectista, a Escola Histórica, a Jurisprudência dos Conceitos e a Escola da Exegese, que formaram a base metodológica da civilística clássica. Para o Direito Privado, o centro do sistema jurídico estava localizado no Código Civil, cumprindo à Constituição a tarefa de organizar o Estado e defender o cidadão. Esta visão, para Aronne, mostra-se solipsista, em face de sua visão de liberdade meramente formal, traduzindo uma visão egoística do Direito, conceber o Código Civil como a verdadeira Constituição do homem privado.

40 - Vide item 36.

41 - Vide item 36.

42 - MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e interpretação constitucional. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Porto Alegre: o Tribunal, nº 30, p.21-34, 1988, p.27.

43 - Vide item 36.

44 - Vide item 36.

45 - NUNES, CRP (Claudia Ribeiro Pereira Nunes). History Process of Constitutionalisation Private Law and Its

princípios vinculantes, não só ao Estado como também aos destinatários da ordem jurídica, que se desvenda através de princípios, tais como a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a função social da propriedade, as regras do Direito Privado passam a receber um novo conteúdo e a expressar um novo sentido⁴⁶.

Convém mencionar que a mudança ocorrida em todo o Direito Civil é interna e não externa. Assim, segundo Aronne, o patamar em que se há de perseguir a coerência não é formal, e sim material no que tange ao alinhamento teológico do conteúdo axiológico renovado que a legislação civil recebeu. Justamente na forma como se positiva o sistema, emanando de sua base formativa precípua, é que a Constituição Federal, aqui como princípios e valores⁴⁷, vem trazer uma feição completamente distinta ao Direito Civil, comparativamente àquele forjado no período liberal, erigido sobre os pilares da família, sucessões, titularidades e contratos a partir de uma dicotomia entre o público e o privado.

Neste sentido, a autonomia da vontade, a liberdade individual e a propriedade privada transmigraram dos fundamentos teóricos e ideológicos do Estado Liberal para os princípios de direito, com pretensão à universalidade e à intemporalidade⁴⁸

Esta superação do ideário oitocentista implica que tenha o intérprete noção da matéria prima com a qual trabalha, cujo estado da arte da ciência do Direito conduz à assumida recusa do modelo clássico - de subsunção formal e abstrata - cuja regência conceitualista refuta o essencial substancialismo do Direito, em prejuízo do ser humano e do próprio mundo que o cerca⁴⁹.

O sistema jurídico deve ser compreendido dialogicamente pelo intérprete, ciente de sua abertura e teleologismo axiológico. Para Aronne, a malha jurídica se constitui não só de regras, como também de princípios e valores que se hierarquizam axiologicamente na tópica incidência. Por exemplo, na positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, no grau de princípio fundamental, as normas dos direitos das sucessões passam a receber o seu influxo, migrando para uma nova dimensão finalística. O sujeito

Reflection in Contractual Relationship. Publication on 2006/7/13. Available at SSRN 2217046, 2006.

46 - Vide item 36.

47 - MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo: RT, nº 65, p.21-32, 1992, p. 24.

48 - LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, nº 722, 1995, p.41.

49 - Vide item 36.

intersubjetivamente considerado, no meio à interação social, por imposição do ordenamento, retoma o centro protetivo do direito.

Sendo o sistema normativo brasileiro uma rede aberta, tópica e axiologicamente hierarquizada de regras e princípios - entende-se como mais apropriado que se conceitue o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente na Constituição⁵⁰ - o método histórico de interpretação, próprio da Pandectista, há de sofrer natural relativização com a possibilidade de uma reestruturação interna dos institutos do Direito Privado.

2.2 A Unidade Material do Sistema Normativo

Em razão da unidade material do sistema, cada norma topicamente aplicada não o é em isolado - ela se revela no todo, teleologicamente orientada aos casos concretos⁵¹. Segue Aronne nos informando que a hierarquização axiológica do sistema é tópica, de modo que uma mesma regra poderá traduzir conteúdos distintos do tecido axiológico normativo em casos distintos. No mesmo sentido, Canaris⁵² afirma que as considerações críticas feitas até agora facultaram também as bases para o desenvolvimento de um conceito de sistema que esteja apto para captar a adequação interior e a unidade da ordem jurídica.

Não há como seccionar o Direito Civil do todo, imprimindo-lhe uma racionalidade própria, em prol de uma autonomia reducionista. Há que se ressaltar que a teoria da normatividade contemporânea, reafirmadora dos direitos fundamentais e publicizadora dos interesses interprivatísticos, é serra fértil para a demonstração ora referida, como causa vulneradora de conservadorismos que ainda amealham seguidores nas correntes manualísticas⁵³.

Há ainda muitos mestres, magistrados e advogados que raciocinam nos

50 - FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p.40.

51 - Vide item 36.

52 - CANARIS. Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 66.

53 - Vide item 36.

termos (positivistas) da jurisprudência dos conceitos, porém a aceitação das novas ideias é cada vez maior⁵⁴.

Os valores e os princípios constitucionais, desse modo, alimentam o Código e a legislação esparsa preexistente, que se reestruturam a partir deles ou são retirados do ordenamento. Dessa compreensão constitucionalizada do ordenamento jurídico, ascende o sujeito enquanto ser humano ao centro protetivo do Direito - por força do conteúdo axiológico concretizado nas normas que o integram - retomando a necessária instrumentalidade social perdida na virtualização da pessoa obrada pela Jurisprudência dos Conceitos⁵⁵.

Soma-se a tudo isso o fato de que tampouco se trata de modificação legislativa - no sentido estrito do termo - e sim principiológica. O “tudo” ou “nada” caracteriza, segundo Dworkin⁵⁶, a tese positivista sobre o caráter das normas que ele tanto combate. Todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas⁵⁷.

Esses elementos do sistema - regras e princípios - são vinculantes, justamente por serem percebidos como integrantes da ordem jurídica, sem que a ciência jurídica abra mão do reconhecimento de suas diferenças e complexidades.

Para Pasqualini⁵⁸, os princípios, normas e valores alimentam diferentes leituras e sistematizações, mas são, também eles, em sinergia com a cultura humanístico-jurídica, os que mais auxiliam no desafio de decifrar o melhor sentido. O intérprete na multifecundidade dos significados, descobre a pluridesigualdade das interpretações, cujo necessário esforço de hierarquização, ultrapassando as escolhas politicamente arbitrárias, convoca o auxílio integrativo das linhas axiológicas do ordenamento jurídico. O Direito não deve e não precisa, na sua aberta unidade sistemática, abdicar do que possui de melhor.

A malha jurídica perfaz um sistema à medida em que todos os seus

54 - NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.38.

55 - Vide item 36.

56 - DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel Derecho, 1985, p. 53-54.

57 - BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.232.

58 - PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e Sistema Jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.24-26.

componentes se comunicam, de modo a que um ganhe sentido no outro - a partir dos valores que o integram⁵⁹.

A visão que ora se propõe está para além de leituras formais do “fenômeno da constitucionalização” do Direito Civil. Desta forma, as normas passam a integrar o sistema em um processo de densificação gradual que parte de princípios abstratos até chegar às normas individuais reguladoras dos casos concretos.

Em apartada síntese, podemos dizer que os valores antecedem o conteúdo normativo e são fundamentos da ordem jurídica, como é o caso do preâmbulo da Constituição Brasileira. Eles vão influenciar o sentido das normas de conteúdo mais concreto, como por exemplo, as que regulam o direito sucessório e se intensificam em princípios.

Já os princípios possuem inúmeros graus de densificação e são estruturantes do sistema jurídico. O princípio estruturante, enfeixador dos valores constitucionalmente garantidos, densifica-se em princípios fundamentais, que se reforçam em princípios gerais, passando-se aos especiais, em seguida aos especialíssimos, que se concretizam em regras, que são ainda efetivadas em normas individuais⁶⁰.

O princípio estruturante é a norma de maior abstração do ordenamento, o qual, no sistema vigente, se constitui na o princípio do Estado Democrático de Direito, aqui percebido no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no preâmbulo e *caput* do artigo 1º da Constituição, diretamente decorrente dos valores positivados e enfeixador da integralidade dos mesmos, que haverão de se especificar no curso da concretização normativa - o nascedouro normativo da ordem jurídica.

Os princípios fundamentais são normas fundantes da ordem jurídica, explicitadoras da senda constitucional desveladora da ordem jurídica estruturada. Observam-se princípios como a dignidade da pessoa humana, o acesso a uma ordem jurídica justa, a reserva legal, dentre tantos que se revelam a partir dos princípios estruturantes.

Os princípios gerais densificam os fundamentais, decorrendo dos mesmos a fim de concretizá-los, na gradual perda de abstração. Aqui se observam princípios como a liberdade, a igualdade, a publicidade e a inafastabilidade.

Os princípios especiais, no mesmo sentido, explicitam os anteriores para áreas específicas do direito, como é o caso dos princípios da anterioridade,

59 - Vide item 36.

60 - Vide item 36.

da transparência, da liberdade para contratar, da autonomia da vontade, entre tantos.

Os princípios especialíssimos são, juntamente com os especiais, espécies de cláusulas gerais, porém de maior densidade, quase na concretude de regras; também voltados para áreas próprias, porém alcançando os demais por sua porosidade, abstração, multifuncionalidade e forma de incidência. Vejam-se, por exemplo, a vulnerabilidade do consumidor, a igualdade entre os cônjuges, a garantia à herança, a não lesividade da execução, a elasticidade e a fungibilidade dos recursos, etc.

E, por fim, as regras são as normas de direito positivo (no sentido estrito) de maior concretude, regulando condutas, fatos ou atos específicos, de incidência explícita, como formas registrares, capacidade, prazos, exemplificativamente.

As normas individuais são as disposições jurisprudenciais e contratuais, reguladoras específicas de casos concretos, do que lhes advém a condição de fonte formal e material do direito.

Compreende-se, por conseguinte, a noção de unidade axiológica do sistema jurídico, visto que as normas ganham seu esclarecimento umas nas outras, de modo que o todo é maior que a soma das partes, inviabilizando a compreensão do sistema em fatias, por implicar em redução do próprio ordenamento⁶¹.

Para essa materialização, tomam-se como exemplo as regras acerca do testamento em geral, concretizadoras do princípio da garantia à herança, densificante do princípio da autonomia da vontade, que decorre do princípio da liberdade, que, por sua vez, é concretizador do princípio da dignidade da pessoa humana⁶².

O sistema somente ganha sentido teleológico, na incidência tópica, conforme os valores emergentes do caso concreto. Poderá o princípio da garantia à herança relativizar o da autonomia da vontade, com vistas à revisão do testamento, em caso da constatação de desequilíbrio.

A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas ante a luz do inteiro ordenamento jurídico e, em particular, de seus princípios

61 - Vide item 36.

62 - ARONE, Ricardo. Em defesa dos princípios: sistema jurídico, direito privado e existencialismo. In: DINIZ, João Janguê Bezerra; RIBEIRO, Marcelo (Coord.) Constituição, processo e cidadania. Brasília: Gomes e Oliveira, 2014, p. 207-243.

fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam⁶³.

Pensar principiologicamente dentro do sistema jurídico é alinhar segurança à justiça social, passível de percepção intersubjetiva na dialética normativo-axiológica do sistema. Este sentido diferido para a espécie de normas, princípios e regras, não é somente semântico, possui incidência normativa diferente.

Finalmente, conclui-se que ao interpretar uma regra deve-se fazê-lo em consonância com os princípios, axiologicamente hierarquizados, na orientação teleológica traçada pelos valores do sistema, na resolução dos casos concretos. E por quê?

- a. Os princípios darão os sentidos para as regras, a otimização e a forma de aplicação ou mesmo de incidência;
- b. Uma interpretação “fechada” mostra-se antropofágica por sua rápida inadequação social que conduz à inaplicabilidade à luz da instrumentalidade que deve guardar o Direito;
- c. O princípio afasta eventual subjetivismo do intérprete, eis que o vincula não à sua ideia do que é ou não correto, e sim à do sistema;
- d. Traduz a *ratio iuris* do ordenamento jurídico, que não implica dogmatismo ou conceitualismos, e sim referenciais axiológicos do sistema, evitando possíveis arbítrios do intérprete;
- e. Uma regra deve ser lida à luz dos princípios que concretiza, constituindo-se uma de suas funções intrínsecas a densificação dos princípios.

O conteúdo principiológico que fundamenta a República Federativa do Brasil, em face da moldura constitucional, resulta em um Direito Civil renovado com as aspirações de reposição do sujeito no centro protetivo do ordenamento⁶⁴.

Passaremos a analisar o tópico seguinte que adentrará no campo do direito sucessório, mais precisamente do testamento, para demonstrar que nesse campo a liberdade de testar não é absoluta, uma vez que a autonomia da última vontade deve estar alinhada à coerência do texto constitucional e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

3 A Prevalência dos Direitos Humanos e Fundamentais

63 - PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 5.

64 - Vide item 36.

A temática que envolve os núcleos essenciais da supremacia do testamento e a autonomia da última vontade *versus* discriminação vem tomando um contorno de importância no cenário do constitucionalismo cooperado e já alcança uma pluralidade de sentidos, tendo em vista os pontos e debates que convergem para uma resposta voltada para uma racionalidade interpretativa mais alinhada com os direitos humanos.

Essa integração obtém respaldo nas palavras de Peter Habermas⁶⁵, onde a ideia do constitucionalismo cooperado encontra sua identificação também no direito internacional, ao qual estão intrinsecamente ligadas as normas supranacionais com as internacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade, assim como no campo da solidariedade. Assim, entende-se que as relações de cooperação compreenderão a efetiva ligação entre Estados Constitucionais da qual compartilharão, em diálogos recíprocos, a possibilidade de negociação e aprendizagens mútuas⁶⁶.

O Supremo Tribunal Federal⁶⁷ destaca a cooperação constitucional como sendo de suma importância, servindo como um intercâmbio de experiências e informação, com a finalidade de reforçar os sistemas constitucionais mediante a reafirmação de postulados partilhados, dando uma melhor resposta às crescentes exigências dos cidadãos dos diferentes países no âmbito da Justiça Constitucional.

O diálogo constitucional transnacional pode ocorrer de várias maneiras, dentre elas aquela já mencionada por Afonso da Silva⁶⁸, a migração de ideias constitucionais. Refere-se aos “movimentos entre os sistemas, evidentes ou velados, episódicos ou incrementais, planejados ou envolvidos, iniciados pelo doador ou pelo receptor, relativos a doutrinas substantivas ou a desenho institucional (...)”.

Dessa forma, o que importa é o livre comércio de experiências, de ideias, de teorias, critérios ou consensos internacionais. E a integração que decorre desta migração, ocorre no nível da argumentação e pode operar horizontalmente

65 - HABERLE, Peter. Estado constitucional cooperativo. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Renovar: Rio de Janeiro, 2007, p. 14.

66 - GOUVÊA, Carina Barbosa. Direitos humanos e identidade cultural: Corte Constitucional Colombiana, uma lição através do caminho da equidade e da democracia. In: DINIZ, João Janguê; RIBEIRO, Marcelo. *Constituição, processo e cidadania*. Brasília: Gomes e Oliveira, 2014, p. 173-205, p. 192.

67 - CONFERÊNCIA IBEROAMERICANA DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL, VII, 2010, Mérida, Yucatan, México. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfCooperacaoInternacional&pagina=Conferencialberoamericana>. Acesso em 25 de julho de 2010.

68 - AFONSO DA SILVA, Virgílio. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). *Direitos Humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.515-530, p. 515-518.

entre ordens jurídicas nacionais ou verticalmente entre uma ordem jurídica nacional e uma instância supranacional⁶⁹.

Assim sendo, inobstante os objetivos e as preocupações comuns que encontram guarita nas Cortes Constitucionais e nas Cortes Regionais de Direitos Humanos, a importância das relações de cooperação traduz, também, significativa expressão quando possibilita a aplicação dos parâmetros e fundamentações das decisões, do que poderá permitir avançar para efetivar os direitos fundamentais e humanos⁷⁰.

E por estes motivos, a experiência inédita e histórica canadense, a seguir exposta, abre caminho para abraçarmos um novo parâmetro de fundamentação a ser observado na liberdade de testar e a autonomia da última vontade.

Em recente decisão, um juiz de Newmarket⁷¹, Ontário, uma das províncias do Canadá, tomou uma decisão legal histórica em 29 de janeiro de 2015⁷², ao anular a última vontade do testamento de um homem - *Spence v. MBO TrustCompany (2016 ONCA 196)* - porque seus pretextos no leito de morte eram abertamente racistas. Este foi o primeiro exemplo, reconhecido na jurisdição canadense, cuja alegação ofendeu a “política pública” em se tratando de discriminação.

Segundo o Código de Direitos Humanos do Canadá, de 1981, violar a política pública significa ir em sentido contrário aos valores sociais que demarcam a sociedade canadense.

A principal autoridade na doutrina de políticas públicas é o caso *Canada Trustco v. Ontario, 1990 CanLII 6849 (ON CA)*. Assim, segundo a decisão, violar uma disposição de última vontade é dar um passo muito sério, eis que existe o perigo de o juiz impor seus próprios valores. No entanto, há casos em que, com base na “política pública”, os interesses da sociedade

69 - GOUVÊA, Carina Barbosa; GALDINO, José Lucas. O manejo da Oficina anticorrupção no direito comparado: uma poderosa ferramenta para o controle da corrupção. *RSDA*, nº 141, Setembro/2017, p. 105-124, p. 194.

70 - GOUVÊA, Carina Barbosa. Direitos humanos e identidade cultural: Corte Constitucional Colombiana, uma lição através do caminho da equidade e da democracia. In: DINIZ, João Janguê; RIBEIRO, Marcelo. *Constituição, processo e cidadania*. Brasília: Gomes e Oliveira, 2014, p. 173-205, p. 192.

71 - GERSON, Jen. Judge rejects Ontario man's racist will that disinherited daughter for having “bastard” white son. *National Post*. Pub. 29 jan 2015. Disponível em <<https://nationalpost.com/news/canada/judge-rejects-ontario-mans-racist-will-that-disinherited-daughter-for-having-bastard-white-son>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2015.

72 - GOUVÊA, Carina Barbosa. Supremacia do Testamento e autonomia da última vontade x racismo: a prevalência dos direitos fundamentais. *Academia.edu*. Disponível em <https://www.academia.edu/10711300/Supremacia_do_Testamento_e_autonomia_da_%C3%BAltima_vontade_x_racismo_a_preval%C3%Aancia_dos_direitos_fundamentais_uma_decis%C3%A3o_in%C3%A9dita_da_Corte_Canadensehttps://www.academia.edu/10711300/Supremacia_do_Testamento_e_autonomia_da_%C3%BAltima_vontade_x_racismo_a_preval%C3%Aancia_dos_direitos_fundamentais_uma_decis%C3%A3o_in%C3%A9dita_da_Corte_Canadense>

exigem essa intervenção. Por exemplo, a liberdade de um proprietário de dispor de sua propriedade, ou seja, a forma como se escolhe fazer essa oferta é de interesse social e está firmemente enraizada em diversos dispositivos normativos e deve ser limitada no caso de violação à política pública.

Assim, a disposição e a forma de deliberar testamentária devem atender a alguns pressupostos fundamentais e devem ser analisadas como um todo. Exemplificando, ficou decidido que quando um documento (testamento) estabelecer uma premissa (“*trust*”) baseada em noções que evocam o racismo e a superioridade religiosa, isso contraria a política pública. Estabelecer que o conceito de que qualquer raça ou religião é intrinsecamente melhor que a outra está patentemente em desacordo com os princípios democráticos que governam a sociedade pluralista, onde os direitos de igualdade são constitucionalmente garantidos e nos quais a herança multicultural dos canadenses deve ser preservada e aprimorada. Desta forma, perpetuar uma *trust* que impõe critérios restritivos com base em noções discriminatórias não está condizente com o interesse público.

A liberdade de dispor de sua propriedade moldada ao longo dessas linhas deve dar lugar aos princípios atuais de política pública sob os quais as raças e religiões devem ser tratadas em pé de igualdade e de igual respeito. Existem precedentes anteriores, onde testamentos foram anulados ao tentarem conceder bens póstumos a entidades ou organizações que os juízes canadenses tenham considerado contrárias às políticas públicas. Por exemplo, um Tribunal de Nova Brunswick violou a autonomia da última vontade de um testador - colecionador de moedas - que deixou sua fortuna para um grupo neonazista de West Virginia.

O case *Spence v. MBO Trust Company* representou uma abertura a uma discussão complexa e que representa a proteção dos direitos fundamentais e humanos do sujeito na relação testamentária quando o testamento invoca claramente princípios discriminatórios.

A liberdade de um testador de distribuir sua propriedade e como ele escolhe fazer essa distribuição é um ato jurídico protegido pela lei. Dessa forma, a autonomia da última vontade e a liberdade de testar constituem importante princípio e não devem sofrer intervenção, a não ser na medida em que o sistema dos princípios do direito assim o exija. Um exemplo é a provisão adequada, justa e equitativa para os cônjuges, filhos e netos dos testadores. Dessa maneira, a autonomia testamentária está limitada pelos

direitos e garantias fundamentais, significando que esses fundamentos impõem obrigações ao testador.

Daí a necessidade de se compatibilizar a liberdade de testar e a autonomia da última vontade ao caso concreto. Em muitos casos, há diversas formas de dividir os ativos que podem ser consideradas adequadas, justas e equitativas. Haverá uma ampla gama de opções, sendo que qualquer uma delas pode ser apropriada na circunstância do caso concreto. Desde que o testador tenha escolhido uma opção dentro desta faixa, a vontade não deve sofrer intervenção. Somente quando o testador tiver escolhido uma opção que esteja abaixo desse nível, definido pelas condições da unidade material do sistema normativo, o juiz deve intervir, de modo a atingir a justiça que o testador não contemplou.

Não obstante a natureza robusta da liberdade testamentária e suas salutares dimensões de interesse social, os tribunais de apelação canadenses reconhecem que esse não é um direito absoluto. Além dos limites impostos pela lei, ela também pode ser limitada por considerações de políticas públicas, já citadas acima. Portanto, as estipulações discriminatórias devem ser levadas em consideração e são nulas se contrariarem essas políticas.

Como a igualdade racial está firmemente incorporada na política pública do Canadá e a força destrutiva da discriminação é contrária a ela, o juiz, ao anular ou romper o testamento, não atua de forma “ativista” ou “solipsista” mas sim de modo a manter a coerência com os valores constitucionais e plurais que representam o país.

As normas de proteção contra a discriminação, seja em órbita nacional ou internacional, compõem o bloco material do sistema normativo que deve ser também levado em consideração. Assim sendo, os aspectos factuais e as evidências extrínsecas são especialmente significativos.

No Brasil, recentemente e pela primeira vez, caso similar ocorreu. A matéria foi escrita por Rover⁷³ onde o Juiz Milton Biangioni Furquim, de Guaxupé (Minas Gerais), determinou que duas netas fossem incluídas na partilha da avó, que tinha excluído ambas do testamento por serem fruto de relacionamentos não matrimoniais do pai. Para fins de maior compreensão, a testadora possui três filhos, sendo que: uma filha possui três filhos, frutos da relação marital; a segunda possui dois filhos, frutos da relação marital;

73 - ROVER, Tadeu. Por ver discriminação, juiz inclui netas de relação não matrimonial em testamento. *Consultor Jurídico*. Pub. 21 de fev de 2018. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-jul-31/testamento-nao-discriminar-netos-relacao-nao-matrimonial>>. Acesso em 01 mar. 2018.

e o terceiro possui duas filhas, frutos de relações não maritais e com mães distintas. O testamento em questão contemplou todos os filhos e cinco netos da testadora, discriminando, inclusive, as frações destinadas a cada um. Porém, não foram contempladas as duas netas advindas de relação não marital.

O caso embrionário no Brasil acabou por causar um turbilhonamento de “emoções acadêmicas”, vez que a decisão inédita invocou, pela primeira vez, a possibilidade de ruptura da autonomia da última vontade baseada na discriminação.

Assim, de acordo com o juiz, ainda que a autora do testamento possa dispor livremente da parte disponível da herança, esse direito encontra limitações constitucionais, devendo o Poder Judiciário afastar esses abusos.

A última vontade da testadora, assim como todos os atos jurídicos, de esfera pública ou particular, devem ser compatíveis com os instrumentos normativos de hierarquia superior, podendo sofrer controle de legalidade, supra legalidade e/ou constitucionalidade.⁷⁴

Para subsidiar a decisão, ao declarar o direito das netas excluídas de participarem da partilha, uma cadeia sistêmica de critérios argumentativos foi construída pelo juiz. Primeiramente, a decisão lembrou que a Carta Constitucional aboliu toda diferenciação entre filhos/netos legítimos, ilegítimos ou adotados, sem qualquer ressalva de situações preexistentes - não haveria discriminação se a avó tivesse aquinhoado terceiros ou apenas um ou dois entre tantos netos; no entanto, houve a disposição em favor de cinco dos sete netos, deixando de fora apenas duas netas concebidas por um de seus filhos em relação não marital, de forma indisfarçadamente discriminatória; invocou abuso do direito como ato atentatório à igualdade; a situação acabava por atentar contra a dignidade da pessoa humana das netas excluídas, além de desvirtuar o instituto do testamento para, por meio dele, dar vazão aos chamados planejamentos sucessórios; e, por fim, que o tratamento discriminatório contaminaria a igualdade familiar.⁷⁵

É muito comum romper ou anular um testamento, quando este impõe condições ou estipulações que estão em desconformidade com a lei. Várias categorias podem ser citadas como exemplo: condições de restrições

74 - Ver nota 73.

75 - ROVER, Tadeu. Por ver discriminação, juiz inclui netas de relação não matrimonial em testamento. *Consultor Jurídico*. Pub. 21 de jul de 2018. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-jul-31/testamento-nao-discriminar-netos-relacao-nao-matrimonial>>. Acesso em 01 de agosto de 2018.

a casamento e aquelas que interferem nas relações conjugais; legados condicionados que buscam induzir o celibato ou a separação de casais casados; condições que interferem no cumprimento dos deveres parentais e prejudicam a relação entre pai e filhos (como: deserdando crianças se elas foram morar com o pai); condições que deserdam um beneficiário se ele mudar de religião ou filiação religiosa; condições que incitam o herdeiro a cometer um crime ou a praticar atos em desconformidade com a lei.

As características principais desses casos é que as condições impostas pelo testador exigem: que um beneficiário atue de forma a violar a lei ou a ordem pública, a fim de herdar sob o as condições do testamento; ou obriga os executores ou curadores da última vontade a agir de forma ilegal, com a finalidade de implementar as intenções do testador.

Mas pode haver interferência judicial em um testamento por motivos de discriminação?

O olhar para a definição desses sentidos é extremamente complexo, ressaltando que o principal foco está na dignidade daqueles que foram discriminados por liberalidade do testador.

As decisões acima mencionadas, sejam as canadenses ou a precursora na Brasil, são significativas em alguns aspectos: a moldura constitucional e de proteção à dignidade está no centro das decisões e estas estão sendo construídas de modo a reposicionarem o sujeito para o centro protetivo do ordenamento jurídico.

3.1 Análise do Caso Paradigmático Brasileiro

A liberdade de testar, a autonomia da vontade, a discriminação - esses conceitos abrem caminho para o repensar da coerência e integridade do sistema normativo brasileiro e merecem reflexão em vários aspectos. Por um lado, seu relacionamento com a natureza privada das disposições testamentárias, a liberdade de testar, a autonomia da vontade; por outro,, sua interação com a dignidade da pessoa humana, a proteção dos direitos fundamentais e humanos, e o conteúdo principiológico que fundamenta a República Federativa do Brasil.

O primeiro ponto a ser examinado é saber se cabe ao juiz, de forma subjetiva, substituir a intenção do testador alterando ou suprimindo sua vontade. Nesse sentido, podem a Constituição Federal e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos se manifestarem para justificar essa

interferência?

Vejamos: a Constituição Federal é clara quando se refere à igualdade e que todos têm direito a serem tratados como iguais, principalmente no que diz respeito à ação estatal, bens, instalações e também nas relações privadas.

As disposições testamentárias e seus núcleos como a liberdade de testar e a autonomia da última vontade, à luz do Direito Civil do século XIX, ainda atuante em manuais clássicos, incorporam o conceito de que o testador possa dispor incondicionalmente de seus bens e escolher seus beneficiários como desejar, ou seja, atuando com plenitude à sua autonomia da vontade, mesmo que por motivos discriminatórios.

Mas a leitura de tal conceito foi se tornando mais refinada fora do palco da codificação, como, por exemplo, nas palavras do Justice Galligan:

“é repugnante aos padrões da comunidade contemporânea que a desaprovação de ordem religiosa possa justificar o exercício da discricionariedade do testador; portanto, está decidido que é contra a política pública discriminar por motivos de raça ou religião”.

O que se pode concluir é que a capacidade testamentária tem seus núcleos de aderência e isso significa a liberdade e o direito de dispor de sua propriedade como bem entender. Esse exercício não está sujeito à supervisão de um Tribunal.

Ressalta-se que não estamos a tratar de intervenção judicial por “herdeiros desapontados” por terem sido deserdados em favor de um terceiro diferente e digno. A autonomia da vontade do testador é subsidiada robustamente pelo princípio da liberdade de testar e essa intervenção caracterizaria um ativismo judiciário negativo.

Mas o exercício do arbítrio ou abuso de poder do testador está sujeito ao controle do Estado e esse controle deve impedir o exercício discricionário do testador se este ofender a coerência do texto constitucional que fundamenta as bases no interesse social e de proteção do sujeito e de sua dignidade.

O segundo ponto de discussão está relacionado à liberdade de testar e à discriminação da testadora por não contemplar as respectivas netas, por serem fruto de relação não marital.

A decisão judicial enfatizou que o testamento foi confeccionado e a parte disponível da testadora foi dividida na mesma quantidade de filhos que a testadora possuía, ou seja, três. Foi observado, ainda, que em dois trechos

do testamento, a testadora utilizou a expressão “netos”, inclusive dando a impressão de que a contemplação testamentária se referia à totalidade dos netos da testadora, ou seja, os sete, o que não ocorreu. Foram contemplados somente cinco netos da testadora, advindos de relação matrimonial, ou seja, somente os netos legítimos. As duas netas “ilegítimas” foram excluídas do testamento.

A testadora viveu por cinquenta e seis anos sob a vigência do Código Civil de 1916, assim considerado a partir da “Jurisprudência dos Conceitos”, a “Constituição” das relações privadas. Para o Código Civil de 1916, os filhos legítimos eram aqueles frutos da constância do casamento. Para esse Código, havia a impossibilidade de reconhecimento de filhos incestuosos ou adulterinos, conforme disposto no artigo 358 do mesmo Código. Nesse sentido, o pai das netas excluídas, conforme mencionado pelas peças de defesa e contestação, não possuía a mesma vida regrada das irmãs, e sim uma “complexa conduta social”.

E está posto o cenário ao grande embate que vai conduzir à condução da racionalidade interpretativa.

A menção à entidade familiar, fruto da Constituição de 1988, é feita no sentido de núcleo familiar, ou seja, família no mais estrito sentido da palavra, abrangendo os mais diversos arranjos familiares, dentro de uma perspectiva pluralista, de respeito à dignidade da pessoa humana, com o significado de unidade integrada pela possibilidade de manifestação de afeto, através da convivência, publicidade e estabilidade⁷⁶. E essa estrutura contempla todos os filhos que concorrem em pé de igualdade. O texto constitucional nos diz que estão proibidas as discriminações, mesmo de designações, como por exemplo, de filho ilegítimo⁷⁷.

Na perspectiva da família plural, a dimensão da lei de igualdade passa a governar as relações familiares e os papéis e funções são representados na mesma medida. Dessa forma, fica evidente que a lei de igualdade significa a ausência de tratamentos discriminatórios⁷⁸ e daí a literalidade do artigo 227 § 6^o⁷⁹ da Constituição Federal.

76 - ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Famílias simultâneas e concubinato adulterino. 2002. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/195.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2018.

77 - FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família*. 1999. Disponível em <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/233/395>>. Acesso em 15 de março de 2018.

78 - FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família*. 1999. Disponível em <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/233/395>>. Acesso em 15 de março de 2018.

79 - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Para Fachin, o Código Civil, com a Constituição de 1988, perdeu seu papel central de regulação das relações familiares, que passou a ser exercido pela principiologia constitucional, pelos princípios da igualdade, da neutralidade, e de tantos outros que defluem do capítulo específico da família e de outras normas relevantes da Constituição. Nessa medida, a Constituição nos permite enxergar uma dimensão sociológica e plural de família pelo primado da igualdade.

Portanto, essa conjugação do *caput* do artigo 227⁸⁰ com o § 6º, segundo a decisão do juiz Milton Biagioni Furquim, traz a dimensão de que esses indivíduos, netos “ilegítimos”, crianças, adolescentes, jovens e filhos de qualquer espécie ou natureza, estão protegidos e não podem ser discriminados, seja de tratamento, de respeito e de dignidade, seja quanto aos seus direitos, inclusive patrimoniais, dispensados em detrimento de outros.

E essa determinação constitucional é garantista e reforçada também no plano infraconstitucional supralegal e internacional. Os instrumentos mencionados já se encontram incorporados no universo normativo brasileiro, senão vejamos:

- a. Declaração Universal dos Direitos Humanos, que reafirma o princípio da não-discriminação em seu artigo VII⁸¹;
- b. Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 20⁸²;
- c. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos em seus artigos 2⁸³, 26⁸⁴ e 23⁸⁵;

80 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Redação dada pela Emenda Constitucional 65/2010.

81 - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

82 - Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

83 - Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

84 - Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

85 - Os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades dos esposos quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, deverão adotar-se disposições que assegurem a proteção necessária para os filhos.

- d. Convenção sobre a Eliminação de Discriminação contra a Mulher - a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade da pessoa humana. Para fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo, de acordo com seu artigo 16 alínea f⁸⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, é possível sustentar que o ato de liberalidade do testador encontra-se limitado e que não é mais possível, dentro desta concepção, a manutenção de argumentos rígidos e impenetráveis, como “os não contemplados em testamento não têm moralmente e nem por direito a possibilidade de exigir atos de liberalidade”.

Segundo o juiz Milton Biagioni Furquim, tivesse a testadora aquinhoado terceiros, ou apenas um ou dois entre seus tantos netos, nem se poderia cogitar da aplicação da tese da discriminação, pois, então, a escolha estaria despida da discriminação de que se cogita na espécie. No entanto, tendo havido a disposição testamentária em favor e em benefício dos cinco dos sete netos, o princípio constitucional e internacional que impede a discriminação dos filhos/netos excluídos encontra guarida.

Indagação interessante foi realizada pelo juiz prolator da sentença: pode ser considerada moral e juridicamente válida disposição testamentária eivada dessa discriminação, vedada pela ordem constitucional e supralegal brasileira? Isso porque tal disposição contempla uns netos (cinco) em detrimento de outros (dois) - mulheres e frutos da relação não matrimonial.

Na elaboração da disposição testamentária, embora faça alusão “a todos os netos”, na literalidade e assim transcrito “para seus netos” (p. 152), não representa na realidade “todos os netos”, mas somente os filhos de relação matrimonial. Aqui, entendido pelo juiz Milton Biagini Furquim, de “forma indisfarçadamente discriminatória”, concluindo que o direito não tolera o abuso⁸⁷.

86 - Os mesmos direitos e responsabilidades com respeito à tutela, curatela, guarda e adoção dos filhos, ou institutos análogos, quando esses conceitos existirem na legislação nacional. Em todos os casos os interesses dos filhos serão a consideração primordial.

87 - Para a leitura completa da sentença, acessar < <https://www.conjur.com.br/dl/processo-testamento-guaxupe.pdf>>.

Por outro lado, expõe o julgador que a faculdade de confecção de um testamento não é livre e incondicional, até mesmo pela própria lógica estrutural normativa brasileira, de que as normas de hierarquia inferior devem ser compatíveis com as normas de hierarquia superior: assim, as normas do Código Civil devem ser harmoniosas entre si e com as normas constitucionais, tema já discutido no tópico dois.

Portanto, pode-se concluir que a liberdade de testar e a autonomia da última vontade, a partir da leitura da Constituição garantista, devem estar condicionadas e limitadas à dignidade da pessoa humana, à isonomia, e à isonomia entre os filhos/netos. O valor dimensionado de proteção maior é o de não discriminação entre filhos/netos - este valor é humano, acima de tudo.

É inconteste que a análise factual deve ser examinada pelos elementos intrínsecos e extrínsecos que revestem o caso concreto. Não se está aqui a sugerir a validade e legitimidade de ativismos judiciais, mas que, ao interpretar uma regra, o juiz deve fazê-lo em consonância com os princípios, axiologicamente hierarquizados, na orientação teleológica traçada pelos valores do sistema constitucional, na resolução do caso concreto. Essa construção é imperativa para fundamentar e realçar a defesa dos interesses a favor do ser humano, da coerência e da integridade do texto constitucional.

As experiências aqui retratadas abrem caminho para a compreensão de um novo sentido, que deve servir também como parâmetro de fundamentação, seja na constituição teórico-abstrata da liberdade de testar e na autonomia da última vontade, seja na materialização dessas liberdades.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Forense, 2007.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Integração e diálogo constitucional na América do Sul**. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). **Direitos Humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.515-530.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Famílias simultâneas e concubinato adúltero**. 2002. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/195.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2018.

ARONNE, Ricardo. **Titularidades e apropriação no novo Código Civil**

Brasileiro - breve ensaio sobre a posse e sua natureza. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 215-220; ARONNE, Ricardo. **Código Civil Anotado.** São Paulo: Thomson.

_____. **Por um Direito Civil- Constitucional.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **Estudos de Direito Civil Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Em defesa dos princípios: sistema jurídico, direito privado e existencialismo.** In: DINIZ, João Janguê Bezerra; RIBEIRO, Marcelo (Coord.) **Constituição, processo e cidadania.** Brasília: Gomes e Oliveira, 2014, p. 207-243.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANARIS. **Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito.** Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Editora Fabris, 2003.

CONFERÊNCIA IBEROAMERICANA DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL, VII, 2010, Mérida, Yucatan, México. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=sobreStfCooperacaoInternacional&pagina=Conferencialberoamericana>. Acesso em 25 de julho de 2010.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio.** Madrid: Ariel Derecho, 1985.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família.* 1999. Disponível em <https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/233/395>. Acesso em 15 de março de 2018.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

HABERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo.** Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Renovar: Rio de Janeiro, 2007.

GERSON, Jen. **Judge rejects Ontario man's racist will that disinherited daughter for having "bastard" white son.** *National Post.* Pub. 29 jan 2015. Disponível em <https://nationalpost.com/news/canada/judge-rejects-ontario-mans-racist-will-that-disinherited-daughter-for-having-bastard-white-son>. Acesso em 02 de fevereiro de 2015.

GOUVÊA, Carina Barbosa. **Direitos humanos e identidade cultural: Corte**

Constitucional Colombiana, uma lição através do caminho da equidade e da democracia. In: DINIZ, João Janguê; RIBEIRO, Marcelo. *Constituição, processo e cidadania*. Brasília: Gomes e Oliveira, 2014, p. 173-205, p. 192.

_____. **Supremacia do Testamento e autonomia da última vontade x racismo: a prevalência dos direitos fundamentais.** *Academia.edu*. Disponível em <https://www.academia.edu/10711300/Supremacia_do_Testamento_e_autonomia_da_%C3%BAltima_vontade_x_racismo_a_preval%C3%Aancia_dos_direitos_fundamentais_uma_decis%C3%A3o_in%C3%A9dita_da_Corte_Canadense>

_____. **As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos Estados em transição política: o papel das Nações Unidas no resgate da ordem democrática.** Curitiba: Juruá, 2016, p. 78.

_____; GALDINO, José Lucas. **O manejo da Oficina anticorrupção no direito comparado: uma poderosa ferramenta para o controle da corrupção.** *RSDA*, nº 141, Setembro/2017, p. 105-124, p. 194.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Contrato e mudança social.** *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, nº 722, 1995, p.41.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Repercussão Geral.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MIDIDIEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MATA, Alfonso Chacón. **Apuntes de hermenéutica interpretativa em materia de derechos humanos.** *Revista Judicial*, Costa Rica, nº 118 enero, 2016, p.33-60,p. 45.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais e interpretação constitucional.** *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Porto Alegre: o Tribunal, nº 30, p.21-34, 1988.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional.** *Revista de Direito Civil*, São Paulo: RT, nº 65, p.21-32, 1992.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, CRP (Claudia Ribeiro Pereira Nunes). **History Process of Constitutionalizing Private Law and Its Reflection in Contractual Relationship.** Publication on

2006/7/13. Available at SSRN 2217046, 2006.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ROVER, Tadeu. **Por ver discriminação, juiz inclui netas de relação não matrimonial em testamento**. *Consultor Jurídico*. Pub. 21 de fev. de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/testamento-nao-discriminar-netos-relacao-nao-matrimonial>>. Acesso em 01 de mar. de 2018.

SARLET, Ingo. W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direitos fundamentais, Reforma do Judiciário e Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. In: CLEVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo W.; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Orgs.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Recebido em: 03.01.2018

Revisado em: 15.04.2018

Aprovado em: 25.05.2018

BIOÉTICA EM TEMPO DE GLOBALIZAÇÃO

GLOBALIZATION AND BIOETHICS

André Luiz Costa¹

Mestre em Direito

Universidade Estácio de Sá - RJ/Brasil

Resumo: A presente pesquisa é um estudo de caso que aborda uma questão social bastante sensível, situações de vida e morte analisadas pela Bioética. O objetivo do trabalho é apresentar o estudo da Bioética, enquadrando a discussão dentro das turvas características da globalização, os Direitos Humanos e o Constitucionalismo Moderno. O resultado esperado é contribuir para o aprofundamento do estudo principiológico da Bioética, trazendo mais valor a esse novo ramo do direito e da advocacia.

Palavras chaves: Biologia, Ética, Semântica.

Abstract: This research addresses a case study very sensitive social issue, life and death situations analyzed by Bioethics. The aim of this paper is to build a study for Bioethics, framing the discussion within the blurred characteristics of globalization, on one side Human Rights and on the other Brazilian Constitutionalism. The expected result is to contribute to the deepening of the principiological study of Bioethics, bringing more value to this new branch of law and advocacy.

Keywords: Biology, Ethics, Semantics.

INTRODUÇÃO

Na atualidade uma discussão presente no dia a dia da sociedade é a ética. Daí surge uma discussão ainda mais profunda denominada Bioética. Entre a

1 - Mestre em Direito, Constituição e Cidadania do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida (UVA). Pós-Graduado em Direito Processual Civil (UCAM/RJ). Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal com complementação em Didática do Ensino Superior (UCAM/RJ). Possui graduação em Direito pela Universidade Cândido Mendes (2005). Graduando em Ciências Econômicas pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Professor de Direito Penal, Processual Penal e Tópicos de Direito Público (Constitucional e Administrativo) do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). Professor orientador no Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). Professor de Direito Penal, Administrativo e Prática Penal na Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Pesquisador da sociedade científica GGINNS - *Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability*. Advogado. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Público, Direito Penal e Processual Penal, Direito Ambiental (Sustentabilidade), Biodireito e Bioética. E-mail: andreluizcostadir@gmail.com

ciência, a tecnologia e a ética, surge esta categoria híbrida e complexa, demonstrando-se adequada para tratar de questões aflitivas como:

- 1) O início da vida (Genética, clonagem, embriões humanos, células-tronco embrionárias, bebê medicamento, engenharia genética, aborto);
- 2) A terminalidade de vida (Cuidados paliativos, ortotanásia, eutanásia, distanásia, testamento vital);
- 3) A saúde pública (SUS, vacinação, transplante de órgãos, doenças raras, drogas órfãs, saúde mental, transplante de órgãos, comissões de bioética)
- 4) Gênero, identidade, diversidade e saúde sexual (transgênero, intersexo, adolescência, DST, políticas públicas em questões sexuais);
- 5) Direitos reprodutivos (métodos contraceptivos, laqueadura, esterilização, planejamento familiar, barriga de aluguel, fecundação heteróloga, importação de gameta, humanização do parto);
- 6) Biodiversidade, bioprospecção e meio ambiente (OGM, Segurança alimentar, biopirataria, patentes biológicas);
- 7) Direito dos animais (Pesquisas com animais, políticas públicas para a fauna, xenotransplante); e
- 8) Desenvolvimento de nano e biotecnologias (Fármacos, dispositivos médicos, experimentos com seres humanos, nanotecnologia).

Como o mundo está convivendo em uma aldeia global, o tema justifica-se por serem estas questões importantes a todos conjuntamente independentemente de raça, cor e credo.

O objetivo geral do trabalho é contribuir para o aprofundamento do estudo principiológico da Bioética dentro dos Direitos Humanos e do Constitucionalismo Brasileiro. Para que essa imersão filosófica seja adequada, a metodologia da revisão literária necessita ser combinada com os dados secundários dos casos em estudo e análise. O método dedutivo é o mais acertado para desenvolver esse raciocínio filosófico.

Para ser o objetivo obtido, a estrutura do trabalho será: um histórico rápido sobre a globalização. Em seguida, o histórico suscito da Bioética dentro do contexto da globalização. Por fim, apresenta estudo principiológico da Bioética e o *leading case* sobre Bioética no Supremo Tribunal Federal. O caso escolhido aparece com *amicus curie* do Instituto Anis e suas discussões dividem os Ministros entre os argumentos dos Direitos Humanos e do Constitucionalismo Brasileiro.

1 GLOBALIZAÇÃO NO SÉCULO XXI

A Globalização nasceu em meio à Segunda Guerra Mundial - 2ª GG -, com um pacote cultural-ideológico nos Estados Unidos da América que incluía várias edições diárias de um noticiário denominado “O Repórter”, que trazia os movimentos da guerra para a população ansiosa pelas informações das atividades do doutro lado do oceano².

A partir dos anos 80 e 90, houve uma explosão do uso do termo globalização nos veículos de informação, a palavra se confundia com uma nova forma de pensar e desenvolveu várias acepções.

Segundo BONAGLIA e GOLDSTAIN - obra referência da temática -, fatos históricos marcantes ocorridos entre o final da década de 1980 e o início dos anos 1990 determinaram um processo de rápidas mudanças políticas e econômicas no mundo³.

Os eventos histórico-sociais ocorridos levam a sociedade a uma cabal insegurança pois, “de um sistema de polaridades definidas passou-se, então, para um sistema de polaridades indefinidas ou para a multipolarização econômica do mundo”⁴; “do confronto ideológico, capitalismo versus socialismo real, passou-se para a disputa econômica entre países e blocos de países”⁵.

A grande virada econômica trazida com a globalização é que o sistema capitalista foi o grande beneficiário dessa mudança. O sistema capitalista pôde expandir-se praticamente hegemônico na organização da vida social global, abrangendo as esferas política, econômica e cultural. E tornando o mundo em uma aldeia global, “Assim, o capitalismo mundializou-se e invadiu os espaços geográficos que até então se encontravam sob regime de economia centralmente planejada ou nos quais ainda se pensava poder

2 - ADDA, J. A Mundialização da Economia: Problemas, Lisboa, Terramar, 1997. P. 27.

3 - BONEAGLIA, Federico, Andrea GOLDSTEIN, Globalização e Desenvolvimento, Lisboa, Editorial Presença, 2006. P. 88-89. São exemplos de questões surpreendentes citadas pelos autores: “Até mesmo os analistas e cientistas políticos internacionais foram surpreendidos por acontecimentos, como, por exemplo, o fim da chamada “guerra fria”, o fim do socialismo real e a queda do Muro de Berlim em 1989; a desintegração da União Soviética em dezembro de 1991 e seu desdobramento em novos Estados soberanos como a Ucrânia, Rússia, Lituânia e outros; a formação de blocos econômicos regionais como a União Europeia, o Nafta, o Mercosul, dentre outros acontecimentos. Após a Segunda Guerra Mundial e até praticamente 1989, ano da queda do Muro de Berlim, o mundo vivia no clima da “Guerra Fria”, que constituiu uma ordem mundial bipolar”.

4 - BONEAGLIA, Federico, Andrea GOLDSTEIN Op. Cit. 2006.P. 98

5 - Idem. P.103

viver a experiência cercados numa ‘aldeia global’, explorada pelas grandes corporações internacionais”⁶.

Os Estados, gradativamente, foram forçados a abandonar as barreiras tarifárias para proteger sua produção da concorrência dos produtos estrangeiros e, acabam por se abrirem ao comércio e ao capital internacional de forma rápida e mais hegemônica do que o desenvolvimento econômico pode suportar, tornando todos os países dependentes da economia do outro.

O fenômeno da globalização é complexo e envolve vários processos simultâneos e contraditórios. Não apenas do ponto de vista econômico, mas a globalização como um processo produtor de conflitos e de novas formas de estratificação e de poderes e de iniquidades⁷.

De acordo com Stiglitz, a globalização se alicerça em duas colunas centrais:

- A. o dinheiro mundializado; e
- B. a informação⁸.

Entretanto, nos países mais pobres, essas duas colunas centrais são monopolizadas ou oligopolizadas por grupos econômico-políticos de forma autônoma à sociedade⁹.

A característica mais penosa no ambiente da informação é a sua centralização para os meios de comunicações das massas (televisão e rádio) e a descentralização nas mãos de muitos do ambiente virtual ou Internet. Independente de onde a informação venha, ela passa por um filtro deformante, mesmo tendo tecnicamente a possibilidade de chegar a todo o planeta no mesmo minuto¹⁰.

Em relação ao capital, tem-se em sua característica de volatilidade, um mundo cada vez mais fluido ou líquido, nas palavras de Bauman¹¹.

Essa combinação explosiva das redes de informação e a instabilidade dos capitais, causam os desdobramentos que ultrapassam os limites da economia,

6 - DUNNING, J., *Multinational Enterprises in a Global Economy*, Tradução em espanho por Daniel Laving Díaz. Wokingham, Addison Wesley 1993. P. 23.

7 - GIDDENS, Anthony, *O Mundo na Era da Globalização*, Lisboa, Editorial Presença, 2000. P. 5-7.

8 - STIGLITZ, Joseph E., *Globalização: a Grande Desilusão*, Lisboa, Terramar, 2004. P.55

9 - STIGLITZ, Joseph E., *Op. Cit*, 2004. P. 68.

10 - Idem, p. 89

11 - BAUMAN, Zigmunt. *Globalização. As Consequências Humanas*, Paperback Publisher: Zahar; Ciências Humanas e Sociais edition, 1999. P. 12.

mesmo que a informação leve a uma certa homogeneização cultural de consumo entre os países.

Neste contexto, o autor pretende apresentar uma reflexão sobre a Bioética. Nesse mundo globalizado onde tudo se consome, inclusive a vida ou a morte, a reprodução, a troca de sexo, etc...

2 RESSIGNIFICAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ENVOLVENDO A BIOÉTICA NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO¹²

Dentro de quase o mesmo momento histórico da globalização, após a Segunda Guerra Mundial - 2ª GG -, em 1948, nasce o Bioética, com os julgamentos do Tribunal Internacional de Nüremberg¹³. Naquele momento, apresentam-se ao mundo os horrores de um sistema totalitário, racista e discriminatório, que buscava dominar o mundo não apenas pela força, mas também pelo conhecimento na área da saúde. Nos Campos de concentrações alemães, ética era apenas para os arianos, quando convinha. As minorias em uma total situação de insalubridade tornaram-se cobaias de experimentos médicos onde tudo era permitido. Homens, mulheres, crianças foram mortos pelas mãos habilidosas de cientistas que queriam investigar como funcionava o corpo humano, sem se incomodar com as dores, sequelas e mazelas que poderiam causar aos “objetos” de suas investigações quando os abriam vivos e os deixavam sangrar até morrer apenas para contar a variação do tempo em que isso acontecia, a depender da idade e peso do ser humano, além de outras atrocidades.

O Tribunal Internacional se reuniu para julgar esses criminosos de guerra e, paralelamente aos criminosos serem julgados e presos conforme foram descobrindo-se a desumanidade da guerra, acabaram por promulgar a “Declaração de Nüremberg” de 1948, que estabeleceu os princípios nos quais a pesquisa na área médica deve-se basear.¹⁴

Após quase 20 anos, em 1964, em Helsinque, e após ocorrerem cinco revisões subsequentes, os diferentes acordos da “Associação Médica Mundial” refletem em seu texto, a preocupação com a ética da pesquisa no campo da

12 - A parte histórica da Bioética trata-se de um resumo dos capítulos 3 e 4 do livro LOLAS F. Bioética. El diálogo Moral en las Ciencias de la Vida. Santiago de Chile. Chile. Editorial Mediterráneo Ltda. 2001.

13 Formado para o Julgamento dos Nazistas.

14 - NUNES, CRP; PERALTA, PD; BOTIJA, FG. Trata de Órganos Humanos: Desafíos del alineamiento de la legislación de Brasil con los principios del Convenio de Santiago de Compostela-Consejo de Europa (CoE). In: Cadernos de Dereito Actual, 2018 (8) Número Ordinário 2017. p. 205-219.

saúde e da pesquisa biomédica.

Como ainda restavam dúvidas sobre algumas questões, em pouco menos de 10 anos, em 1971, o oncologista americano Potter publicou um livro chamado “Bioética, uma ponte para o futuro”, onde o nome Bioética é usado pela primeira vez como ciência, que foi nomeada e definida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como:

O estudo sistemático do comportamento humano no campo das ciências biológicas e da assistência à saúde, desde que este estudo seja realizado à luz de valores e princípios éticos. (...)

O campo de abrangência da bioética pode aumentar à medida que a ciência avança e sua defesa da vida, mas não pode ser limitada nem ameaçada pelo utilitarismo.¹⁵

Desde a Segunda Grande Guerra, a Bioética tem sido submetida a múltiplos desafios. E, neste contexto globalizado, a Bioética é, portanto, uma ciência comportamental, porque estuda o comportamento humano, não analisa fenômenos naturais ou o que os seres vivos inconscientes fazem.

Seu campo não se limita à atividade nos campos da pesquisa biomédica e da assistência à saúde, mas se estende a toda atividade humana que trata da vida, porque o bem a ser protegido por ela é precisamente a vida. É assim que ataques contra o meio ambiente, racismo, discriminação, genocídio etc. são tmab[em incorporados¹⁶.

Pode-se afirmar que dentro da concepção das políticas públicas a Bioética é utilizada como uma ferramenta de análise valores e princípios éticos das ações humanas dentro de um contexto tecnológico e sujeitam-se aos três princípios x

da Declaração de Nüremberg (Autonomia, Beneficência e Justiça).¹⁷ Com Helsinque, acrescenta-se a não-maleficência foi incorporada depois e, mais recentemente, no século XXI, como princípio norteador, inclui-se a solidariedade. Com base nesses princípios, pode-se construir a semântica da Bioética entre os Direitos Humanos e o Constitucionalismo.

15 - HOWE E G. The Birth of Bioethics. Book Review. The New Engl J M 1999; 340 (18) P.1446.

16 - CAPLAN A. Debating human Dignity. The Lancet January 2010; 375 (978): P.19-20.

17 - NUNES, Cláudia Ribeiro Pereira; González Botija, Fernando; Díaz Peralta, Pedro. Challenges of the alignment of Brazil to Council of Europe (CoE) Santiago de Compostela Convention on Trafficking in Human Organs, under a Comparative Public Law perspective (Brazil-EU) and related borderline questions. In: Rubén Miranda Gonçalves; Fábio da Silva Veiga (coord.), Los desafíos jurídicos a la gobernanza global: una perspectiva para los próximos siglos, 2017, 491-503, Brasília/DF: Advocacia Geral da União..

3 A CONSTRUÇÃO PRINCIPOLÓGICA DA BIOÉTICA COMO UMA CIÊNCIA ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Os princípios da Bioética agem como contendores dos riscos das práticas desumanas em sede de pesquisas médicas e biomédicas. Abaixo analisar-se-á os cinco¹⁸ principais princípios da Bioética dentro dos Direitos Humanos e o Constitucionalismo Brasileiro.

O primeiro princípio e o mais importante na visão nos Estados Unidos é a Autonomia. Por exemplo, o direito do paciente de participar da tomada de decisão em relação à realização de tratamentos complementares e aplicação para tentar solucionar o problema de saúde a nível experimental. Dela deriva um dos aspectos mais violados na prática médica no Brasil e no mundo, a ciência e assinatura do consentimento livre e esclarecimento¹⁹ pelo paciente com enfermidade grave.

O princípio da Caridade, tem por fio condutor obrigar os profissionais de saúde de sempre agirem para o bem do paciente²⁰. Inseparável da virtude teologal, a caridade significa sintonizar o coração (cor, cordis) com quem está no sofrimento²¹. Refere-se ao dever e à necessidade de amar a todos os semelhantes que sofrem, inclusive aos desconhecidos e, principalmente, aos inimigos - porque todos os humanos são irmãos, são filhos de um mesmo Deus²².

Diego Garcia e León Fernandez acreditam que esses dois primeiros são os chamados princípios máximos, porque, a partir de um ponto cego,

18 - Esta pesquisa destaca cinco princípios pois, são decorrentes da revisão de literatura sobre a temática que compõe as referências bibliográficas. O autor está ciente da variedade de princípios apresentados para o campo da Bioética e não pretende confundir o leitor, só não entrará no mérito se os princípios são adequados ou não. Primeiramente porque filia-se a corrente dos cinco princípios e depois porque essa análise não é o foco da pesquisa, a qual se propõe.

19 - COMISSÃO NACIONAL DE ÉTICA EM PESQUISA (CONEP). Disponível em <http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/index.html>. Acesso em 2 ago 2018. É a tradução da expressão inglesa informed consent. Na língua portuguesa, particularmente no Brasil, emprega-se como o termo “consentimento livre e esclarecido”, que é tradução do termo francês consentement libre et éclairé e a forma mais utilizada nas resoluções da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP) aprovadas pelo Plenário do Conselho Nacional de Saúde (CNS). a ética na pesquisa em seres humanos regula-se pelas resoluções da CONEP e do CNS. O Código de Ética Médica é explícito: o art. 46 prescreve ser vedado ao médico “efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida”. Por sua vez, os artigos 56 e 59 corroboram o direito de o paciente decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas e terapêuticas, bem como seu direito à informação sobre o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento. No tocante à pesquisa médica, estabelece a CONEP que os mesmos princípios estão contidos nos artigos 123 e 124 - cujo fulcro destaca o respeito devido à autonomia da pessoa, seja ela paciente ou sujeito de uma pesquisa.

20 - PORTAL MÉDICO. Atualização Científica. A Evolução do Conceito de Ética Médica: Princípios da Bioética. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/jornal/jornais2001/marco-abril/Bioetica.htm>>. Acesso em 10 de ago de 2018.

21 - Portal Médico, Op. Cit.

22 - Portal Médico, Idem.

a humanidade deseja alcançar o máximo cumprimento deles, mas não os cumprir não implica necessariamente uma ação antiética. Tudo dependerá do resultado final. Se o paciente sobrevive a um tratamento experimental e doloroso, nada ocorre no âmbito ético com o médico que impingiu esta desumanidade porque o valor da vida prevalece em detrimento ao meio pelo que se consegue sobreviver²³.

O terceiro princípio é a Justiça. Complexo, com seus dois aspectos, a Justiça pode ser distributiva e envolver o acesso à saúde para todos e não discriminação em saúde. Mas também pode ser não hexadecimária. Neste caso, a Justiça como princípio incorpora a necessidade de não prejudicar o paciente, mas ao mesmo tempo, particularmente para a rede pública de saúde, baseia-se na relação Custo-Benefício em saúde e do orçamento público da saúde.

O quarto é a Não Maleficência e ocorre quando uma ação, aparentemente de menor ou nenhuma repercussão, agrava-se progressivamente, com tendência a ocorrer cada vez mais, gerando malefícios não previstos inicialmente. As citações a seguir ilustram algumas ideias a respeito deste princípio²⁴.

Esses dois últimos, Justiça e Não Maleficência são princípios do mínimo, porque, para que sejam cumpridos, é necessário cobrir um mínimo dos requisitos exigidos²⁵.

Por fim, o princípio da Solidariedade. É um princípio de formulação recente, não incorporado por todos os autores, mas, na atualidade, o mais importante de todos. Se não somos solidários com quem sofre, se não sentimos a dor dos outros como nossa, nunca podemos ter uma ação ética e fazer o que precisamos fazer para melhorar a condição de quem sofre²⁶.

Com a exposição sucinta do que representa cada um dos princípios da Bioética, e entendendo que os mesmos são diretrizes éticas de cunho aberto, agora, será possível compreender os dilemas entre os Direitos Humanos e o

23 - GARCIA, D.; LEON F J. De los principios de la bioética clínica a una bioética social para Chile. Revista Médica del Chile 2008; 136: 1078-82.

24 - HIPPOCRATES. Hippocratic writings. London: Penguin, 1983:94. Hipócrates, ao redor do ano 430 AC, propôs aos médicos, no parágrafo 12 do primeiro livro da sua obra Epidemia: “Pratique duas coisas ao lidar com as doenças; auxilie ou não prejudique o paciente”. Vale lembrar que durante muito tempo pensou-se que todos os textos contidos nesta obra tivessem sido escritos por Hipócrates. Atualmente, sabe-se que o conjunto da obra foi escrito por vários autores em diferentes épocas.

25 - Vide os autores que consideram os dois últimos princípios como mínimos para a Bioética. LONDON A J, Kimmelman J. Justice in translation: from bench to bedside in the developed world. The Lancet July 11 2008; 372 (9632): 82-85. 12-CAPLAN A. Put the bioethics in a suit and tie. The Lancet 2008; 371 (9607): 107-08. RODRIGUEZ J. La vida en busca de un alero. Algunos interrogantes humanos a la luz de la Bioética. Bogotá, Colombia. Giro Editores Ltda. 2008.

26 - Acompanhamos o pensamento do autor e a diretriz da Sociedade Americana: KON A A, Ablin A R. It's no palliative care, it's palliative treatment. The Lancet Oncology February 2009; 10 (2): 106-07 e AMERICAN EMERGENCY PHYSICIAN SOCIETY. Code of Ethics for Emergency Physicians. Ann Emerg Med. 2008; 52: 581-90.

Constitucionalismo de um caso proposto na Corte Suprema Brasileira, que é a mais alta instância do Poder Judiciário do país e acumula competências típicas de uma Suprema Corte e de Tribunal Constitucional. Sua função institucional principal é a de servir como guardião dos direitos e garantias estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

3.1 Estudo de caso em Bioética na Corte de Direitos Humanos

O método de pesquisa dos casos na Corte Suprema foi o exploratório. Primeiramente, foi utilizada na ferramenta de busca a palavra Bioética dentro do site oficial do STF. Como o resultado apresentou tanto casos de Bioética como casos de outras temáticas o que confundiu o pesquisador. O autor abandonou este método para as pesquisas de casos. E, para obter um caso adequado ao que propõe este trabalho, buscou na ferramenta de pesquisa do Google quais eram as Entidades Civis que apresentam *amicus curie* nas ações de Bioética no STF.

Desta forma, o pesquisador chegou a doze institutos e sociedades civis. Dessas, o pesquisador observou que a entidade que apresenta *amicus curie* nas ações de Bioética no STF, desde que envolva questões feministas, é o Instituto Anis, com sede em Brasília²⁷. Também percebeu que o instituto participa ativamente das audiências públicas.

Com estas considerações, o pesquisador voltou a ferramenta de pesquisa no site do STF com o nome do autor de *amicus curie* e encontrou cinco ações que apresentavam significativamente a controvérsia entre os Direitos Humanos e o Constitucionalismo Brasileiro.

Depois de estudar profundamente cada um dos casos, elegeu a ADPF 54 por ter observado que nele há as três etapas distintas de discussões entre os Direitos Humanos e o Constitucionalismo Brasileiro nos votos dos Ministros.

A primeira etapa foi a decisão monocrática do Ministro Marcos Aurélio deferindo uma liminar permitindo a interrupção da gravidez quando o feto fosse anencéfalo. A segunda etapa foi a cassação da liminar pelo Plenário.

27 - INSTITUTO ANIS. Disponível em: <<https://anis.org.br/>>. Acesso em 20 de agosto de 2018. Fundada em 1999, Instituto Anis é a primeira organização não-governamental, sem fins lucrativos, voltada para a pesquisa, assessoramento e capacitação em bioética na América Latina. Com sede em Brasília, a Anis desenvolve suas atividades com uma equipe multidisciplinar de profissionais com larga experiência em pesquisa social, incidência política, litígio estratégico e projetos de comunicação sobre violações e defesa de direitos, em campos como direitos sexuais, direitos reprodutivos, deficiência, saúde mental, violências e sistemas penal e socioeducativo.

E a terceira foi a decisão, por maioria e nos termos do voto do Relator, para julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Ademais, na própria audiência pública no STF, relacionada ao tema, verifica-se a temática a tensão entre os Direitos Humanos e o Constitucionalismo Brasileiro:

(...) [O Instituto Anis] fez um apelo aos ministros do STF para que deem provimento à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, que caracteriza esse parto antecipado como crime de aborto e está em tramitação no Tribunal. Durante audiência pública promovida pelo STF para debater o tema, a professora, antropóloga de formação, classificou como “tortura” a obrigatoriedade de a mulher levar até o fim uma gestação de feto anencefálico. A tortura não está no acaso de uma gravidez de um feto com anencefalia, mas no dever de se manter grávida para enterrar o filho após o parto, afirmou²⁸.

A ADPF apresenta os seguintes argumentos e discussões contra e favor no campo dos Direitos Humanos e do Constitucionalismo Brasileiro. Confira no quadro abaixo:

QUADRO SINÓPTICO DOS ARGUMENTOS E DISCUSSÕES DOS MINISTROS DO STF NA ADPF 54

ARGUMENTO	DISCUSSÃO	ENQUADRAMENTO
Pré-exclusão da liberdade e autonomia jurídicas, no caso de comportamento tipificado como crime. O enquadramento da interrupção da gravidez anencefálica no tipo delitivo de aborto.	A conduta censurada transpõe a esfera da autonomia e da liberdade individuais, enquanto implica, sem nenhum substrato de licitude, imposição de pena capital ao feto anencefálico.	DIREITOS HUMANOS

28 - Entrevista das representantes do Instituto Anis disponível no JUS BRASIL: < <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/101745/instituto-de-bioetica-direitos-humanos-e-genero-defende-parto-antecipado-em-caso-de-anencefalia>>. Acesso em 12 de Agosto de 2018.

<p>A dignidade constitucional plena da vida intrauterina</p>	<p>A história da criminalização do aborto mostra que essa tutela se fundamenta na necessidade de preservar a dignidade dessa vida intrauterina, independentemente das eventuais deformidades que o feto possa apresentar, como tem apresentado no curso de história. As deformidades das vidas intrauterinas não são novidade fenomênica. Novidade são hoje os métodos científicos de seu diagnóstico.</p>	<p>CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO</p>
<p>O valor inestimável da vida, intra ou extrauterina, não depende de sua qualidade ou duração: o risco do surgimento de práticas de eugenia e eutanásia.</p>	<p>A vida humana, imantada de dignidade intrínseca, anterior ao próprio ordenamento jurídico, não pode ser relativizada fora das específicas hipóteses legais, nem podem classificados seus portadores segundo uma escala cruel que defina, com base em critérios subjetivos e sempre arbitrários, quem tem, ou não, direito a ela.</p>	<p>DIREITOS HUMANOS</p>
<p>As dificuldades e divergências de diagnóstico. O consequente agravamento do risco de eugenia.</p>	<p>Atenta contra a própria ideia de “um mundo diverso e plural”. A temática está indissociavelmente vinculada ao problema da dificuldade técnico-científica de se detectar, com precisão absoluta, quais casos são de anencefalia, de modo a diferenciá-los de outras afecções da mesma classe nosológica, das quais se distingue apenas por questão de grau.</p>	<p>DIREITOS HUMANOS</p>
<p>A impropriedade da analogia com a tortura: ausência de sofrimento injusto, único juridicamente apreciável</p>	<p>“a Constituição Federal ... veda toda forma de tortura (art. 5º, III) e a legislação infraconstitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental (acrescente-se: causada intencionalmente ou que possa ser evitada)”.</p>	<p>CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO</p>
<p>Risco de vida versus risco à saúde (física, psíquica ou social) da mãe: situações distintas.</p>	<p>Direito à saúde como fundamento autônomo para o aborto do anencéfalo não é admitido.</p>	<p>CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO</p>

Competência exclusiva do Congresso Nacional para normatizar a situação-problema. Impropriedade da atuação do STF como ‘legislador positivo’	A ADPF não pode ser transformada em remédio absoluto que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional, responsabilizando-se por inovação normativa.	CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO
A impertinência da invocação dos “direitos sexuais e reprodutivos”	Falsa ideia de que a prática do aborto teria, no caso, relação com o planejamento familiar, com os “direitos sexuais e reprodutivos” da mulher.	DIREITOS HUMANOS

Fonte: Próprio autor

A tabela acima deixa claro que os argumentos colocados durante os vários meses de julgamento, apresentam apenas dois lados da controvérsia. Certos pontos necessitam uma análise pormenorizada.

No julgamento, o termo autonomia e liberdades individuais não representam o mesmo. Autonomia é um princípio da Bioética e liberdades individuais uma categoria dos Direitos Humanos que foi tipificada na Constituição de 1988. No julgamento os termos se confundem nas falas dos Ministros. A dignidade da pessoa humana pertence aos Direitos Humanos, já dignidade constitucional é uma criação da corte para definir os limites que impõem a dignidade da pessoa humana, o que parece complexo pois o termo deveria ser apenas um *standard* a ser almejado e não estabelecido. A argumentação está confusa com muitas informações que não são pertinentes a questão nos votos dos Ministros. A vida como valor inestimável é defendida tanto no âmbito dos Direito Humanos quanto no Constitucionalismo Brasileiro, mas a forma como a vida deveria ser conduzida em momentos de sofrimento por doenças, pertence à Bioética e não é mencionado. “[U]m mundo diverso e plural” é um dos objetivos tanto dos Direitos Humanos quanto do Constitucionalismo Brasileiro. Contudo, até que ponto será necessário nascer um ser vegetativo com *deadline* de morte... Esse tópico deveria ter sido analisado no âmbito da não Não Maleficência. O Direito a Saúde é um dos ramos dos Direitos Humanos estabelecido no capítulo de Ordem Social na Constituição de 1988. Foi trabalhado em seu contexto brilhantemente.

As competências constitucionais e a repartição dos poderes são garantias

constitucionais que devem ser preservadas pelo Supremo Tribunal Federal e não usurpadas por este. Este argumento foi muito bem posto pelos Ministros.

Por fim, o julgamento teve como objeto o “direito a vida” do feto e não os “direitos sexuais e reprodutivos” das mulheres. O sujeito de direitos do julgamento era o feto e a discussão se o feto ou o bebê anencéfalo é um atributo de vida humana ou não. Os argumentos e as discussões dos Ministros demonstram a dificuldade enfrentada pela Bioética no Brasil. Uma análise dos argumentos e discussões aponta que estas cingem-se aos Direitos Humanos e ao Constitucionalismo Brasileiro, sem o devido destaque aos princípios de Bioética.

CONCLUSÃO

Do exposto, constata-se que a Bioética judicializada no Brasil está em desenvolvimento e necessita de muitos estudos tanto no ambiente desta ciência quanto no seu escopo regulatório.

Sendo um novo direito ou um direito emergente ainda não estruturou-se e seus princípios que são poucos observados nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, o que foi observado também nos julgamentos que não foram trazidos para esse artigo.

Os Direitos Humanos e o constitucionalismo Brasileiro são mais utilizados como argumentos de defesa de qualquer uma das partes e as considerações sobre a Bioética afastadas da discussão, o que deixa de indicar qual a real discussão que seria o enquadramento dos argumentos nos princípios da Bioética.

Confere-se que os princípios foram pouco utilizados nas discussões e argumentos. A Autonomia foi confundida com as liberdades Individuais. A Caridade deixou de ser enquadrada dentro no escopo de sofrimento injusto. A Justiça não foi lembrada em nenhuma passagem do julgamento. A Não Maleficência não foi tratada nem pelos *amicus curie* nem pelos Ministros e em nenhum momento no julgamento.

A Solidariedade foi deixada de lado porque no caso sob análise não se aplicava.

Desta forma, roga-se que sejam mais artigos de Bioética apresentados pelos pesquisadores da temática para fortalecer as discussões de tanto relevo social.

REFERÊNCIAS

- ADDA, J. **A Mundialização da Economia: Problemas**, Lisboa, Terramar, 1997.
- AMERICAN EMERGENCY PHYSICIAN SOCIETY. **Code of Ethics for Emergency Physicians**. *Ann Emerg Med*. 2008; 52.
- BAUMAN, Zigmunt. **Globalização. As Consequências Humanas**, Paperback Publisher: Zahar; Ciências Humanas e Sociais edition, 1999.
- BONEAGLIA, Federico, Andrea GOLDSTEIN, **Globalização e Desenvolvimento**, Lisboa, Editorial Presença, 2006.
- APLAN A. **Debating human Dignity**. *The Lancet*. January 2010; 375 (978).
 _____. **Put the bioethics in a suit and tie**. *The Lancet* 2008; 371 (9607)
- COMISSÃO NACIONAL DE ÉTICA EM PESQUISA (CONEP). Disponível em <http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/index.html>. Acesso em 2 ago 2018.
- DUNNING, J., **Multinational Enterprises in a Global Economy**, Tradução em espanho por Daniel Laving Díaz. Wokingham, Addison Wesley 1993.
- GARCIA, D.; LEON F J. **De los principios de la bioética clínica a una bioética social para Chile**. *Revista Médica del Chile* 2008; 136: 1078-82.
- GIDDENS, Anthony, **O Mundo na Era da Globalização**, Lisboa, Editorial Presença, 2000.
- INSTITUTO ANIS. Disponível em: <<https://anis.org.br/>>. Acesso em 20 de agosto de 2018.
- JUS BRASIL: <<https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/101745/instituto-de-bioetica-direitos-humanos-e-genero-defende-parto-antecipado-em-caso-de-anencefalia>>. Acesso em 12 de Agosto de 2018.
- HIPPOCRATES. **Hippocratic writings**. London: Penguin, 1983.
- HOWE E G. **The Birth of Bioethics**. Book Review. *The New Engl J M* 1999; 340 (18).
- KON A A, Ablin A R. **It´s no palliative care, it´s palliative treatment**. *The Lancet Oncology* February 2009; 10 (2)
- LOLAS F. **Bioética. El diálogo Moral en las Ciencias de la Vida**. Santiago de Chile. Chile. Editorial Mediterráneo Ltda. 2001.
- LONDON A J, Kimmelman J. **Justice in translation: from bench to bedside in the developed world**. *The Lancet* July 11 2008; 372 (9632)
- NUNES, Cláudia Ribeiro Pereira; González Botija, Fernando; Díaz Peralta, Pedro. **Challenges of the alignment of Brazil to Council of Europe (CoE)**

Santiago de Compostela´ Convention on Trafficking in Human Organs, under a Comparative Public Law perspective (Brazil-EU) and related borderline questions. In: Rubén Miranda Gonçalves; Fábio da Silva Veiga (coord.), *Los desafíos jurídicos a la gobernanza global: una perspectiva para los próximos siglos*, 2017, 491-503, Brasília/DF: Advocacia Geral da União.

NUNES, CRP; PERALTA, PD; BOTIJA, FG. **Trata de Órganos Humanos: Desafíos del alineamiento de la legislación de Brasil con los principios del Convenio de Santiago de Compostela-Consejo de Europa (CoE)**. In: *Cadernos de Dereito Actual*, 2018 (8) Número Ordinário 2017. p. 205-219.

PORTAL MÉDICO. Atualização Científica. **A Evolução do Conceito de Ética Médica: Princípios da Bioética**. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/jornal/jornais2001/marco-abril/Bioetica.htm>>. Acesso em 10 de ago de 2018.

RODRIGEZ J. **La vida.en busca de un alero. Algunos interrogantes humanos a la luz de la Bioética**. Bogotá, Colombia. Giro Editoes Ltda. 2008.

STIGLITZ, Joseph E., **Globalização: a Grande Desilusão**, Lisboa, Terramar, 2004.

Recebido em: 05.02.2018
Revisado em: 22.04.2018
Aprovado em: 25.05.2018

OS LIMITES DAS DISPONIBILIDADES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

THE LIMITS OF THE AVAILABILITIES OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE RELATIONS

Cláudia Mansani Queda de Toledo¹

Doutora em Direito

Centro Universitário de Bauru - SP/Brasil

Neymilson Carlos Jardim²

Especialista e Mestrando em Direito

Faculdade de Direito do Sul de Minas - MG/Brasil

Resumo: Esta pesquisa objetiva discutir os limites das disponibilidades dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sendo a questão central: uma vez identificada a possibilidade de dispor desse direito fundamental no âmbito privado, existem limites a essa disponibilidade entre particulares? É possível identificar requisitos e critérios para sua validade e buscar a fixação de parâmetros? A concepção de direitos fundamentais nas relações entre particulares surgiu com a necessidade de proteger o homem entre si, das opressões entre particulares que detém o poder. Para serem atingidos esses resultados, utiliza-se de uma metodologia de análise da relação entre os

1 - Possui Mestrado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Doutora em Direito Constitucional na linha de pesquisa Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru/SP (2012). É docente nas áreas de Direito Constitucional, com ênfase na área de Direito à Educação, Direitos Humanos e Metodologia da Pesquisa Científica e Metodologia do Ensino Superior. Atualmente é sócia e coordenadora do escritório Toledo e Mesquita Sociedade de Advogados, em Bauru e São Paulo e docente nos cursos de graduação, pós-graduação lato e stricto sensu da FDSM - Faculdade de Direito do Sul de Minas, desde 2013. Professora da disciplina Processo Constitucional no curso de direito da Instituição Toledo de Ensino. É Reitora do Centro Universitário de Bauru. E-mail: claudia@toledoemesquita.adv.br

2 - Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Varginha (2004), inscrito na OAB/MG nº 100.544, possui inscrição suplementar na OAB/SP nº 355.794 e OAB/RJ nº 199.794, é sócio cotista da Sociedade Amaral, Guimarães e Jardim Advogados Associados, inscrita na OAB/MG 2774. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Processual Civil, Direito do Consumidor e Direito Empresarial. Especialista em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade Anhanguera Uniderp. Cursando Mestrado em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Nomeado coordenador da Escola Superior de Advocacia OAB/MG na 20ª Subseção, mandato 2010/2012, atuou como Conselheiro Subseccional da OAB em Varginha/MG, mandato 2013/2015 e 2016/2018, atualmente exerce a função de Membro Julgador do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/MG, mandato 2016/2018. Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM E-mail: neymilson@consulenza.com.br

limites que justificam a possibilidade de dispor desse direito fundamental no âmbito privado e os requisitos e critérios para sua validade, de modo a se estabelecer uma reflexão crítica sobre a ausência da fixação de parâmetros objetivos. Como resultado, observa-se que a divergência de critério para a fixação de parâmetros referentes aos limites das disponibilidades dos direitos fundamentais nas relações privadas na medida em que, ficando a cargo do julgador o critério definitivo, acarreta uma insegurança jurídica, devido o decisionismo jurídico.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Limites de Disponibilidade. Relações Privadas.

Abstract: This research aims to discuss the limits of the availability of fundamental rights in relationships between individuals, that the central question is once the possibility of having this fundamental right in the private sphere has been identified, are there limits to this availability between individuals? Is it possible to identify requirements and criteria for its validity and to seek the setting of parameters? The conception of fundamental rights in particular relations arose with the need to protect man among himself from the oppressions between private individuals who hold power. In order to achieve these results, a methodology is used to analyze the relationship between the limits that justify the possibility of having this fundamental right in the private sphere and the requirements and criteria for its validity, in order to establish a critical reflection on the absence of objective fixation. As a result, it can be observed that the divergence of criteria for setting parameters regarding the limits of the availability of fundamental rights in private relations, since the final criterion is in the hands of the judge, entails legal uncertainty due to legal decision-making.

Keywords: Fundamental rights. Availability Limits. Private Relationships.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, muitas pesquisas tem enfatizado os limites das disponibilidades dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A expansão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas tem sido amplamente debatida nos meios acadêmicos, sendo objeto de muitos estudos e debates a respeito do tema.³

3 - Exemplificando: MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2013; SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1 ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014; SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006; STEINMETZ, Wilson. A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

É assente a proteção dos direitos fundamentais não apenas nas relações entre indivíduos e Estado, mas também nas relações privadas, superando a tradicional formulação teórica da dicotomia existente entre os direitos privado e público e que ultrapassam a ideia de que o primeiro seria apenas disciplinado pelo Código Civil, mas também, por uma ressignificação operada pela Constituição Federal, instituto que alcançou a denominação constitucionalização do direito privado.

Fachin⁴ defende a necessária releitura crítica dos estatutos fundamentais do direito privado, daí o que se entende por “constitucionalização”, pois é pela Constituição que vai gerar mudança que irá repercutir no Direito Civil.

Todavia, a constitucionalização do Direito Civil, está assentada na irradiação de valores acima de tudo constitucionais para as relações entre particulares. Nesse contexto, a relação entre particulares passa a ser denominada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Marmelstein⁵ explica que em decorrência dessa constatação de que a sociedade também pode tyrannizar as suas relações tanto quanto o Estado, e igualmente cometer violações aos mais básicos direitos do ser humano, é o que se denomina como a efetividade dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, esses direitos deixam de ser um mero instrumento de limitação do poder estatal para se converter em uma ferramenta de conformação ou modelação de toda a sociedade, conforme menciona o autor, em um “sistema de valores” a orientar toda ação pública e privada.

Inegável a função da nossa Constituição de servir de norte para todas as normas infraconstitucionais, para a finalidade de resguardar as pessoas, bem como seus direitos fundamentais, preenchendo, assim, o vácuo existente entre o direito e a vida das pessoas, em suas relações cotidianas da vida civil.

Desta forma, Steinemetz⁶, apresenta duas razões básicas sobre a dificuldade da força normativa de vincular os particulares aos seus direitos fundamentais. Inicialmente relata a origem dos direitos fundamentais no constitucionalismo liberal, sendo concebida exclusivamente como limites ao poder Estatal, relação que envolvia apenas a relação entre Estado e cidadão, não se insurgindo sobre os direitos fundamentais nas relações privadas e, a segunda razão que consiste na falta de decisão constitucional direta e

4 - FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p.77

5 - MARMELESTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008, p.41

6 - Id.

clara sobre a matéria⁷, ou seja, o autor sustenta que não existe “referências normativas textualmente expressas à eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares”.

Os direitos fundamentais nas relações privadas tiveram significativa e marcante evolução quanto ao seu reconhecimento histórico e social que levou ao que conhecemos nas atuais brisas democráticas, ou seja, de inegável relevância não somente em sua incidência vertical, mas também, em sua horizontalidade.⁸ Desse modo, não se pode compreender o direito fundamental apenas como problema exclusivo do órgão Estatal, mas sim, de todos, pois o poder, não está apenas no exercício da função pública, mas também, entre as pessoas que exercem segmentos ou parcelas de poderes entre si, em suas relações sociais, notadamente importante quanto houver nessas aproximações uma hipossuficiência em um dos pólos.

Sarmiento⁹ sustenta que, atualmente, onde cada vez é mais aceita a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tem-se reconhecido que os valores contidos nesses direitos projetam-se também nas relações entre particulares, até porque os agentes privados - especialmente aqueles detentores de poder social e econômico - são potencialmente capazes de causar danos efetivos aos princípios constitucionais e podem oprimir tanto ou até mais do que o Estado.

Assim, o ponto primordial da influência na esfera constitucional das relações privadas consiste na convivência, naturalmente conflitante, entre os direitos fundamentais protegidos na Constituição Federal e o pleno exercício da autonomia privada.

Nesta pesquisa, queremos analisar a relação entre os limites que justificam a possibilidade de dispor desse direito fundamental no âmbito privado e a existência dos requisitos e critérios para sua validade, de modo a

7 - STEINMETZ, Wilson. A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 65.

8 - NUNES, CRP (Claudia Ribeiro Pereira Nunes). History Process of Constitutionalizing Private Law and Its Reflection in Contractual Relationship. Publication on 2006/7/13. Available at SSRN 2217046, 2006.

9 - Neste contexto, Daniel Sarmiento, defendeu sua tese de doutorado sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, ensina que: “no contexto da economia capitalista, o poder crescente de instâncias não-estatais como as grandes empresas e associações, tornara-se uma ameaça para os direitos do homem, que não poderia ser negligenciada, exigindo que a artilharia destes direitos se voltasse também para os atores privados. Estes, que até então eram apenas titulares direitos humanos oponíveis em face do Estado, assumem agora, em determinados contextos, a condição de sujeitos passivos de tais direitos. Se a opressão e a injustiça não provêm apenas dos poderes públicos, surgindo também nas relações privadas travadas no mercado, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, e em tantos outros espaços, nada mais lógico do que estender a estes domínios o raio de incidência dos direitos fundamentais, sob pena de frustração dos ideais morais e humanitários em que eles se lastreiam.”(SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 25).

se estabelecer uma reflexão crítica sobre a ausência da fixação de parâmetros objetivos.

Chama a atenção o fato da disponibilidade dos direitos fundamentais entre particulares tenha se tornado objeto de um decisionismo jurídico, na medida que a ausência de limites que justificam a possibilidade de dispor desse direito fundamental no âmbito privado e falta dos requisitos e critérios para sua validade, de modo a evitar que a fixação de critérios fique a cargo do Julgador, acarretando uma verdadeira insegurança jurídica.

Para serem atingidos esses resultados, a pesquisa fará uma abordagem bibliográfica mediante uma metodologia analítica, utilizando-se de livros, artigos e doutrinas para melhor compreensão do tema.

1 ORIGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A origem dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não é tão recente como se poderia observar, por exemplo, nas citações de Gralha¹⁰ que menciona em sua obra que, desde 1596, pelo menos, e de certo modo, eis que os direitos fundamentais datam de século recente não se falando em tais naquela época, mas tal tema vinha tratado como podemos perceber na obra “Mercador de Veneza ” de Willian Shakespeare. Assim, a literatura, de uma forma geral, já se ocupa há tempos com a temática; o que estava faltando, talvez, fosse uma preocupação mais aprofundada dos juristas, da ciência direito e, também, dos julgadores.

Em “Mercador de Veneza”, Shakespeare, dentre muitas das possíveis análises e considerações a que se presta, destacada apenas uma e abarca a questão de um contrato mútuo firmado entre Shylock e Antônio. Neste contrato, Antônio obriga-se, caso não cumpra a sua parte consistente em devolver o dinheiro recebido a título de empréstimo, a fornecer uma libra de sua carne a ser retirada por Shylock, do coração do mercador. Da inadimplência de Antônio nasce a pretensão de Shylock de receber o quinhão de carne como contratado; resistida a pretensão, embora seu fiador Bassânio, amigo de Antônio, oferecesse o pagamento da letra vencida, recusa-o o judeu, indo o caso parar na Justiça de Veneza, que fez uma análise literal do que fora contratado, eis que deverá permanecer aquilo que duas partes de forma livre, paritária e autônoma firmaram no exercício pleno da autonomia da vontade e de suas liberdades de contratar. Essa possibilidade contratual confronta-

10 - MATEUS, Cibele Gralha. Direitos Fundamentais e Direito Privado. In____. Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: O Caso do Direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2008.

se diametralmente com os direitos humanos, com o princípio da dignidade humana e, nesse cenário, deve o Estado intervir para garantir a vida e a saúde, de Antônio e seus direitos fundamentais?¹¹

Porém, a vinculação de particulares a direitos fundamentais somente teve seu marco jurisprudencial na década de 1950, na Alemanha, que ganhou a denominação *Drittwirkung*, ou, como ficou conhecido no Brasil, eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Em 1954, essa teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares já foi utilizada pelo Tribunal Federal do Trabalho Alemão, quando foi reconhecido que em contrato de trabalho devem ser garantidas a igualdade e a liberdade individual. Nesse julgamento, Hans Carl Nipperdey, então presidente do Tribunal Federal do Trabalho Alemão, adotando a *Drittwirkung*, reconheceu a igualdade salarial entre homens e mulheres que exerciam a mesma função.

Contudo, em 1958, foi julgado o caso mais repercutido pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, conhecido como caso Lüth¹², quando, foi reconhecida a vinculação de particulares a direitos fundamentais e serviu de parâmetro para a construção doutrinária e jurisprudencial para todo o mundo.

O caso Lüth trata do cidadão Erich Lüth, que como crítico de cinema, fez uma represália ao filme, dirigido por Veit Harlam, conhecido diretor nazista, pois já tinha dirigido o filme *Jud Süß*, e foi o marco da discriminação em face dos judeus, a sabotagem surtiu efeito e o filme fracassou, resultando em prejuízo ao cineasta que investiu na produção. Veit e a distribuidora do filme ingressaram com ação contra Lüth, alegando que o boicote atentava contra a ordem pública, o que era vedado pelo Código Civilista Alemão, e nas instâncias ordinárias obteve êxito por ser considerada a campanha ofensiva aos bons costumes nos termos do § 856 do Código Civil Alemão, condenando o crítico de cinema a não mais fazê-lo. Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional da Alemanha. Ao fim,

11 - Na obra teatral, a saída encontrada por Pórcia, noiva de Antônio, transvestida de juiz, foi a interpretação literal da lei sobre o acordo firmado entre as partes e expresso na letra: uma libra de carne. Contudo, atente-se que Pórcia chama a atenção que nenhuma gota de sangue, ao cortar a carne deveria o judeu derramar, já que a letra nada mencionava sobre isso.

12 - Na realidade, o caso Lüth foi a primeira vez que uma corte constitucional reconheceu de forma expressa a vinculação de particulares a direitos fundamentais. Porém, antes o Tribunal Federal do Trabalho alemão (*Bundesarbeitsgericht*), por influência de um de seus membros, H. C. Nipperdey, que publicara estudo pioneiro sobre o tema em 1954, já aplicara a *Drittwirkung* ainda nesse mesmo ano. (UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares- Análises de la jurisprudencia del tribunal Constitucional. Boletín oficial del Estado y Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. 1997. p. 271-2.

a queixa constitucional foi julgada procedente, reformando a sentença pois teria violado o direito fundamental à liberdade de opinião de Lüth, assegurado pelo artigo 5º, inciso I, da LF.¹³

Esse julgamento é um dos mais importantes do direito constitucional sobre o tema, pois inaugurou toda a construção do constitucionalismo pautado em valores e da eficácia irradiante dos direitos fundamentais ou *drittwirkung*. Surgiu, então, o embate acerca da eficácia das normas de direito fundamental entre particulares e, com tal emblema, a questão da disponibilidade ou não de tais direitos, bem como seus limites e validade dispositiva.

2 DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Para concretizar abordagem adequada sobre o tema, necessário se faz o enfrentamento do conceito e da compreensão da utilização do termo disponibilidade dos direitos fundamentais, em vez de utilizar o termo renúncia a direitos fundamentais nas relações privadas.

Para Barros,¹⁴ a renúncia é um instituto jurídico que se encontra presente desde o Direito Romano nas Institutas de Gaio e no Digesto. É conceituada pelos civilistas como “a abdicação que o titular faz do seu direito, sem transferi-lo a quem quer que seja. É o abandono voluntário do direito”, citando Caio Mário da Silva Pereira, em Instituições de Direito Civil, v. I¹⁵.

Lado outro, MAC CRORIE¹⁶ pensa que faz sentido manter o conceito de renúncia a direitos fundamentais, uma vez que o conceito em Direito Constitucional não tem de corresponder ao conceito de direito privado, devendo a renúncia necessariamente significar a extinção de um direito.

Porém, no que pese a utilização pela autora portuguesa MAC CRORIE deste conceito, não no sentido de a renúncia necessariamente provocar a extinção do direito, que alega ser o sentido atribuído pelo Direito Civil, mas sim implicando um compromisso individual e voluntário de um cidadão não invocar temporariamente, não parece a este autor a posição mais adequada, pois o fato do cidadão não invocar temporariamente um direito fundamental,

13 - Cf. narrativa completa do caso, inclusive com a ementa do julgado, em DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, pp. 264 e ss. São Paulo: RT, 2007.

14 - BARROS, Alice Monteiro de. Limites da renúncia e da transação judicial e extrajudicial. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, Belo Horizonte, n. 57, p. 89-101, jul./dez.1997.

15 - Pereira, Caio Mario da Silva, Instituições de direito Civil. v. 1. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Foyense, 2017, pag. 382.

16 - MAC CRORIE, Op. cit., p.18-19

se aproxima mais do termo disponibilidade, uma vez que é utilizado para indicar a liberdade de tempo que determinada pessoa em invocar seu direito, do que o termo renúncia, que é utilizado no sentido de recusa, abandono e, ainda, se for uma renúncia total este autor pensa ser irrevogável a capacidade jurídica de exercer as faculdades ou poderes que decorrem da renúncia.

Além do mais, a renúncia aos direitos fundamentais esbarra em posições doutrinárias contrárias, como Silva¹⁷, que sustenta que o instituto da renúncia é conhecido desde o Direito Romano, mas que sua recepção no âmbito do direito público sempre foi controversa e, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, é questão que encerra posições divergentes. No entanto, observa, com razão, que há exemplos e situações do cotidiano que colocam a noção de irrenunciabilidade em xeque, razão pela qual uma solução simples e genérica não é suficiente para resolver as situações concretas.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva¹⁸, ao tratar das características dos direitos fundamentais, diz serem inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Para o autor são inalienáveis porque intransferíveis e inegociáveis, com o que não se pode desfazer deles, já que indisponíveis. A irrenunciabilidade é um atributo na medida em que “não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados”.

Por isso, no entendimento deste autor se justifica abandonar o termo renúncia, substituindo-o pelo termo disponibilidade. Desse modo, estabelecido o acordo semântico na utilização do termo disponibilidade em vez de renúncia aos direitos fundamentais nas relações privadas, cabe agora abordar o tema propriamente dito.

Desse modo, a disponibilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, deve ser considerado como uma faculdade de exercitar seu direito fundamental, contudo, não é absoluto ou irrestringível, nem mesmo tal liberdade é ilimitada.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança 23.452/RJ, firmou entendimento de que os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto e que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio

17 - SILVA, Luís Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1 ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 61-63.

18 - SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 181.

de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Hesse¹⁹ ensina que a limitação dos direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido estrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.

No mesmo sentido, Sarlet²⁰ reconhece ser possíveis situações nas quais ocorra uma “autolimitação” de determinados direitos ou de dimensões dos direitos inerentes à personalidade, mas ressalva que deve sempre ser observada a própria dignidade humana como limite da autonomia da vontade.

Em posição a favor, Andrade²¹ admite a renúncia a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, sustentando que assim, por exemplo, nos casos de *renúncia* e, em geral, de *autorrestrição* do titular do direito fundamental, que são aqueles que mais longe se pode ir na garantia da liberdade negocial, aceita-se (pressuposta sempre a igualdade dos sujeitos e a existência de uma vontade livre e esclarecida) que ela exclua a aplicação do preceito constitucional, mas, ainda aí, só se não atingir aquele mínimo de conteúdo do direito para além do qual o indivíduo se reduz à condição de objeto ou de não pessoa - nestes casos, o bem jurídico deve ser considerado indisponível.

Portanto, se conclui ser possível dispor de direitos fundamentais nas relações entre particulares, desde que se obedeça aos requisitos e critérios para sua validade.

19 - HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, p. 256. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998

20 - SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 127.

21 - ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantia no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 258.

4 REQUISITOS E CRITÉRIOS PARA A VALIDADE

Sarmiento²², em sua tese de Doutorado em Direito Público pela UERJ, defende que a fixação de limites para a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas envolve um problema de ponderação com a autonomia privada, devendo ser realizada primariamente pelo legislador, no entanto, na falta de norma ou diante da sua inadequação em face dos valores constitucionais em jogo, a competência transfere-se para o juiz.

Nestas Hipóteses, a resolução da colisão não terá como fugir de uma análise tópico-sistemática calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, citando a obra de Ingo Wolfgang Sarlet.

Sarmiento²³ destaca que um dos principais fatores que deve ser considerado nas questões envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é a existência e o grau da desigualdade fática entre os envolvidos, ou seja, quanto maior a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito.

Justificando sua posição, Sarmiento²⁴ parte da premissa de que a assimetria do poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes débeis, e quando o ordenamento jurídico deixa livre o forte e o fraco, esta liberdade só se torna efetiva para o primeiro, sendo que o hipossuficiente vai acabar se curvando diante do arbítrio dos mais poderosos, que muitas vezes dispõe de uma força quase contrastável para conformar aspectos relevantes da vida humana - pense-se no poderio dos veículos de comunicação de massa, sobretudo num contexto de oligopolização de fato, como se verifica em nosso país.

Em posição contrária, Silva²⁵, considera que a colisão entre o direito fundamental atingido e o princípio da autonomia privada realmente existe, mas deve ser solucionada não através de ponderação, mas sim de uma

22 - SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: 2 ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 268.

23 - SARMENTO, Op. cit., p.269

24 - SARMENTO, Op. cit., p.270

25 - SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. In: *Revista Direito GV*. v. 1. n. 1. Maio. 2005.

valoração sobre as situações em que cada um deles deva prevalecer, sendo que a ponderação é o processo regido por uma lei de colisão, segundo a qual, de acordo com a conhecida fórmula de Alexy²⁶, “quanto maior o grau de restrição ou não realização de um princípio, maior terá de ser a importância da realização do princípio com que ele colide.” Explicando que no conflito que se instaura em casos de aplicação de direitos fundamentais nas relações entre particulares, não é este o procedimento empregado, já que não se examina o grau de restrição imposto ao princípio da autonomia privada, ocorrendo no caso é antes a definição de situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado.

Sarmiento²⁷ rebate essa posição contrária, sustentando que se trata de uma concepção muito simplificadora da ponderação, desconsiderando o fato de que há outros fatores utilizados no sopesamento de bens, além da mensuração do grau de restrição a cada princípio envolvido, sendo que a importância relativa de cada um dos bens jurídicos envolvidos na colisão, não é imutável para cada direito fundamental, já que não há uma escala de valores fixa e intangível inscrita na Constituição, podendo variar de acordo com determinada circunstância, sendo que o fato deste elemento ser considerado na solução do conflito não descaracteriza a natureza ponderativa do procedimento realizado, sendo exatamente o que ocorre em relação a colisão entre direito fundamental à autonomia privada, que se desencadeia por ocasião da incidência de direitos fundamentais em relações privadas.

Sustentando ainda a posição contrária de Sarmiento, foi contestado por Silva²⁸ a pertinência ao critério de desigualdade material entre as partes da relação jurídico-privada como fator relevante para o calibramento da proteção da autonomia privada, pois seria verificar se a autonomia em cada caso foi real ou a aparente, e não apurar a assimetria entre as partes.

Sarmiento²⁹ com a mesma veemência, combate a crítica sob o fundamento de que é característica do direito empregar generalização bastante razoável a de que, em relação a assimétricas, a autonomia da parte mais fraca é muitas

26 - ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 120.

27 - SARMENTO, Op. cit., p.268

28 - SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. In: *Revista Direito GV*. v. 1. n. 1. Maio. 2005, Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35274/34067>>. Acesso em 19 set. 2017.

29 - SARMENTO, Op. cit., p.271

vezes mera fachada para legitimação de imposições heterônomas ditadas pelo mais forte, citando o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, como exemplo, devendo ser feito o mesmo raciocínio no campo das relações privadas de caráter não trabalhista, em que houver manifesta assimetria de poder, não para simplesmente subordinar a autonomia privada ao direito em jogo, mas pelo menos, para atribuir um peso maior *prima facie*, ao direito dentro do poder ponderativo.

Sem trégua, Sarmiento³⁰ ainda fundamenta que o critério da autonomia real ou aparente sustentado por Virgílio Afonso Da Silva, não é um substituto adequado para o fator da desigualdade fática por uma outra razão singela: ele possui um campo de aplicação muito mais limitado. Com efeito, ele só poderia ser utilizado em hipóteses em que o lesado tenha manifestado a sua concordância com o ato que importou em violação aos seus direitos. Contudo, não muitas vastas situações de incidência dos direitos fundamentais em relações jurídico-privadas. Como usar o critério da autonomia real ou aparente da vítima, por exemplo, quando a lesão ao seu direito decorrer da recusa da parte mais forte em celebração de um contrato, por razões manifestamente discriminatórias?

Sarmiento³¹ conclui que o grau da desigualdade material é apenas um critério dentre outros que podem e devem ser sopesados na solução das situações envolvendo colisões de direitos fundamentais, sendo certo que as circunstâncias específicas de cada caso concreto devem ser sempre consideradas.

Sem sombra de dúvidas, é um grande desafio fixar requisitos e critérios para a validade da disponibilidades dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sem encontrar posição contrária, considerando ainda que este autor limitou abordar apenas o posicionamento de Daniel Sarmiento e a posição contrária adotada por Virgílio Afonso da Silva, eis que o presente trabalho não tem a missão de esgotar todo o tema.

Todavia, acreditamos que a corrente sustentada por Daniel Sarmiento é a mais acertada, por entender que o critério adotado por Virgílio, além de não ser o único critério aplicável na solução do problema, parece ser muito subjetivo, e não soluciona com satisfação indagações levantadas por Sarmiento.

De qualquer forma, está na hora de se pensar a utilização pelo

30 - SARMENTO, Op. cit.,p.272

31 - SARMENTO, Op. cit.,p.272

jugador em critérios objetivos para a solução de conflitos dos direitos fundamentais entre particulares, para que se evite um dos grandes problemas que o Brasil vem enfrentando, que é o decisionismo jurídico, com decisões seletivas variando de particulares para particulares e juízo em juízo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema abordado traz uma certa complexidade, na medida em que se busca definir quais os limites das disponibilidades dos direitos fundamentais nas relações privadas e procura identificar requisitos e critérios para sua validade. O estudo revelou sob o aspecto histórico que a identificação dos direitos fundamentais nas relações privadas notícia de muito antes do marco jurisprudencial de 1950, na Alemanha.

Acrescenta-se ao resultado da pesquisa os argumentos que ensejaram a utilização do termo *disponibilidade* dos direitos fundamentais, em vez da utilização do termo *renúncia* a direitos fundamentais nas relações privadas, em que pesem os argumentos contrários elencados.

A própria dignidade humana é o mais apropriado limite da autonomia da vontade, porém verifica-se que existe uma grande dificuldade para se identificar requisitos e critérios para a validade da disponibilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que os critérios doutrinários não são unânimes; porém, este autor ficou convencido de que o critério abordado por Daniel Sarmiento, seria o mais adequado, no que pese não trazer solução definitiva.

Observa-se que a divergência de critério para fixação de parâmetros referentes aos limites das disponibilidades dos direitos fundamentais nas relações privadas na medida em que, ficando a cargo do julgador o critério definitivo, acarreta uma insegurança jurídica, devido o decisionismo jurídico.

Portanto, conclui-se pela necessidade de se pensar em uniformização de critérios para disponibilidades dos direitos fundamentais nas relações privadas, para que seja possível a harmonização do direito fundamental das partes envolvidas, retirando o subjetivismo de quem julga, o que acarreta muitas vezes, decisões seletivas e contraditórias em casos iguais em juízo diverso.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantia no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BARROS, Alice Monteiro de. Limites da renúncia e da transação judicial e extrajudicial. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, n. 57, p. 89-101, jul./dez.1997.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p.77.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Instituições de direito Civil**. v. 1. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais**. p.15.Tese (Doutorado em Direito Público), Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2011. Disponível: <http://biblionet.fd.unl.pt/BiblioNET/Upload/PDF/MacCrorie_2011_Texto.pdf>.Acesso em: 23 jan. 2017.
- MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. In_____. **Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: O Caso do Direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2008.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p.41.
- NUNES, CRP (Claudia Ribeiro Pereira Nunes). **History Process of Constitutionalisation Private Law and Its Reflection in Contractual Relationship**. Publication on 2006/7/13. Available at SSRN 2217046, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito**

Privado. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Direitos fundamentais e relações entre particulares**. In: **Revista Direito GV**. v. 1. n. 1. Maio. 2005, Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35274/34067>> Acesso em: 19 set. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010.

STEINMETZ. Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

Recebido em: 22.02.2018

Revisado em: 09.03.2018

Aprovado em: 25.05.2018

INTERSECÇÃO ENTRE A POLÍTICA AMBIENTAL, A POLÍTICA DE RESÍDUOS SÓLIDOS E A POLÍTICA ENERGÉTICA NO BRASIL¹

INTERSECTION BETWEEN ENVIRONMENTAL POLICY, SOLID WASTE POLICY AND ENERGY PUBLIC POLICIES IN BRAZIL

Priscila Elise Alves de Vasconcelos²
Mestre e Doutoranda em Direito
Universidade Veiga de Almeida

Resumo: Dentro de uma análise constitucional do ordenamento brasileiro, é verificado que as questões envolvendo o meio ambiente e sua proteção-preservação estão diretamente ligadas à qualidade de vida da sociedade. É a partir dessa observação que grande parte das discussões sobre meio ambiente envolve a busca de soluções para a redução do passivo ambiental - seja sob

1 - O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001, vinculada à Universidade Veiga de Almeida - UVA.

2 - Doutoranda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida - RJ. Mestra no Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Agronegócios na Universidade Federal da Grande Dourados - Mato Grosso do Sul (2016/2017). Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes (2001). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (2001). Especializada em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ (2005). Pós-graduada em Direito Público e Privado pela UESA (2006). Pós-graduada em Meio Ambiente pelo MBE/COPPE/UFRJ (2014). Atuou junto à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro; Cartório da Dívida Ativa do Estado do Rio de Janeiro; Deloitte, Touche & Tohmatsu; ABN ANRO Bank; Gaia, Silva, Rolim e Associados; Shell Brasil; Bradesco Seguros; Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Correia de Carvalho e Ribeiro Advogados; Siqueira Castro Advogados Associados. Foi professora de Direito Ambiental do Curso IURIS (presencial) e de Direito Ambiental e Direito Administrativo no Curso Ensino Legal (a distância). Aprovada em concursos públicos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS (2015) para professor substituto da Faculdade de Direito em Direito Privado e Direito Público; e da Faculdade de Administração e Contabilidade - Unidade Ponta-Porã, na área de Direito. Professora na área de Direito Penal Parte Geral, Direito Penal Especial e Direito Processual Penal (Curso de Direito) e Legislação Ambiental (Curso de Ciências Biológicas), na Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul - UEMS, unidade Dourados (2016/2017). Bolsista da FUNDECT (2016/2017). Revisora da Revista Brasileira de Energia - RB; Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça; Revista Videre. Tutora da disciplina Indicadores Socioeconômicos no EAD UFGD (2017). Advogada atuante, pesquisadora nas áreas de Direito Ambiental e Direito de Energia, com ênfase em energias renováveis, professora universitária e de cursos preparatórios. Palestrante convidada em Simpósios e Congressos na área de Direito Penal (2017). Aprovada no Doutorado em Direito na Universidade do Minho - Braga, Portugal - na linha de pesquisa de Ciências Jurídicas Publicistas (2017). Pesquisadora do GGINNS - Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability - Derecho Comparado Global: Gobernanza, Innovación y Sostenibilidad- Direito Comparado Global: Governança, Inovação e Sustentabilidade. E-mail: privasconcelos@gmail.com

a forma de resíduos ou escassez de recursos. A investigação tem por objetivo estudar como se apresenta a intersecção entre três diplomas legais: o da política do meio ambiente, o dos resíduos sólidos e a política energética. A finalidade é verificar se o Brasil utiliza energias renováveis advindas de resíduos e, se isso poderá refletir na autossuficiência energética do país.

Palavras chaves: Direito Constitucional; Energias Renováveis: Biomassa.

Abstract: Within a constitutional analysis of the Brazilian system, it is verified that the issues involving the environment and its protection-preservation are directly linked to the quality of life of society. It is from this observation that a large part of the discussions on the environment involves the search for solutions to reduce environmental liabilities - whether in the form of waste or scarcity of resources. The research aims to study how the intersection between three legal diplomas is presented: that of the environment policy, that of solid waste and of energy policy. The purpose is to verify if Brazil uses renewable energies from waste and, if this can reflect on the country's energy self-sufficiency.

Key words: Constitutional Law; Renewable energy. Biomass.

INTRODUÇÃO

Essa busca por soluções em prol do abastecimento energético precisa cumprir requisitos pré-estabelecidos em convenções e organizações internacionais e nacionais, de forma a atingir e a impactar da menor forma possível o meio ambiente já tão sacrificado pelo desenvolvimento econômico. É nesse instante que as pesquisas se voltam para buscar alternativas viáveis e compatíveis em termos de potencialidade às fontes fósseis. Surgem, por conseguinte, formas de abastecimento elétrico através de fontes energéticas renováveis, com o menor impacto possível, e possuidora de potencialidade equivalente ou superior das fontes poluidoras (petróleo, carvão mineral, gás natural) e não renováveis.

Estudos aprofundados nas áreas de direito constitucional, direito administrativo e direito civil também foram realizados. Isso ocorre porque a temática, um viés interdisciplinar dentro da própria ciência jurídica, especialmente por ser o núcleo central da pesquisa a geração de energia elétrica e o impacto que o uso de fontes renováveis resulta no cumprimento e na aplicação prática do princípio constitucional da função socioambiental da cidade.

Além disso, é possível visualizar no contexto do trabalho que se trata do uso de novas tecnologias em prol do desenvolvimento sustentável. Há

uma preocupação nesse trabalho em correlacionar o Direito de Energia com as tecnologias que surgem para a cogeração de energia, de forma a não apenas reduzir o impacto ambiental.

A metodologia é exploratória, com análise bibliográfica e documental de temáticas e o método hipotético-dedutivo visando a atingir o objetivo do trabalho.

1 A CONSTRUÇÃO DE UMA POLÍTICA ENERGÉTICA PARA O BRASIL

Em 1981, quando surge no Brasil a Política Nacional do Meio Ambiente - Lei 6.981/81 -, nasce o principal marco regulatório para a atuação legislativa brasileira na área ambiental. Com aspectos conceituais e principiológicos, esse marco é comumente utilizado para fundamentar questões envolvendo a proteção e a preservação ambiental.

Com o Relatório de Bruntland, em 1987, traz-se o conceito de sustentabilidade juntamente com a ideia do tripé econômico, social e ambiental. Sob esse enfoque, apenas alcança a sustentabilidade aquele que consegue atingir os três itens em igualdade de condições.

Por fim, no Brasil, em 1988, é promulgada a nova Constituição da República, chamada de Constituição Cidadã. Nesse momento, o conceito de Meio Ambiente é trazido ao texto constitucional além de ser elevado a princípio e garantia fundamental.

Em 1992, com a conferência internacional ocorrida na cidade do Rio de Janeiro - ECO 92 -, várias medidas começaram a ser tomadas em prol da redução da emissão de gases de efeito estufa - GEE - na atmosfera.

Após, em 1997, lavra-se o Protocolo de Quioto³, que entrou em vigor em 2005, como a realização do primeiro compromisso para a redução do aquecimento global. No Brasil, houve a ratificação do tratado em 2002, através do Decreto Legislativo n° 144.⁴

Com a aprovação do Protocolo de Quioto, no mundo todo, a mudança na matriz energética e elétrica vem sendo discutida nos últimos anos em todo o

3 - BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Protocolo de Quioto. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/protocolo-de-quioto.html>> Acesso em: 19 set. 2017.

4 - BRASIL. Decreto Legislativo 144, de 20 de junho de 2002. Ementa: Aprova o texto do Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, aberto a assinaturas na cidade de Quioto, Japão, em 14 de dezembro de 1997, por ocasião da Terceira Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Publicado texto original no Diário Oficial da União - Seção 1 - 21/6/2002, Página 2 (Publicação Original). Republicado no Diário Oficial da União - Seção 1 - 5/4/2005, Página 1. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-144-20-junho-2002-458772-norma-pl.html>> Acesso em: 19 set. 2017.

mundo. Trata-se de uma forma de preservar o meio ambiente com a redução da emissão de gases de efeito estufa - GEE - advinda dos combustíveis fósseis.

Acompanhando as diretrizes internacional e nacional de todo o movimento para a mudança das matrizes elétricas e energéticas por fontes renováveis - reduzindo assim a emissão de gases de efeito estufa (GEE) pelos combustíveis de natureza fóssil -, em 2015 foi implementada no Brasil a Política Nacional de Energia - PNE⁵. Há um compromisso brasileiro perante os demais órgãos internacionais de mudanças de atitudes em prol do meio ambiente até 2030.

2 A COMUNHÃO ENTRE A POLÍTICA ENERGÉTICA E A POLÍTICA DO MEIO AMBIENTE BRASILEIRA

Projeções do consumo futuro de energia dependem criticamente do tipo de desenvolvimento e crescimento econômico que o país terá. Por essa razão, os diversos exercícios que têm sido feitos tanto por órgãos do governo como por grupos universitários refletem visões diferentes do futuro e dão, portanto, resultados diferentes.

A produção e o consumo de energia são ambientalmente impactantes, mas os padrões atuais de consumo podem ser melhorados, estimulando o uso mais eficiente de energia e a transição de fontes de energia fósseis para fontes renováveis.⁶ Graças à hidreletricidade, ao etanol e aos ainda baixos índices relativos de consumo energético, o Brasil tem uma posição confortável em comparação com o resto do mundo no ambiente energético *stricto sensu*.

Não se fala das questões relativas às emissões GEE e outras questões delicadas no sistema de produção energética, o que ficará para uma próxima discussão.

As decisões de um país na área de energia não podem ser calcadas em meros modelos. Por exemplo, a matriz energética brasileira depende dos rumos que o desenvolvimento econômico do país vai seguir. A necessidade de uma política energética que reconheça esse fato fundamental é crescente, visto que parte do sistema energético foi privatizado e depende, portanto, de investimentos não-governamentais que não ocorrerão a não ser que regras claras sejam estabelecidas.⁷

5 - BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 alterada pela Leiº 13.723, de 2018. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm.> Acesso em: 20 set.2017.

6 - GOLDEMBERG, José; LUCON, Oswaldo. Energia e meio ambiente no Brasil. In: Estudos Avançados. Vol.21 no.59 São Paulo Jan./Apr. 2007
<https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000100003>. Disponível em
<https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142007000100003&script=sci_arttext.> Acesso em: 22 out. 2017.

7 - GOLDEMBERG, José; LUCON, Oswaldo. Energia e meio ambiente no Brasil. In: Estudos Avançados. Vol.21 no.59 São Paulo Jan./Apr. 2007

3 A COMUNHÃO ENTRE A POLÍTICA DE MEIO AMBIENTE E A POLÍTICA DE RESÍDUOS SÓLIDOS NO BRASIL

De acordo com Figueiredo⁸, após uma fase de crescente industrialização ocorrida nos anos 70 e com a consolidação de um modelo econômico brasileiro, graves distorções ambientais foram configuradas, principalmente nos estados do Sul e do Sudeste do país. Mediante esses fatores e com a forte pressão internacional acerca da proteção ambiental - já àquela época - importantes diplomas legais são editados. A Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA - vem como um marco legal em 1981, trazendo princípios, conceitos e objetivos de extrema relevância.

Para Figueiredo, a PNMA além de ser um marco histórico, é uma certidão de nascimento do Direito Ambiental Brasileiro. Complementando a argumentação anterior, Milaré⁹ aponta a importância da enunciação dos princípios sob a forma de oração, em que o verbo indica a natureza e o rumo das ações.

Imprescindível destacar que a PNMA também aborda o planejamento e a fiscalização do uso dos recursos ambientais, estando sob a responsabilidade da Administração Pública a possibilidade de elaboração prévia de plano para o desenvolvimento sustentável. Questões econômicas são aqui abordadas¹⁰.

Dentro do contexto da política há a previsão para prevenção e a redução na geração de resíduos, tendo como proposta a prática de hábitos de consumo sustentável e um conjunto de instrumentos para propiciar o aumento da reciclagem e da reutilização dos resíduos sólidos (aquilo que tem valor econômico e pode ser reciclado

ou reaproveitado) e a destinação ambientalmente adequada dos rejeitos (aquilo que não pode ser reciclado ou reutilizado), o que se vincula à educação ambiental.

Prosseguindo, de acordo com a Política Nacional de Resíduos Sólidos - Lei n° 12.305/2010 -, há diversos princípios e objetivos baseados não

<<https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000100003>> Disponível em

<https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142007000100003&script=sci_arttext> Acesso em: 22 out. 2017.

8 - FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Curso de Direito Ambiental. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

9 - MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

10 - MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

apenas na Política Nacional do Meio Ambiente como na Política Nacional de Educação Ambiental. Dentre esses objetivos, destaca-se o inciso XIV do artigo 7^o¹¹, que dispõe sobre o reaproveitamento de resíduos em prol do desenvolvimento energético.¹²

Essa política cria metas importantes que irão contribuir para a eliminação dos lixões e institui instrumentos de planejamento nos níveis nacional, estadual, microregional, intermunicipal, metropolitano e municipal; além de impor que os particulares elaborem seus Planos de Gerenciamento de Resíduos Sólidos.

Além de colocar o Brasil em patamar de igualdade aos principais países desenvolvidos no que concerne ao marco legal e inova com a inclusão de catadoras e catadores de materiais recicláveis e reutilizáveis, tanto na Logística Reversa quanto na Coleta Seletiva.

4 A COMUNHÃO ENTRE A POLÍTICA DE RESÍDUOS SÓLIDOS E A POLÍTICA ENERGÉTICA POR MEIO DA BIOMASSA DE CANA-DE-AÇÚCAR

Acompanhando a modificação dos tempos e a necessidade cada vez maior de acompanhar os comandos internacionais, destaca-se o fato de o Brasil ser o maior produtor de cana-de-açúcar do mundo¹³, fazendo com que possua uma grande oferta de matéria-prima para cogeração de energia¹⁴. Trata-se de fonte limpa, renovável, em que há uma redução considerável do passivo ambiental - redução dos resíduos -, estando em total conformidade não apenas com os preceitos constitucionais mas, também, com a legislação ambiental então vigente.

Imprescindível destacar que há um movimento mundial em prol não apenas da sustentabilidade, mas de mudanças comportamentais. Aproveitando o fato

11 - Art. 7º. São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos: [...] XIV - incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, incluídos a recuperação e o aproveitamento energético [...]. BRASIL. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm> Acesso em: 20 set. 2017.

12 - NUNES, C.R.P., The Energy micro-production entrepreneur, Publication on 2016/3/30. In GLOBAL ISSUES Vol. 44 (2) p. 257-298. US: University of Illinois Publisher, 2016.

13 - O Brasil é visto como um global player no setor de Agronegócios pela participação considerável no mercado mundial. MARCOS Jank: Apesar de importante player, Brasil é pouco conhecido na Ásia. Estado de Minas, Belo Horizonte, Estadão Conteúdo, 11 jun. 2017. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2019/06/11/interna_internacional,1061056/marcos-jank-apesar-de-importante-player-brasil-e-pouco-conhecido-na.shtml> Acesso em: 01 nov. 2017.

14 - AGRIC. Produção de cana-de-açúcar. Disponível em: <http://www.agric.com.br/producoes/cultivo_da_cana.html> Acesso em: 20 set. 2017.

do Brasil ser um importante player¹⁵ no setor de agronegócios - relevante setor da economia nacional -, há uma grande oferta de matéria-prima para cogeração de energia. O objeto necessário à cogeração é o resíduo agroindustrial advindo das usinas sucroalcooleiras: a biomassa originária da cana-de-açúcar (bagaço, palha e ponta).

Destaca-se o fato de o Brasil ser o maior produtor de cana-de-açúcar do mundo, fazendo com que possua uma grande oferta de matéria-prima para cogeração de energia. Trata-se de fonte limpa, renovável, em que há uma redução considerável do passivo ambiental - redução dos resíduos -, estando em total conformidade não apenas com os preceitos constitucionais mas, também, com a legislação ambiental então vigente.

De acordo com o IPEA:

Com o intuito de se criar uma forma de consumo sustentável, em 2002, na Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, no momento em que foram discutidos os resultados da Rio 92, aprovou-se o Plano de Johannesburgo, com a proposta da elaboração de um conjunto de programas de apoio e fortalecimento das iniciativas regionais e nacionais para promoção de mudanças nos padrões de consumo e produção. Como resultado das discussões em reunião realizada com chefes de Estado, em 2003, na cidade do Marrocos, o Processo Marrakesh surgiu com o objetivo geral de contribuir para tornar os padrões e níveis de consumo e produção mais sustentáveis por meio de um Marco de Programas, com duração de dez anos. Discussões maiores surgiriam após adoção do Protocolo de Kyoto, que condicionou reduções de emissão de CO₂, para os países desenvolvidos. Os países em desenvolvimento, por não terem poluído significativamente no passado, a princípio ficaram isentos de metas de redução de emissão.¹⁶

Sendo assim, os desafios relacionados à harmonização e equilíbrio entre as perspectivas de desenvolvimento com o agronegócio combinado com a preservação do meio ambiente se intensificaram a partir dos acordos realizados entre as superintendências dos países da ONU e organismos internacionais em prol da conservação do meio ambiente.

15 - O Brasil é visto como um global player no setor de Agronegócios pela participação considerável no mercado mundial. MARCOS Jank: Apesar de importante player, Brasil é pouco conhecido na Ásia. Estado de Minas, Belo Horizonte, Estadão Conteúdo, 11 fev. 2018. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2019/06/11/interna_internacional,1061056/marcos-jank-apesar-de-importante-player-brasil-e-pouco-conhecido-na.shtml> Acesso em: 01 nov. 2017.

16 - SANTOS, Mari Aparecida dos; VIEIRA FILHO, José Eustáquio Ribeiro. O agronegócio brasileiro e o desenvolvimento sustentável Relatório do IPEA - 2016. Ano13. Edição 87 - 17/06/2016. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7122> Acesso em 23 fev. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diversos estudos passam a ser desenvolvidos entre as mais diversas áreas científicas visando às alternativas sustentáveis e capazes de suprir essa incessável demanda mundial de entender a complexidade das questões analisadas.¹⁷

É por esse motivo que a investigação apresenta um viés multidisciplinar não só pela abordagem de outras linhas da Ciência Jurídica que não apenas o Direito Ambiental e o Direito de Energia¹⁸, além da Economia. Pois, ao comprovarmos a intersecção entre a Política Ambiental, a Política de Resíduos Sólidos e a Política Energética no nicho de mercado de co-geração energética da biomassa.

Contudo, é importante destacar que há uma preocupação com os danos ambientais que podem ocorrer e por isso é tão importante a visualização da intersecção. Para se alcançar a sustentabilidade da atividade, é necessário que cautelas e medidas sejam tomadas.¹⁹ Pois, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, há princípios que auxiliam a intersecção, como os da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador e do próprio desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

AGRIC. **Produção de cana-de-açúcar**. Disponível em: <http://www.agric.com.br/producoes/cultivo_da_cana.html> Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Protocolo de Quioto**. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/protocolo-de-quioto.html>> Acesso em 19 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 alterada pela Lei nº 13.723, de 2018**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1997/leis_9478.htm>

17 - MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. A Inteligência da Complexidade. Tradução: Nurimar Maria Falci. São Paulo: Petrópolis, 2000.

18 - NUNES, C.R.P.; VASCONCELOS, P.E.A. Energy Social Science as an evolution of the Inter-multidisciplinary Environment and Law and Economy. Publication on 2018/2/18 In: Anais do 23º Annual Meeting of Nanterre Network, International Studies of the Meeting of Nanterre Network. 2018. Volume 2 p. 97 - 107.

19 - SEN, Amarthya. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução: Laura Motta Teixeira. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm.> Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. **Decreto Legislativo 144, de 20 de junho de 2002**. EMENTA: Aprova o texto do Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, aberto a assinaturas na cidade de Quioto, Japão, em 14 de dezembro de 1997, por ocasião da Terceira Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Publicado texto original no Diário Oficial da União - Seção 1 - 21/6/2002, Página 2 (Publicação Original). Republicado no Diário Oficial da União - Seção 1 - 5/4/2005, P.1. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-144-20-junho-2002-458772-norma-pl.html>> Acesso em: 19 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm> Acesso em: 20 set. 2017.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de Direito Ambiental**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOLDEMBERG, José; LUCON, Oswaldo. **Energia e meio ambiente no Brasil**. In: Estudos Avançados. Vol.21 no.59 São Paulo Jan./Apr. 2007. DOI: <<https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000100003>> Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142007000100003&script=sci_arttext> Acesso em 22 de out. 2017,

MARCOS Jank: **Apesar de importante player, Brasil é pouco conhecido na Ásia**. Estado de Minas, Belo Horizonte, Estadão Conteúdo, 11 jun. 2017. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2019/06/11/interna_internacional,1061056/marcos-jank-apesar-de-importante-player-brasil-e-pouco-conhecido-na.shtml> Acesso em: 01 nov. 2017.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. **A Inteligência da Complexidade**. Tradução: Nurimar Maria Falci. São Paulo: Petrópolis, 2000.

NUNES, C.R.P., **The Energy micro-production entrepreneur**, Publication on 2016/3/30. In GLOBAL ISSUES Vol. 44 (2) p. 257-298. US: University of Illinois Publisher, 2016.

NUNES, C.R.P.; VASCONCELOS, P.E.A. **Energy Social Science as an evolution of the Inter-multidisciplinary Environment and Law and Economy**.

Publication on 2018/2/18 In: Anais do 23º Annual Meeting of Nanterre Network, International Studies of the Meeting of Nanterre Network. 2018. Volume 2 p. 97 - 107.

SEN, Amarthya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução: Laura Motta Teixeira. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

Recebido em: 30.03.2018

Revisado em: 08.05.2018

Aprovado em: 25.05.2018

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 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

empresa 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 produções 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 inglês, 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 análises 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 possuir 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 bibliográfica 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 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 anônimo 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 controvérsia, 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 transcritos 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, por estarem de acordo com a missão, o objetivo e as linhas editoriais, além de conferir se:

a) o autor preencheu o termo de aceitação das normas da Revista, declarando não ter apresentado o artigo, na íntegra, em nenhum outro veículo de informação nacional ou internacional; b) a declaração de cessão de direitos autorais; e c) a autorização ou declaração de direitos cedidos por terceiros, caso reproduza figuras, tabelas ou texto no percentual de mais de 200 palavras de obra publicada no sistema OJS.

1.4.5. Após as deliberações, para cada artigo submetido e previamente avaliado pelos pareceristas ad hoc, três decisões podem ser emitidas pelo Conselho Editorial da Revista, gerando os seguintes efeitos:

a) “Aceitação sem restrição” - o Editor Chefe ou o Editor Adjunto comunicará a decisão ao autor, por e-mail, preferencialmente no prazo de 30 dias após a submissão do artigo à Revista Científica. Na comunicação será juntado um resumo do teor das decisões dos pareceristas ad hoc e do Conselho Editorial;

b) “Aceitação com proposta de alteração”, o Editor Chefe ou o Editor Adjunto comunicará a decisão ao autor, por e-mail, preferencialmente no prazo de 30 dias após a submissão do artigo à Revista Científica. Na comunicação será juntado o teor dos pareceres, incluindo as propostas de alterações ou qualquer outra sugestão cabível a melhoria do conteúdo e da forma do artigo, preservando o anonimato. b.1) Os arquivos que necessitarem de modificações serão devolvidos aos autores, com as respectivas sugestões para alteração; e b.2) As alterações solicitadas são de responsabilidade exclusiva do autor e serão novamente submetidas aos pareceristas ad hoc que sugeriram as

propostas de alterações.

c) “Rejeição”, o Editor Chefe ou o Editor Adjunto comunicará a decisão ao autor, por e-mail, preferencialmente no prazo de 30 dias após a submissão do artigo à Revista Científica. Na comunicação será declarado o não interesse em publicar, preservando o anonimato. c.1) A Revista reserva-se o direito de não avaliar e rejeitar ad nutum os trabalhos enviados fora das linhas editoriais.

1.5. Havendo a submissão de produção bibliográfica por qualquer parecerista ad hoc ou membro dos Conselhos Editorial ou Técnico Científico, é obrigatória a comunicação do fato aos conselheiros por e-mail, em data anterior ao prazo de submissão.

1.5.1 Neste e-mail, o autor submetente declarará que se subordina a todos os procedimentos da Revista e à decisão final de publicação ou não.

1.5.2 Nesse caso, ficará suspensa a participação do autor submetente 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 produções 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

A Revista Científica AREL FAAr - Amazon's Research and Environmental Law, ISSN n. 2317-8442 possui fluxo contínuo, oferecendo a possibilidade de submissão a qualquer tempo. O seu Conselho Editorial, está sempre recebendo artigos para as temáticas vinculadas à área de concentração da Revista "Direito Público Con-temporâneo" e às Linhas de pesquisa "Empresa, sociedade e sustentabilidade" e "Direitos Fundamentais e suas dimensões".

Os interessados devem submeter seus artigos pelo endereço: <http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php>.

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

ALFA OUMAR DIALLO

Doutor em Direito

Universidade Federal de Grande Dourados
Dourados – Mato Grosso do Sul (MS) - Brasil

ANNA CHRONOPOULOU

Doutora em Direito

Westminster Law School
London - Inglaterra – Reino Unido

ÁLVARO DE OLIVEIRA AZEVEDO NETO

Doutor em Direito

Faculdade Boa Viagem
Recife - Pernambuco (PE) - Brasil

ANA ALICE DE CARLI

Doutora em Direito

Universidade Federal Fluminense - Campus Volta Redonda
Volta Redonda - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

BÁRBARA GOMES LUPETTI BATISTA

Doutora em Direito

Universidade Veiga de Almeida
Rio de Janeiro - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

BLEINE QUEIROZ CALUÁ

Doutora em Direito

Universidade de Fortaleza
Fortaleza - Ceará (CE) - Brasil

CAMILA BARRETO

Doutora em Direito

Centro Universitário de Santos
Santos – São Paulo (SP) - Brasil

CARINA BARBOSA GOUVÊA

Doutora em Direito

Universidade Federal de Pernambuco
Recife - Pernambuco (PE) - 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
Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil

DAVID A. FRENKEL

Doutor em Direito

Ben-Gurion University of the Negev
Be'er Sheva, Israel

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

FÉLIO JOSÉ BAUZÁ MARTORELL

Doutor em Direito

Universitat de les Illes Balears
Palma – Illes Balears - Espanha

LINO RAMPAZZO

Doutor em Direito

Centro Universidade Salesiano de São Paulo
Lorena – São Paulo (SP) - Brasil

MARIZA RIOS

Doutora em Direito

Escola Superior Dom Helder Câmara
Belo Horizonte – Minas Gerais (MG) - Brasil

MARTHA ASUNCIÓN ENRIQUEZ PRADO

Doutora em Direito
Universidade Estadual de Londrina
Londrina - Paraná (PR) - Brasil

MICHEL P. MALLOY

Doutor em Direito
University of the Pacific
Stockton – Califórnia – Estados Unidos

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
Goiânia - Goiás (GO) - Brasil

PEDRO DIAZ PERALTA

Doutor em Direito
Universidad Complutense de Madrid
Madrid – Comunidad de Madrid - Espanha

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

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 exigências 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 IE-SUR/FAAr, acesse a página da CEP do IESUR/FAAr, disponível em: <<http://www.faar.edu.br/portal/comite-etica-pesquisas-seres-humanos-cep.php>>. INFORMAÇÕES SOBRE A REVISTA CIENTÍFICA AREL FAAR - AMAZON'S RESEARCH