

Jus Scriptum

EDITORIAL

Academia em tempos de crise: um olhar para trás nos primeiros passos pós-pandêmicos

Academy in Crisis: taking a look back at the first post-pandemic steps
Cláudio Cardona

ARTIGOS

Da utilidade e das desvantagens da jurisprudência para a vida: a atualidade do pensamento de Julius Hermann von Kirchmann

Of the uses and disadvantages of jurisprudence for life: the actuality of Julius Hermann Von Kirchmann's thought
Diego Siqueira Rebelo Vale e Sandro Alex Souza Simões

Elementos distintivos del concepto de medidas regresivas en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Distinctive elements of the concept of retrogressive measures in the jurisprudence of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights
João Paulo de Godoy Valença

Viéses algorítmicos: paradigma ético e responsabilização no tratamento de dados no Direito brasileiro

Algorithmic bias: ethical paradigm and responsibility in data processing in Brazilian law
Gustavo da Silva Melo

Finanças climáticas e o Acordo de Paris: a atuação do Banco Mundial

Climate finance and the Paris Agreement: the role of the world bank
Caio Brilhante Gomes e Luciana Costa da Fonseca

A governança participativa da água no comitê da bacia hidrográfica do Rio Marapanim na Amazônia

Participatory water governance in the committee of the Marapanim River hydrographic basin in the Amazon
Natalia Mascarenhas Simões Bentes, Sandro Júnior do Carmo Alves e Raíaela Furtado da Cunha

A reduzida programação normativa das leis de proteção ambiental no Brasil e a sua interpretação metodicamente pouco organizada

The low level of regulatory programming of the environmental protection rules in Brazil and its methodically unorganized interpretation
Andreas J. Krell

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Ano 16 • Volume 6 • Número 2
jul./set. 2021 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board
Leandra Freitas, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Iago Leal, Diretor Científico do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Leonardo Castro de Bone

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre Silva
Gabriel Teixeira
Thais Cirne
Vânia dos Santos Simões

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro

Fundado em 07/06/2001

Diretoria do Biênio 2021/22

DIREÇÃO GERAL

Diretoria Executiva

Leandra Freitas, Presidente de Direção;
Dra. Joice Bernardo, Secretária Executiva;
Dr. Rodrigo David, Tesoureiro;

Secretarias especiais da Presidência:

Dra. Camila Henriques, Secretária
Especial de administração de Conflitos e Apoio à
Diversidade (SEACAD)

Mylla Purcinelli, Secretária Especial de
Licenciatura (SEL)

Dr. Caio Brilhante, Secretário Especial do
Meio Ambiente (SEMA)

Dr. Filipe Vigo, Secretário Especial de Mestras,
Doutoramentos e Empregabilidade (SEMDE)

Assessores da Secretaria Executiva:

Dra. Mariana Harz
Dra. Ana Paula Afonso

Diretoria Científica

Iago Leal, Diretor

Dr. Paulo Rodrigues, Diretor

João Villça, Adjunto

Dr. Matheus Spegorin, Adjunto

Theodora Simões, Adjunta

Dr. Cláudio Cardona, Diretor da Revista

Jus Scriptum

Dr. Thiago Santos Rocha, Observador
Externo do Conselho Editorial

Diretoria de Eventos

Dra. Thainara Nascimento, Diretora

Dr. Sandro Parente, Diretor

Dra. Dayane Chaves, Adjunta

Dra. Natália Farinha, Adjunta

Dra. Bruna Xavier, Assessora

Dr. Emmanuel Brasil, Assessor

Laura Viana, Assessora

Dr. Mateus Boscardin, Assessor

Dra. Brunna Mendes, Assessora

Dra. Maria Melo, Assessora

Dra. Gardênia Santiago, Assessora

Dr. Matheus Niewerth, Assessor

Dra. Carolina Xavier, Assessora

Dra. Yasmim Reis, Assessora

Dr. Leonardo Fleischfresser, Assessor

Dr. José Nilton Gomes, Assessor

Diretoria de Comunicação

Dra. Leticia Bittencourt, Diretora

Victor Gabriel, Diretor

Mylla Pucelli, Adjunta

Daniel Rosa, Adjunto

Rafaela Mascaro, Adjunto

Dr. André Trajano, Assessor

Paula Lourenço, Assessora-secretária

ASSEMBLEIA GERAL

André Brito, Presidente

Dra. Joice Bernardo, Primeira-Secretária

Dra. Rebeca Rossato, Segunda-Secretária

CONSELHO DE PRESIDENTES

Dr. Claudio Cardona, Presidente

André Brito

Dra. Elizabeth Lima

CONSELHO FISCAL

Jefferson Nicolau, Presidente

Maria Eduarda Ribeiro, Vogal

Dra. Rebeca Rossato, Vogal

Diretoria de Apoio Pedagógico

Dra. Mileny Silva, Diretora

Roberta Viana, Diretora

Dra. Júlia Ronconi Costa, Adjunta

Dra. Larissa Lopes Matta, Assessora

Dra. Mariana Miranda, Assessora

Eric Alejandro, Assessor

Dra. Brunna Mendes, Assessora

Colaboradores da Direção Geral

Dra. Gabriele Lima

nelb.pt



REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Ano 16 • Volume 6 • Número 2
jul./set. 2021 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

EDITORIAL

Academia em tempos de crise: um olhar para trás nos
primeiros passos pós-pandêmicos

Academy in Crisis: taking a look back at the first post-pandemic steps
Cláudio Cardona

ARTIGOS

Da utilidade e das desvantagens da jurisprudência para a vida:
a atualidade do pensamento de Julius Hermann von Kirchmann

*Of the uses and disadvantages of jurisprudence for life: the actuality of
Julius Hermann Von Kirchmann's thought*

Diego Siqueira Rebelo Vale e Sandro Alex Souza Simões

Elementos distintivos del concepto de medidas regresivas
en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales

*Distinctive elements of the concept of retrogressive measures in the jurisprudence of the
Committee on Economic, Social and Cultural Rights*

João Paulo de Godoy Valença

Viéses algorítmicos: paradigma ético e responsabilização no
tratamento de dados no Direito brasileiro

Algorithmic bias: ethical paradigm and responsibility in data processing in Brazilian law
Gustavo da Silva Melo

Finanças climáticas e o Acordo de Paris: a atuação do Banco Mundial
Climate finance and the Paris Agreement: the role of the world bank

Caio Brilhante Gomes e Luciana Costa da Fonseca

A governança participativa da água no comitê da bacia
hidrográfica do Rio Marapanim na Amazônia

*Participatory water governance in the committee of the Marapanim River hydrographic
basin in the Amazon*

Natalia Mascarenhas Simões Bentes,

Sandro Júnior do Carmo Alves e Rafaela Furtado da Cunha

A reduzida programação normativa das leis de proteção ambiental
no Brasil e a sua interpretação metodicamente pouco organizada

*The low level of regulatory programming of the environmental protection rules in Brazil
and its methodically unorganized interpretation*

Andreas J. Krell

EDITORIAL: ACADEMIA EM TEMPOS DE CRISE: UM OLHAR PARA TRÁS NOS PRIMEIROS PASSOS PÓS-PANDÊMICOS

LEADER: ACADEMY IN CRISIS; TAKING A LOOK BACK AT THE FIRST POST-PANDEMIC STEPS

Iniciar um editorial de revista científica com um dado pessoal ou do senso comum talvez não seja a melhor maneira, ainda mais quando se vem a afirmar com tanta categoria aquilo que não se pode experimentar adequadamente, mas arriscaremos: a palavra crise foi uma das mais usadas no último biênio e, malgrado eventual resultado empírico dessa hipótese lançada ao vento nessas palavras, diríamos que poderia ser eleita a palavra do ano. O vocábulo não é novidade, como tantos outros que entraram no cotidiano da academia e, mais largamente, da comunicação social. Basta estar vivo e compreender o idioma para se saber que sempre se está em crise com alguma coisa, seja a economia, seja a política, seja mesmo o indivíduo em si mesmo e em suas relações, e aqueles que estão no seu círculo imediato. Há evidências de que a afirmação inicial deste editorial não foi a mais acurada, no entanto, veja-se o que isso significou para a academia.

A crise, ou as crises, decorrentes do contexto global instituído pela pandemia de 2020, com reflexos a se perder de vista, ocupou dossiês temáticos de revistas científicas e editoriais de tantos periódicos quanto se possa contar, capturou os temas de disciplinas acadêmicas da pós-graduação e os debates em sala de aula, lançou cientistas das mais diversas áreas aos meios eletrônicos de comunicação e às plataformas digitais de eventos científicos. Não há dados suficientes para saber os efeitos permanentes daquilo que passamos, ou mesmo os efeitos a médio e longo prazo, mas já se pode dizer que a academia se provou mais uma vez pronta a lidar com os desafios oriundos de mudanças estruturais, temporárias

ou não.

Em março de 2020, era uma segunda-feira, dia 9, quando se soube pela comunicação social que a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa estaria fechada a partir dali, com suspensão de todas as atividades presenciais. O Despacho da Direção viria a ser publicado horas depois, confirmando os rumores e o noticiado. Não obstante o que já se sabia da China e o que já se informava em Itália, por aqui, em Portugal, nada parecia nos abater e o primeiro caso fatal só viria a ser noticiado uma semana após o fechamento da Escola. Qual não foi a discussão sobre a prematuridade e mesmo a desnecessidade das medidas tomadas naquele dia 9 de março, e vindas de tantos sítios e de tantas pessoas, diríamos, esclarecidas. Até ali, parecíamos estar em estado de negação e os atos da própria Administração apontavam neste sentido: quatro dias antes, a Faculdade havia alargado o horário de funcionamento da biblioteca nos sábados, tendo inclusive funcionado dessa maneira dois dias antes da suspensão de todas as atividades presenciais.

Grupos de trabalho foram formados para lidar com o dia-a-dia e os desafios da Escola a partir dali, e eles eram muitos: o regime de aulas, para os três ciclos de estudo, passaria imediatamente para plataformas digitais; as formas de avaliação, em especial na licenciatura e no mestrado em prática jurídica deveriam ser repensadas; o atendimento direto ao aluno, que até o momento funcionava essencialmente pelo regime presencial, apesar dos avanços da secretaria virtual e do atendimento por redes sociais, passaria a ser apenas virtual.

Hipóteses de como lidar com isso tudo foram muitas, e em largo espectro, desde aqueles que apontaram que em três semanas estaria tudo resolvido e que bastaria adequar o calendário, até aqueles que aventaram passagem adminis-

trativa para todos os estudantes. Evidente que a pandemia se provou deveras resiliente, ao passo que a Escola também provou que não desistiria de seus objetivos e viria a cumprir, com toda a dificuldade, erros e acertos, que contingência dessa particularidade suscita.

Na licenciatura, desde a adaptação dos regulamentos de avaliação, até o estabelecimento do uso de uma plataforma moodle para a realização dos exames, e, com isso, todos os testes de funcionalidade do sistema, foram obstáculos a serem superados; acima de tudo, a desconfiança mútua de alunos e professores, uns não acreditando no devido respeito à ética acadêmica e pressupondo todo o tipo de fraude aos processos avaliativos – inclusive com manifestação de reitores na comunicação social a expressar esse tipo de estereótipo, o qual se baseia em lugares comuns tão estranhos quanto qualquer generalização, em especial aquelas que não se baseiam em dados empíricos e interpretações atentas desses dados –, outros a presumir a incapacidade de se elaborar avaliações capazes de fazer frente às adversidades do momento e mesmo a incapacidade de se ponderar adequadamente a avaliação contínua em salas de aula virtuais.

No mestrado e no doutoramento, onde nem todos os professores aderiram a plataformas síncronas de atividades letivas, os desafios avançavam na ausência dos meios de investigação presenciais, como os da biblioteca – que, apesar de todo esforço para fornecer os meios digitais para a realização de pesquisa, por uma razão estrutural do mercado editorial, não conseguiria cumprir com a demanda de todas as áreas de estudo –; na redução drástica do contato presencial entre os investigadores; no aprofundamento da dificuldade de contato com professores, em especial os orientadores de dissertação e tese; na concessão de prorrogações de prazo, um benefício e, ao mesmo tempo, uma maldição; e, em especial em nosso contexto, no fato de que mais da metade

da nossa pós-graduação ser formada por alunos estrangeiros, hegemonicamente provenientes do Brasil, cujo aprofundamento da pandemia fez fechar fronteiras por mais tempo do que o previsto, com consequências diretas à circulação entre os países.

Transversalmente, as dificuldades psicológicas decorrentes do isolamento, da ansiedade e das perdas de familiares – para estarmos na superfície dos problemas – foram recorrentes nos grupos de discussão e nas conversas com os colegas. Não foi raro colegas contactarem o Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro para compreender os regulamentos da faculdade, como poderiam organizar as suas vidas diante de tantas perdas. Colegas que perderam mais do que um ano de estudo; perderam seus companheiros, filhos, pais, tios... Estivemos diante da tragédia durante os últimos 18 meses e muito se tem a refletir sobre como lidamos com isso.

A Comissão Científica de Estudos Pós-Graduados negou qualquer possibilidade de trancamento ou congelamento de curso no mestrado e no doutoramento, vedando-se as possibilidades de reingresso dos estudantes. Por outro lado, o Conselho Científico acolheu o pedido dos estudantes para diversas prorrogações de prazos para a entrega de trabalhos científicos. Academicamente, e esse é o nosso recorte, houve investigadores que foram bastante produtivos durante o período pandêmico, e esse fato pode ser confirmado pela produção científica em periódicos e eventos científicos online; houve pesquisadores que, por outro lado, voluntária ou involuntariamente reduziram ou cessaram sua produção científica. Ambas as circunstâncias são igualmente válidas e devem ser tidas com a mesma atenção e cuidado.

A ansiedade, a depressão e o burnout de professores, investigadores e estudantes decorrentes ou agravadas pela vivência acadêmica já era uma preocupação antes do perí-

do pandêmico. As evidências estavam mesmo nos esforços para atender e prevenir as formas agudas da doença; dessa forma, já se via o esforço do Instituto de Medicina Preventiva e Saúde Pública em promover atendimentos e campanhas de conscientização dos alunos de todos os ciclos de estudo, também o surgimento de gabinetes de apoio psicológico no âmbito das Escolas, como o que passou a existir na Faculdade de Direito desde 2019.

Ainda em 2020, após três meses da suspensão das atividades presenciais, o NELB fez alguns levantamentos junto aos alunos brasileiros dos três ciclos de estudo e os números, transmitidos à faculdade, foram bastante importantes para a percepção de como a pandemia agravou e mesmo ampliou o desgaste emocional dos estudantes. Na licenciatura, 98,2% dos alunos informaram que sentiam dificuldade de concentração, sendo que 75,4% informaram que a frequência dessa dificuldade era de 3 a 5 em uma escala de 0 a 5. O número é próximo dos 73,2% dos estudantes que apontam que a intensidade desta dificuldade era de 3 a 4 em uma escala de 1 a 5. Foram 67,8% os estudantes que indicaram que frequentemente tinham pensamentos negativos recorrentes e 69% os que indicaram que a intensidade desses pensamentos lhes afetava moderadamente até muito intensamente, com especial atenção aos 14,5% que disseram que a intensidade era 5 em uma escala de 1 a 5. Foram 87,5% aqueles que indicaram terem tido alguma dificuldade para dormir, sendo que 58,9% classificaram entre 3 e 5 em uma escala de 0 a 5 a frequência com que tinham essa dificuldade, e 66,7% informaram que essa dificuldade durava horas, ao passo que 7,8% chagaram a dizer que duravam noites inteiras. Um total de 74,9% informou que consideravam que esses sintomas prejudicavam o seu desempenho pedagógico entre 3 e 5 numa escala entre 0 e 5. A atenção final se deu exatamente para os 37,8% que informaram considerar abandonar o curso em razão disso.

Na pós-graduação, a pesquisa abrangeu alunos anteriores a 2018/2019, de 2018/2019 e de 2019/2020, sendo que 39,6% dos alunos se encontravam no Brasil no momento da pesquisa e 58,4% se encontravam em Portugal. Dentre os alunos do 2º e 3º ciclos, 98,3% dos alunos informaram que sentiam dificuldade de concentração, sendo que 76,5% informaram que a frequência dessa dificuldade era de 3 a 5 em uma escala de 0 a 5, e 79,8% dos estudantes apontaram que a intensidade desta dificuldade era de 3 a 4 em uma escala de 1 a 5. Foram 48,2% os estudantes que indicaram que frequentemente tinham pensamentos negativos recorrentes e 38,6% indicaram que os tinham com frequência moderada; desses todos, 57,6% que indicaram que a intensidade desses pensamentos lhes afetava moderadamente até muito intensamente, com especial atenção aos 12,3% que disseram que a intensidade era 5 em uma escala de 1 a 5. Foram 81,6% aqueles que indicaram terem tido alguma dificuldade para dormir, sendo que 43% classificaram entre 3 e 5 em uma escala de 0 a 5 a frequência com que tinham essa dificuldade, e 61,7% informaram que essa dificuldade durava horas, ao passo que 7,4% chagaram a dizer que duravam noites inteiras. Um total de 77% informou que consideravam que esses sintomas prejudicavam o seu desempenho pedagógico entre 3 e 5 numa escala entre 0 e 5. A atenção final se deu, igualmente, para os 29,5% que informaram considerar abandonar o curso em razão disso.

Aos poucos, a Faculdade de Direito retoma as suas atividades presenciais. O começo do ano letivo de 2021/22 foi presencial, sem qualquer medida de regime misto e sem perspectiva de novos fechamentos. Ainda que permaneça alguma restrição para eventos científicos extracurriculares presenciais, é certo que os cursos intensivos foram retomados presencialmente e voltamos a ter a circulação de professores de outras instituições pelos corredores da faculdade,

alimentando os diálogos científicos e as futuras parcerias.

Retornam os velhos desafios e devemos nos preparar para novas crises. A pandemia não nos deixou ainda e haverá sempre um processo assimétrico na recuperação dos mais diversos países. A ciência foi o meio pelo qual superamos em 18 meses um dos momentos mais decisivos de um mundo globalizado. A academia é meio essencial para produção da ciência. Retoma-se agora a necessidade de investimento na investigação, na internacionalização das pesquisas, no estabelecimento de programas de iniciação científica, no fomento às mais variadas áreas do pensamento.

Cláudio Cardona¹
Diretor da Jus Scriptum

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Especialista pós-graduado em Processo Civil Contemporâneo e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Conselheiro Académico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Presidente da Assembleia do Núcleo de Estudos Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vice-Presidente do Núcleo Académico de Lisboa do IBDFAM. Sócio do escritório Cardona&Wanderley Advogados Associados. Advogado e consultor jurídico. Foi Conselheiro Pedagógico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa entre 2019 e 2021, Diretor e Presidente do Núcleo de Estudos Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa entre 2018 e 2020, Vice-Presidente do Núcleo de História do Direito também da FDUL entre 2020 e 2021.

DA UTILIDADE E DAS DESVANTAGENS DA JURISPRUDÊNCIA PARA A VIDA: A ATUALIDADE DO PENSAMENTO DE JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN

OF THE USES AND DISADVANTAGES OF JURISPRUDENCE FOR LIFE: THE ACTUALITY OF JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN'S THOUGHT

Diego Siqueira Rebelo Vale¹
Sandro Alex Souza Simões²

O presente artigo oferece uma análise da atualidade e da extemporaneidade do pensamento de um autor esquecido pela tradição do pensamento jurídico mais recente, o alemão Julius Hermann Von Kirchmann. Busca-se, em primeiro lugar, uma compreensão de suas contribuições epistemológicas à jurisprudência enquanto ciência jurídica, muito embora estas se confundam a todo o momento com o aspecto social de suas ideias. Desse modo, aborda-se o que o autor entende por ciência, direito natural e lei positiva, para em seguida adentrar-se no núcleo de sua crítica à ciência jurídica de sua época, a partir da leitura de Nietzsche por analogia. Ao final, espera-se que este trabalho traga material pertinente para a reflexão, não só aos juízes e advogados, mas principalmente aos professores de Direito, de modo que Kirchmann não seja mais visto com condescendência pela história do pensamento jurídico. Palavras-chave: Ciência, Jurisprudência, História, Vida.

The present article offers an analysis of the contemporaneity and of the extemporaneity of the thought of an author forgotten by the most recent legal thought tradition, the german Julis Hermann Von Kirchmann. In the first place, it seeks to comprehend his contributions to legal epistemology, although they can be somewhat identified to the social aspect of his ideas. Thereby, we approach what the authors understands when he employs terms and concepts such as science, natural law and positive law, so that we can perceive what is thought to be the core of his critique of the jurisprudence at his century. In order to get closer to this core, we will attempt to do an analog reading of Nietzsche's Second Untimely Meditation. In the end, we expect this work to bring relevant material for thought, not only to judges and lawyers, but mostly to teachers of Law, so that Kirchmann may not be seen with compliance by the history of legal thought anymore. Key-Words:

¹ Licenciado em Direito pelo Centro Universitário do Pará-CESUPA (Brasil) e ex-tutor de História do Direito e do Pensamento Jurídico. Advogado. Especialista em Direito material e processual do trabalho.

² Professor Assistente convidado e investigador sênior do Instituto de Investigação Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor efetivo do Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário do Pará, Cesupa, Brasil. Doutor em Direito.

Science, Jurisprudence, History, Life.

1. Introdução

A presente publicação pretende recuperar a dissonância de uma voz há muito esquecida no pensamento jurídico de nossos tempos. Trata-se de Julius von Kirchmann, autor alemão do século XIX, pouco lembrado no pensamento jurídico mais recente, exceto (e quando muito) quanto a sua frase mais célebre, segundo a qual bastam três palavras do legislador para que bibliotecas inteiras se convertam em banalidades. Seu opúsculo intitulado *El Caracter acientifico de la llamada ciencia del derecho*, a escritura de uma conferência, por cuja oralidade o próprio autor se desculpa, apresenta ideias muito polêmicas para a época em que escreve. O título antecipa precisamente o tema: a tarefa consiste em estabelecer o caráter *não científico* da jurisprudência³, o que pode significar pelo menos duas coisas. De um lado, pode significar que “a jurisprudência, se bem que constitua uma ciência, carece daquela influência na realidade e na vida dos povos que qualquer ciência possui e deve ter”⁴, e de outro parece mencionar que “a jurisprudência carece de valor como ciência teórica, que não constitui uma ciência com o arranjo exigido pelo autêntico conceito da mesma”⁵.

O problema de Kirchmann, portanto, é o do *status científico* da jurisprudência. Com base em suas observações da experiência cotidiana dos tribunais, o diagnóstico que

³ Jurisprudência é uma palavra que possui diversos sentidos. Na obra de Kirchmann, quando ela é empregada, diz respeito seja à “ciência do Direito”, isto é, uma sistemática propriamente científica do conhecimento jurídico, seja ao conjunto de conhecimentos técnica e praticamente elaborado pelos juristas acerca daquilo que se pode denominar Direito.

⁴ KIRCHMANN, 1949, p. 251. Livre tradução do seguinte excerto no original: “la jurisprudencia, si bien constituye una ciencia, carece de aquella influencia en la realidad y la vida de los pueblos que cualquier ciencia posee y debe tener”.

⁵ Idem. Livre tradução do seguinte excerto no original: “la jurisprudencia carece de valor como ciencia teórica, que no constituye una ciencia com arreglo al autêntico concepto de la misma”.

Kirchmann encontrará ao longo de sua análise é o de uma *carência científica da jurisprudência*. Embora seus apontamentos possam parecer pessimistas, o presente texto procurará oferecer uma chave de leitura de suas ideias dentro da qual se encontrará não uma negação ou anulação de qualquer base para um conhecimento propriamente jurídico, mas *a defesa de um saber não científico sobre o Direito frente a crescente expansão das ciências da natureza rumo às chamadas “ciências do espírito”*⁶, dentre as quais estaria o Direito. Trata-se, declaradamente, de uma leitura *hermenêutica* da obra de Kirchmann.

Neste sentido, Kirchmann identifica uma autonomia ou sustentabilidade própria do Direito frente à “Ciência Jurídica”, isto é, distingue-se um saber técnico ou prático inerente ao Direito e outro saber teórico que diz respeito à jurisprudência. Ele afirma que “um povo pode viver muito bem sem ciência jurídica, mas nunca sem Direito”⁷. Logo em seguida, completa a distinção advertindo: “Mas tal saber não é ciência, e sim descansa nas regiões obscuras do sentimento e do trato natural”⁸.

Para Kirchmann, quando o método científico é trazido para a chamada “Ciência Jurídica”, não se obtém o mesmo êxito encontrado na física, na biologia e na matemática, para citar apenas algumas disciplinas cuja autoestima é bastante elevada. Ao contrário, o toque indelicado da mão do método científico, quando se inclina para a captação de seu objeto, acaba por esmagá-lo⁹. A conferência como um todo oscila entre vários momentos em que se aponta e compara o sucesso do método científico em outras regiões do conhecimento da realidade e a total incapacidade de produzir certeza e segurança deste mesmo método quando aplicado ao conhe-

6 GADAMER, 2012, p. 37.

7 KIRCHMANN, op. cit., p. 254. Livre tradução do seguinte excerto no original: “un pueblo puede vivir muy bien sin ciencia jurídica, pero nunca sin Derecho”.

8 Idem. Livre tradução do seguinte excerto no original: “Pero tal saber no es ciencia, sino que descansa em las regiones oscuras del sentimiento y del tacto natural”.

9 Ibidem, p. 276.

cimento jurídico. Em lugar de proporcionar uma adequada compreensão do fenômeno visado, o método científico desfigura totalmente e reduz os eventos propriamente jurídicos a uma operação como outra qualquer.

A sugestão desta chave de leitura na obra de Kirchmann consiste na recusa em lê-lo como um autor que acreditava ser o Direito um objeto temático sem qualquer relevância para uma disciplina própria, isto é, um assunto tão difícil de ser apreendido, devido a sua aleatoriedade e fugacidade, que se deveria abandonar qualquer tipo de tratamento compreensivo acerca dele. Em vez disso, a leitura que se fará de Kirchmann deve seguir a ideia de que sua obra mais conhecida, a conferência a respeito do caráter não científico da jurisprudência, representa uma preocupação muito pertinente a respeito da transposição de um modelo de conhecimento teórico e científico para a compreensão da realidade jurídica e uma defesa contra a deformação da compreensão do Direito.

2. O contexto da obra

O opúsculo de Kirchmann é uma obra profundamente contextual. Dizer que uma obra é contextual aqui implica dizer que ela é endereçada especificamente a destinatários determinados, isto é, que seu intento não é tanto produzir efeitos para a posteridade, de modo a ser facilmente compreendido pelas gerações vindouras, quanto denunciar um “mal” que se prolifera em um momento bastante peculiar da ciência jurídica europeia em geral e alemã em particular. Significa dizer também que o emprego de palavras e conceitos se circunscreve aos limites temporais da questão temática, de modo que o sentido de alguns termos e conceitos bastante usuais, como “ciência”, “lei positiva” e “direito natural” assume contornos significativamente mais restritos.

Isto quer dizer que, para compreender a obra de Kirchmann, é necessário antes situá-la dialogicamente, isto é, que interessa muito localizar quem são os participantes deste diálogo, ou seja, quem é a figura do emissor, o próprio von Kirchmann enquanto autor, e a quem esta mensagem se dirige. Será preciso, portanto, parcialmente delimitar quem foi von Kirchmann e em que circunstâncias exatamente ele proferiu suas fortes palavras, de modo a entendermos porque elas causaram ao mesmo tempo tanto entusiasmo e controvérsia.

“O caráter acientífico da assim chamada ciência do direito”¹⁰ é a transcrição de uma conferência publicada, como menciona o próprio Kirchmann, por “desejo de algumas pessoas”¹¹. Ademais, o autor sente-se inclinado a publicá-la ainda porque este talvez seja o melhor meio de evitar “mal entendidos inevitáveis”¹², decorrentes da repercussão que suas assertivas provocaram.

O discurso de Kirchmann foi proferido em 1848, em um momento em que a justiça era um privilégio e as regras jurídicas pareciam, ao menos aos olhos das pessoas de fora do círculo jurídico acadêmico, arbitrárias e injustas¹³. O alvo de Kirchmann apontava para as faculdades de Direito na Universidade, acusadas de serem responsáveis pelo afastamento do Direito da realidade da vida social, isolando-se em especulações acadêmicas destituídas de qualquer valor. Kirchmann, por sua vez, teria atravessado uma carreira bem sucedida como advogado e posteriormente promotor, o que o coloca para além do ambiente das universidades alemãs, imerso no cotidiano das dependências das cortes e tribunais. Com efeito, isto o coloca em uma posição de considerável

¹⁰ Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. O título do original em alemão pode ser traduzido para o português como “A inutilidade da Jurisprudência como Ciência”.

¹¹ KIRCHMANN, op. cit., p. 250.

¹² Idem.

¹³ SANDSTROM, p. 134. Não difere muito da atual configuração do mundo jurídico.

autonomia e independência com relação aos limites do que ele poderia proferir em uma conferência acadêmica.

Desse modo, a situação de Kirchmann é bastante peculiar. Wieacker o inclui entre os “outros” horizontes do pensamento jurídico na história do século XIX porque, enquanto um “sintoma da resistência crescente” contra “as exigências exageradas da Escola Histórica”, ele não se encaixa nem entre os germanistas, nem entre os hegelianos (idealismo alemão), nem entre os nacionalistas, e sim na “magistratura *“engagée”* da época”¹⁴. Von Kirchmann foi um homem responsável e compromissado com os problemas jurídicos da vida cotidiana. O historiador do direito ainda o caracteriza como um “jurista cientificamente formado na escola liberal e pouco simpático procurador público do governo”¹⁵. Não é de se estranhar que suas palavras não agradassem tanto os professores de Direito das universidades, juristas entusiasmados com os seus “progressos”, sua sistematicidade e a cientificidade com que abordavam seus estudos jurídicos, quanto as pessoas envolvidas em atividades jurídicas no dia a dia, advogados, promotores, juízes e etc, todos formados por estes mesmos professores e, portanto, supostamente satisfeitos com as suas lições.

A sua frase mais célebre, “três palavras de justificação do legislador e bibliotecas inteiras de doutrina tornam-se numa inutilidade”, possui, segundo Wieacker, pelo menos dois sentidos: significa não apenas “uma expressão de escárnio sobre as ilusões de uma teoria orgulhosa de si e alheada da vida acerca da sua influência social”¹⁶, e sim também “um aviso perante uma legiferação diária que deixara de ser responsável perante um espírito e um princípio”¹⁷. Com isso, Kirchmann detecta o fracasso de uma ciência jurídica a par-

14 WIEACKER, p. 474.

15 Idem.

16 Ibidem.

17 Ibidem.

tir da

ruptura funesta entre a ciência jurídica especulativa e a prática política do direito e descobre, com isto, a situação precária da pandectística no moderno Estado constitucional e na moderna sociedade, que entretanto estivera encoberta pelo facto de os governos e os parlamentos ainda abandonarem largamente aos especialistas a elaboração das grandes codificações¹⁸

Este “abandono”¹⁹ permanece como um hábito da legislação até os dias do Brasil de hoje. Com o ensaio de Kirchmann, expõe-se não só o crescente insatisfação com a maneira com que o historicismo e o romantismo punham “as questões fundamentais da época”, frente às exigências e imposições de novos códigos visando a atender o “movimento de unidade nacional”, mas também “o fim da Escola Histórica na Alemanha”²⁰.

Para uma maior e mais ampla contextualização do desenvolvimento e das preocupações do pensamento jurídico no século XIX, desde a insatisfação com o jusnaturalismo racionalista até as pressões que o sucesso das ciências empíricas impuseram ao Direito, a tradução da obra de Wieacker permanece ainda imprescindível para o leitor de língua portuguesa. No entanto, uma abordagem mais íntima de seu texto tornaria demasiado demorada a introdução na obra de von Kirchmann propriamente dita. Assim, saltando por esta breve contextualização histórica, de cuja sucintez, espera-se, não se possa dizer que seja inútil ou insuficiente, adentraremos no texto de Kirchmann.

3. Ciência e jurisprudência, Direito Natural e Lei positiva

O texto inicia com palavras de sinceridade e de com-

18 WIEACKER, op. cit., p. 474-75

19 O abandono segue entre aspas porque não se trata propriamente de uma questão de negligência, e sim sempre de uma escolha política bem determinada.

20 Idem, p. 475

promisso com a verdade, procurando desvencilhar-se de preocupações ou suspeitas quaisquer. Manifesta-se desde já a ironia que atravessa o texto inteiro de Kirchmann. O autor se pergunta, então, “para qual dos juristas práticos não surge algumas vezes o sentimento evidente do vazio e da insuficiência de sua ocupação?”²¹. Segundo ele, nenhuma outra literatura possui maior quantidade de livros carentes de espírito e de gosto do que a jurídica, ainda que ao lado de obras boas. Até mesmo o homem culto, defendendo uma causa justa, teme entregá-la às mãos da Justiça, alvo de zombaria até os dias de hoje²².

Algumas contradições causam espanto: a quantidade exorbitante de leis e, no entanto, lacunas em proporção equivalente ou até superior; um enorme “exército” de funcionários públicos e, não obstante, uma lentidão entediante da Justiça; um emprego dedicado de estudos e erudição e, contudo, a constância das incertezas tanto na teoria quanto na prática. Entretanto, a força gravitacional do hábito e da repetição não consegue impedir que a melhor parte dos juristas passe com indiferença por semelhantes questões. Se alguém os menciona, logo é advertido a se calar condescendentemente. Mas a permanência destes fenômenos torna-os dignos de interesse por indicar que *alguma coisa há no fundo*.

O principal argumento do opúsculo de von Kirchmann é o de que a jurisprudência, compreendida enquanto ciência jurídica, é destituída de caráter científico. A observação de sua “experiência diária” com o fenômeno jurídico suscitam sérias dúvidas e objeções ao “axioma” segundo o qual o direito seria uma ciência²³. Kirchmann, no entanto, não dedica uma linha sequer à definição ou explicação acerca do que

21 Ibidem. Livre tradução do seguinte excerto, no original: “¿A quién de los juristas prácticos no sobreviene algunas veces el sentimiento evidente del vacío y de la insuficiencia de su ocupación?”

22 Ibidem.

23 KIRCHMANN, op. cit., p. 252.

ele compreende por ciência. Ele inclusive chega a mencionar que uma “prova direta” de sua tese exigiria uma definição de ciência em geral e uma comparação com os trabalhos de jurisprudência até o momento, mas que esta tarefa, além de por si só trazer grandes dificuldades, devido à limitação temporal (e circunstancial) da conferência, seria de todo irrealizável²⁴. Ademais, o resultado seria, segundo o autor, superficial, ignorando as “causas intrínsecas” da diferença entre a jurisprudência e as outras ciências.

Contudo, disto não se pode depreender que, ao empregar o vocábulo “ciência”, ele não possua alguma pré-compreensão sobre o que o termo signifique. Em meio a que concepção de ciência estaria, portanto, Kirchmann desde já imerso ou envolto, isto é, que significados exatamente ele movimentava quando emprega a palavra “ciência”? Que função o vocábulo assume no todo de sua obra?

Começemos pela afirmação segundo a qual a jurisprudência ocupa-se de um objeto que existe “livre e independentemente”²⁵. Isto quer dizer que o Direito possui uma existência própria e sem qualquer preocupação ou necessidade de uma ciência que o observasse. Além disto, de pouca ou nenhuma importância é ao objeto mesmo o sucesso ou o fracasso desta ciência em compreendê-lo. Segundo ele, isto ocorre da mesma maneira com as demais ciências: a natureza é o objeto das ciências naturais e ela “continua a viver” sem levar em consideração se os cientistas conseguem conhecer ou não sua essência e suas forças. Tampouco “a matemática se ocupa de objetos criados por ela mesma”²⁶, pois o teorema pitagórico teria existido antes mesmo que Pitágoras o houvesse descoberto. Nem mesmo a filosofia escaparia desta condição, uma vez que busca conhecer algo “real,

24 Idem, p. 256.

25 Ibidem, p. 253.

26 Ibidem.

absoluto e eterno”. Desse modo, o objeto da jurisprudência enquanto ciência seria o Direito e, mais concretamente, suas instituições abundantes. Por mais que a influência da filosofia e ciência modernas tente suprimir a diferença entre objeto e ciência, assim promovendo a identidade entre ser e saber, em Kirchmann o alheamento entre ciência e realidade é preservado. Kirchmann assume, portanto, uma posição realista forte.

Seguindo esta suposição, Kirchmann afirma que “um povo pode viver muito bem sem ciência jurídica, mas nunca sem Direito”²⁷. Com esta formulação, ele estabelece a autonomia do fenômeno jurídico em relação à ciência do Direito. O Direito já existia muito antes de se falar em jurisprudência, e é preciso um desenvolvimento jurídico bastante elevado para que se possa deflagrar uma disciplina jurídica propriamente científica. Kirchmann possui a história como testemunha de sua afirmação: ele identifica a existência do Direito em civilizações clássicas como a grega e a romana, dentre os povos germânicos e romanos na Idade Média, até os glosadores, mas a ciência jurídica é um fenômeno mais recente. Deste modo, Kirchmann distingue um saber de certo modo inerente ao Direito, de natureza prática ou técnica de um saber correspondente à ciência jurídica. Segundo ele, um povo pode ter um saber jurídico conforme aquele, mesmo que se revele carente da última, “mas tal saber não é ciência, e sim descansa nas regiões obscuras do sentimento e do trato natural”²⁸. Trata-se de um saber do Direito diante do caso concreto, que embora possua princípios “científicos” e adágios abstratos, não são estes que nele prevalecem. O decisivo é a peculiaridade do caso concreto em lugar do “refrão abstrato”. Kirchmann indica a filologia como acometida por

27 KIRCHMANN, op. cit., p. 254. Livre tradução do seguinte excerto, no original: “Un pueblo puede vivir muy bien sin ciencia jurídica, pero nunca sin Derecho”.

28 Ídem. Livre tradução do seguinte excerto, no original: “Pero tal saber no es ciencia, sino que descansa em las regiones oscuras del sentimiento y del tacto natural”.

um fenômeno semelhante, uma vez que também ela tem um objeto que implica em um saber. Mas da mesma maneira é possível conhecer os casos e épocas sem utilizar-se de uma “ciência da linguagem”²⁹.

Por Kirchmann, um autor que escreve em pleno século XIX, não seria imprevisível ver-se o conceito de ciência ser movimentado em afinação com a cada vez melhor sucedida ciência empírica e positiva, nascida no século anterior, mas que floresce apenas em sua época. Sempre quando se estiver diante do emprego da palavra “ciência” na obra de Kirchmann, deve-se pressupor a complementação analítica “*da natureza*”. A diferenciação e o mútuo reconhecimento da autonomia entre ciências da natureza e ciências do espírito (ou ciências humanas, como se tornou corrente no Brasil, dentre muitos outros países em que a expressão de origem alemã *Geistwissenschaften* não predominou) só começará a tomar contornos mais nítidos a partir dos efeitos da obra de, por exemplo, Wilhelm Dilthey e, mesmo no século XX e nos nossos tempos, as assim chamadas ciências do espírito lutam por terem o seu método e objetividade reconhecidos. Ainda é muito comum encontrarmos “cientistas” no sentido mais estrito do termo – físicos, químicos, biólogos, etc. – que se recusam a conceder cientificidade aos estudos humanos

Segundo Kirchmann, a missão da jurisprudência é, tal qual a de todas as ciências, compreender o seu objeto, isto é, encontrar suas leis, desenvolver seus conceitos, dar-se conta do parentesco e da conexão entre suas diversas instituições e elementos e, por fim, expor os conhecimentos em um sistema conciso³⁰. Revela-se ainda mais que a concepção de ciência que não está pronunciada no discurso de Kirchmann é a de ciência *da natureza* no momento em que ele afirma que

29 Em outras palavras, é preciso utilizar-se de uma sensibilidade outra que não o método científico.

30 KIRCHMANN, op. cit., p. 255.

a aceitação por todas as ciências dos princípios da observação e a submissão da especulação filosófica à experimentação metódica haviam finalmente conquistado território firme ao conhecer sobre as coisas. Segundo o autor, os resultados do “novo método” beiravam o milagroso e à troca regular das especulações de um século ou de uma geração pelas de outro sucedia o conhecimento seguro³¹.

Devido às novas descobertas dos trabalhos científicos, o edifício do conhecimento humano adquirira bases firmes e alcançava uma altura assombrosa, mas a jurisprudência, ao contrário, não teria mudado nada desde Bacon³². Em lugar de diminuir, as controvérsias jurídicas aumentaram, suas regras e seus conceitos não adquiriram contornos mais nítidos e a confiança no conhecimento jurídico em verdade diminuiu, inclusive onde a investigação mais laboriosa acreditava ter conseguido um resultado seguro e inquebrantável³³. Os sábios do tempo mais recente se curvam de obras antigas ainda hoje consideradas modelo e reconhecem sua incapacidade em oferecer trabalhos melhores.

Além de ter identificado aproximadamente qual o tipo de ciência que “vige” implicitamente na obra de Kirchmann, podemos agora considerá-la sob outro aspecto. Uma “atualização” do sentido de seu texto revelaria certa ingenuidade ou inocência quanto a sua compreensão sobre o que seja a ciência. Segundo Haba³⁴, as concepções de ciência posteriores, decorrentes de estudos da epistemologia das ciências e da sociologia jurídica, teriam afrouxado o sentido com que Kirchmann trabalha. Assim, Haba afirma que principalmente “na segunda metade de nosso século, tendências inovadoras na epistemologia do discurso científico” – e aqui ele enu-

31 Idem.

32 Ibidem, p. 256. Devido às constantes referências a um “novo método”, é capaz que se trate de Francis Bacon. Mas como Kirchmann não indica abertamente de quem ele está falando, a referência a Roger Bacon não seria de todo destoante.

33 KIRCHMANN, op. cit.

34 HABA, p. 274.

mera alguns autores importantes – “puseram sob evidência que os conhecimentos da ciência, até mesmo as da natureza – sem excluir, especialmente, aquele que muitos possuem como paradigmática com respeito a todas elas: a física –, são menos firmes do que se vinha dando por sabido”³⁵. Também as ciências da natureza se sujeitam a mudanças históricas, os seus fatos científicos precisam ser interpretados e a sua certeza não é tão firme quanto pensara Kirchmann.

A partir destas considerações, as quais relativizam a segurança dos conhecimentos científicos, o que se vê é que, no fim das contas, talvez o Direito não apresente uma incerteza muito distinta da presente nos outros discursos científicos. Além disso, uma alegação possível é a de que Kirchmann teria cometido um erro ao impor ao discurso científico do Direito padrões de cientificidade alheios a ele, a dizer, os das ciências naturais³⁶. A nosso ver, o que Kirchmann faz é precisamente o contrário: o diagnóstico do fracasso da jurisprudência enquanto ciência mostra que o Direito não pode ser compreendido enquanto uma ciência neste sentido estrito ao qual ele se refere, ou seja, segundo os padrões das ciências naturais.

A análise de Haba parece negligenciar a pressão que o discurso científico experimental e positivo exercia sobre toda a Europa do século XIX e especialmente a Alemanha. Nem mesmo homens totalmente alheios aos círculos sociais das Universidades, homens que não lecionavam ou pesquisavam por profissão, escaparam de sentir-se na necessidade de “demonstrar cientificamente” as suas concepções de mundo³⁷. Haba critica a falta de sentido em julgar o conhecimento

35 Idem, p. 276. Livre tradução do seguinte excerto no original: “han puesto en evidencia que los conocimientos de la ciencia, hasta em las de la naturaleza – sin excluir, em especial, aquel que muchos tienen como paradigmática respecto a todas ellas: la física –, son menos firmes de lo que en general se había venido dando por consabido, como si fuera una verdad obvia”.

36 Ibidem, p. 277.

37 DILTHEY, 1997, p. 284-285.

científico inspirando-se em paradigmas de ciência cujos “jogos de linguagem”, um conceito de Wittgenstein, perseguem finalidades muito distintas da atividade jurídica. Com isto, o discurso jurídico manteria sua dignidade enquanto uma ciência.

Ainda assim, segundo este mesmo autor, a obra de Kirchmann não deixa de fornecer observações pertinentes mesmo aos debates jurídicos mais atuais, a despeito de uma compreensão “ingênua” acerca do que seja a ciência. Desse modo, o escrito de Kirchmann, ao contrário do que o título sugere, não negaria de todo o valor ou caráter científico do discurso jurídico, e sim afirmaria que o Direito escapa de uma caracterização enquanto ciência de acordo com o tempo e a formação do autor. Este é o espírito da defesa que Haba faz do escrito de Kirchmann: por mais que ele “não tivesse compreendido” tão bem as questões epistemológicas, talvez por causa disto mesmo ele tenha “visto melhor” do que os seus “jusmetodólogos” contemporâneos os problemas mais importantes do Direito em sua época.

Do mesmo modo, Direito Natural é uma expressão constante no texto, sem que Kirchmann forneça uma explicação acerca do que ele entende por isto. Aqui não significa também que ele não se mova em uma compreensão prévia sobre o que seja o Direito Natural. Para compreendermos o que Kirchmann movimenta quando emprega a expressão Direito Natural em sua obra, teremos que partir tanto de deduções dos momentos em que o conceito aparece no texto quanto de especulações acerca do que teriam sido suas influências – os livros e autores que lia, por exemplo – e do horizonte temporal ao qual encontra-se submetido (de maneira geral, o século XIX).

Apesar do sentido aristotélico-tomista que onera a expressão “Direito Natural” ao longo de toda a história da

filosofia, o que Kirchmann tem em vista ao usá-la é, assim pensamos, algo muito diferente. Comprovar este ponto é uma tarefa um tanto difícil, uma vez que não dispomos de dados que nos mostrem que tipo de formação intelectual possuía Kirchmann. No entanto, já mencionamos que, em conjunto com a leitura do próprio texto, é possível especular, movimentando-nos no espectro do século XIX alemão, sobre o que o autor compreende por Direito Natural quando emprega esta expressão em seu texto. Desse modo, podemos desde já ver que não se trata da concepção de um Direito Natural imutável, absoluto e metafísico, para além de todas as manifestações concretas do Direito Positivo e imune à ação do tempo e da história.

Kirchmann aponta a primeira particularidade da ciência jurídica como a “mutabilidade do Direito Natural enquanto objeto da jurisprudência”³⁸. Segundo o autor, enquanto o sol, a lua e as estrelas brilham hoje como sempre o fizeram desde há milhares de anos atrás – e as rosas florescem hoje ainda de maneira idêntica a como floresciam no Paraíso –, o matrimônio, a família, o Estado e a propriedade conheceram as formas mais diversas. O Direito mudou (ainda muda) e o nome mais conhecido para esta mutabilidade é o desenvolvimento progressivo de suas instituições. Com isto, afirma-se o *progresso* no Direito, no sentido de que suas instituições elevar-se-iam e alcançariam uma posição de vantagem em relação a seus estágios anteriores de desenvolvimento. Estas ideias causam estranhamento a Kirchmann³⁹. Ele não nega que o desenvolvimento das ciências tenha trazido “vantagens” ao homem, mas também compreende que progresso não significa necessariamente vantagem ou “felicidade”⁴⁰.

38 KIRCHMANN, op. cit., 257.

39 Idem.

40 Ibidem.

Em seguida, chega-se ao que talvez seja o argumento central do texto de Kirchmann, que diz respeito aos efeitos que esta mutabilidade produz sobre o objeto da jurisprudência. Segundo o autor, pertence à natureza de toda ciência que a verdade a que ela busca deva ser apreendida apenas lentamente, isto é, que a ciência deve passar por erros de todo tipo e que suas leis não são senão o fruto de esforços em comum de seus cultivadores no decorrer dos séculos. Entretanto, enquanto para as ciências naturais esta cautela e lentidão não é nociva, a situação da ciência jurídica é diferente, pois se ela encontra, após muito esforço durante anos, o “conceito autêntico”, a “lei verdadeira” de alguma de suas instituições, o seu objeto já terá, contudo, mudado. Neste sentido, *a jurisprudência sempre chega tarde demais*⁴¹. A esta altura do texto, Kirchmann figura uma de suas imagens mais marcantes:

A ciência jurídica se assemelha ao andarilho no deserto. Diante de si ele tem pegadas fluorescentes (...); mas apesar de caminhar o dia todo, todas elas, quando anoitece, encontram-se tão distantes dele como se encontravam pela manhã⁴²

Segundo esta imagem, a jurisprudência sempre fracassa em “captar o presente”. O “mal fundamental” de “nossa” ciência, do qual surgem múltiplas consequências obstaculizantes, é não poder compreender o presente. Assim, a jurisprudência só pode compreender o seu objeto quando ele já houver transitado ao passado⁴³. Este trecho será retomado mais adiante quando tratarmos do valor do texto de Kirchmann enquanto crítica ao rompimento da ligação entre ciência jurídica e vida.

Na configuração da exposição de Kirchmann, importa notar que não são apenas as leis positivas que sofrem alteração no decorrer do tempo, e sim o próprio Direito Natural. Desse modo, é possível supor que vige no pensamento do

41 KIRCHMANN, op. cit., p. 258.

42 Idem.

43 Ibidem, p. 259.

autor a concepção de “espírito” tão presente no século XIX na obra de autores tão diversos quanto Hegel, Herder, Jhering e Dilthey, por exemplo. Explicar o sentido, o desenvolvimento e as aparições do conceito de espírito no século XIX constituiria o tema de outra pesquisa muito mais trabalhosa e extensa do que a presente, concernente não ao Direito propriamente dito e sim à Filosofia ou História da Filosofia, e seria também um desvio infértil com relação ao desfecho deste trabalho. No entanto, podemos dizer, de maneira sucinta, que o conceito de espírito no século XIX é completamente destituído de sua significação cristã enquanto participação de Deus na intimidade do homem, por mais que em algumas de suas “versões” ele conserve o caráter teleológico (o “juízo final” secularizado tornar-se-ia o “fim da história”). Para o propósito deste trabalho, creio ser mais interessante acompanharmos o exemplo elucidativo de Dilthey:

O aparato visível, em um tempo e em um lugar determinados, de livros de direito, juízes, de autores de processos, de réus, é inicialmente a expressão de um sistema de fins dotado de determinações jurídicas, graças às quais ele se mostra eficaz. Esse conjunto de finalidades está direcionado para a vinculação externa das vontades a um regulamento inequívoco, que concretiza as condições de vida e delimita as esferas de poder dos indivíduos em suas relações entre si, com as coisas e com a vontade comum⁴⁴

O Direito, enquanto um fenômeno histórico, possui diversas manifestações acessíveis aos sentidos, sem as quais não haveria qualquer possibilidade de compreensão do mundo jurídico. Entretanto, estes momentos materiais não são suficientes para a compreensão do Direito – conhecer a composição química e o formato espacial dos Códigos e da tinta com a qual o texto que neles reside foi escrito não bastam para penetrar adequadamente no fenômeno jurídico. Isto ocorre porque para além dos elementos sensíveis, no interior da materialidade visível, encontra-se o espírito

44 DILTHEY, 2013, p. 26.

que dá significado àquele fenômeno, o qual não se permite apreender pelos sentidos:

Assim, a compreensão histórica do direito, tal como ele subsiste no interior de uma comunidade em um determinado tempo, reside no retorno daquele aparato exterior para a sistemática espiritual dos imperativos jurídicos produzidos pela vontade comum e a serem impostos por ela, sistemática que ganha, por meio desse aparato, a sua existência exterior. Foi nesse sentido que Ihering tratou do espírito do direito romano. A compreensão desse espírito não é um conhecimento psicológico. Ela é a dedução desse construto espiritual a partir de uma estrutura e de um conjunto de leis que lhe são próprios. Desde a interpretação de uma passagem do *Corpus iuris* até o conhecimento do direito romano e a comparação dos direitos entre si, a ciência jurídica baseia-se nessa dedução. Portanto, o seu objeto não são os estados de fato exteriores e com os acontecimentos por meio dos quais e nos quais o direito se dá. Apenas à medida que esses estados de fato concretizam o direito, eles são o objeto da ciência do direito. A prisão do criminoso, os danos das testemunhas ou o aparato da execução pertencem, como tais, à patologia e à ciência técnica⁴⁵

Desse modo, é com a dedução a partir dos elementos empíricos, um ato da consciência e não da experiência sensível, que se chega ao espírito (de uma lei, por exemplo). Segundo Dilthey, é conforme este procedimento que ocorre todo tipo de compreensão no mundo humano, desde a compreensão de outras pessoas até a interpretação de um texto antigo, separado por uma distância histórica abissal. Não dispondo de outros dados acerca da formação intelectual e filosófica de Kirchmann, cremos ser possível afirmar, subsidiados pela interpretação do próprio texto do autor, que uma concepção de espírito semelhante a esta resida em sua obra.

Kirchmann circunscreve o objeto da jurisprudência ao Direito Natural, referindo-se ao Direito na vida de um povo e nos círculos interpessoais. Não se trata, portanto, de um Direito Natural cujo acesso nos seja garantido por intermédio da razão humana, à qual é dada a contemplação de ver-

dades eternas e imutáveis, mas um Direito também onerado pela historicidade, isto é, pela finitude humana e pelo fluxo do tempo que a tudo arrasta. Além disso, o Direito Natural seria este “espírito objetivo” que serve como horizonte jurídico comum a sociedades humanas e que se exterioriza no mundo sensível – desde a arquitetura e estrutura dos Tribunais, passando pela indumentária profissional, até as obras jurídicas mais relevantes de um povo.

Talvez seja a lei positiva a particularidade do Direito e de sua ciência que mais sofram os ataques de Kirchmann. Segundo ele, todas as ciências possuem leis e o alcance destas constitui a meta suprema de cada uma delas. Ao lado das leis verdadeiras, é possível que algumas leis sejam comprovadamente falsas, mas a inexatidão das últimas não repercute no objeto científico. Kirchmann lembra⁴⁶ aquele estado de inalterabilidade e independência ao qual estão submetidos os fenômenos naturais – a terra, a alma, o trigo, etc.

A lei positiva, contudo, esta forma híbrida de ser e conhecer que se introduz entre a ciência e o direito, produz efeitos nocivos a ambos. O Direito Natural deve render-se a seu poder e sua sanção porque a lei positiva se impõe a seu objeto. Enquanto nas demais ciências o saber deixa o ser incólume, cedendo ante a ele, pela força a lei positiva provoca o contrário no Direito. O saber, em vez de, pleno de respeito, curvar-se diante do ser, impõe-se a este, mesmo o saber equivocado e defeituoso. Kirchmann admite, porém, uma ressalva com relação ao “progresso necessário” que conduz do Direito Natural à lei positiva: segundo ele, a divisão do trabalho, a complexidade da vida, a necessidade da fixação de situações bem definidas, produziram em todos os povos leis positivas⁴⁷. Ainda assim, ele mantém a sua suspeita com relação ao progresso, pois nem tudo o que cresce com natu-

46 DILTHEY, op. cit., p. 264.

47 KIRCHMANN, op. cit., p. 264.

ralidade e rigor lógico constitui por si só “uma felicidade”⁴⁸.

As desvantagens da lei positiva para o Direito Natural são, segundo o autor, são conhecidas desde há muito. De fato, a análise de Kirchmann sobre a lei positiva não possui nada de muito original ou surpreendente. Ainda assim, passemos por ela brevemente.

A lei positiva é rígida enquanto o Direito é progressivo, de modo que até mesmo uma “lei verdadeira” pode se converter em “falsidade” com o tempo. A derrogação de uma lei por outro nova é irrealizável sem violência, pois a sucessão carece do paulatino e suave desenvolvimento do Direito Natural⁴⁹. A lei positiva é abstrata e excessivamente simples, o que destrói a riqueza dos casos individuais e é uma das causas do “arbítrio judicial”, o que hoje chamaríamos de problema da discricionariedade. A lei positiva mesma é, por muitas vezes, puramente arbitrária, e o exemplo clássico são os prazos e marcações temporais: a maioria civil e penal, os prazos de prescrição, a forma escrita dos contratos e a exata duração das penas⁵⁰. Por fim, a lei positiva é “a arma inerte e sempre à disposição, tanto da sabedoria do legislador quanto da paixão do tirano”⁵¹. Da nocividade da lei positiva se pode dizer ainda que, se por um lado o Direito Natural sofre gravemente graças a ela, mais ainda padece a ciência, que de “uma sacerdotisa da verdade se converte em uma serva do acaso, do erro, da paixão e da imprevisão”⁵². Seu objeto torna-se, de tal modo, o fortuito e o defeituoso.

Este tipo de consideração comoveu Savigny a recusar a vocação do século XIX para a legislação, pelo que foi censu-

48 Idem.

49 KIRCHMANN, op. cit., p. 265.

50 Ibidem, p. 265-66.

51 Ibidem, p. 266. Livre tradução do seguinte excerto no original: “el arma inerte y siempre dispuesta, tanto para la sabiduría del legislador como para la pasión del tirano”.

52 Ibidem. Livre tradução do seguinte excerto no original: “De una sacerdotisa de la verdad se convierte en una sirvienta del azar, del error, de la pasión y de la impremeditación”.

rado por seus contemporâneos devido à excessiva amplitude da negação. Para Kirchmann, contudo, o erro de Savigny não está em ter ido longe demais, mas ao contrário: Kirchmann afirma que “não apenas nossa época carece de vocação legislativa no sentido indicado: nenhuma a possui”⁵³. Segundo o autor, crer que a ciência compreenderia a realidade desde que lhe déssemos tempo constitui um equívoco ingênuo, pois a jurisprudência fica sempre aquém do Direito. Desse modo, o elogio máximo que poderíamos fazer a Savigny consiste em sua abstenção da legislação mesmo quando o Estado delegou a ele o poder para tanto.

A maior parte da literatura jurídica disponível não se debruça sobre o Direito Natural (a “parte verdadeira” do Direito, segundo Kirchmann), e sim sobre as lacunas, as ambiguidades, as contradições, o falso, o antiquado e o arbitrário das leis positivas. Assim, o objeto da ciência jurídica parece converter-se na ignorância, nos descuidos e na paixão do legislador. “Por culpa da lei positiva os juristas converteram-se em vermes que vivem apenas de madeira podre”⁵⁴. Assim, surgem uma série de trabalhos jurídicos pseudocientíficos tratando de alterações legislativas insignificantes, que perdem o seu valor por inteiro na medida em que uma alteração do legislador corrige o erro sobre o qual essas obras tratavam, fazendo desaparecer completamente o seu objeto. A validade, utilidade e relevância destas investigações perecem rapidamente, por vezes no decurso de dias, e é deplorável que “tanta agudeza e erudição se esforcem em vão a remediar estes defeitos”⁵⁵, tendo em vista a extensão magnânima de alguns comentários. Daí vem a frase célebre de

53 KIRCHMANN, op. cit., p. 266. Livre tradução do seguinte excerto no original: “No sólo nuestra época carece de vocación legislativa en el sentido indicado: ninguna la posee”.

54 KIRCHMANN, op. cit., p. 267. Livre tradução do seguinte excerto no original: “Por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido em gusanos que sólo viven de madera podrida”.

55 Idem, p. 270. Livre tradução do seguinte excerto no original: “tanta agudeza y erudición se esfuerzen en vano en remediar este defecto”.

Kirchmann, a qual serve muitas vezes de porta de entrada para a sua obra, mas na soleira da qual a maioria absoluta do pensamento jurídico mais recente ficou: “três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras se convertem em papéis inúteis”⁵⁶. O mais grave de tudo é que nem mesmo o cuidado máximo com a redação de uma lei, bem como o emprego do mais nobre dos esforços no sentido de seu esclarecimento, são capazes de impedir o surgimento de dúvidas sobre sua interpretação e aplicação. Para Kirchmann, esses trabalhos jurídicos só possuiriam valor duradouro e científico na medida em que se ocuparem da essência de seu objeto, qual seja, o Direito Natural.

Seguindo o desenvolvimento da investigação de Kirchmann, primeiro viu-se, a partir da comparação entre o objeto da jurisprudência e os de outras ciências, a “força impeditiva” que nasce de seu próprio objeto⁵⁷. O Direito parece “fugir” no tempo, o que implica em sua mutabilidade, dissimulação e dificuldade de apreensão. Agora, tratando da lei positiva, estamos diante de outra situação: a própria ciência exerce um efeito destrutivo sobre o objeto, como se quisesse castigar a resistência persistente do objeto (a dificuldade que oferece quando tenta-se capturá-lo) com o aniquilamento de sua própria essência.

4. Intempestividade, extemporaneidade e o rompimento entre jurisprudência e vida

Para além do valor epistemológico do opúsculo de Kirchmann, reside nele também um forte sentido de crítica social. E, se por um lado, as suas considerações epistemológicas não são explicitamente rigorosas ou sistemáticas, por outro, o alvo de suas críticas é bem claro e demarcado. Tra-

⁵⁶ Idem, p. 268. Livre tradução do seguinte excerto no original: “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles”.

⁵⁷ Ibidem, p. 273.

ta-se, em termos compactos, da exposição da perniciosidade da desvinculação entre a ciência jurídica e a vida. Já foi dito anteriormente que a ciência jurídica fracassa em captar o seu objeto enquanto ele ainda é presente e que ela só pode apreendê-lo quando ele já houver sido convertido em passado. Kirchmann alerta ao perigo de um conhecimento jurídico que vira as costas para a vida e se transforma em um discurso de objetividade e neutralidade completamente estéril. Esta ameaça teria seduzido a jurisprudência, uma disciplina cultivada nas Universidades, até que ela esquecesse por completo da atualidade, dedicando-se exclusivamente aos problemas do passado e abandonando o Direito vigente aos “práticos depreciados”⁵⁸. Segundo o autor, é demasiado atraente cultivar um campo do saber inacessível às grandes massas, no qual o brilho da erudição adquire sua máxima luminosidade e onde até mesmo as conclusões mais absurdas não podem ser colocadas à mostra ao senso comum. Aqui, Kirchmann ajusta precisamente o seu alvo ao afirmar que a Escola Histórica “nos brinda” com muitos exemplos do que ele está falando⁵⁹.

Tratamos deste tema da obra de Kirchmann em termos de intempestividade devido a pelo menos dois motivos: primeiro, por causa da aproximação que buscaremos fazer com a *Segunda Consideração Intempestiva: Da utilidade e das desvantagens da história para a vida*, de Nietzsche, cujo espírito nos parece muito semelhante ao do texto de Kirchmann. E em segundo lugar, devido à intempestividade própria ao pensamento do autor, uma vez que cremos não terem suas considerações perdido a sua capacidade de referir-se a cada vez mais tempos presentes.

Desde já, os discursos de Kirchmann e de Nietzsche se assemelham quanto ao alvo que procuram atingir. Kir-

58 KIRCHMANN, op. cit., p. 260.

59 Idem.

chmann dirige-se aos professores de Direito nas Universidades, bem como os juristas, cultivadores da jurisprudência. Nietzsche dirige-se principalmente aos historiógrafos, mesmo que suas considerações assumam amplitude extensa, pois o que ele chama de “doença histórica” se manifesta não apenas nas Universidades, como também no próprio *sensu comum*. Também o discurso de Nietzsche ataca a Escola Histórica, ainda que em uma extensão maior do que em Kirchmann, pois este limita-se a dirigir-se aos autores incluídos em círculos de debates jurídicos, enquanto que Nietzsche mira ao coração mesmo da Escola Histórica (autores como Ranke e Droysen, por exemplo).

O ensaio de Nietzsche é aberto com uma citação de Goethe em correspondência com Schiller tendo em vista a introdução do tema do valor (ou de sua ausência) da história. Nela, Goethe deplora tudo aquilo que o instrui sem vivificar sua atividade. Nietzsche prossegue afirmando que “a história tomada como um precioso supérfluo e luxo do conhecimento deveriam ser, segundo as palavras de Goethe, verdadeiramente odiosos para nós”⁶⁰. Por mais que precisemos da história em alguma medida, ela só nos serve à medida que serve, por sua vez, à vida. O excesso do conhecimento histórico no século XIX apresenta-se como um problema grave porque, segundo Nietzsche, a história teria sofrido uma forte influência das ideias científicas mais difundidas, o que teria rompido o elo entre história e vida. Anteriormente vimos que Kirchmann uma vez se referiu aos juristas como a vermes devoradores de madeira. A tese central deste trabalho é a de que, ao aproximarmos a leitura de Kirchmann da de Nietzsche, poderemos ver que o jurista, tal qual o historiador, teria se tornado um ídola do supérfluo, e que talvez o estado de coisas da época de Kirchmann não teria mudado tanto assim em comparação aos nossos tempos.

As considerações de Nietzsche proclamam-se intempestivas ou extemporâneas. Isto quer dizer pelo menos duas coisas: primeiro, porque são diametralmente opostas ao entusiasmo do espírito de uma época, isto é, nega o fundamento daquilo que todo um século está “com razão orgulhosa”⁶¹. Nietzsche afirma que o povo alemão – e os europeus de modo geral – padece de uma “febre histórica”, mas que não necessariamente teria se dado conta disto. Neste sentido, a atuação da intempestividade é contrária ao tempo, por mais que se insira no tempo e clame por um tempo vindouro⁶².

Este clamor ou esperança por um tempo que ainda não é expressa o sentido principal da extemporaneidade: o de que algo se projeta para fora do tempo, ou seja, em direção a outros tempos possíveis. Estas ideias extemporâneas jamais encontrarão ressonância em seu próprio tempo e disto possuem consciência, por isso buscam acolhimento em um tempo vindouro. O opúsculo de Kirchmann compartilha de ambos os aspectos do ensaio de Nietzsche: suas ideias são ao mesmo tempo contrárias ao entusiasmo e satisfação que os juristas e professores de seu tempo sentiam diante do trabalho que faziam e se projetam rumo a algum lugar no qual possam ecoar. Neste sentido, as considerações de Kirchmann sobre a acientificidade da ciência jurídica são tão intempestivas quanto as de Nietzsche: por mais que elas tenham provocado repercussão quando proferidas em sua conferência, logo caíram sob o efeito de um esquecimento negligente. Talvez justamente devido a esta desatenção, o estado de coisas que Kirchmann figurou em seu discurso tenha efetivamente se agravado. Resta saber se nossa época é já preparada para perceber a pertinência de seus apontamentos, ou seja, reconhecer-se alvo de suas críticas, ou se o “tempo vindouro” pelo qual o autor espera ainda virá.

61 NIETZSCHE, op. cit., p. 6.

62 Idem, p. 7.

Viu-se aqui anteriormente a força impeditiva com a qual o objeto da jurisprudência resiste a se deixar apreender pelos juristas. Kirchmann também mostra outro obstáculo, mas agora no sentido contrário: a própria ciência exerce um efeito destrutivo ao tentar enquadrar o objeto em suas formas e modelos, como se procurasse castigar a resistência persistente do objeto ao aniquilar sua própria essência⁶³. Para Kirchmann, o Direito não pode constituir-se em um saber dissociado do “sentir”, isto é, como um conhecimento puramente intelectualizado. Segundo ele, se se separa o Direito do que ele entende por sentimento jurídico de um povo, ele pode até continuar “sendo uma grande obra de arte, mas uma obra morta e, desde logo, nenhum Direito”⁶⁴. Desse modo, a aproximação e o toque da ciência, compreendida aqui restritamente enquanto ciência natural, serão sempre desajeitados e indelicados, o que acaba por esmagar o objeto que se busca conhecer⁶⁵.

Também no ensaio de Nietzsche a culpa pela dissociação entre vida e história recai sobre a ciência, este “astro poderoso e inimigo”, “luminoso e divino”, que se intromete entre elas e desfaz sua constelação⁶⁶. A exigência de que a história cumprisse rigorosamente o estipulado pelos modelos de cientificidade do século XIX é a principal responsável pelo desligamento entre história e vida. Assim, a cultura histórica diante da qual se encontra Nietzsche preserva a máxima “*fiat veritas pereat vita*”⁶⁷. O desligamento da história com a vida significa, portanto, uma sua compreensão enquanto “ciência pura”, isto é, a consideração da “história pela história”, o saber pelo saber, e, com isso, a perda de sua capacidade de referência ao mundo e à ação humana. Assim, surgem “o

63 KIRCHMANN, op. cit., p. 275.

64 Idem. Livre tradução do seguinte excerto no original: “Siendo una gran obra de arte, pero una obra muerta y, desde luego, ningún Derecho”.

65 Ibidem, p. 276.

66 NIETZSCHE, op. cit., p. 32.

67 Idem. “Faça-se a verdade, pereça a vida”, em latim.

crítico sem necessidade, o antiquário sem piedade, conhecedor do grande sem o poder do grande”⁶⁸, a dizer, aqueles “puros pensadores”⁶⁹ da história que a enxergam enquanto uma contemplação livre e desinteressada da vida e sem possuir qualquer concernência vital (“fome”) com a sua pesquisa.

Neste sentido, a ciência jurídica, em busca de objetividade e neutralidade, acaba por destruir os seus próprios elementos vitais. O povo perde o conhecimento de seu próprio Direito e passa a descrever em suas instituições. O conhecimento do Direito se converte em patrimônio exclusivo de uma classe específica de juristas. Com isso, a ciência carece do seu terreno natural e se desvia com muita facilidade rumo à sofisticação e elucubrações estéreis⁷⁰. A legislação se torna hesitante e, ao mesmo tempo, o legislador condescende inclusive a fazer “experimentos”. É na aplicação do Direito ao caso concreto que se encontram, contudo, os maiores inconvenientes. Os processos são reduzidos pelo efeito destruidor da ciência a uma operação como outra qualquer, na qual nenhuma das partes sabe quem tem a razão e a voz da consciência fica muda. O desfecho depende de circunstâncias extrínsecas como a probabilidade da vitória, as custas processuais e a duração do processo.

Se se ganha, a especulação foi exitosa. Se se perde, consola-se o homem comum exatamente igual ao mercador que acaba de perder uma carga valiosa devido à tempestade ou igual ao acionista cujos cálculos frustraram-se por acontecimentos políticos. Em nenhum dos casos não se encontra nem sequer a sombra do Direito⁷¹

A derrota no processo e a devastação de seu terreno constituem para o homem comum acontecimentos de aná-

68 Ibidem, p. 25.

69 Ibidem, p. 31.

70 KIRCHMANN, op. cit., p. 275.

71 Idem, p. 276-77. Livre tradução do seguinte excerto no original: “Si se gana, la especulación era exitosa. Si se pierde, se consuela al hombre razonable exactamente igual que al mercador que acaba de perder un rico cargamento por la tempestad o igual que al bolsista cuyos caçulos resultaron frustrados por acontecimientos políticos. En ninguno de estos casos aparece aún solo la sombra del Derecho”.

loga natureza. Quando é a parte sucumbente em um processo, ele não reconhece que lhe faltava razão, e sim que perdera uma partida em um jogo. Ele sempre percebe a “pendência” do processo, a dizer, a lentidão de seu andamento tanto quanto sua incompreensibilidade. Assim, mesmo o juiz e o jurista ignoram o que acontece em um caso particular. Consultam códigos volumosos e comentários poeirentos, a partir dos quais começam um cálculo artificial tendo em vista encontrar “aquilo que no peito de cada qual deveria encontrar-se escrito em letras bem claras”⁷². O absurdo é infundável, pois em primeira instância “se prova com agudeza e erudição e de maneira artificial a verdade de uma tese, cuja falsidade é demonstrada na segunda com igual agudeza e idêntica erudição”⁷³. O acento não deve ser colocado aqui sobre a possibilidade de mudança das decisões, mas na ironia que Kirchmann imprime sobre a infertilidade da erudição e da agudeza com as quais se esforçam os juristas e juízes para justificá-las. Eis o “resultado triunfal” da ciência jurídica: um Direito ignorado pelo seu povo e que não reside, portanto, em seu “espírito” ou “coração”, e a conversão da Justiça em um jogo de azar, cujas forças são equiparáveis ao estranhamento e à selvageria da natureza.

Conforme o ensaio de Nietzsche, a instrução, a dizer, a erudição e a agudeza só adquirem valor, portanto, na medida em que produz efeito no mundo exterior, isto é, funciona como guia e orientação para a ação e para a vida⁷⁴. Os “homens cultos”, dotados de cultura e erudição histórica, contudo, tornaram-se uma “geração de eunucos”:

Para o eunuco, uma mulher é como qualquer outra, justamente apenas mulher, a mulher em si, o eternamente inatingível – e, com isto, é indiferente o que vos impulsiona, contanto que a própria história permaneça bela e “objetivamente” conservada, especialmen-

⁷² Ibidem, p. 277. Livre tradução do seguinte excerto no original: “lo que en el pecho de cada qual debiera encontrarse escrito en letras bien claras”.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ NIETZSCHE, op. cit., p. 42.

te por aqueles que nunca podem fazer história por si mesmos⁷⁵

A neutralidade científica torna o homem indiferente e neutro ante o mundo que o circunda. Nietzsche pergunta-se se os “homens cultos”, expressão que abrange agora não apenas os historiógrafos e seus relacionados, mas principalmente toda uma cultura europeia enferma, “ainda são homens (...) ou talvez somente máquinas de pensar, de escrever e de falar?”⁷⁶. Podemos nos questionar, por nossa vez, a partir da leitura de Kirchmann, ainda são homens os juristas? Ou “eles próprios não são nem homens nem mulheres, nem mesmo ainda uma comunhão dos dois, mas sempre apenas neutros, ou, expresso de maneira mais culta, apenas os eternamente objetivos”⁷⁷? Tornaram-se eles também figuras apáticas, incapazes de se surpreender ou espantar diante do mais absurdo, porque este também seria não uma aparição digna de espanto ou riso, mas sim apenas algo insignificante e preparado para a dissecação do instrumental científico e erudito.

A objetividade e a neutralidade científica nada mais são do que

uma condição do historiador, na qual ele contempla um acontecimento em todas as suas motivações e consequências de modo tão puro que este acontecimento não produz nenhum efeito em sua subjetividade⁷⁸

Tem-se em vista aqui aquela contemplação livre, pura, indiferente e desinteressada da estética do gênio e do gosto própria à Terceira Crítica kantiana, uma espécie de anulação ou autoesquecimento de si mesmo diante do objeto contemplado. Segundo este ideal, o homem mais apropriado para a investigação do passado seria aquele para o qual o passado não significa absolutamente nada, pois a sua falta de interesse lhe imprimiria ares de distância e superioridade.

75 Idem, p. 45-46.

76 Ibidem, p. 44.

77 Ibidem, p. 46.

78 Ibidem, p. 52.

No entanto, isto não passa de vaidade⁷⁹ porque somente “*a partir da suprema força do presente tendes o direito de interpretar o passado*”⁸⁰. No último parágrafo de seu ensaio, Nietzsche conclui que a cultura pode ser também outra coisa que não a ornamentação da vida, “o que no fundo significa dissimulação e disfarce”⁸¹.

É apenas a partir desta chave de leitura que as observações de Haba a respeito de Kirchmann ganham um sentido adequado. Quando o autor porto-riquenho empreende grande esforço em proteger Kirchmann da Teoria do Direito mais recente ao dizer que ele não se distrai com sutilezas que apenas desviam a atenção do que realmente importa⁸²; que “o discurso dos juristas se empenhou em dissimular sua radical timidez no plano do cognoscível”⁸³; que a ciência jurídica não se proporia a buscar a verdade sobre seus temas e sim, em muitos casos contribuiria em dissimulá-la⁸⁴; e que, por fim, a ciência jurídica se constituiria não em um saber, mas ao contrário, em um *não saber*, não devemos nos pasmar como se estivéssemos diante de um absurdo, mas sim atentar ao que é uma acusação séria da esterilidade das discussões jurídicas mais atuais. Assim, esta dissimulação, este velamento e este obscurecimento de que falam Nietzsche e Haba, mesmo que os dois estejam em registros distintos, em nada mais consistem do que enxergar a ciência jurídica enquanto um conhecimento decorativo, ornamental e supérfluo, sem qualquer serventia para a vida e para o homem.

Kirchmann concorda que o passado possui valor apenas na medida em que serve para compreender o presente:

Se a natureza do objeto requer o rodeio histórico, com-

79 NIETZSCHE, op. cit., p. 55.

80 Idem, p. 56.

81 Ibidem, p. 99.

82 HABA, op. cit., p. 293.

83 Idem, p. 301.

84 Ibidem, p. 302.

parável ao embaçar das lentes de um óculos, a ciência deve resignar-se; mas isto não é satisfatório. Quanto melhor se encontraria a ciência jurídica se pudesse, tal qual as ciências naturais, pôr-se em contato direto com seu objeto⁸⁵

Também está presente nestas observações a recusa a um conhecimento científico desinteressado, indiferente, puro e apático, pois o “rodeio histórico”, isto é, a investigação do “passado já morto”, é necessário, mas apenas enquanto um recurso para a compreensão e a orientação da ação no presente. Por uma questão epistemológica já abordada no presente trabalho, o Direito necessita do estudo do passado, assim como, na Segunda Intempestiva de Nietzsche, a vida e o homem precisam da história. No entanto, Kirchmann também percebe que é sempre perigoso se perder em meio ao estudo do passado e se esquecer da necessidade de referência a um tempo presente. O que significa, contudo, dizer que é apenas o presente que possui o direito de interpretar o passado?

5. Conclusão

É a partir deste questionamento que alcançamos a parte derradeira da presente investigação. Vimos que tanto para jurista quanto para o historiador, a busca da verdade deve parecer o desejo não apenas do conhecimento frio e inconsequente, “como posse egoísta do indivíduo”⁸⁶, e sim de uma instrução que auxilia na construção do homem e da vida, pois “a sentença do passado é sempre oracular”⁸⁷. Apenas aquele que se preocupa e se debruça sobre o presente e a construção de um futuro possui a grandeza necessária para a compreensão do passado. O significado do conceito de “força plástica” que Nietzsche emprega na Segunda Intempestiva

85 KIRCHMANN, op. cit., p. 261.

86 NIETZSCHE, op. cit., p. 49.

87 Idem, p. 57.

é central para este tema.

Segundo Figal⁸⁸, este é um conceito de Jacob Burckhart, do qual Nietzsche se apropriou. O importante é que em Nietzsche este conceito assume os contornos de uma força vital “que, por princípio e não apenas pela “perturbação da harmonia interna”, se forma e precisa se formar novamente porque não existe por si, mas sim ligada a um outro, a algo estranho”⁸⁹. Tanto o vivente quanto os outros nos quais o vivente se reflete podem ser tanto indivíduos, quanto povos ou culturas. Esta força plástica é, portanto, uma força imprescindível sem a qual nenhum vivente poderia subsistir.

A plasticidade desta noção é bastante sugestiva. Sugere o artista plástico, que molda as esculturas e lhes dá forma. Se nos é permitido especular, talvez haja um parentesco sutil entre esta noção que surge na Segunda Consideração Intempestiva de Nietzsche e a maneira como a movimentação do seu sucessor nesta cadeia de filólogos alemães⁹⁰, Werner Jaeger, em sua *Paideia*.

Em seus estudos acerca da educação do homem grego, Jaeger afirma que a palavra alemã *Bildung* é a que melhor se adequa à essência da educação grega, pois ela contém “ao mesmo tempo a configuração artística e plástica, e a imagem, “ideia” ou “tipo” normativo que se descobre na intimidade do artista”⁹¹. Para Jaeger, recuperar o “impulso” ou o “instante criador” dos gregos é o que justifica e fundamenta sua tarefa enquanto filólogo em nossos tempos⁹². A formação contém, portanto, dois momentos: primeiro, a contemplação de uma “figura” sobre a qual desejo fundar a minha ação e, em segundo lugar, a irrupção de uma força criativa.

88 FIGAL, 2012, p. 53-54.

89 Idem, p. 54.

90 Nietzsche foi discípulo de Willamowitz e tanto ele quanto Jaeger ocuparam a sua cadeira na Universidade de [Göttingen](#).

91 JAEGER, 2013, p. 11. A palavra *Bildung* contém *Bild*, imagem, figura, ideia ou tipo objetivo.

92 Idem, p. 7.

Assim, o grande homem, os grandes povos e as grandes culturas buscam a alteridade do passado e da história enquanto um ideal para a sua própria formação e não enquanto uma atividade em si mesma. Eles a buscam para *se formar*, tal qual um artista plástico, extraíndo toda a vitalidade de um instante pleno e moldando o seu corpo, sua vida e seu ser de acordo com isso. É neste sentido que Nietzsche afirma que apenas a grandeza do presente pode interpretar o passado, pois são apenas os homens impelidos por alguma necessidade vital conseguem retirar deste outro (a história) o material para que eles possam continuar vivendo. Desse modo, a história jamais pode ser concebida enquanto uma ocupação supérflua, decorativa ou ornamental.

Ao fim de tudo, espera-se que o resgate de um autor como Julius Hermann von Kirchmann tenha um forte efeito de reflexão sobre as discussões jurídicas mais atuais. A despeito de suas limitações epistemológicas e mesmo textuais (a brevidade de sua obra a respeito do Direito), acredita-se que suas considerações possam oferecer ao mundo acadêmico do Direito oportunidade para suspender o conforto que se sente diante de sua própria situação. Quando estamos muito satisfeitos com alguma coisa, dificilmente atentamos para o que possa estar ocorrendo de errado. Assim, as ideias de Kirchmann, que nos atingiriam devido a sua atualidade (que é também uma extemporaneidade) podem funcionar como uma provocação ao juízo acadêmico sobre o que se tem feito e produzido de conhecimento jurídico mais recentemente. A reflexão consiste em não esquecermos jamais que, enquanto juristas, também somos homens e que o cultivo do Direito enquanto ciência, se não é de todo inútil (ao contrário do que o excesso proposital do título de seu opúsculo sugere), só é necessário na medida em que pode nos engrandecer e que a ciência pela própria ciência não possui qualquer valor. Retirar-nos de uma situação de conforto na qual a absoluta

maioria da comunidade acadêmica do mundo jurídico parece estar imersa: talvez aí resida o valor da retomada da leitura de sua obra.

6. Referências

DILTHEY, Wilhelm. A construção do mundo histórico nas ciências humanas. São Paulo, Editora UNESP, 2010.

_____. Poetry and Experience. Selected Works, Volume V. Princeton University Press, Princeton, 1997.

FIGAL, Günter. Nietzsche: Uma Introdução Filosófica. Mauad X, Rio de Janeiro, 2012.

HABA, Enrique. Kirchmann sabía menos... [¡Pero vio mejor!](#). In: Revista Doxa nº 14 – Cuadernos de Filosofía del Derecho. 1993.

JAEGER, Werner. Paideia: A formação do homem grego. Martins Fontes, São Paulo, 2013.

KIRCHMANN, Julius Hermann von Kirchmann. El Caracter acientífico de la llamada ciencia del derecho. In: La Ciencia del Derecho. Editorial Losada S. A., Buenos Aires. 1949.

NIETZSCHE, Friedrich. Segunda Consideração Intempestiva: Da utilidade e desvantagem da história para a vida. Relume Dumará, Rio de Janeiro, 2003.

SANDSTRÖM, Marie. The concept of legal dogmatics revisited. In: BANKOWSKI,

Zenon (Ed.). *Epistemology and ontology: IVR-Symposium Lund 2003*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2005.

WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa. 1980.

ELEMENTOS DISTINTIVOS DEL CONCEPTO DE MEDIDAS REGRESIVAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

DISTINCTIVE ELEMENTS OF THE CONCEPT OF RETROGRESSIVE MEASURES IN THE JURISPRUDENCE OF THE COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

João Paulo de Godoy Valença¹

SUBMISSÃO: 13 DE SETEMBRO DE 2021
APROVAÇÃO: 30 DE SETEMBRO DE 2021

La prohibición de la regresividad no tiene disposición expresa en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), pero es extraída por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) como consecuencia lógica y natural del principio de realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Dada su naturaleza jurídica de obligación negativa, una de sus principales consecuencias jurídicas es limitar, de forma relativamente severa, la discrecionalidad de los Estados Partes del Pacto en la aplicación de sus recursos al avance de los DESC. Esta limitación de la discrecionalidad se manifiesta cuando el Comité, por ejemplo, requiere una justificación del Estado parte para la adopción de la medida considerada regresiva. Así, la prohibición de la regresividad, como la construyó el CDESC, se puede dividir en dos componentes: la identificación de una medida regresiva y los criterios que pueden justificar su aplicación. Este artículo está dedicado al primero de estos componentes, buscando identificar los elementos distintivos del concepto de medidas regresivas, que funciona como delimitador del ámbito de aplicación de la prohibición regresividad. La investigación se limitó a la prohibición de regresividad como resultado del trabajo de interpretación del CDESC, teniendo como fuentes primarias sus Observaciones Generales y su jurisprudencia en las comunicaciones individuales adoptada bajo el Protocolo Facultativo al PIDESC (PF-PIDESC), y, como fuentes secundarias, los estudios específicos de otros autores dedicados al tema. Se identificaron cuatro elementos distintivos del concepto de medidas regresivas: la regresividad, la intencionalidad, la dimensión colectiva y el vínculo con la disponibilidad. A partir de estos elementos, se propone un concepto de medidas regresivas: una medida estatal es regresiva cuando afecte normativa o empíricamente, y de manera deliberadamente negativa, los niveles de realización y disfrute colectivo de algún derecho previsto en el PIDESC con ga-

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público pela PUC-MG. Oficial de Justiça do TJPE.

nas de satisfacer fines relacionados con la disponibilidad de recursos. Este concepto permite diferenciar una medida regresiva de otros tipos de medidas, con miras a aplicar de manera más objetiva el régimen específico de prohibición de regresividad que el Comité extrae del PIDESC. Palabras clave: PIDESC – derechos económicos y sociales – prohibición de regresividad – concepto medidas regresivas.

A proibição da regressividade não tem disposição expressa no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), mas é dele extraída pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) como uma consequência lógica e natural do princípio da realização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC). Dada sua natureza jurídica de obrigação negativa, uma de suas principais consequências jurídicas é limitar, de forma relativamente severa, a margem de discricionariedade dos Estados Partes do Pacto na aplicação de seus recursos para o desenvolvimento dos DESC. Essa limitação de discricionariedade se manifesta quando o Comitê, por exemplo, exige que os Estados-parte justifiquem a adoção de medidas consideradas regressivas. Assim, a proibição da regressividade, conforme construída pelo CDESC, pode ser dividida em dois componentes: identificação de uma medida regressiva e os critérios que podem justificar sua aplicação. Este artigo dedica-se ao primeiro desses componentes, buscando apontar os elementos distintivos do conceito de medidas regressivas, conceito este que funciona como um delimitador do âmbito de aplicação da proibição de retrocesso. A pesquisa limitou-se à proibição da regressividade decorrente do trabalho de interpretação do CDESC, tendo como fontes primárias suas Observações Gerais e sua jurisprudência nas comunicações individuais adotadas no âmbito do Protocolo Facultativo ao PIDESC (PF-PIDESC), e, como fontes secundárias, estudos acadêmicos específicos dedicados ao assunto. Foram identificados quatro elementos distintivos do conceito de medidas regressivas: regressividade, intencionalidade, dimensão coletiva e o vínculo com a disponibilidade de recursos. É proposto, com base nesses elementos, um conceito de medidas regressivas: uma medida estatal é regressiva quando afeta normativa ou empiricamente, e de maneira deliberadamente negativa, os níveis de realização e gozo coletivo de algum direito previsto no PIDESC com o desejo de satisfazer propósitos relacionados à disponibilidade de recursos. Esse conceito permite diferenciar uma medida regressiva de outros tipos de medidas, a fim de aplicar de forma mais objetiva o regime específico da proibição de retrocesso que o Comitê extrai do PIDESC. Palavras-chave: PIDESC - direitos econômicos e sociais - proibição de retrocesso - conceito de medidas regressivas.

The prohibition of retrogression is not expressly mentioned in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), but is extracted from it by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) as a logical and natural consequence of the principle of progressive realization of the economic, social and cultural rights (ESCR). Given its legal nature of a negative obligation, one of its main legal consequences is to limit, in a relatively severe way, the margin of discretion of the States Parties to the Covenant in the application of their resources for the advancement of the ESCR. This limitation manifests itself when the Committee, for example, requires States parties to justify the adoption of measures considered

retrogressive. Thus, the prohibition of retrogression, as constructed by the CDESC, can be divided into two components: identification of a retrogressive measure and the justification criteria for its application. This article is dedicated to the first of these components, seeking to point out the distinctive elements of the concept of retrogressive measures, a concept that works as a limiting factor for the scope of application of the prohibition of retrogression. The research was limited to the doctrine of prohibition of retrogression resulting from the interpretation of the CDESC, taking as primary sources its General Observations and its jurisprudence in the individual communications adopted under the Optional Protocol of the ICESCR (OP-ICESCR), and, as secondary sources, specific academic studies dedicated to the subject. Four distinctive elements of the concept of retrogressive measures were identified: retrogressiveness, intentionality, collective dimension and a necessary link with the availability of resources. Based on these elements, a concept of retrogressive measures is proposed: a state measure is retrogressive when it affects normatively or empirically, and in a deliberately negative way, the levels of realization and collective enjoyment of some right provided for in the ICESCR with the objective to satisfy purposes related to the availability of resources. This concept makes it possible to differentiate a retrogressive measure from other types of measures, in order to apply more objectively the specific regime of the prohibition of retrogression that the Committee extracts from the ICESCR. Keywords: ICESCR - economic and social rights - prohibition of retrogression - concept of retrogressive measures.

1. Introducción

Uno de los caracteres distintivos de la clase de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC) es la progresividad de su realización.² Por un lado, el principio de progresividad indica un compromiso de los Estados con un avance permanente en la realización de los DESC.³ Por otro lado, expresa el reconocimiento de que la plena realización de los derechos sociales es algo que no se puede lograr en el corto plazo y otorga a los Estados Parte un espacio de discreción para decidir sobre las medidas de implementación.⁴

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (en adelante, CDESC o Comité), organismo

² En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el principio de progresividad se enuncia en el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH) y en el art. 2 (1) del PIDESC.

³ SEPÚLVEDA, 2006, p. 124.

⁴ CDESC, "General Comment No. 3", 1990, párr. 9.

que monitorea la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC o Pacto) por los Estados Parte, reconoce que las reglas contenidas en ese instrumento no pueden interpretarse de manera de quitarle su fuerza legal. Es en este sentido que el Comité aplica la obligación general de realizar progresivamente los DESC, deber estatal de carácter positivo e inmediato, que culmina en la obligación de adoptar las medidas de la forma más rápida y deliberada posible para el cumplimiento de los DESC, utilizando el máximo de los recursos disponibles - Art. 2 (1), del PIDESC.⁵

La obligación de realización progresiva da lugar, de forma natural y lógica, a la idea de no regresividad⁶, según la cual un Estado Parte del Pacto no puede adoptar medidas que reduzcan el nivel de realización y disfrute de los derechos previstos en el mismo. Es una prohibición - una obligación negativa - cuyo principal efecto, sin embargo, no es prevenir por completo la ocurrencia de medidas regresivas, sino exigir al Estado que justifique las que adopte, bajo pena de incurrir - ahora si - en una violación del PIDESC.⁷ En otras palabras, la identificación de medidas regresivas le permite al CDESC escudriñar las acciones de los Estados Parte, lo que limita significativamente la discreción de los Estados Parte en la asignación de recursos.⁸

Es posible, entonces, dividir la prohibición de retroceso en dos componentes: la identificación de una medida regresiva y las condiciones o criterios de justificación.⁹ El primero delimita el alcance de la prohibición y es el objeto

5 CDESC, "General Comment No. 3", 1990, párr. 9.

6 En este trabajo, adoptaremos indistintamente las expresiones "prohibición de retroceso", "prohibición de regresividad" y "obligación de no regresividad". En cuanto a la expresión "regresividad", la aplicaremos en un sentido específico, que se expondrá en sección propia y que difiere de su uso en materia fiscal.

7 CDESC, "General Comment No. 3", 1990, párr. 9.

8 LIEBENBERG, 2020, pp. 82-83.

9 Esta forma de analizar la prohibición de retroceso de dos componentes solo tiene fines didácticos y tiene poco efecto en la aplicación práctica jurisprudencial del CDESC.

de este *trabajo*, mientras que el segundo - los criterios de justificación - se refieren a los efectos de su aplicación. Así, no todas las medidas regresivas serán consideradas violaciones al PIDESC y se permitirá a los Estados ofrecer ciertas justificaciones, de acuerdo con los criterios desarrollados por el CDESC.

El Comité, sin embargo, no desarrolla expresamente lo que entiende por medidas regresivas.¹⁰ Una adecuada conceptualización de este primer componente de la prohibición de regresividad, a través de la determinación de sus elementos distintivos, resulta ser muy relevante, ya que se presta a dar objetividad a su identificación y, por tanto, en la aplicación de su régimen jurídico específico. Así, el propósito de este trabajo es esbozar un concepto de medidas regresivas a partir de la identificación, en la jurisprudencia del CDESC, de estos elementos distintivos.

La fuente de esta investigación fue la interpretación del Comité, que paulatinamente ha ido desarrollando su entendimiento sobre la prohibición de regresividad a través de los instrumentos interpretativos que tiene a su disposición, especialmente las Observaciones Generales y, más recientemente, su jurisprudencia en las comunicaciones individuales adoptadas bajo el Protocolo Facultativo del PIDESC (en adelante, PF-PIDESC o Protocolo Facultativo).¹¹ Varios autores también estudian y analizan el concepto de medidas regresivas y sus efectos, lo que demuestra el valor de la doctrina para ayudar a identificar qué elementos de las medidas pueden ser indicadores o no de regresividad, por lo

¹⁰ En este sentido, por ejemplo, Warwick destaca una cierta confusión en cuanto a los límites, la estabilidad y ciertas ambigüedades conceptuales de la prohibición de retroceso que es necesario subsanar para su mejor aplicación (WARWICK, 2019, p. 467-468).

¹¹ ONU, "Optional Protocol...", 2008. En cuanto a los Informes Periódicos, estos serían menos adecuados para la identificación y evaluación de medidas regresivas, que dependen de un análisis complejo de datos estadísticos y empíricos que están fuera del alcance del CDESC en este tipo de instrumentos de monitoreo (SEPÚLVEDA, 2006, pp. 145-148). Por esta razón, decidimos por no considerarlos como fuente para este paper.

que también se adoptarán como fuentes relevantes para esta investigación.

El trabajo está organizado en tres secciones. Se empieza con un breve análisis de la naturaleza jurídica, régimen jurídico y fundamentos de la prohibición de regresividad. Luego, también se verán brevemente algunas cuestiones que involucran la carga de la justificación que recaerá sobre el Estado Parte y la evolución del tipo de criterios que ha adoptado el CDESC para evaluar las justificaciones estatales. En el tercer apartado, comenzaremos con un análisis detallado del concepto de medidas regresivas y lo que creemos que son sus elementos distintivos: la regresividad, la intencionalidad, la dimensión colectiva y el vínculo con la disponibilidad de recursos. Finalmente, concluiremos con las posibilidades de desarrollar este estudio para la evolución del entendimiento de la prohibición de retroceso y otras formas de control de la discreción estatal que el CDESC y otros órganos similares de monitoreo de derechos humanos tienen a su disposición.

2. La prohibición de retroceso y su régimen jurídico en el marco del PIDESC

La prohibición de regresividad tiene, como ya hemos señalado, la naturaleza jurídica de una obligación negativa, es decir, una obligación de respetar¹², derivada del deber de realizar progresivamente los DESC.¹³ La prohibición de retroceso sería entonces una obligación concreta, de exigibilidad inmediata, identificada como resultado de una operación lógica basada en el deber de realización progresiva.¹⁴ En este sentido, Julieta Rossi destaca el “potencial de la obligación de no regresividad para el control de políticas estatales por parte de tribunales de justicia internos e internacionales,

12 ROSSI, 2006, p. 86.

13 CDESC, “General Comment No. 3”, 1990, párr. 9. En este mismo sentido: UPRIM-NY & GUARNIZO, 2008, p. 38; SARLET, 2009, p. 120; ISA, 2011, p. 2; BREYNER, 2019, p. 95.

14 COURTIS, 2006, p. 9; ROSSI, 2006, pp. 82 e 85.

especialmente en casos contenciosos”.¹⁵ En otras palabras, la prohibición de retroceso aumenta el potencial de justiciabilidad de los DESC. También funciona como una “metanorma”, una regla que actúa sobre otras reglas, con enfoque en la forma de interpretación y aplicación de los derechos humanos y derechos fundamentales, especialmente los DESC.¹⁶ Por lo tanto, entra en la categoría de un criterio de control sustantivo del debido proceso legal¹⁷, un límite a los límites de los derechos humanos y de los derechos fundamentales¹⁸.

En este sentido, la prohibición de regresividad es considerada un límite relativamente fuerte de la libertad de actuación estatal, oponiéndose y equilibrando la margen de discreción preservada por el aspecto de continuidad y la propia noción de progresividad: “hay una carga (no retroceder) que equilibra el beneficio (disponer de tiempo para avanzar)”.¹⁹ Sin embargo, se considera un régimen de condiciones más ventajosas para el Estado Parte que los otros métodos de control de la discreción previstos en el PIDESC - como la cláusula de límites del Art. 4 del Pacto, la obligación de igualdad y no discriminación y la obligación de logro del mínimo esencial.²⁰

Christian Courtis identifica dos conjuntos de fundamentos generales para la prohibición de la regresividad. Un primer tipo de argumento corresponde a un marco liberal, que estará asociado a la protección de la propiedad, la protección de la confianza y la seguridad jurídica. De ese marco surge la idea de previsibilidad que exige que las normas legales y la protección de los derechos no retrocedan.²¹ Un

15 ROSSI, 2006, p. 82.

16 BREYNER, 2019, p. 90.

17 COURTIS, 2006, pp. 22-23 y 40.

18 SARLET, 2018, p. 473; BREYNER, 2019, p. 85.

19 CORTI, 2019, p. 218. En este mismo sentido: BREYNER, 2019, p. 90.

20 MÜLLER, 2009, pp. 585-586.

21 “[...] la prohibición de regresividad supone la extensión de este principio al campo de las posiciones jurídicas creadas por normas y medidas de carácter social. Se trata, en alguna medida, de la consecuencia de la adopción de un modelo de Estado de derecho de

segundo tipo de fundamento se basa en el contenido material del estado de bienestar social y la noción característica de dignidad humana e igualdad sustantiva. Por este razonamiento, la prohibición de regresividad se extrae del deber del Estado de satisfacer determinadas necesidades humanas básicas, a partir de la eliminación progresiva de barreras a esta satisfacción. Una medida de naturaleza regresiva caracterizaría el restablecimiento de tales obstáculos y, por lo tanto, debería rechazarse.²²

3. Efectos de la prohibición de regresividad: inversión de la carga de la prueba y la justificación de las medidas

Antes de analizar el concepto de medidas regresivas, objeto del presente estudio, centrémonos en los efectos de la prohibición de retroceso y su segundo componente, las condiciones o criterios de justificación estatal para la adopción de medidas regresivas. Algunas de estas condiciones incluso indicarán elementos distintivos relevantes para el diseño de medidas regresivas, como veremos más adelante.

El principal efecto de la prohibición de retroceso es la inversión de la carga de la prueba. El demandante que impugna una medida estatal, alegando su regresividad, deberá acreditar la ocurrencia de la medida impugnada, la afectación de su derecho y el nexo causal correspondiente. Por tanto, es deber del demandante señalar la ocurrencia de una medida regresiva. A partir de este momento surge una presunción relativa de violación del Pacto, lo que hace que el Estado esté obligado a demostrar que la medida cumple con los requisitos que ha desarrollado el CDESC para admitirla como compatible con el Pacto.²³

carácter social, o Estado social de derecho.” (COURTIS, 2006, p. 18).

²² COURTIS, 2006, p. 20.

²³ CDESC, “General Comment No. 13, 1999, párr. 45; COURTIS, 2006, p. 32-33; SEPÚLVEDA, 2006, p. 130; ISA, 2011, p. 5.

A partir de la idea de inversión la carga de la prueba es posible valorar la exigencia judicial que debe aplicarse, es decir, cuál debe ser la intensidad del criterio del juez para admitir que la medida regresiva se considere legítima o no. Se entiende que se debe aplicar un escrutinio intenso²⁴, imponiendo la presentación de un argumento más robusto específicamente sobre la necesidad de la medida: “a) la existencia de un interés estatal calificado; b) el carácter imperioso de la medida y c) la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión”.²⁵

El CDESC estableció en el Comentario General No. 3 los primeros criterios de este estricto escrutinio. El Estado está obligado a demostrar, simultáneamente,²⁶ que consideró cuidadosamente los medios alternativos y que la medida adoptada se justifica por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y al máximo aprovechamiento de los recursos disponibles.²⁷ Por tanto, corresponde al Estado Parte demostrar que “la medida se ha aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles. Debe demostrar, también que la medida está debidamente justificada por referencia a la totalidad de los derechos enun-

24 Más estricto, por tanto, que un criterio de mera racionalidad. El modelo de control judicial efectivamente adoptado por el CDESC ha evolucionado con el tiempo. En un primer momento se identificó que se trataba de un modelo de escrutinio estricto, inspirado en la jurisprudencia estadounidense sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación. (COURTIS, 2006, pp. 22-23, 38 y 40; ROSSI, 2006, p. 90). El CDESC desarrolló y aparentemente agravó sus criterios, comenzando a adoptar expresamente un modelo de proporcionalidad, con requisitos que replican las tres subpruebas típicas de ese principio (CDESC, “General Comment No. 22”, 2016, párr. 38; y “General Comment No. 25”, 2020, párr. 24).

25 COURTIS, 2006, p. 37.

26 SEPÚLVEDA, 2006, pp. 135 e ss.

27 “[...] any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources.” (CDESC, “General Comment No. 3”, 1990, para. 9). La interpretación que se debe dar a las demandas planteadas por el CDESC es que “el Estado no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos, sino que debe señalar concretamente qué otros derechos previstos en el Pacto (es decir, derechos económicos, sociales y culturales, y no cualquier otro derecho) se vieron favorecidos por la medida.” (COURTIS, 2006, p. 38). En este mismo sentido: ROSSI, 2006, p. 90.

ciados en el Pacto”.²⁸ También se requiere que el Estado Parte demuestre que ha promovido un aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles²⁹, incluidos los recursos de la asistencia y la cooperación internacionales.

Julieta Rossi resume bien las exigencias apuntadas hasta ahora:

“En el diseño de sus políticas públicas, los Estados deben velar continuamente por la progresiva implementación de las normas del Pacto. Por tanto, previsiones regresivas serán solo justificables bajo excepcionales circunstancias y sobre el Estado pesa la carga de demostrar que tales medidas regresivas ha sido adoptada sólo tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas, y que su justificación está relacionada con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone.”³⁰

De la Observación General No. 19³¹ y especialmente de las Observaciones Generales de No. 22³² y No. 23³³, el CDESC comenzó a incluir otros requisitos para evaluar la legitimidad de las medidas regresivas: a) inevitabilidad; b) tempora-

28 En este segundo requisito se analiza la “efectividad sistemática” de la medida (BREYNER, 2019, p. 99; nuestra traducción). Julieta Rossi afirma que bajo este criterio el Estado Parte está obligado a presentar un fin legítimo a perseguir la medida considerada regresiva (ROSSI, 2006, p. 91). En resumen, cualquier medida que provoque un retroceso en relación con los niveles de realización y goce de un derecho previsto en el PIDESC sólo debe adoptarse para la preservación de todos los derechos enumerados en el Pacto.

29 Es este tercer requisito el que conecta con uno de los elementos distintivos del propio concepto de medidas regresivas, como veremos a continuación.

30 ROSSI, 2006, p. 91.

31 “The Committee will look carefully at whether: (a) there was reasonable justification for the action; (b) alternatives were comprehensively examined; (c) there was genuine participation of affected groups in examining the proposed measures and alternatives; (d) the measures were directly or indirectly discriminatory; (e) the measures will have a sustained impact on the realization of the right to social security, an unreasonable impact on acquired social security rights or whether an individual or group is deprived of access to the minimum essential level of social security; and (f) whether there was an independent review of the measures at the national level.” (CDESC, “General Comment No. 19”, 2008, párr. 42).

32 “In the extreme circumstances under which retrogressive measures may be inevitable, States must ensure that such measures are only temporary, do not disproportionately affect disadvantaged and marginalized individuals and groups, and are not applied in an otherwise discriminatory manner.” (CDESC, “General Comment No. 22”, 2016, párr. 38).

33 “State parties should avoid taking any deliberately retrogressive measure without careful consideration and justification. When a State party seeks to introduce retrogressive measures, for example, in response to an economic crisis, it has to demonstrate that such measures are temporary, necessary and non-discriminatory, and that they respect at least its core obligations.” (CDESC, “General Comment No. 23”, 2016, párr. 52).

lidad; c) afectación proporcional de los más vulnerables; d) no discriminación.

Mas adelante, al decidir sobre el Caso Ben Djazia et al. v. España, el CDESC consideró que, “[e]n períodos de grave crisis económica y financiera, todos los cambios o ajustes propuestos en materia de políticas deben ser, entre otros, una medida provisional, necesaria y proporcional y no discriminatoria”.³⁴

4. El concepto de medidas regresivas

El “gatillo” para disparar el régimen jurídico específico para la prohibición de retroceso, generando la presunción de violación del PIDESC, es, como hemos visto, la identificación de una medida regresiva. Por otro lado, la prohibición de retroceso es similar a otros tipos de restricciones sobre los DESC. La posibilidad de confusión en cuanto al tipo de restricción, ya sea la prohibición de regresividad u otra limitación a los derechos sociales, puede generar inseguridad y pérdida de objetividad en la aplicación de regímenes legales y modelos de control judicial de la discreción de los Estados Parte.

El CDESC aún no tiene en su jurisprudencia una definición expresa, completa y definitiva de lo que entiende por medidas regresivas.³⁵ En la doctrina especializada, sin embargo, las medidas regresivas se han entendido como aquellas que: “empeoran la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población”;³⁶ “empeoran el nivel de ejercicio o el goce de un derecho con-

34 CDESC, “Caso Ben Djazia et al. v. España”, 2017, párr. 176. Esta fue, hasta la conclusión de esta investigación, la única comunicación individual en la que el Comité identificó una medida regresiva y se pronunció sobre la no regresividad. A continuación se analizarán más detalles sobre el caso.

35 WARWICK, 2019, pp. 469 y ss.

36 COURTIS, 2006, p. 9.

sagrado en el Pacto”;³⁷ “impliquen un retroceso en el grado de reconocimiento y/o ejercicio de un derecho;”³⁸ “[bajan] el nivel de protección de un derecho social que ya había sido alcanzado anteriormente a través de la legislación o de otras medidas políticas o jurídicas”³⁹.

En este *paper* se postula que las medidas regresivas se caracterizan por cuatro elementos, que deberán estar presentes simultáneamente: la regresividad, la intencionalidad, una dimensión colectiva y el vínculo con la disponibilidad de recursos.

4.1. La regresividad

Las definiciones *supra* mencionadas tienen en común el énfasis en el aspecto regresivo de las medidas. En cuanto a este primer elemento distintivo del concepto, la regresividad de la medida, Christian Curtis identifica dos modalidades, que pueden darse solas o juntas: regresividad empírica y regresividad normativa.⁴⁰ La regresividad empírica es la que se desprende de los resultados prácticos de la medida impugnada.⁴¹ En la regresividad de tipo empírica - o de resultado - las reglas jurídicas acerca del acceso a un derecho seguirían siendo las mismas, pero el goce efectivo del derecho tendría su nivel reducido.⁴² Un ejemplo de esta modalidad de regresión es la venta por parte del Estado Parte de viviendas públicas a inversionistas privados, sin su posterior reposición, resultando en una reducción en el número de viviendas sociales disponibles para personas en situación de vulnerabili-

37 SEPÚLVEDA, 2006, p. 132.

38 ROSSI, 2006, p. 91.

39 UPRIMNY & GUARNIZO, 2008, p. 38.

40 COURTIS, 2006, pp. 3 y ss.; WARWICK, 2019, p. 473.

41 “[L]a política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere, por ende, indicadores o referencias empíricas.” (COURTIS, 2006, pp. 3-4).

42 WARWICK, 2019, p. 471.

dad.⁴³

Este tipo de regresividad trae un aspecto problemático al control judicial, resultado de la “escasa tradición de litigio sobre la base de pruebas que requieran la sistematización de datos empíricos ante los tribunales”.⁴⁴ Las dificultades recaen específicamente sobre la carga de la prueba y la necesaria demostración de la relación de causalidad entre la medida estatal impugnada y el resultado regresivo, ya que es más difícil para un demandante individual disponer de los medios para obtener los datos estadísticos necesarios - y que posiblemente estarán bajo el control del Estado, presuntamente violador.⁴⁵

La regresividad de tipo normativo, por otro lado, depende solo de un análisis abstracto - “*paper-based*”⁴⁶ -, llevado a cabo a través de un juicio de comparación.⁴⁷ Así, el control judicial de la dimensión normativa de la regresividad sería más sencillo de realizar por seguir métodos más familiares a los jueces, como los que se aplican en el control de constitucionalidad. Como ejemplo de este tipo de medidas regresivas tenemos la revocación de una norma que hace obligatoria la educación primaria, incurriendo en violación del art. 13 (2) (a) del PIDESC.

4.2. La intencionalidad

Al interpretar jurisprudencialmente la obligación de realización progresiva y derivar de ella la prohibición de retroceso, el Comité expone uno más de los elementos distintivos del concepto de medidas regresivas: que las medidas

43 CDESC, “Caso Ben Djazia et al. v. España”, 2017, párr. 17.5 y 17.6.

44 COURTIS, 2006, p. 7.

45 COURTIS, 2006, p. 7; WARWICK, 2019, p. 472.

46 WARWICK, 2019, pp. 472 e ss.

47 COURTIS, 2006, p. 4. Courtis propone como criterio objetivo de comparación los adoptados en el ámbito de la legislación laboral – el criterio de acumulación, el de conglobamiento, o el de instituciones -, aunque existan otras ramas jurídicas que también emiten juicios comparativos (COURTIS, 2006, pp. 43-44).

sean de carácter “deliberadamente” regresivo.⁴⁸ Una primera interpretación que se puede dar a esta noción de intencionalidad es que ella se refiere solo a las medidas estatales: deliberadas son aquellas medidas adoptadas intencional y voluntariamente por el Estado para cumplir con sus obligaciones bajo el PIDESC.⁴⁹ En consecuencia, los efectos regresivos de la medida podrían ser no deseados o inesperados y, sin embargo, el Estado Parte sería considerado responsable si no se proporcionan las justificaciones adecuadas.

Por otro lado, se puede decir que la intencionalidad se refiere directamente a la regresividad de la medida. En favor de esta segunda forma de interpretación, conviene recordar que el régimen jurídico aplicado a la no regresividad aún conserva algún ámbito de discreción estatal, siendo, por tanto, más ventajoso para el Estado Parte en comparación con los demás medios de control previstos en el Pacto, ya mencionados.⁵⁰ Así, al propio Estado le interesa demostrar también la intencionalidad para que se admitan los criterios de justificación más beneficiosos para él. De esta forma, el carácter regresivo de la medida, es decir, la afectación de los derechos económicos y sociales, debió haber sido planificado y deseado, porque este era el medio para lograr el propósito de ecuación presupuestaria perseguido por el Estado Parte.⁵¹

Al no admitirse esta noción de intencionalidad, se pueden anticipar dos cuestiones. En primer lugar, entendemos que no habría necesidad de hablar ni siquiera de una medida deliberadamente regresiva, alejándose así de la incidencia de la prohibición del retroceso; segundo, aunque admitiendo la

48 CDESC, “General Comment No. 3”, 1990, para. 9.

49 WARWICK, 2019, p. 475.

50 MÜLLER, 2009, pp. 585-586.

51 Magdalena Sepúlveda admite que el Estado Parte podría alegar causas de fuerza mayor, que eliminarían el carácter intencional de las medidas regresivas y, por tanto, su rendición de cuentas (SEPÚLVEDA, 2006, pp. 132 e ss.). Entendemos, sin embargo, que este tipo de argumentación corresponde a la etapa de justificación de las medidas adoptadas por el Estado y, por tanto, no se referiría directamente al elemento de intencionalidad, distintivo del concepto de medidas regresivas.

prohibición del retroceso, sería imposible que el Estado Parte justificara una medida cuyos resultados ni siquiera hubieran sido evaluados, siendo automática la violación del Pacto.

4.3. La dimensión colectiva

Podemos agregar otro elemento distintivo al concepto de medidas regresivas: saber si su alcance se refiere a medidas con efectos individuales o colectivos. Así, como afirma Courtis, habría una “carga de demostrar la existencia de un agravio que afectó particularmente a las víctimas, sino también la de demostrar que la violación tiene proyecciones colectivas, y que no se trata de un hecho o cuestión aislada”.⁵² Este aspecto ha ganado importancia a nivel regional interamericano luego de la controvertida decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el Caso Cinco Pensionistas v. Perú.⁵³

A su vez, el CDESC, en el Caso Ben Djazia et al. v. España, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema. En este caso, el Comité reconoció la adopción de medidas regresivas por parte del Estado español y consideró insuficientes las justificaciones dadas, concluyendo por la violación del art. 2 (1) del PIDESC. Los demandantes indicaron que la situación de desamparo a la que fueron sometidos se debió, entre otras razones, al escaso e insuficiente número de viviendas sociales disponibles en la región donde vivían. Los demandantes demostraron que la escasez de viviendas públicas se agravó con la privatización de las unidades disponibles, sin la necesaria recomposición ante la demanda

⁵² COURTIS, 2006, p. 51.

⁵³ Corte IDH, “Caso ‘Cinco Pensionistas’ Vs. Perú, 2003. En cuanto a la controversia sobre los efectos colectivos o individuales de las medidas regresivas como criterio de admisibilidad del caso ante la Corte IDH, ver: COURTIS, 2006, pp. 44 e ss. En el Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras v. Perú, a Comisión Interamericana de Derechos Humanos refuerza nuestra opinión que el carácter colectivo es un elemento distintivo de las medidas regresivas (CIDH, “Caso Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras v. Perú”, 2009, párr. 140).

que existía, y que la medida estatal buscaba reequilibrar el presupuesto.⁵⁴

Creemos que la posición adoptada por el CDESC contrasta con la de la Corte IDH en el mencionado Caso Cinco Pensionistas. Según Christian Courtis, la Corte Interamericana consideró que la afectación de un grupo de pensionistas no sería suficiente para demostrar la producción de los efectos colectivos necesarios para permitir la evaluación por la Corte de la regresividad de las medidas impugnadas, lo que sería un error, ya que “una parte importante del litigio en materia de derechos sociales se refiere a la situación de grupos o colectivos de personas; es decir, ni a individuos aislados, ni al total de la población”.⁵⁵ El CDESC, por su parte, evaluó una medida que afectaría únicamente a los usuarios del servicio público de amigos de la Comunidad de Madrid⁵⁶, un grupo no muy pequeño, pero que obviamente no representa el total de la población.

Por tanto, además de demostrar la relación de causalidad entre la medida y la vulneración del derecho del demandante, la aplicación de la prohibición de retroceso también depende de demostrar que la medida deliberadamente regresiva igualmente ha producido efectos colectivos.⁵⁷ Una medida que ha producido solo efectos individuales – lo que se imagina, sin embargo, no sería el tipo de ocurrencia más frecuente en términos de derechos económicos y sociales – se enmarcaría, una vez más, como una posible violación de otra de las obligaciones negativas del Pacto, ya mencionadas: la limitación cláusula del artículo 4, el deber de igualdad y

54 CDESC, “Caso Ben Djazia et al. v. España”, 2017, párr. 5.5 y 12.4.

55 Corte IDH, “Caso ‘Cinco Pensionistas’ Vs. Perú, 2003, párr. 147; COURTIS, 2006, p. 49.

56 CDESC, “Caso Ben Djazia et al. v. España”, 2017, párr. 17.5.

57 En los términos del art. 4 del PF-PIDESC, el demandante debe demostrar también la dimensión individual de los efectos de la medida regresiva, o sea, que “ha estado em situación de clara desventaja, salvo que el Comité entienda que la comunicación plantea una cuestión grave de importancia general” (ONU, “Optional Protocol...”, 2008, art. 4).

no discriminación o la obligación de cumplir con el mínimo esencial, sujeto al régimen jurídico propio de estos medios de control de la discrecionalidad de los Estados Parte.

Lo que se puede decir, en la etapa actual de su evolución jurisprudencial, es que el CDESC parece corroborar la necesidad de afectar derechos consagrados por un colectivo, aunque no sea representativo de toda una población. Será necesario, todavía, un mayor desarrollo jurisprudencial para tener claros los límites que establece este criterio.⁵⁸

4.4. El vínculo con la disponibilidad de recursos

La vinculación de los fines de la medida impugnada con la disponibilidad de recursos es otro elemento que podemos señalar para identificar una medida regresiva, en la línea de lo que proclama el CDESC. Nos referimos aquí a la posibilidad que tiene el Estado Parte de justificar la legitimidad de una medida de retroceso mediante el argumento de las limitaciones presupuestarias. Es, por tanto, el resultado de la prohibición de retroceso como consecuencia lógica de la obligación de realización progresiva prevista en el PIDESC.

Es decir, si la obligación progresiva tiene la función de reconocer a los Estados un cierto espacio de libertad de acción relacionada con la aplicación de los recursos de que disponen para la implementación de los derechos previstos en el Pacto, y si al mismo tiempo la impugnación de una medida regresiva impone al Estado Parte la carga de justificar su adopción en el contexto del uso máximo de los recursos disponibles⁵⁹, éste debe, por tanto, ser también un elemento distintivo del concepto de esa medida regresiva.

⁵⁸ WARWICK, 2019, p. 481.

⁵⁹ CDESC, "General Comment No. 3", 1990, para. 9; CDESC, "Caso Ben Djazia et al. v. España", 2017, párr. 17.6.

5. Conclusiones

En este trabajo fue posible identificar cuatro elementos distintivos del concepto de medidas regresivas en la jurisprudencia del CDESC. Estos elementos permiten diferenciar una medida regresiva de otro tipo de medidas, con miras a aplicar el régimen específico de prohibición de regresividad que el Comité extrae del PIDESC. Todos estos elementos distintivos, con mayor o menor claridad y énfasis, fueron tratados en el Caso Ben Djazia et al. v. España, decidido por el CDESC en el ámbito de su competencia para recibir comunicaciones individuales de violaciones a los derechos del Pacto.

Identificamos, así, que se dirá que una medida estatal es regresiva cuando afecte normativa o empíricamente, y de manera deliberadamente negativa, los niveles de realización y disfrute colectivo de algún derecho previsto en el PIDESC con ganas de satisfacer fines relacionados con la disponibilidad de recursos.

Creemos que esa definición de medidas regresivas permite que el régimen de prohibición de regresividad se aplique de manera más objetiva. Además, con estos elementos distintivos en mente, el potencial de la prohibición de retroceso puede lograrse más fácilmente y puede realizarse una visión más adecuada de su función dentro del alcance del PIDESC. Su aplicación a nivel regional y nacional también puede beneficiarse de esta definición más precisa, con las eventuales adaptaciones necesarias. Así, una comparación de esta concepción adoptada por el CDESC con la adoptada, por ejemplo, en el ámbito de la Corte IDH y la CIDH, puede exponer las vías para una posible coordinación de los avances en los medios de monitoreo y control de la margen de discreción de los Estados Parte en cuestiones de derechos económicos y sociales. Uno de estos avances coordinados

se daría precisamente acerca de la dimensión colectiva de la afectación por medidas regresivas, que está en aparente e injustificado desajuste a nivel regional y universal.

6. Referencias

BREYNER, Frederico Menezes. Proibição do retrocesso em direitos sociais: uma proposta de redefinição de sua estrutura normativa. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, vol. 19, n. 75, 2019, p. 83-104. DOI <http://doi.org/10.21056/aec.v20i75.974>.

CORTI, Horacio. La política fiscal en el derecho internacional de los derechos humanos: presupuestos públicos, tributos y los máximos recursos disponibles. *Revista Institucional de la Defensa Pública*, n. 17, 2019, pp. 154-229. Disponible en: [https://www.fder.edu.uy/sites/default/files/2019-05/La política fiscal en el DIDH - Revista MPD.pdf](https://www.fder.edu.uy/sites/default/files/2019-05/La%20pol%C3%ADtica%20fiscal%20en%20el%20DIDH%20-%20Revista%20MPD.pdf) (consultado el 27 de marzo de 2021).

COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: Christian COURTIS, comp. *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, pp. 3-52.

ISA, Felipe Gómez. The reversibility of economic social and cultural rights in crisis contexts. *Papeles el tiempo de los derechos*, n. 1, 2011, pp. 1-8. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/10137> (consultado el 27 de marzo de 2021).

LIEBENBERG, Sandra. Between sovereignty and accountability: the emerging jurisprudence of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights under the Optional Protocol. *Human Rights Quarterly*, v. 42, n. 1, 2020, pp. 48-84, DOI <http://doi.org/10.1353/hrq.2020.0001>.

MÜLLER, Amrei. Limitations to and derogations from economic, social and cultural rights. *Human Rights Law Review*, v. 9, n. 4, 2009, pp. 557-601, DOI <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngp027>.

ROSSI, Julieta. La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. In: Christian COURTIS, comp. *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, pp. 79-115.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do TST*, v. 75, n. 3, 2009, pp. 116-149. Disponible en: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13602/007_sarlet.pdf (consultado el 27 de marzo de 2021).

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 13 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SEPÚLVEDA, Magdalena. La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión 'progresivamente'. In: Christian COURTIS, comp. *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, pp. 117-150.

UPRIMNY, Rodrigo; GUARNIZO, Diana. "¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 2, n. 3, 2008, p. 37-64, DOI <https://doi.org/10.30899/df.v2i3.536>.

WARWICK, Ben T. C. Unwinding retrogression: examining the practice of the

Committee on Economic, Social and Cultural Rights? *Human Rights Law Review*, v. 19, n. 3, 2019, pp. 467-490, DOI <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngz023>.

6.1. Normativa Internacional

Organización de las Naciones Unidas [ONU], Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, New York, 2008. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OP-CESCR.aspx>> (consultado el 27 de marzo de 2021).

6.2. Jurisprudencia

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], Informe No. 38/09, Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras v. Perú, Admisibilidad y Fondo, de 27 de Marzo de 2009. Disponible en: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Peru12670.sp.htm>> (consultado el 27 de marzo de 2021).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [CDESC], General comment No. 3: 'The nature of States parties' obligations (art. 2, para. 1, of the Covenant), Adoptado en 14 de diciembre de 1990, E/1991/23. Disponible en: <<https://www.refworld.org/pdfid/4538838e10.pdf>> (consultado el 27 de marzo de 2021).

_____, General comment No. 13: The Right to Education (Art. 13), Adoptado el 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10. Disponible en: <<https://www.refworld.org/pdfid/4538838c22.pdf>> (consultado el 27 de marzo de 2021).

_____, General Comment No. 19, The right to social security (art. 9), adoptado el 4 de Febrero de 2008, E/C.12/GC/19. Disponible en: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f19&Lang=en> (consultado el 27 de marzo de 2021).

_____, General comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), adoptado el 2 de Mayo de 2016, E/C.12/GC/22. Disponible en: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=en> (consultado el 27 de marzo de 2021).

_____. General comment No. 23 (2016) on the right to just and favourable conditions of work (article 7 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), adoptado el 7 de Abril de 2016, E/C.12/GC/23. Disponible en: <<https://www.refworld.org/docid/5550a0b14.html>> (consultado el 27 de marzo de 2021).

_____. Ben Djazia et al. v. España, fecha de adopción del dictamen 20 de Junio de 2017, E/C.12/61/D/5/2015. Disponible en: <<https://juris.ohchr.org/Search/Details/2407>> (consultado el 27 de marzo de 2021).

_____, General comment No. 25 (2020) on science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), adoptado el 06 de Marzo de 2020, E/C.12/GC/25. Disponible en: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f25&Lang=en> (consultado el 27 de marzo de 2021).

Corte Interamericana de Derechos Humanos [CorteIDH]. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf> (consultado el 27 de marzo de 2021).

VIÉSES ALGORÍTMICOS: PARADIGMA ÉTICO E RESPONSABILIZAÇÃO NO TRATAMENTO DE DADOS NO DIREITO BRASILEIRO

ALGORITHMIC BIAS: ETHICAL PARADIGM AND RESPONSIBILITY IN DATA PROCESSING IN BRAZILIAN LAW

Gustavo da Silva Melo

SUBMISSÃO: 14 DE SETEMBRO DE 2021

APROVAÇÃO: 30 DE SETEMBRO DE 2021

O presente artigo tem como objeto a análise dos riscos causados pela discriminação algorítmica, com enfoque no seu paradigma ético e nas melhores alternativas para a reparação por eventuais danos causados no tratamento de dados. Para essa análise, o trabalho será dividido em três pontos: na primeira parte, serão vistos os aspectos gerais a respeito do algoritmo. Após será abordada a questão do seu paradigma ético. Por fim, serão examinadas as possibilidades de reparação por danos causados em função da discriminação algorítmica, analisando a responsabilidade civil no tratamento de dados. Através do estudo feito, será visto que a atividade algorítmica, pela ausência de um paradigma ético, deve ser realizada observando o dever geral de segurança consagrado na Lei Geral de Proteção de Dados, a fim de se evitar a ocorrência de decisões discriminatórias. Palavras-chave: Responsabilidade civil. Ética. Novas tecnologias. Algoritmo. Discriminação algorítmica.

This article aims to analyze the risks caused by algorithmic bias, focusing on its ethical paradigm and the best alternatives for solving the damage caused in the processing of data. For this analysis, the work will be divided into three points: in the first part, it will be seen the general aspects of the algorithm. Afterwards, it will be addressed the issue of its ethical paradigm. Finally, the possibilities of repairing damages caused by algorithmic discrimination will be examined, analyzing civil liability in data processing. Through the study done, it will be seen that the algorithmic activity, because of the absence of an ethical paradigm, must be carried out observing the general duty of security enshrined in the General Data Protection Law, in order to avoid the occurrence of discriminatory decisions. Keywords: Tort Law. Ethics. New technologies. Algorithm. Algorithmic bias.

1. Introdução

A atividade algorítmica – e sua capacidade decisória – é cada vez mais constante na sociedade. Seu intuito é trazer,

pela análise de dados, maior eficiência na tomada de decisões nas mais diversas áreas. A título ilustrativo, foi desenvolvido, recentemente, um algoritmo que consegue identificar tosse causada pelo novo coronavírus, inaudível para humanos. Assim, seria possível realizar uma triagem diária nas escolas, trabalho e transportes, inclusive identificando aqueles assintomáticos.¹

Por outro lado, questionam-se os riscos que podem surgir em função da discriminação algorítmica na tomada de decisões automatizadas. Como forma de exemplificar isso, o *software* COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), que auxilia juízes dos Estados Unidos na avaliação da probabilidade de reincidência para fins de dosimetria da pena, foi duramente criticado. Isso porque ele tendia a apontar erroneamente réus negros como futuros criminosos, colocando-os na categoria de possíveis reincidentes quase duas vezes mais do que os réus brancos, enquanto os réus brancos foram classificados mais frequentemente como menos perigosos do que os réus negros, numa nítida discriminação racial.²

Diante desse cenário, há grande discussão sobre os limites de se deixar as decisões a cargo do algoritmo, e os danos que podem ser gerados em função dos vieses algorítmicos. Desse modo, o presente artigo objetiva justamente analisar, através do método dedutivo, a problemática da discriminação algorítmica, com enfoque no seu paradigma ético e nas melhores alternativas, sob a ótica da responsabilidade civil, de reparação por eventuais danos causados no tratamento dos dados.

Para tanto, este trabalho será dividido em três pontos:

1 [BBC. Algorithm spots 'Covid cough' inaudible to humans. Disponível em: https://www.bbc.com/news/technology-54780460](https://www.bbc.com/news/technology-54780460). Acesso em: 26. dez. 2020.

2 CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Discriminação algorítmica e transparência na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 8, jul.-set. 2020.

na primeira parte, serão vistos os aspectos gerais a respeito do algoritmo, com destaque para o seu conceito, os vieses algorítmicos e a sua relação com o princípio da não discriminação. Após, será abordada a questão do paradigma ético do algoritmo (que se faz importante a fim de evitar a ocorrência de danos), relacionando com os pensamentos dos autores filosóficos, com destaque para os pensamentos utilitarista e deontológico.

Em uma terceira parte, serão analisadas as possibilidades de reparação por danos causados em função da discriminação algorítmica, analisando a responsabilidade civil no tratamento de dados, com destaque para a discussão na doutrina se essa responsabilidade seria objetiva ou subjetiva. A pesquisa será bibliográfica, utilizando obras nacionais e estrangeiras.

Dessa forma, o artigo busca debater tema de suma relevância para o desenvolvimento tecnológico brasileiro, com o objetivo de analisar as possibilidades de reparação em casos envolvendo danos causados por discriminação algorítmica, bem como o paradigma ético a ser aplicado no algoritmo para que se evite tais danos.

2. Noções básicas sobre algoritmos e seus vieses

Um algoritmo é comumente descrito como um conjunto de instruções, organizadas de forma sequencial, que determina como algo deve ser feito.³ Pedro Domingos, professor português de ciências da computação da Universidade de Washington, explica que todo algoritmo tem uma entrada (*input*), e uma saída (*output*): os dados entram no computador, o algoritmo faz o que precisa com eles, e um resultado é

³ MENDES, Laura Schertel; MATIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. RDU, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 39-64, nov-dez 2019, p. 42.

produzido.⁴ Já na técnica de *machine learning*, por outro lado, os dados entram no computador, e o algoritmo cria outros algoritmos; assim, por essa técnica, os computadores escrevem seu próprio programa.⁵

O algoritmo objetiva, como ensinam Marcela Mattiuzzo e Laura Schertel Mendes, principalmente, auxiliar na tomada de decisões, utilizando-se de previsões probabilísticas através da análise dos dados fornecidos.⁶ Franke Pasquale observa, contudo, que os algoritmos não estão imunes ao problema da discriminação, já que são programados por seres humanos, cujos valores estão embutidos no *software*.⁷ Mesmo algoritmos neutros irão produzir resultados discriminatórios, pois treinam e operam no mundo real, em que há discriminação.⁸

São os chamados vieses algorítmicos. Nesse sentido, Franke Pasquale utiliza o termo *black box*, ou caixa preta, em que as pessoas conseguem observar os *inputs* e os *outputs* – ou seja, os dados que entram e o resultado que sai do algoritmo – mas não é possível explicar como um se transformou no outro.⁹

Um exemplo de viés algorítmico é o de que, se alguém acredita que as mulheres são inapropriadas para a engenharia mecânica, e essa pessoa programa um algoritmo que internaliza tal lógica, o *output* de tal algoritmo poderá apresentar essas mesmas inclinações.¹⁰

4 DOMINGOS, Pedro. O algoritmo mestre: como a busca pelo algoritmo de machine learning definitivo recriará nosso mundo. São Paulo: Novatec, 2017. E-book.

5 DÓMINGOS, Pedro. O algoritmo mestre: como a busca pelo algoritmo de machine learning definitivo recriará nosso mundo. São Paulo: Novatec, 2017. E-book.

6 MENDES, Laura Schertel; MATIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. RDU, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 39-64, nov-dez 2019, p. 42.

7 PASQUALE, Frank. The black box society: the secret algorithms that control money and information. Harvard University Press, 2015, p. 38.

8 CHANDER, Anupam. The racist algorithm? Michigan Law Review, vol. 115:1023, p. 1023/1045, 2017, p. 1036.

9 PASQUALE, Frank. The black box society: the secret algorithms that control money and information. Harvard University Press, 2015, p. 3.

10 MENDES, Laura Schertel; MATIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica:

Nesse contexto, destaca Ana Frazão que, ainda que os dados e o processamento sejam de qualidade, várias correlações podem não corresponder a relações de causalidade, da mesma forma que a estatística não responde às mais altas indagações em torno da causalidade.¹¹ São as chamadas correlações espúrias, em que uma decisão poderia ser tomada em relação a uma certa pessoa com base em dados aleatórios, sem qualquer relação com o assunto objeto da decisão, com a simples justificativa de guardar uma correlação estatística, e não causal, com a informação buscada.¹²

Relacionando as correlações espúrias com o exemplo anterior envolvendo mulher e engenharia, mesmo que o designer do algoritmo não acredite que os homens seriam engenheiros melhores, existindo no conjunto de dados elementos a indicar que o gênero pode ser uma variável relevante – por conta do maior número de homens no ramo da engenharia, por exemplo –, o *output* poderia reproduzir as condições discriminatórias ao invés de auxiliar a superá-las.¹³

Eduardo Magrani complementa afirmando que, com os atuais métodos de coleta e cruzamento de dados, formas obscuras de discriminação por raça, idade, gênero ou condição social podem surgir, de modo que é necessário a previsão legal do princípio da não discriminação.¹⁴ Nesse sentido, destaca-se que tal princípio está consagrado no artigo 6º, in-

Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. RDU, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 39-64, nov-dez 2019, p. 40.

11 FRAZÃO, Ana. Responsabilidade civil de administradores de sociedades empresárias por decisões tomadas com base em sistemas de inteligência artificial. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Org.). Inteligência artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

12 DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; DE SOUZA, Carlos Affonso Pereira; DE ANDRADE, Norberto Nuno Gomes. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Pensar - Revista de Ciências Jurídicas, v. 23, p. 1-17, 2018, p. 6.

13 MENDES, Laura Schertel; MATIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. RDU, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 39-64, nov-dez 2019, p. 41.

14 MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2 ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019, p. 112.

ciso IX, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).¹⁵

Para melhor compreender esse princípio, faz-se necessário explicar o termo “discriminação”. Como explica Marcela Mattiuzzo, ao contrário do que se pensa, não é um termo propriamente pejorativo, estando mais ligado a uma ideia de generalização, em que se utilizam informações que se conhece para inferir outras informações.¹⁶ Dessa forma, nem toda generalização seria ruim, dando o exemplo de que apenas pessoas acima de 18 anos podem dirigir.¹⁷ Assim, por mais que haja uma discriminação – uma distinção, uma diferenciação – não há, contudo, um sentido negativo nesse exemplo.

Nesse sentido, Jorge Cesa Ferreira da Silva afirma que o significado original do termo “discriminação” diz respeito a um sentido neutro e que, ao longo do século XX, a palavra ganhou um forte sentido negativo, passando a ser compreendida como um tratamento desigual, uma desvantagem ou uma depreciação injustificadamente imposta a alguém.¹⁸

Diante desse contexto, Bruno Miragem explica que o princípio da não discriminação está relacionado àquela discriminação ilícita, ou seja, contrária à lei, dando como exemplo a violação ao artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, que veda preconceitos de origem de raça, sexo e cor; e à discriminação abusiva, isto é, que não esteja de acordo com a

15 Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: (...) IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

16 MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: reflexões no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

17 MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: reflexões no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

18 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

finalidade para a qual se realiza determinada diferenciação.¹⁹ Ele dá como exemplo de discriminação abusiva a recusa de fornecimento ou serviço a quaisquer pessoas em razão de sua orientação sexual.²⁰

O autor explica que, dentre os instrumentos previstos na Lei Geral de Proteção de Dados para impedir o tratamento de dados discriminatório, está a previsão do direito do titular dos dados de revisão das decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado, nos termos do art. 20, da LGPD²¹, inclusive, nos termos do parágrafo §2º desse artigo²², podendo ser realizada auditoria para verificação dos aspectos discriminatórios no tratamento dos dados.²³

Entretanto, destaca-se que a Medida Provisória n.º 869/2018 retirou a obrigatoriedade de a revisão ser feita por pessoa natural; assim, as decisões automatizadas equivocadas poderão acabar sendo revisadas por outra máquina, tornando quase inócuo o pedido de revisão.²⁴ Dessa forma, tendo em vista que há discussão sobre a efetividade desse artigo, e como forma de se prevenir que a situação chegue a esse ponto, faz-se necessário analisar o paradigma ético na sua programação, que será analisado no próximo ponto.

19 MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.) Responsabilidade civil e novas tecnologias. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2020. E-book.

20 MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.) Responsabilidade civil e novas tecnologias. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2020. E-book.

21 Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

22 §2º. Em caso de não oferecimento de informações de que trata o §1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos; discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

23 MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.) Responsabilidade civil e novas tecnologias. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2020. E-book.

24 MEDON, Filipe. Inteligência artificial e responsabilidade civil: autonomia, riscos e solidariedade. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 305.

3. Paradigma ético

Uma das alternativas para dirimir a discriminação algorítmica é através da criação de diretrizes éticas. Todavia, na grande maioria das vezes em que se debate a respeito do assunto, não há uma explicação sobre que ética se pretende utilizar – em outras palavras, não há uma relação entre a ética e os pensamentos da filosofia clássica. Nas poucas vezes em que há essa associação com o pensamento filosófico clássico, questiona-se se seriam aplicadas as ideias da corrente utilitarista ou da deontologia. Assim, a fim de se ter uma melhor compreensão, mostra-se necessário, nessa parte, fazer uma explicação desses dois pensamentos.

A corrente do utilitarismo foi criada no século XIX na Europa por Jeremy Bentham e John Stuart Mill e, nas palavras de Michael Sandel, o seu objetivo é “*maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor*”.²⁵ Luc Ferry afirma que, para os utilitaristas, uma ação é boa quando tende a alcançar a maior felicidade para o maior número possível de seres afetados por essa ação, podendo haver casos em que se pode exigir sacrifício individual em nome da felicidade coletiva.²⁶

John Rawls, na sua obra *Uma Teoria da Justiça*, vai criticar o utilitarismo. Segundo o autor, o utilitarismo está centrado na maximização do bem coletivo, o que pode violar o direito que cada indivíduo possui.²⁷ Ele afirma que essa teoria não leva a sério a diferença entre as pessoas²⁸, o que é, justamente, o que se quer evitar para que não ocorra os vieses algoritmos.

25 SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa?* 13ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 48.

26 FERRY, Luc. *Kant: une lecture de trois critiques*. Paris: Editions Bernardes Grasset, 2006, p. 68.

27 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 29.

28 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 30.

Nesse sentido, observa-se o seguinte cenário como exemplo para demonstrar essa crítica: cinco pessoas estão morrendo e aguardam no hospital por um transplante, cada uma precisando de um órgão diferente. Uma sexta pessoa aparece no hospital para fazer exames, com todos os órgãos funcionando. Do ponto de vista utilitarista, seria moralmente correto matar essa sexta pessoa, independente do seu direito individual, e doar os seus órgãos para as outras cinco, pois iria maximizar o bem-geral, já que cinco vidas têm mais utilidade que uma.²⁹

Ainda, Eduardo Magrani ressalta que o utilitarismo parece exigir que os agentes calculem todas as consequências que seus atos terão no futuro, o que seria praticamente impossível, sobretudo na área tecnológica.³⁰

Já quanto à deontologia, ela se enquadra no domínio das teorias morais que orientam e avaliam o que se deve fazer e, ao contrário da teoria utilitarista, julga a moralidade das escolhas individualmente.³¹ O primeiro e principal filósofo dessa corrente é Immanuel Kant, que afirma que a moral não está relacionada ao aumento da felicidade, mas sim no respeito às pessoas como fins em si mesmas.³²

Kant não centra a moralidade na busca da felicidade, mas sim na preservação de um ideal vinculado à autonomia da vontade, à liberdade humana e à igualdade absoluta entre os seres humanos.³³ Para este filósofo, o ser humano é um animal racional, e, ao contrário dos utilitaristas, que viam na

29 MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2 ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019, p. 141.

30 MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2 ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019, p. 143.

31 MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2 ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019, p. 144.

32 SANDEL, Michael J. Justiça – O que é fazer a coisa certa? 13ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 137.

33 DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 50/51.

razão um instrumento para que se possa atingir determinados objetivos, a razão não se trata de um instrumento, mas sim de uma razão prática pura, que cria suas leis, independente de quaisquer objetivos empíricos.³⁴

Nesse contexto, é com base nessa razão que haveria uma lei universal, alcançável por meio do imperativo categórico, apresentado por Kant em três formulações³⁵: a primeira é *“age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne universal”*.³⁶

Em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, o filósofo usa o exemplo de uma pessoa que precisa de dinheiro emprestado e que sabe que não vai conseguir devolver. Se isso fosse usado como uma lei universal (a pessoa está em apuros e faz uma promessa que sabe que não irá cumprir), tornaria impossível a promessa e a sua finalidade, pois ninguém acreditaria em qualquer coisa que lhe fosse prometida.³⁷

A segunda formulação seria *“age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”*.³⁸ Essa formulação é de suma importância para enfrentar os vieses algorítmicos, pois demonstra o respeito pela humanidade em si, pela capacidade racional que o ser humano possui. Nesse contexto, Michael Sandel afirma que, para Kant, a justiça obriga a preservar os direitos de todos, independentemente de onde vivam ou do grau de conheci-

34 SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa?* 13ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 150/151.

35 No presente trabalho, serão abordadas apenas as duas primeiras formulações, não sendo analisada a terceira (Age segundo máximas que possam simultaneamente ter-se a si mesmas por objecto como leis universais da natureza.).

36 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 59.

37 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 60/61.

38 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 69.

mento, simplesmente porque são seres racionais e, portanto, merecedores de respeito.

Nesse sentido, ainda, Eduardo Magrani explica que, enquanto que, para os utilitaristas, a identidade e os interesses do ator devem ser desconsiderados na hora de se julgar uma ação, na deontologia as teorias morais deontológicas reconhecem a importância da existência de obrigações especiais, e, nesse ponto, a identidade do agente faz uma diferença crucial para a decisão do que se deve fazer.³⁹ Assim, para se evitar os vieses algorítmicos, justamente por se analisar a identidade do agente, a ideia da deontologia, nesse aspecto, prevalece sobre a ideia utilitarista.

Assim, entende-se que a perspectiva deontológica seria a melhor opção na elaboração de diretrizes éticas para se evitar os vieses algorítmicos, justamente por estar relacionada à proibição de se usar uma pessoa como um meio e não como um fim em si mesma.

Uma alternativa a essa discussão entre o dualismo utilitarismo e deontologia seria através de uma ética centrada na ideia de Aristóteles. Ressalta-se, contudo, que, tratando-se de uma discussão sobre o paradigma ético do algoritmo, a doutrina não discute o pensamento aristotélico, centrando o debate entre o pensamento utilitarista e deontológico.

Para Aristóteles, a justiça particular se divide em duas: distributiva e comutativa (ou corretiva). A justiça distributiva é aquela que busca a repartição de bens ou encargos com base nas características pessoais destes.⁴⁰ Já a justiça comutativa é pensada em termos de igualdade absoluta, em que as características dos seres humanos são absolutamente abs-

39 MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2 ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019, p. 147.

40 DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 37.

traídas, determinando uma correção de maneira a restabelecer a igualdade perdida.⁴¹

Utilizando-se do pensamento aristotélico, Gordley entende que os princípios da busca da felicidade através das virtudes (principalmente da justiça e da prudência), da justiça distributiva e da justiça comutativa servem de base para a compreensão dos diversos institutos de direito privado.⁴² Segundo o autor, a prudência, como todas as virtudes, é adquirida por ação voluntária, levando em consideração as consequências de suas ações, até que se torne habitual.⁴³

Entretanto, por se tratar de uma ideia complexa, envolvendo a análise de inúmeras variantes abstratas – como, por exemplo, o conceito de prudência – entende-se, no atual estado da arte, ser muito difícil a aplicação de tal pensamento na programação do algoritmo.

De qualquer modo, tendo em vista que sequer há uma governança com diretrizes éticas estabelecidas no Brasil a respeito dos algoritmos, os vieses algorítmicos têm grande potencial de surgirem, causando danos, razão pela qual se mostra importante analisar a discriminação algorítmica no tratamento de dados.

4. Responsabilidade civil no tratamento de dados

Antes de adentrar no ponto, a fim de melhor compreender este ponto, mostra-se importante fazer uma breve conceituação a respeito do que seria o *profiling* (ou, em uma tradução para a língua portuguesa, perfilização). A esse respeito, Bruno Bioni conceitua como a técnica em que os

41 DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 47/48.

42 DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Fundamentos do Direito Privado: uma Teoria da Justiça e da Dignidade Humana. 2ª Ed. Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 97.

43 GORDLEY, James. The moral foundations of Private Law. The American Journal of Jurisprudence, v. 47, 2002, p. 13.

dados pessoais de um indivíduo formam um perfil a seu respeito para a tomada de inúmeras decisões, sendo tudo calibrado com base nesses estereótipos – inclusive, o próprio conteúdo acessado na Internet.⁴⁴

Danilo Doneda explica que, através do *profiling*, os dados pessoais são tratados com o auxílio de métodos estatísticos e de técnicas de Inteligência Artificial, com o fim de se obter uma “metainformação”, que consistiria numa síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros da vida desta pessoa.⁴⁵ O resultado obtido através dessa análise pode então ser utilizado para traçar um quadro das tendências de futuras decisões, comportamentos e destino deste indivíduo.⁴⁶

A Lei Geral de Proteção de Dados não trouxe consigo um conceito jurídico de perfilização, tampouco uma regra geral de proibição.⁴⁷ Está brevemente abarcado no artigo 12, § 2º, da Lei Geral de Proteção de Dados⁴⁸, que afirma que poderão ser igualmente considerados como dados pessoais aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada.

Dessa maneira, tendo em vista que não há um conceito

44 BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

45 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.

46 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.

47 ZANATTA, Rafael A. F. Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: Researchgate, p. 1-26, fev. 2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/331287708> Perfilizacao Discriminacao e Direitos doCodigo de Defesa do Consumidor a Lei Geral de Protecao de Dados Pessoais. Acesso em: 04 de out. 2020, p. 6.

48 Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido. (...) § 2º Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada.

jurídico ou uma regra geral de proibição regulando a perfilização na LGPD, a técnica do *profiling* pode causar danos ao titular de dados se houver uma discriminação algorítmica. O exemplo clássico é o que aconteceu em Londres, em que se observou, em uma pesquisa para cotar seguros de carro, que um indivíduo de nome Mohammed, com o mesmo endereço, a mesma faixa etária, e a mesma renda de um sujeito chamado John, poderia pagar até 1000 libras a mais no preço do seguro.⁴⁹

Facchini e Colombo questionam se, caso haja um dano em virtude de alguma no perfil comportamental de uma pessoa, este não poderia ser enquadrado como um dano estético digital.⁵⁰ Para construir essa definição, os autores se baseiam na ideia desenvolvida por Stefano Rodotà de que a pessoa teria um “corpo eletrônico”⁵¹, ou seja, a pessoa, além da massa física, teria uma dimensão digital e que, à medida em que as ferramentas de tratamento de dados estão cada vez mais precisas (e aqui pode-se destacar a técnica de *machine learning*, por exemplo), esta representação virtual está cada vez mais detalhada.

Eles explicam que terceiros, ao terem ciência do resultado algorítmico discriminatório, poderão tomar decisões que afetarão tanto a vida digital, quanto a real do indivíduo.⁵²

49 THE SUN. Motorists fork out £1,000 more to insure their cars if their name is Mohammed. Disponível em: <https://www.thesun.co.uk/motors/5393978/insurance-race-row-john-mohammed/>. Acesso em: 15 set. 2020.

50 FACCHINI NETO, Eugênio; COLOMBO, Cristiano. “Corpo Elettronico” como vítima de ofensas em matéria de responsabilidade civil por danos à luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Brasileira e a viabilidade da aplicação da noção de dano estético ao mundo digital. Responsabilidade civil: novos riscos. Organizado por Nelson Rosenvald, Rafael de Freitas Valle Dresch e Tula Wesendonck. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2019, p. 59.

51 A esse respeito, Stefano Rodotà conceitua: “Lo mismo sucede con el cuerpo electrónico: está formado por un conjunto de informaciones que afectan a un sujeto, pero que, cuando salen al exterior, se transforman: se distribuyen por el mundo, quedan a disposición de una multiplicad de sujetos los cuales, a su vez, contribuyen a la definición de las identidades de otro, construyendo y difundiendo perfiles individuales, de grupo, sociales.” In: RODOTA, Stefano. El derecho a tener derechos. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 34.

52 FACCHINI NETO, Eugênio; COLOMBO, Cristiano. “Corpo Elettronico” como vítima de ofensas em matéria de responsabilidade civil por danos à luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Brasileira e a viabilidade da aplicação da noção de dano estético ao mundo digital. Responsabilidade civil: novos riscos. Organizado por Nelson Ro-

É como se a pessoa apresentasse uma cicatriz indisfarçável, com potencial de gerar condutas discriminatórias.⁵³

Dessa maneira, podendo haver dano causado por violação à Lei Geral de Proteção de Dados no tratamento de dados, há a possibilidade de responsabilização civil, nos termos do artigo 42, da LGPD, que afirma que o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, causar dano à outrem, é obrigado a repará-lo.⁵⁴

Aqui, cabe conceituar as figuras de operador e controlador. Nos termos do artigo 5º, inciso VI, da LGPD, o controlador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, enquanto, nos termos do inciso VII deste artigo, o operador é aquele que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.⁵⁵

Há discussão na doutrina se a responsabilidade civil na LGPD seria objetiva ou subjetiva. Os que defendem que a responsabilidade seria subjetiva, como Gizela Sampaio da Cruz Guedes, entendem que assim o seria pois o legislador criou uma série de deveres de cuidado que devem ser seguidos pelo operador e pelo controlador, sob pena de virem a

senvald, Rafael de Freitas Valle Dresch e Tula Wesendonck. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2019, p. 60.

⁵³ FACCHINI NETO, Eugênio; COLOMBO, Cristiano. “Corpo Elettronico” como vítima de ofensas em matéria de responsabilidade civil por danos à luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Brasileira e a viabilidade da aplicação da noção de dano estético ao mundo digital. Responsabilidade civil: novos riscos. Organizado por Nelson Rosenvald, Rafael de Freitas Valle Dresch e Tula Wesendonck. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2019, p. 61.

⁵⁴ Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo

⁵⁵ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;

ser responsabilizados.⁵⁶

Para a autora, se o que se pretendesse era responsabilizar independente de culpa, não faria sentido criar deveres a serem seguidos, e tampouco responsabilizá-los quando tiverem cumprido perfeitamente esses deveres.⁵⁷ Fernando Antônio Tasso complementa argumentando que, tendo em vista que a regra geral da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro é a subjetiva, o legislador teria incluído no artigo 42, da LGPD, a expressão “*independentemente de culpa*” – como na cláusula geral do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro⁵⁸ – para indicar de modo inequívoco que a responsabilidade seria objetiva.⁵⁹

Por outro lado, Danilo Doneda e Laura Schertel Mendes afirmam que se trataria de uma responsabilidade objetiva pelo risco, sob o argumento de que a LGPD tem como um de seus principais fundamentos a diminuição de riscos de dano, ao minimizar as hipóteses de tratamento àquelas que sejam, em um sentido geral, úteis e necessárias.⁶⁰

Nessa mesma linha, Caitlin Mulholland também entende ser centrada no risco, pois os danos resultantes da atividade desempenhada pelo agente de tratamento de dados são quantitativamente elevados, porquanto atinge um número indeterminado de pessoas, e qualitativamente graves, por-

56 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Regime de responsabilidade civil pela lei de proteção de dados brasileira. Caderno especial LGPD. São Paulo: RT, novembro 2019, pp. 167-182, p. 172/173.

57 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Regime de responsabilidade civil pela lei de proteção de dados brasileira. Caderno especial LGPD. São Paulo: RT, novembro 2019, pp. 167-182, p. 173.

58 Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

59 TASSO, Fernando Antônio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. In: Cadernos Jurídicos, ano 21, n° 53. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, jan-mar/2020. pp. 97-115, p. 107.

60 MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 27, n. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018, p. 474.

que violam direitos que possuem natureza personalíssima.⁶¹ Anderson Schreiber acrescenta que poderia ser aplicado o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro, tendo em vista que o tratamento de dados pessoais se trata de atividade caracterizada pela hiperconectividade e pela demanda insaciável por exposição, suscitando, pois, risco excessivo.⁶²

Ainda, destaca-se a responsabilidade trazida por Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato de Queiroz, chamada de ‘responsabilidade proativa’, ligada a uma ideia de prestação de contas, em uma interpretação com o artigo 6º, inciso X, da LGPD⁶³, e que determina que não é suficiente para as empresas cumprirem os artigos da lei, sendo necessário também comprovar a adoção de medidas eficazes e capazes de mostrar a observância e o cumprimento da LGPD.⁶⁴

Por outro lado, Rafael Dresch e José Luis Faleiros defendem uma responsabilidade civil objetiva especial, tendo em vista que a Lei Geral de Proteção de Dados consagrou um dever geral de segurança, nos termos do artigo 46⁶⁵ dessa lei.⁶⁶ Para fazer essa construção, Rafael Dresch explica

61 MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. (Lei 13.709/2018). In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.). Responsabilidade civil e novas tecnologias. Indaiatuba, SP, Editora Foco, 2020. E-book.

62 SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: DONEDA, Danilo et al. Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 328.

63 Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: (...) X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

64 BODIN DE MORAES, Maria Celina. QUINELATO DE QUEIROZ, João. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. In: Cadernos Adenauer XX, nº 3. Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2019, pp. 113-136, p. 129.

65 Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

66 DRESCH, Rafael de Freitas Valle; FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. Reflexões sobre a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018). Responsabilidade civil: novos riscos. Organizado por Nelson Rosenthal, Rafael de Freitas Valle Dresch e Tula Wesendonck. Indaiatuba, SP, Editora Foco, 2019, p. 82.

que, tendo em vista que o artigo 42 da LGPD prevê, para a ocorrência de responsabilização, a violação à legislação de proteção de dados pessoais, resta clara a ideia de que deve haver um ato ilícito no tratamento dos dados, o que afastaria, portanto, a atividade de risco como elemento central da responsabilidade.⁶⁷

O ilícito poderia ser específico, caracterizado pela contrariedade a deveres expressamente estabelecidos em lei para o tratamento de dados, ou poderia ser um ilícito geral, pela falta ao dever de segurança – tratamento irregular – em termos similares aos da disciplina jurídica do Código de Defesa do Consumidor para a responsabilidade civil pelo fato do serviço.⁶⁸ Tem-se, assim, um dever geral de cautela desdobrado da consagração de um regime de imputação baseado na verificação e demonstração do defeito na prestação de serviço relacionado aos processos de coleta, tratamento e armazenagem de dados.⁶⁹

Aqui, filia-se a este último entendimento, de uma responsabilidade objetiva especial, uma vez que, da análise da LGPD – mais precisamente, dos artigos 44 e 46 – observa-se a intenção do legislador de consagrar um dever geral de segurança.

67 DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A especial responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/330019/a-especial-responsabilidade-civil-na-lei-geral-de-protecao-de-dados>. Acesso em: 13 de dez. 2020.

68 DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A especial responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/330019/a-especial-responsabilidade-civil-na-lei-geral-de-protecao-de-dados>. Acesso em: 13 de dez. 2020.

69 DRESCH, Rafael de Freitas Valle; FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. Reflexões sobre a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018). Responsabilidade civil: novos riscos. Organizado por Nelson Rosenvald, Rafael de Freitas Valle Dresch e Tula Wesendonck. Indaiatuba, SP, Editora Foco, 2019, p. 85.

5. Considerações finais

Como visto, o uso da atividade algorítmica pode gerar discriminação, seja porque o programador embutiu o seu viés no *software*, seja em função das correlações espúrias, em que uma decisão pode ser feita com base em dados aleatórios, com a justificativa de guardar uma correlação estatística, e não causal.

A fim de tentar evitar esses vieses, a LGPD, no seu artigo 6, inciso IX, consagrou o princípio da não discriminação, que se refere àquela discriminação ilícita, contrária à lei, e abusiva, isto é, que não esteja conformidade com a finalidade para a qual se realiza determinada distinção. Em outras palavras, é permitida a generalização, desde que não esteja em contrariedade à lei.

Outra forma de evitar a ocorrência da discriminação algorítmica é através da criação de um paradigma ético. Nesse sentido, foi feita uma análise dos pensamentos utilitaristas e deontológicos a fim de se verificar qual seria a melhor ética, do ponto de vista filosófico, a ser estabelecida. Ainda, foi vista uma terceira alternativa, qual seja, a do pensamento aristotélico. De qualquer modo, observou-se que, tendo em vista não haver um paradigma ético estabelecido no Brasil, a atividade algorítmica tem um grande potencial de gerar danos pela discriminação.

Quanto à responsabilidade civil no tratamento de dados, foi analisada a discussão na doutrina para verificar se a responsabilidade seria objetiva ou subjetiva. Entendeu-se que ela seria objetiva, centrada em um dever geral de segurança (e não no risco), em conformidade com os artigos 44 e 46 da LGPD. Assim, os agentes de tratamento devem se atentar a este dever de segurança (como, por exemplo, sempre manter atualizado os sistemas de tomadas de decisões

automatizadas e, em caso de qualquer incidente, reportar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados) a fim de evitar a ocorrência de qualquer ilícito aos titulares de dados, sob pena de responsabilização em caso de dano.

Portanto, embora a atividade algorítmica traga uma maior eficiência a quem a usa, deve-se atentar na sua utilização a fim de se evitar a ocorrência de decisões discriminatórias. Para tanto, e tendo em vista que não existe um paradigma ético estabelecido, é necessário observar principalmente os deveres de segurança, elemento central da LGPD.

6. Referências bibliográficas

BBC. Algorithm spots 'Covid cough' inaudible to humans. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-54780460>. Acesso em: 26 de dez. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. QUINELATO DE QUEIROZ, João. Auto-determinação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. In: Cadernos Adenauer XX, n° 3. Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2019.

BRASIL. Projeto de Lei n. 21/2020. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e dá outras providências. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340> >. Acesso em: 25/08/2020.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Discriminação algorítmica e transparência na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, v. 8, jul.-set. 2020.

CHANDER, Anupam. The racist algorithm? Michigan Law Review, vol. 115:1023, p. 1023/1045, 2017.

DOMINGOS, Pedro. O algoritmo mestre: como a busca pelo algoritmo de machine learning definitivo recriará nosso mundo. São Paulo: Novatec, 2017. E-book.

DONEDA, Danilo et al. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Pensar - Revista de Ciências Jurídicas, v. 23, p. 1-17, 2018.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A especial responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/330019/a-especial-responsabilidade-civil-na-lei-geral-de-protacao-de-dados>. Acesso em: 13 de dez. 2020.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Fundamentos da responsabilidade civil pelo

fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Fundamentos do Direito Privado: uma Teoria da Justiça e da Dignidade Humana. 2ª Ed. Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle; FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. Reflexões sobre a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018). Responsabilidade civil: novos riscos. Organizado por Nelson Rosenvald, Rafael de Freitas Valle Dresch e Tula Wesendonck. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2019.

FACCHINI NETO, Eugênio; COLOMBO, Cristiano. “Corpo Elettronico” como vítima de ofensas em matéria de responsabilidade civil por danos à luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Brasileira e a viabilidade da aplicação da noção de dano estético ao mundo digital. Responsabilidade civil: novos riscos. Organizado por Nelson Rosenvald, Rafael de Freitas Valle Dresch e Tula Wesendonck. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2019.

FERRY, Luc. Kant: une lecture de trois critiques. Paris: Editions Bernardes Grasset, 2006.

GORDLEY, James. The moral foundations of Private Law. The American Journal of Jurisprudence, v. 47, 2002.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679. Disponível em: https://www.cnpd.pt/home/rgpd/docs/wp251rev01_pt.pdf. Acesso em: 04 de out. de 2020.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Regime de responsabilidade civil pela lei de proteção de dados brasileira. Caderno especial LGPD. São Paulo: RT, novembro 2019, pp. 167-182.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 2007.

MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2 ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: reflexões no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), a caminho da efetividade*: contribuições para a implementação da LGPD. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

MEDON, Filipe. *Inteligência artificial e responsabilidade civil*: autonomia, riscos e solidariedade. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 27, n. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. *RDU*, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 39-64, nov-dez 2019.

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.) *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2020. E-book.

MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. (Lei

13.709/2018). In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias*. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2020. *E-book*.

PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Harvard University Press, 2015.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa?* 13ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. In: DONEDÁ, Danilo et al. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

TASSO, Fernando Antônio. *A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor*. In: *Cadernos Jurídicos*, ano 21, n° 53. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, jan-mar/2020. pp. 97-115.

THE SUN. *Motorists fork out £1,000 more to insure their cars if their name is Mohammed*. Disponível em: <https://www.thesun.co.uk/motors/5393978/insurance-race-row-john-mohammed/>. Acesso em: 15 set. 2020.

ZANATTA, Rafael A. F. *Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. In: *Researchgate*, p. 1-26, fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 04 de out. 2020.

FINANÇAS CLÍMATICAS E O ACORDO DE PARIS: A ATUAÇÃO DO BANCO MUNDIAL

CLIMATE FINANCE AND THE PARIS AGREEMENT: THE ROLE OF THE WORLD BANK

Caio Brilhante Gomes¹
Luciana Costa da Fonseca²

O artigo analisa o papel o Banco Mundial como no Acordo de Paris, como um dos intervenientes do Direito Internacional do Ambiente, considerando que o mesmo possui uma parcela importante de responsabilidade na proteção e preservação destes bens ambientais naturais. O objetivo é analisar o papel das finanças climáticas no contexto das metas de desenvolvimento sustentável e processo produtivo menos poluente e mais protetor do meio ambiente, a partir do caso do empréstimo concedido pelo Banco Mundial para Índia, durante o cenário do Acordo de Paris. Analisa as finanças climáticas como instrumento necessário para execução das metas do Acordo de Paris; o papel das instituições financeiras como financiadoras do Acordo de Paris; e a atuação específica do Banco Mundial. O artigo conclui que o Banco Mundial atua efetivamente para apoio as metas do Acordo de Paris, mas deve ser aperfeiçoar suas estratégias para avançar progressivamente para a proteção do meio ambiente e o enfrentamento do desafio climático. Palavras-Chave: Finanças Climáticas. Banco Mundial, Acordo de Paris

The article analyzes the role of the World Bank in the Paris Agreement, as one of the International Environmental Law stakeholders, considering that it has an important share of responsibility in the protection and preservation of these natural environmental assets.

1 Mestrando em Direito e Ciências Jurídico-Ambientais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL; Especialização em Direito Ambiental e Gestão Estratégica da Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP; Graduação em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA; Advogado; Professor de Direito da Universidade da Amazônia - UNAMA; Conselheiro Estadual de Recursos Hídricos do Estado do Pará (CERH-PA); Professor-Coordenador assistente dos Grupos de Pesquisa Direito, Desenvolvimento e Meio Ambiente na Amazônia (GDAM), Meio Ambiente e Mudanças Climáticas - GIDAS/NELB e Mineração, Desenvolvimento Regional e Amazônia (MinAmazônia).

2 Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialização em Direito Sanitário pela Universidade de São Paulo (USP). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professora e Pesquisadora da Universidade Federal do Pará (UFPA) e do Centro Universitário do Pará (CESÚPA). Membro da Comissão Especial de Saneamento, Recursos Hídricos e Sustentabilidade do Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB- Nacional. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direito, Desenvolvimento e Meio Ambiente na Amazônia (GDAM). Membro do Grupo de Pesquisa Mineração, Desenvolvimento Regional e Amazônia (MinAmazônia).

The purpose is to analyze the role of climate finance in the context of sustainable development goals and a less polluting and more environmentally protective production process, based on the case of the loan granted by the World Bank to India, during the Paris Agreement scenario. Analyzes climate finance as a necessary instrument to implement the Paris Agreement targets; the role of financial institutions as financiers of the Paris Agreement; and the specific role of the World Bank. The article concludes that the World Bank acts effectively to support the goals of the Paris Agreement, but it must improve its strategies to progressively advance towards protecting the environment and facing the climate challenge. Keywords: Climate Finance. World Bank, Paris Agreement

1. Introdução

O Direito Internacional do Ambiente desponta como uma nova área da ciência jurídica, a partir da compreensão de que os efeitos dos impactos e danos ambientais estão cada vez menos limitados aos territórios das nações e cada vez mais possuem abrangência global. Com isso surge um novo entendimento no que tange a conscientização ambiental, com o objetivo de garantir a proteção da qualidade dos bens ambientais naturais, enquanto essenciais para a manutenção e preservação da vida no planeta.

Essa vertente do direito, atualmente consolidada e doravante chamada de DIA, também manifesta-se com a elaboração, no âmbito internacional através de conferências e reuniões, de instrumentos de *soft law* e *hard law*, os quais acabam definindo a multidimensionalidade do mesmo, além da previsão de princípios gerais próprios e normas ambientais internacionais *lato sensu*.

Assim, esse ramo do direito possui diversos sujeitos que interferem na sua atuação na temática do meio ambiente, considerado sob o viés internacional, tais sujeitos serão referidos no presente trabalho como intervenientes, sendo que tais entidades possuem um importante papel na preservação do meio ambiente no cenário global. Estas podem ser Organizações Não Governamentais (ONGs), especialmente

as Organizações Não Governamentais do Ambiente (ONGA), empresas transnacionais, instituições financeiras, entre outras, dentre as quais nos interessam mais estas últimas, para os objetivos do presente trabalho, e destacamos o Banco Mundial, que será o interveniente do DIA utilizado como objeto de estudo.

Portanto, o artigo investiga o papel o Banco Mundial como no Acordo de Paris, como um dos intervenientes do DIA, considerando que o mesmo possui uma parcela importante de responsabilidade na proteção e preservação destes bens ambientais naturais.

O objetivo do artigo é analisar o papel das finanças climáticas no contexto das metas de desenvolvimento sustentável e processo produtivo menos poluente e mais protetor do meio ambiente, a partir do caso do empréstimo concedido pelo Banco Mundial para Índia, durante o cenário do Acordo de Paris.

A primeira seção analisa as finanças climáticas como instrumento necessário para execução das metas do Acordo de Paris; a segunda seção analisa o papel das instituições financeiras como financiadoras do Acordo de Paris; a última seção analisa a atuação do Banco Mundial para o investimento em energia renovável na Índia.

2. Finanças climáticas no âmbito do Acordo de Paris

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas -UNFCCC foi aprovada na sede da ONU, em Nova York, em 9 de maio de 1992, já foi subscrita por 197 Partes e é o marco jurídico para outros documentos internacionais importantes como o Protocolo de Kyoto, ratificado por 192 Partes e o Acordo de Paris, aprovado em 2015. O objetivo destes acordos é reduzir as concentrações de gases de efeito estufa (GEE) na atmosfera e mitigar os efeitos da

interferência humana no clima.

O Acordo de Paris, adotado na Conferência das Partes (COP) em 2015, reconhece que a mudança climática é uma preocupação comum da humanidade e as Partes devem tomar medidas para combater as mudanças climáticas, respeitar, promover e considerar suas respectivas obrigações em matéria de direitos humanos, o direito à saúde, os direitos dos povos indígenas, comunidades locais, migrantes, crianças, pessoas com deficiência e pessoas em situação de vulnerabilidade, o direito ao desenvolvimento, bem como a igualdade de gênero, empoderamento das mulheres e a igualdade intergeracional.

O Artigo 7º do Acordo de Paris tem o objetivo global de aumentar a capacidade de adaptação, fortalecer a resiliência e reduzir a vulnerabilidade às mudanças climáticas, com vista a contribuir para o desenvolvimento sustentável e assegurar uma resposta de adaptação adequada, além de reconhecer que a adaptação é um desafio global.

O Acordo de Paris reconhece que os maiores níveis de mitigação podem reduzir a necessidade de esforços de adaptação adicionais, e que uma maior necessidade de adaptação pode envolver mais custos de adaptação; bem como, afirma que o reforço da resiliência e a capacidade de adaptação envolve uma estratégia orientada em nível nacional, sensível a gênero, participativa e transparente, levando em consideração os grupos vulneráveis, comunidades e ecossistemas, conhecimento tradicional, conhecimento dos povos indígenas e pelos sistemas de conhecimento local, tendo em vista a integração da adaptação nas políticas e ações socioeconômicas e ambientais relevantes.³

³ FONSECA e PEREIRA. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 13. ODS 13. In: BALERA, Wagner e SILVA, ROBERTA (Orgs). Comentários aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: Verbatim, 2018

O Acordo também envolve o fortalecimento da cooperação em matéria de reforço da ação de adaptação, tendo em conta o Quadro de Adaptação de Cancún, inclusive no que diz respeito a: (a) Compartilhamento de informação, boas práticas, experiências e lições aprendidas, incluindo, a relação destes com a ciência, planejamento, políticas e implementação relativas às ações de adaptação; (b) Reforço dos arranjos institucionais, incluindo aqueles que servem para apoiar a síntese de informação e conhecimento relevantes; (c) Reforço do conhecimento científico sobre o clima, incluindo pesquisa, observação sistemática do sistema climático e sistemas de alerta precoce, (d) Assistência aos países em desenvolvimento Partes na identificação de práticas de adaptação eficazes, necessidades de adaptação, prioridades, apoio prestado e recebido para ações e esforços de adaptação, e desafios e lacunas, de forma consistente com o encorajamento de boas práticas; (e) Melhoria da eficácia e durabilidade das ações de adaptação.

As alterações climáticas debatidas por ocasião do Acordo de Paris são reflexo da sociedade que ainda admite a exploração e degradação do meio ambiente como integrantes do desenvolvimento econômico, em detrimento da justiça social sustentável⁴. Sendo assim, conseqüentemente surgem efeitos que afetam o equilíbrio climático mundial, os quais necessitam de estudos interdisciplinares e instrumentos normativos internacionais para sua regulamentação, sendo de suma importância a atuação dos intervenientes do DIA, para a mitigação de tais efeitos.

Cabe frisar que um dos efeitos das alterações climáticas é o chamado aquecimento global, o qual causa alterações em toda a dinâmica do ecossistema terrestre, e afirma-se que

⁴ BORN, Rubens Harry. Mudanças Climáticas. In: FARIAS, Talden; TRENNE-POHL, Terence (Coord.) Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 378.

um dos maiores responsáveis por este aquecimento é o uso de combustíveis fósseis como fontes de energia, provocando enorme poluição que afeta habitats marinhos e terrestres, além da qualidade da água e do ar⁵.

Assim leciona a Prof. Dra. Carla Amado Gomes, ao citar os dados do Banco Mundial, segundo os quais “o dióxido de carbono que povoa a atmosfera terrestre provém da produção de eletricidade e geração de calor (50%)” e mencionar que 87% deste dióxido de carbono presente na atmosfera e causador do aquecimento, provém da queima de combustíveis fósseis⁶.

Por conseguinte, é incontroversa a necessidade de alteração da matriz energética mundial, devendo serem buscadas e implementadas cada vez mais fontes de energias renováveis, para que os efeitos supracitados possam ser mitigados, surgindo nesse contexto o Acordo de Paris.

É necessário ressaltar que o Acordo de Paris é um tratado internacional que objetiva mitigar efeitos e adaptar a sociedade mundial perante as alterações climáticas, e pode ser referido como uma importante demonstração de cooperação mundial em benefício do combate a esta problemática.

As finanças climáticas podem ser definidas como instrumentos de combate as alterações climáticas, que se concretizam através de investimentos e financiamentos em geral de projetos e ações voltados para a sustentabilidade, ou seja, ações de sustentabilidade financiadas que combatem as alterações climáticas.

Estes instrumentos estão expressos no Acordo de Paris, em seu artigo 9º, notadamente no número 3, que prevê:

5 AMADO GOMES, Carla. Energias Renováveis e Sustentabilidade. In. Direito Internacional do Ambiente: uma abordagem temática. AAFDL: Lisboa, 2018, p. 357.

6 AMADO GOMES, Carla. Op. cit., p. 358.

Como parte de um esforço global, as Partes países em desenvolvimento deverão continuar a liderar a mobilização de *financiamento climático a partir de uma ampla variedade de fontes, instrumentos e canais*, notando o importante papel dos recursos públicos, *por meio de uma série de medidas, incluindo o apoio às estratégias lideradas pelos países*, e levando em conta as necessidades e prioridades das Partes países em desenvolvimento. *Essa mobilização de financiamento climático deverá representar uma progressão para além de esforços anteriores*⁷.

Assim, apesar da anterior existência dos mecanismos financeiros no artigo 11º da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas⁸, percebe-se que no Acordo de Paris foi estabelecido expressamente esse instrumento como alternativa.

Deste modo, o financiamento climático torna-se um instrumento fundamental de apoio a países em desenvolvimento, tanto para que os mesmos possam se desenvolver de modo sustentável, quanto para que se tornem resilientes aos impactos das alterações climáticas.

No âmbito do Acordo de Paris, vale destacar dois mecanismos de financiamento. O Fundo Verde para o Clima e os Fundos de Investimento Climático.

O Fundo Verde para o Clima (Green Climate Fund -GCF) é um fundo global criado para apoiar os esforços dos países em desenvolvimento para responder ao desafio das mudanças climáticas. O GCF deve apoiar os países em desenvolvimento a limitar ou reduzir suas emissões de gases de efeito estufa (GEE) e se adaptar às mudanças climáticas. Foi criado pelos 194 países que são partes na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC) em 2010, como parte do mecanismo financeiro da Convenção. Ele deve investir 50% de seus recursos para mitigação e

⁷ Acordo de Paris. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm. Acesso em 30 de agosto de 2021.

⁸ Disponível em http://www.ci.esapl.pt/jcms/EA/unfccc_UNFCCC_text_integr.htm#%C3%8Dndice, último acesso em 30 de setembro de 2021.

50% para adaptação em doação equivalente. Ao menos metade dos recursos devem atender aos países mais vulneráveis ao clima.⁹

Os Fundos de Investimento Climático (*Climate Investment Funds -FIC*), aprovados pela Diretoria-Executiva do Banco Mundial em 2008, são um esforço de colaboração entre os Bancos Multilaterais de Desenvolvimento – MDBs e os países desenvolvidos para disponibilizar recursos para países em desenvolvimento investirem em projetos de mitigação de emissões de gases do efeito estufa e de adaptação aos efeitos das mudanças climáticas. O CIF é composto por dois fundos: o Fundo Estratégico do Clima – SCF e o Fundo de Tecnologia Limpa – CTF, com 9 programas¹⁰.

Portanto, destacada a importância do Acordo e como ele prestigiou tais instrumentos, analisaremos a seguir como as finanças climáticas podem ser utilizadas na prática por intervenientes do direito internacional do ambiente, como o Banco Mundial.

3. O Banco Mundial e o Acordo de Paris

As instituições financeiras voltaram sua atuação também para as finanças climáticas, e o Banco Mundial não fez diferente, concedendo cada vez mais empréstimos para projetos que visem combater as alterações climáticas em geral, como exemplo o investimento em fontes de energia renovável.

Podem ser mencionadas como ações do Banco Mundial o recorde de US \$ 20,5 bilhões em financiamentos para ações climáticas em 2018, atingindo, portanto, a meta de financiamento climático prevista para 2020 antes do planeja-

9 GFF - GREEN CLIMATE FUND. 2021. Disponível em <http://www.greenclimate.fund/who-we-are/about-the-fund>. Acesso em 01 de agosto de 2021

10 CLIMATE INVESTMENT FUND. CIF'S Programs. Disponível em: <https://www.climateinvestmentfunds.org/cif-programs>

do¹¹.

Nesse contexto, além dos empréstimos diretos, foram criados os Fundos de Investimento Climático (FIC), já mencionados, os quais possuem mecanismos que objetivam acelerar ações positivas relacionadas à crise climática, com investimentos em tecnologias chamadas “limpas”, resiliência climática, entre outros, reduzindo o risco e o custo do financiamento climático, tornando-o mais acessível para países em desenvolvimento. Também cabe mencionar que estes fundos atualmente possuem ações em 72 países e mais de 300 projetos.¹²

Do mesmo modo, o Banco anunciou novas metas para o clima, dobrando os investimentos para empreender em ações climáticas, e está trabalhando com outras instituições financeiras, notadamente os Bancos Multilaterais de Desenvolvimento (MDBs) para monitorar e rastrear os financiamentos concedidos aos países clientes, lançando, em conjunto com o programa de desenvolvimento das nações unidas, a plataforma chamada “invest4Climate”¹³ que reúne atores nacionais e internacionais diversos para apoiar os investimentos climáticos.

Além disso, o Banco Mundial lançou o seu Plano de Ação sobre Adaptação e Resiliência às Mudanças Climáticas, plano este que prevê meios de aumentar as despesas diretas no financiamento climático, objetivando apoiar os países a cumprir suas metas nacionais sob o Acordo de Paris, com investimentos em diversos setores, tais como energia renovável, transportes “limpos”, agricultura “inteligente” e cidades

11 THE WORLD BANK. World Bank Group exceeds its Climate Finance Target with Record Year. 2018. Disponível em <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2018/07/19/world-bank-group-exceeds-its-climate-finance-target-with-record-year>, último acesso em 30 de agosto de 2021.

12 CLIMATE INVESTMENT FUND. Disponível em <https://www.climateinvestmentfunds.org/>, último acesso em 30 de setembro de 2021.

13 CONECT 4 CLIMATE. Invest 4 Climate. Disponível em <https://www.conect4climate.org/content/invest4climate>, último acesso em 30 de setembro de 2021.

sustentáveis¹⁴.

Adiante, para a plena compreensão da proposta do presente trabalho, cumpre analisar a atuação do Banco Mundial no Acordo de Paris, realizado no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima

O Acordo de Paris é entendido como instrumento de natureza jurídica de tratado internacional¹⁵, conforme a definição da Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados¹⁶, sendo, porém, passível de críticas, considerando que, apesar de delimitar estratégias de forma clara, não prevê o que ocorreria em casos de descumprimento do mesmo¹⁷.

Sendo assim, o Acordo foi definido pelo Ex-Secretário-geral da ONU, Ban Ki-moon como um triunfo para as pessoas, o meio ambiente e o multilateralismo, sendo um seguro de saúde para o planeta, com o comprometimento de todos os países do mundo em reduzirem suas emissões, aumentar a resiliência e enfrentar as mudanças climáticas¹⁸. Por outro lado, é considerado pelo Prof. Dr. Jeffrey Sachs como um triunfo apenas diplomático, porém sem garantias de implementação¹⁹.

Não obstante, o Acordo objetiva, em síntese, estacar o aquecimento global, mantendo um nível do aumento de

14 THE WORLD BANK. Disponível em <http://documents.worldbank.org/curated/en/519821547481031999/The-World-Bank-Groups-Action-Plan-on-Climate-Change-Adaptation-and-Resilience-Managing-Risks-for-a-More-Resilient-Future.pdf>, assim como o Plano de Ação para Alterações Climáticas, disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/24451/K8860.pdf>, último acesso em 30 de setembro de 2021.

15 Cfr. BODANSKY, Daniel. The legal character of the Paris Agreement. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2735252. Acesso em 30 de julho de 2021.

16 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm, último acesso em setembro de 2021.

17 AMADO GOMES, Carla. Energias Renováveis e Sustentabilidade. In. Direito Internacional do Ambiente: uma abordagem temática. AAFDL: Lisboa, 2018, p. 359.

18 Ban Ki-moon: Uma nova era de oportunidades. Disponível em <https://nacoesunidas.org/uma-nova-era-de-oportunidades/>, último acesso em 10 de setembro de 2021.

19 Let's hail the Paris climate change agreement and get to work. Disponível em <https://www.ft.com/content/eb8eff8-a100-11e5-8d70-42b68cfac6e4>, último acesso em 10 de setembro de 2021.

aquecimento em até, no máximo, 2°C, considerando os níveis pré-industriais, e contou com a assinatura de 195 países, sendo considerado um avanço de compromisso nas discussões sobre a governança da sustentabilidade socioambiental e econômica do desenvolvimento.

Logo, apesar das críticas a respeito das fragilidades do mesmo, trata-se de uma importante norma que marca o regime multilateral de mudanças climáticas, com maior responsabilidade lato sensu dos países para a importância da concretização de políticas que mitiguem e reduzam as emissões de gases de efeito estufa, rumo a uma economia de baixo carbono.

Nesse sentido, o Banco Mundial trabalha com mais de 130 dos países signatários, com financiamentos e assistência técnica, atualmente ajudando os mesmos a cumprirem seus compromissos relacionados com o clima.

Contudo, a obtenção de tais assinaturas não foi tarefa fácil, como demonstra o caso da Índia, que necessitou do empréstimo concedido pelo Banco Mundial, durante a Conferência do Clima, para a construção de usinas de energia renovável no país. Por conseguinte, o Banco Mundial pode assumir um papel importante no âmbito do financiamento climático.

4. A atuação do Banco Mundial no caso da adesão da Índia ao Acordo de Paris e os novos compromissos

No decorrer das discussões da Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas de 2015, COP 21, foi veiculado que a Índia, com segunda maior população do mundo, demonstrava reticência em relação a alguns pontos do acordo, afirmando publicamente em canais de comunicação, e em seu próprio discurso apresentado na COP 21, que não podiam desacelerar o seu crescimento pois tem como

prioridade a erradicação da pobreza da sua população.

Nesse sentido, a atuação do Banco Mundial se torna essencial, uma vez que tem por objetivo o combate à pobreza, por meio de financiamentos climáticos para o combate, também, do aquecimento global.

Para dar prosseguimento às negociações do Tratado, houve, primeiramente, o comprometimento da empresa norte-americana SolarCity, em conceder a patente de um dos seus painéis solares, para que a Índia conseguisse cumprir o objetivo do Acordo até 2030, gerando 40% de sua renda a partir de fontes não poluentes²⁰.

O Banco Mundial participou de modo primordial neste entrave, pois foi realizado compromisso e posteriormente assinado o acordo entre o Banco Mundial e a Aliança Internacional Solar (ISA), lançada durante a COP 21 e liderada pela Índia, objetivando mobilizar 1 trilhão em investimentos para essa matriz energética até 2030²¹.

Igualmente, restou previsto o fornecimento para a Índia do montante de mais de 1 bilhão de dólares para investimento em energia solar, auxiliando este país a avançar mais rapidamente na instalação desta matriz, tratando-se do maior empréstimo em energia solar do planeta.²² Também, foi assinado acordo para o repasse de 625 milhões de dólares, também à Índia, destinados ao financiamento da instalação de 400 megawatts de painéis solares.

A Índia estava relutante em assinar o Acordo de Paris

20 GORE, AL. Uma sequele inconveniente; a verdade ao poder. Actual Editora, 2017. <Uma sequele inconveniente: a verdade ao poder. Al Gore. Bonni Cohen; Jon Shenk. 2017. Disponível em: Netflix. <https://www.netflix.com/pt/>, último acesso em 10 de outubro de 2019.

21 Disponível em: <https://www.investindia.gov.in/pt-br/sector/renewable-energy>. Último acesso em 30 de setembro de 2021.

22 Energia solar impulsionada por empréstimo de US\$ 1 bilhão do Banco Mundial. Disponível em <https://share.america.gov/pt-br/energia-solar-impulsionada-por-emprestimo-de-us-1-bilhao-do-banco-mundial/>, último acesso em 15 de setembro de 2021.

embasando-se no argumento, frisa-se superado, de que os países do hemisfério norte já haviam se desenvolvido com economias baseadas em combustíveis fósseis, alta poluição e devastação ambiental, e agora os países em desenvolvimento seriam prejudicados pois não poderiam utilizar esse tipo de economia.

Cabe salientar que um dos pontos mais debatidos durante a COP-21 foi a necessidade de serem encontrados meios de financiamento dos projetos de mitigação (corte de emissões) e de adaptação (proteção em face da mudança climática) dos efeitos do aquecimento global.

Logo, houve o comprometimento por parte dos países desenvolvidos de concessão de US\$ 100 bilhões por ano a projetos e empreendimentos de baixo carbono até 2020, devendo o valor ser revisto em 2025, enquanto que os países em desenvolvimento farão investimentos de forma voluntária, e não havendo menção sobre financiamentos da iniciativa privada.

Assim, a Índia alegava que não assinaria o Acordo pois autorizaria o funcionamento de aproximadamente 300 usinas termelétricas, as quais utilizam queima de carvão mineral e são altamente poluentes. À vista disso, após negociações, o Banco Mundial se compromete com a concessão do empréstimo supracitado, de 1 bilhão de dólares, para investimento em solar no país em questão, em parceria com a Aliança Solar Internacional, sendo considerado como o maior empréstimo já concedido para ações nesse sentido, e que entende-se inaugurar o panorama das finanças climáticas no Acordo de Paris²³.

O supracitado comprometimento foi firmado, a pos-

²³ FONSECA e PEREIRA. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 13. ODS 13. In: BALERA, Wagner e SILVA, ROBERTA (Orgs). Comentários aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: Verbatim, 2018

teriori, por meio do instrumento denominado “Joint Declaration” (Declaração Conjunta) para a promoção da energia solar, tal instrumento pode ser considerado como norma de soft law, não obstante, atribuindo-a certo grau de significância normativa, considerando que gera expectativas para comportamentos futuros das partes²⁴.

A Declaração reconhece a atuação do Banco Mundial na busca pelo fim da pobreza e o aumento da prosperidade partilhada, considerando que tal objetivo perpassa pelo investimento em energia confiável e sustentável. Logo, tal atuação é importante para o alcance dos interesses da aliança, de contribuir para o acesso universal à energia, contribuindo com o desenvolvimento econômico das comunidades e, conseqüentemente, interligando-se com a erradicação da pobreza.

Nesse sentido, são previstas áreas nas quais a contribuição do Banco seria de maior importância, dentre as quais destacamos o financiamento da energia renovável como um todo e a mobilização para assistência técnica e transferência de tecnologia, objetivando aprimorar esta matriz energética.

Além disso, cumpre evidenciar que com o empréstimo concedido pelo Banco Mundial à Índia, o país constrói cada vez mais usinas e utiliza mais energia solar, uma fonte de energia apontada como renovável e limpa. Então, a Índia investe essa energia, principalmente, para o fornecimento a populações mais isoladas, em locais com maior índice de pobreza.

O auxílio do Banco Mundial é determinante para possibilitar a transição do uso de fontes de energia não renováveis para fontes renováveis e não poluentes, com uma atuação

24 Joint Declaration. ISA and World Bank. Disponível em: [http://isolaralliance.org/docs/ISA%20Folder/Join%20Declaration%20\(ISA%20and%20World%20bank\).pdf](http://isolaralliance.org/docs/ISA%20Folder/Join%20Declaration%20(ISA%20and%20World%20bank).pdf), último acesso em 30 de agosto de 2021.

em benefício da erradicação da pobreza e, conseqüentemente, com a melhoria da qualidade de vida e do bem-estar desta população, contribuindo para a proteção ambiental e para a afirmação dos direitos humanos.

Deste modo, com o acordado, o Banco Mundial passou a ser parceiro financeiro da ISA, podendo-se afirmar que esta instituição pode servir para a garantia dos objetivos previstos no acordo de Paris, principalmente no auxílio aos países em desenvolvimento para que atinjam as metas que se comprometeram.

Ante o exposto, entende-se que o financiamento da substituição de fontes de energia por alternativas menos poluentes consolida o importante e crescente papel do Banco Mundial como aliado no combate às alterações climáticas e na proteção do meio ambiente.

Ressalta-se que, não obstante as contribuições do Banco Mundial para o direito internacional do ambiente, há também diversas críticas feitas no que tange a mudança de atuação do Banco, e que devem ser mencionadas e reiteradas.

A princípio, a instituição mudou sua atuação, principalmente, devido a pressões feitas pela sociedade, e por organizações não governamentais, com a mudança de paradigma interno ocorrida por conta da percepção internacional da escassez e possível esgotamento de recursos naturais, evidenciados cada vez mais após a Conferência de Estocolmo em 1972²⁵.

Além disso, por se tratar de uma instituição financeira, o Banco Mundial atua em consonância com seus objetivos, mas também obtendo retornos financeiros com seus empréstimos e financiamentos, algo que é comum mas enten-

25 Cfr. SHIBATA, Ibrahim F. I. *The world bank in a changing world*. Dordrecht: Nijhoff, 1991. v. 1, p. 135-180.

de-se importante ser mencionado.

O Plano de Ação para Mudanças Climáticas 2021–2025, apresentado em 2021, visa promover os aspectos de mudanças climáticas da abordagem de Desenvolvimento Verde, Resiliente e Inclusivo (GRID), busca a erradicação da pobreza e a prosperidade compartilhada, apoiando os países e clientes do setor privado para maximizar o impacto do financiamento do clima, visando melhorias mensuráveis na adaptação e resiliência e reduções mensuráveis nas emissões de GEE. Ele se concentra em (i) integração do clima e do desenvolvimento; (ii) identificar e priorizar ações nas maiores oportunidades de mitigação e adaptação; e (iii) usá-los para impulsionar nosso financiamento climático e alavancar capital privado de maneiras que gerem os melhores resultados.²⁶

A nova proposta aumentou de 28% para 35% o montante de recursos do Banco Mundial para combater a mudança climática e fixa o compromisso de divulgar relatórios de progresso anuais. As novas medidas decorrem das duras críticas recebidas quando houve a divulgação do esboço do Plano de Ação. As críticas se concentraram na necessidade de maior investimento, na ausência de estratégia de implantação clara e a hesitação do Banco Mundial em abandonar os investimentos em gás natural, apesar de se comprometer com a transição do carvão.²⁷

Todavia, o Banco Mundial não tem demonstrado nas última décadas indiferença às críticas, recebendo-as e incorporando-as em seus instrumentos e políticas internas, caminhando em prol de um esverdeamento da instituição, assim como do setor financeiro internacional em geral²⁸.

²⁶ THE WORLD BANK GROUP. World Bank Group Climate Change Action Plan 2021–2025: Supporting Green, Resilient, and Inclusive Development. 2021. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/35799>

²⁷ CNN BRASIL. Banco Mundial se compromete a apresentar relatórios anuais sobre ação climática. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/banco-mundial-se-compromete-a-apresentar-relatorios-anuais-sobre-acao-climatica/>

²⁸ Cfr. BRILHANTE GOMES, Caio. O Direito Ambiental e o compliance na atua-

5. Considerações Finais

O Acordo de Paris, adotado na Conferência das Partes (COP) em 2015, tem o objetivo global de aumentar a capacidade de adaptação, fortalecer a resiliência e reduzir a vulnerabilidade às mudanças climáticas, com vista a contribuir para o desenvolvimento sustentável e assegurar uma resposta de adaptação adequada, reconhecendo que a adaptação é um desafio global que para ser efetivamente implementado precisa de investimentos e programas específicos, e de cooperação em matéria de reforço da ação de adaptação.

As finanças climáticas são instrumentos de combate as alterações climáticas, que se concretizam através de investimentos e financiamentos em geral de projetos e ações voltados para a sustentabilidade, que devem envolver *uma ampla variedade de fontes, instrumentos e canais*, essencial para o apoio a países em desenvolvimento.

Assim, ganha destaque a atuação dos fundos de investimento e instituições financeiras que atuam nos programas de combate às mudanças climáticas, especialmente a atuação do Banco Mundial.

O Banco Mundial tem tido relevante atuação para conquistas ambientais no cenário internacional, no sentido da economia verde, inclusive no âmbito do Acordo de Paris, como demonstram sua atuação na coordenação dos Fundos de Investimento do Clima (CIF) e a análise da sua participação para viabilizar a adesão da Índia ao Acordo de Paris.

Ocorre que, diante da importância de sua atuação, o Banco Mundial precisa assumir metas e compromisso mais claros e específicos. A atuação do Banco vem sofrendo várias críticas, concentradas na necessidade de maior investimen-

to de recursos, na ausência de estratégia e, especialmente na hesitação em abandonar os investimentos em gás natural.

As críticas refletiram no aperfeiçoamento do O Plano de Ação para Mudanças Climáticas 2021–2025, com o aumento de 28% para 35% o montante de recursos do Banco Mundial para combater a mudança climática e o compromisso de divulgar relatórios de progresso anuais.

O Banco Mundial, como referido ao início do artigo, possui suas próprias agendas econômicas e de atuação, sendo algumas entendidas como melhores e outras piores, porém percebe-se que a atuação do mesmo deve ser aperfeiçoada para contribuir progressivamente para a proteção do meio ambiente e o enfrentamento do desafio climático.

6. Referências

AMADO GOMES, Carla. Energias Renováveis e Sustentabilidade. In. Direito Internacional do Ambiente: uma abordagem temática. AAFDL: Lisboa, 2018, p. 357.

Ban Ki-moon: Uma nova era de oportunidades. Disponível em <https://nacoes-unidas.org/uma-nova-era-de-oportunidades/>, último acesso em 10 de outubro de 2019.

BODANSKY, Daniel. The legal character of the Paris Agreement. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2735252. Acesso em 30 de julho de 2021.

BORN, Rubens Harry. Mudanças Climáticas. In: FARIAS, Talden; TRENNEPOHL, Terence (Coord.) Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 378.

FONSECA e PEREIRA. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 13. ODS 13. In: BALERA, Wagner e SILVA, ROBERTA (Orgs). Comentários aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: Verbatim, 2018.

SHIBATA, Ibrahim F. I. The world bank in a changing world. Dordrecht: Nijhoff, 1991. v. 1, p. 135-180.

TRENNEPOHL, Terence; TRENNEPOHL, Natascha. Coord. Compliance no Direito Ambiental. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2020.

Acordo de Paris. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm. último acesso em 30 de agosto de 2021.

Convenção Quadro Das Nações Unidas Sobre Alterações Climáticas Disponível em http://www.ci.esapl.pt/jcms/EA/unfccc_UNFCCC_text_integr.htm#%C3%8Dndice, último acesso em 30 de agosto de 2019.

CLIMATE INVESTMENT FUND. CIF'S Programs. Disponível em: <https://>

www.climateinvestmentfunds.org/cif-programs

CLIMATE INVESTMENT FUND. Disponível em <https://www.climateinvestmentfunds.org/>, último acesso em 30 de agosto de 2019.

CNN BRASIL. Banco Mundial se compromete a apresentar relatórios anuais sobre ação climática. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/banco-mundial-se-compromete-a-apresentar-relatorios-anuais-sobre-acao-climatica/>

CONNECT 4 CLIMATE. Invest 4 Climate. Disponível em <https://www.connect4climate.org/content/invest4climate>, último acesso em 30 de agosto de 2019.

GFF - GREEN CLIMATE FUND. 2021. Disponível em <http://www.greenclimate.fund/who-we-are/about-the-fund>. Acesso em 01 de ago de 2021.

GORE, Al. Uma sequeia inconveniente: a verdade ao poder. Actual Editora, 2017. <Uma sequeia inconveniente: a verdade ao poder. Al Gore. Bonni Cohen; Jon Shenk. 2017, Disponível em: Netflix. <https://www.netflix.com/pt/>, último acesso em 10 de outubro de 2019.

Joint Declaration. ISA and World Bank. Disponível em: [http://isolaralliance.org/docs/ISA%20Folder/Join%20Declaration%20\(ISA%20and%20World%20bank\).pdf](http://isolaralliance.org/docs/ISA%20Folder/Join%20Declaration%20(ISA%20and%20World%20bank).pdf), último acesso em 10 de outubro de 2019.

Let's hail the Paris climate change agreement and get to work. Disponível em <https://www.ft.com/content/eb8eef8-al00-11e5-8d70-42b68cfae6e4>, último acesso em 01 de ago de 2021.

THE WORLD BANK. World Bank Group exceeds its Climate Finance Target with Record Year. 2018. Disponível em <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2018/07/19/world-bank-group-exceeds-its-climate-finance-target-with-record-year>, último acesso em 30 de agosto de 2021.

THE WORLD BANK. Disponível em <http://documents.worldbank.org/curated/en/519821547481031999/The-World-Bank-Groups-Action-Plan-on-Climate-Change-Adaptation-and-Resilience-Managing-Risks-for-a-More-Resilient-Future.pdf>

Energia solar impulsionada por empréstimo de US\$ 1 bilhão do Banco Mundial. Disponível em <https://share.america.gov/pt-br/energia-solar-impulsionada-por-emprestimo-de-us-1-bilhao-do-banco-mundial/>, último acesso em 15 de setembro de 2019.

THE WORLD BANK GROUP. World Bank Group Climate Change Action Plan 2021–2025 : Supporting Green, Resilient, and Inclusive Development. 2021. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/35799>

A GOVERNANÇA PARTICIPATIVA DA ÁGUA NO COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO MARAPANIM NA AMAZÔNIA

PARTICIPATORY WATER GOVERNANCE IN THE COMMITTEE OF THE MARAPANIM RIVER HYDROGRAPHIC BASIN IN THE AMAZON

Natalia Mascarenhas Simões Bentes¹

Sandro Júnior do Carmo Alves²

Rafaela Furtado da Cunha³

A governança participativa da água no Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim (CBHRM) na Amazônia tem como objetivo geral avaliar a percepção dos membros do comitê sobre a participação popular na gestão democrática da referida Bacia Hidrográfica, e como objetivos específicos: (1) descrição das tendências do desenvolvimento sustentável na região amazônica; (2) análise legislativa federal e estadual sobre a gestão dos recursos hídricos; e (3) investigar a qualidade da participação popular no Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim. Neste trabalho foi aplicado o método indutivo, partindo da ideia de que a gestão compartilhada do CBHRM está prejudicada devido a pandemia da Covid-19, foi feito estudo bibliográfico da temática e entrevistas com participantes do CBHRM. Pensar o desenvolvimento sustentável na Amazônia ainda é um tema recente, este ideal deve ter como vanguarda o associativismo e o cooperativismo. Temos como marco legislativo importante a Política Nacional e a Política do Estado do Pará sobre Recursos Hídricos, ambas versam sobre a gestão comitês de bacia hidrográfica e o Decreto Estadual n° 288 de 2019 criou o CBHRM. Todos os entrevistados entendem que a pandemia da Covid-19 afetou a participação no CBHRM, apesar disso, a

1 Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal. Professora da graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos do CESUPA. Coordenadora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Membro do grupo de pesquisa MinAmazônia: Mineração, Desenvolvimento Regional na Amazônia. Sócia proprietária do escritório Simões, Bentes & Medeiros Advocacia Internacional.

2 Engenheiro Agrônomo formado pela Universidade Federal Rural da Amazônia (UFRA), com graduação sanduíche na University of Manitoba (UofM), bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), mestrando do Programa Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido (PPGDSTU) do NAEA/UFPA, e aluno do grupo de pesquisa MinAmazônia: Mineração, Desenvolvimento Regional na Amazônia.

3 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Mestranda do Programa Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido do Núcleo de Altos Estudos Amazônicos da Universidade Federal do Pará. Membro da Clínica de Direitos Humanos - CESUPA. Colaboradora da Comissão de Relações Internacionais OAB/Pará.

maioria se demonstra satisfeita com a condução da participação popular nos trabalhos do referido comitê. **Palavras-Chaves:** Comitê de Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim; Gestão Integrada dos Recursos Hídricos; e Participação.

The participatory governance of water in the Marapanim River Basin Committee (CBHRM) in the Amazon has the general objective of evaluating the perception of committee members on popular participation in the democratic management of the aforementioned River Basin, and as specific objectives: (1) description trends in sustainable development in the Amazon region; (2) federal and state legislative analysis on water resources management; and (3) investigate the quality of popular participation in the Marapanim River Basin Committee. In this work, the inductive method was applied, starting from the idea that the shared management of the CBHRM is impaired due to the Covid-19 pandemic, a bibliographic study of the theme and interviews with CBHRM participants were carried out. Thinking about sustainable development in the Amazon is still a recent theme, this ideal must have associations and cooperativism at the forefront. We have as an important legislative framework the National Policy and the Policy of the State of Pará on Water Resources, both of which deal with the management of river basin committees, and State Decree No. 288 of 2019 created the CBHRM. All respondents understand that the Covid-19 pandemic has affected participation in the CBHRM, despite this, most are satisfied with the conduct of popular participation in the work of that committee. **Keywords:** Marapanim River Basin Committee; Integrated Water Resources Management; and Participation.

1. Introdução

A Gestão Integrada dos Recursos Hídricos (GIRH) é um instrumento idealizado para promover a gestão popular dos recursos hídricos. Portanto, traçar estratégias que garantam a gestão integrada da água é fundamental, segundo a legislação nacional podemos entender o conceito de GIRH como o ato que reconhece e integra valores econômicos, sociais, ambientais e culturais na gestão das águas superficiais e subterrâneas, incluindo, necessariamente, valores qualitativos e quantitativos⁴.

A GIRH tem como objetivo a gestão descentralizada da água, Trindade⁵ entende que essa gestão é feita com ações e a participação de diversos usuários na sua organização, e

4 BRASIL, 1997.

5 Trindade, 2016.

que deve ser um processo que promova a gestão de forma coordenada com outros recursos relacionados, com fins de maximizar o resultado econômico e o bem-estar social, de forma equilibrada e sem comprometer os ecossistemas.

Os recursos hídricos no Brasil tem como marco legislativo central a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), regida pela Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, nela está estipulado que a água é um bem de domínio público; é um recurso natural limitado e dotado de valor econômico; em situações de escassez o uso prioritário da água deve ser voltado para o consumo humano e para animais; a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; e também temos como fundamento da referida política a gestão descentralizada dos recursos hídricos, que deve contar com a participação do Poder Público, os usuários e as comunidades.

Em âmbito regional temos a Política Estadual de Recursos Hídricos, a Lei nº 6.381, de 25 de julho de 2001, como marco normativo para o Estado do Pará, esta norma possui os fundamentais da PNRH, e complementa a noção do planejamento dos recursos hídricos ao estabelecer que o mesmo deve ser compatível com as exigências do desenvolvimento sustentável, deve considerar as interações do ciclo hidrológico entre as águas superficiais, subterrâneas e meteóricas, e também deve considerar aspectos econômicos, sociais e ambientais na utilização da água no território do Pará.

A região amazônica detém 73% dos recursos hídricos do Brasil, e a sua gestão é marcada por um processo de articulação de ações de diferentes agentes sociais com interesses conflitantes, mas que devem agir de forma coletiva. Nesse contexto, o Pará criou o seu primeiro comitê de gestão dos recursos hídricos em 2019 o Comitê da Bacia Hidrográfica Rio Marapanim (CBHRM) é o primeiro instrumento de ges-

tão compartilhada da água no Pará⁶.

Este paper tem como objetivo avaliar a percepção dos membros do CBHRM sobre a participação popular na gestão democrática da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim, e tem como hipótese que a gestão compartilhada proposta pelo Comitê do referido recurso hídrico está prejudicada devido a crise sanitária da COVID-19. Para o cumprimento do objetivo geral e confirmação da hipótese, este paper tem como objetivos específicos: (1) descrição das tendências do desenvolvimento sustentável na região amazônica; (2) análise legislativa federal e estadual sobre a gestão dos recursos hídricos; e (3) investigar a qualidade da participação popular no Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim.

Quanto a metodologia, este trabalho é baseado no método indutivo, partindo da ideia geral de que a gestão compartilhada da água da bacia do Rio Marapanim está prejudicada devido a pandemia da Covid-19, como a temática central está ligada a ideias de desenvolvimento, foi feito a análise de artigo referente à teorias de desenvolvimento sustentável da região amazônica da professora e doutora Lígia Simonian⁷, além do estudo legislativo federal e estadual referentes aos recursos hídricos.

O estudo de caso do Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim (CBHRM) foi baseado em entrevistas realizadas de modo remoto, tendo como questionamentos essenciais as seguintes perguntas, além de perguntas a respeito da idade, escolaridade, gênero, município: (1) Qual segmento e/ou segmentos que você faz parte?; (2) Para você qual é a principal função de um comitê de bacia hidrográfica?; (3) Em sua opinião, qual é o maior desafio enfrentado pelo Comitê

⁶ PARA, 2019.

⁷ SIMONIAN, Lígia Terezinha Lopes. Tendências recentes quanto à sustentabilidade no uso dos recursos naturais pelas populações tradicionais amazônicas. In: População e meio ambiente na Pan-Amazônia. Belém: NAEA, 2007

de Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim?; (4) Qual a sua avaliação em relação a quantidade de representantes do Comitê?; (5) Qual a sua avaliação em relação as formas de comunicação sobre as reuniões? (6) Qual a sua avaliação em relação a compreensão do que foi dito em reunião, na linguagem utilizada durante as reuniões?; (7) Qual a sua avaliação sobre a presença proporcional dos segmentos da sociedade civil, usuários e poder público durante as reuniões?; (8) Qual a sua avaliação em relação a abertura, apoio, incentivo e respeito para emitir sua opinião durante reuniões?; (9) Qual a sua avaliação a respeito dos desdobramentos, comunicações e desenvolvimento dos assuntos tratados em reunião? (10) Para você, o que é participação na gestão dos recursos hídricos? (11) Para você, a pandemia da COVID-19 afetou a participação na gestão do Rio Marapanim? Se sim, como? (12) Diante do cenário atual, na sua opinião, quais são as principais dificuldades que precisam ser superadas para melhorar ou aprimorar a participação na gestão da bacia hidrográfica do rio Marapanim? (13) Na sua opinião, quais as principais mudanças que a atuação do Comitê trouxe para a realidade daqueles que usufruem da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim?

Além desta breve introdução, este paper está organizado na sessão “As tendências sobre sustentabilidade no uso dos recursos naturais na Amazônia”, onde descrevemos os entendimentos de Simonian⁸ a respeito do desenvolvimento sustentável na região amazônica. A segunda sessão “A região da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim” tem como objetivo descrever a região referente ao estudo de caso. A quarta sessão “Das normas federais e estaduais sobre recursos hídricos” descrevemos as principais diretrizes para a gestão dos recursos hídricos, e quais são os objetivos da instituição dos comitês de bacias hidrográficas, em especial o CBHRM. E

8 SIMONIAN, Ligia Terezinha Lopes. Tendências recentes quanto à sustentabilidade no uso dos recursos naturais pelas populações tradicionais amazônicas. In: População e meio ambiente na Pan-Amazônia. Belém: NAEA, 2007

por fim, na quinta sessão intitulada “A participação popular no Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim”, descrevemos os resultados obtidos pelas entrevistas e os relacionamos com os fundamentos teóricos deste paper, analisando se a atual gestão do CBHRM está de acordo com as diretrizes estabelecidas em lei.

2. As tendências sobre sustentabilidade no uso dos recursos naturais na Amazônia⁹

Para Simonian na região amazônica a relação entre recursos naturais, populações tradicionais e sustentabilidade envolvendo o Estado, as elites e a sociedade em geral, é um fenômeno recente que vem se concretizando a partir da invasão europeia. Com o envolvimento recente desses novos atores no espaço amazônico, Simonian cita a aniquilação ou deslocamento de populações pelo sistema de colonização por malhas viárias, pela pecuária, hidroelétricas, mineração, piscicultura, agronegócio, e outras formas de exploração que causaram, por exemplo, o Arco de Destruição Florestal.

Simonian entende por recursos naturais tudo o que é de base material de sustentação da vida, esses recursos são essenciais para os processos produtivos e produtos com valor de uso e com valor de mercado. No contexto amazônico podemos destacar o papel central das mulheres como protetoras da biodiversidade, como dos recursos agroflorestais e dos recursos hídricos.

E por populações tradicionais, entende que são aquelas que podem ser definidas de acordo com alguns critérios, como por exemplo, o da ancestralidade em um determinado local, e essa relação possui vários simbolismos, como a da

⁹ Este tópico apresentará aspectos específicos de SIMONIAN, Ligia Terezinha Lopes. Tendências recentes quanto à sustentabilidade no uso dos recursos naturais pelas populações tradicionais amazônicas. In: População e meio ambiente na Pan-Amazônia. Belém: NAEA, 2007

relação com a exploração dos recursos naturais baseados em conhecimentos tradicionais da biodiversidade e de tecnologias.

Quanto a relação entre homem e meio ambiente na Amazônia, Simonian entende que há poucas ações para proteger e perpetuar o usufruto do meio ambiente para as futuras gerações, o que contraria normas nacionais e acordo internacionais. A realidade amazônica, para Simonian, ainda é de processos destrutivos diretos e indiretos perpetradas por projetos com manejo negativo, gerando impactos aos recursos florestais, recursos hídricos e a fauna local.

Também é destacado por Simonian que há exemplos de populações tradicionais sendo responsáveis por processos nocivos ao meio ambiente, contrariando o seu padrão histórico, esta situação se agrava ainda mais com o envolvimento de funcionários estatais e de diversos segmentos da sociedade, que atuam sob a ausência de controle, fiscalização e punição.

Após a invasão europeia, Simonian destaca que a biodiversidade amazônica passou a ser explorada em outros níveis mais extensivos de degradação dos recursos naturais, com exploração intensa de madeira e da fauna, sob grande processo repressivo que utilizou indígenas e posteriormente negros. Apesar desse péssimo panorama, alguns indígenas aldeados mantiveram suas raízes tradicionais quanto a exploração da floresta.

O manejo negativo não foi exclusivo do período colonial, ele se manteve presente ao longo da história brasileira, como nos ciclos da borracha; cacau silvestre e cultivado; extrativismo pesqueiro e do açaí; e o comércio de peles, couros e carne. Outro período marcante na história da exploração amazônica, destacado por Simonian é da década de 1960, com os intitulados “grandes projetos” a partir

das políticas públicas chamadas de Planos Nacionais de Desenvolvimento, que foram essenciais para a construções de rodovias como a Transamazônica, Belém-Brasília e Cuiabá-Rio Branco, além de projetos como de hidroelétricas, projetos de extração mineral e madeireira, o resultado dessas políticas foi a multiplicação de crimes ambientais e sociais, e poucas garantias aos direitos das populações tradicionais e a conservação e preservação dos recursos naturais.

Simonian chama atenção para a realidade nada positiva da destruição da Amazônia quanto ao desmatamento, queimadas, perda da biodiversidade e até mudanças climáticas, e frente a esse contexto temos o Poder Executivo em ação, porém sem tanta eficácia para a garantia dos direitos ambientais garantidos na legislação nacional.

A autora destaca que podemos notar a intensa exploração dos recursos naturais através do padrão de consumo nas cidades e nos interiores dos estados, como no aumento do consumo de carvão, que tem muitas vezes como base a exploração irregular da madeira e de mão de obra infantil. Simonian aponta que devido a inoperância dos órgãos fiscalizadores ambientais responsáveis pela preservação da Amazônia, os abusos contra o meio ambiente podem ser vistos em toda a região, e muitas vezes as madeireiras que atuam ilegalmente na exploração dos recursos naturais contam com o trabalho de populações tradicionais.

Estas situações de exploração ilegal de madeireira e de caça e apreensão de animais silvestres se tornam mais complexas e graves, em um contexto socioambiental, quando ocorrem dentro de Unidades de Conservação (UC), Terras Indígenas (TI), Reservas Extrativistas, Terras Quilombolas e outras áreas.

Para além da exploração intensiva da floresta por grandes grupos do capital, Simonian também destaca o uso

agressivo do solo feito em pequena escala, através da técnica milenar do corte e queima, para o preparo do solo na produção agrícola, sendo este processo nocivo ao solo e muitas vezes se destrói a floresta para esta produção, ou seja, esta prática viola o Código Florestal que estipula a conservação de 80% da cobertura florestal das propriedades rurais.

Simonian destaca que, ao tempo do seu estudo, não existiam políticas públicas concretas e eficazes para reduzir os processos destrutivos identificados, com intuito de preservar a biodiversidade, pelo contrário, havia tendência de expansão dos mercados florestais, agrícolas e minerais. Porém, como alternativa a esta realidade destrutiva, a autora destaca o associativismo e o cooperativismo como alternativa de superação deste paradigma de “desenvolvimento regional” dominante, muito embora esta alternativa não tenha logrado tantos êxitos.

Diante deste contexto de exploração dos recursos naturais amazônicos, pensar em sustentabilidade na região se torna um ideal ainda distante, mesmo com a implementação de projetos que visam a sustentabilidade ambiental, econômica e social. Simonian informa que a luta dos povos tradicionais amazônidas para a conservação da floresta, da fauna e de outros recursos, que pode ser notada através de “projetos pilotos” ou de experiências isoladas, tais iniciativas têm apoio financeiro do Estado ou de capital internacional.

Mas, por outro lado, Simonian destaca que existe uma conjuntura regional que interfere na possibilidade de um desenvolvimento de base etnocultural, pressões políticas e religiosas, por exemplo, que contribuem para a separação entre as nações, grupos e indivíduos indígenas, ou seja, existe uma política para fomentar a desunião indígena.

A autora entende que apesar de existirem iniciativas que fomenta projetos que tentam implementar o desenvol-

vimento sustentável, existem várias contradições que fazem com que muitos deles não obtenham êxito. Para a autora, esse processo político de decisões de cima para baixo, somado a desinformação social quanto à educação, à gestão e à tecnologia são obstáculos a serem superados. Nesse sentido, a participação de qualidade da sociedade em toda a sua diversidade, o que inclui as populações tradicionais, é crucial para o desenvolvimento sustentável na região.

3. Aregião da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim

A Bacia Hidrográfica do rio Marapanim está localizada na mesorregião do nordeste paraense e possui uma área de 2.141.26 km². A bacia está inserida parcialmente em 12 municípios paraenses: Castanhal, Curuçá, Terra Alta, São Francisco, Igarapé- Açu, Maracanã, Magalhães Barata, Santa Izabel do Pará, Santo Antônio do Tauá, São Caetano, Vigia de Nazaré e Marapanim¹⁰.

A Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim é uma das áreas de ocupação mais antigas da Amazônia. O povoamento se iniciou da costa em direção ao interior. A partir da construção da Estrada de Ferro Bragança, que começou em 1883 e levou 25 anos para atingir Bragança, o povoamento passou então a ocupar a parte central e em direção à costa¹¹.

O fim da Estrada de Ferro de Bragança em 1965, a conexão rodoviária com Brasília em 1960, com São Luís no final da década de 1960, a vascularização de estradas estaduais e municipais, algumas como meros ramais com precárias condições de trafegabilidade, promoveram ocupação e a contínua subtração da cobertura florestal. Cabe destacar que

¹⁰ ANDRADE, Ádanna de Souza Andrade; RIBEIRO, Suezilde da Conceição Amaral; PEREIRA, Bruno Wendell de Freitas; BRANDÃO, Valter Vinícius Pereira. Fragmentação da vegetação da bacia hidrográfica do Rio Marapanim, nordeste do Pará. *Ciência Florestal*, Santa Maria, v. 30, n. 2, p. 406-420, abr./jun. 2020.

¹¹ PENTEADO, A. R. Problemas de colonização e de uso da terra na região Bragantina do Estado do Pará. Belém, PA: UFPA, 1967. 2 v. (Coleção Amazônica. Série José Veríssimo).

nos locais onde eram as paradas dos trens surgiram as vilas, que se tornariam posteriormente as cidades¹².

A demanda via terrestre de Belém a São Luís sempre atraiu o interesse dos colonizadores portugueses, subindo o Rio Guamá até Irituia e seguindo por trilhas, o que somente se concretizou no final da década de 1960, via transporte rodoviário. Nos anos 1960, deu-se início a construção da rodovia Belém-Brasília pela Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia (SPVEA) gerando o projeto de integração da Amazônia às outras regiões do país. Existiu um grande movimento migratório no período de realização da rodovia Belém-São Luís (BR-316) a qual estabeleceu conexões por terra para o Nordeste brasileiro na década de 1970. Tanto grandes projetos foram atraídos quanto agricultores de todos os tipos, desde camponeses até grandes fazendeiros, vindo a intensificar a produção agropecuária regional¹³.

A importância dessa região se traduziu como a “despensa de Belém”, por garantir o abastecimento na produção de alimentos e matérias-primas (lenha, carvão, material de construção, etc.), além de gerar excedente para exportação para os altos rios¹⁴.

Em 2017, dados disponibilizados pelo Projeto Monitoramento do Desmatamento da Floresta Amazônica Brasileira por Satélite (PRODES) do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), a área desflorestada da Bacia do Rio Marapanim é de 1.681,30 km², o que equivale a 80% da sua totalidade (BARROS *et al.*, 2019). Os municípios de Marapanim, Castanhal, São Francisco do Pará e Igarapé-Açu contribuem com 79% do total desmatado¹⁵.

12 VALVERDE, O.; DIAS, C. V. A rodovia Belém-Brasília. Rio de Janeiro: IBGE, 1967. 350 p. (IBGE. Biblioteca Geográfica Brasileira. Publicação, 22).

13 CLAUDINO, Livio Sergio Dias. Resenha: REBELLO, F. K.; HOMMA, A. K., 2019. (p. 144-148).

14 REBELLO, F. K.; HOMMA, A. K., 2017. 153 p.

15 HOMMA, Alfredo Kingo Oyama et al. 2021.

A Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim, mesmo constituindo um território artificialmente construído, apresenta como desafio, com a participação de atores locais, criar uma identificação própria, levando em consideração o dinamismo do mercado e a fragilidade das ações públicas. A Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim e seus afluentes sofreram, durante a história, transformações decorrentes da ocupação humana. É preciso restaurar e preservar a vegetação, os seus cursos d'água e suas 217 nascentes identificadas que foram fortemente afetadas¹⁶.

Para conter a devastação da natureza e preservar os recursos hídricos da região é necessário a conscientização da importância de se planejar e conduzir o uso da água de maneira a assegurar um gerenciamento numa visão agregada e sistêmica que busque a participação dos atores relacionais à questão hídrica. Dessa forma, essa gestão das águas possibilita equilibrar e determinar quanto as questões relativas à falta de água, podendo conciliar a demanda e oferta de água e direcionar seu uso apropriado numa determinada região. Assim, a gestão das águas é compreendida de forma abrangente, como sendo todas as atividades, inclusive o gerenciamento e que propicia o balanço entre oferta e demanda, permitindo um uso adequado desse recurso¹⁷.

4. Das normas federais e estaduais sobre recursos hídricos

A Política Nacional dos Recursos Hídricos (PNRH), Lei nº 9.433 de 1997, é a norma central para entendermos a GIRH, nela é assegurado à atual e as futuras gerações a dispo-

¹⁶ HOMMA, Alfredo Kingo Oyama et al. 2021.

¹⁷ GONÇALVES, Maria de Lourdes Almeida. Governança das águas na bacia hidrográfica do rio Pajeú, Pernambuco, Brasil: percepção dos atores e desempenho dos colegiados. Dissertação (Mestrado Profissional) – Universidade Federal de Pernambuco. CTG. Programa de Pós-Graduação em Gestão e Regulação de Recursos Hídricos em Rede Nacional, 2019.

nibilidade da água em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; a utilização racional e integrada dos recursos hídricos; a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos; e incentiva a promoção da captação, preservação e aproveitamento de águas pluviais.

A PNRH dispõe como diretrizes gerais de ação uma gestão sistemática dos recursos hídricos, com adequação da gestão com as diversidades locais (físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e outras), prevê a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional, além de outras diretrizes.

A participação popular é central na PNRH, principalmente através dos Comitês de Bacia Hidrográfica, os quais fazem parte do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Segundo a PNRH, estes comitês têm como área de atuação a totalidade de uma bacia hidrográfica, também podendo ser grupo de bacias ou sub-bacias hidrográficas contíguas, e sub-bacia hidrográfica de tributário do curso de água principal da bacia, ou de tributário desse tributário.

Além disso, a Plano Nacional de Recursos Hídricos estipula as competências dos Comitês de Bacia Hidrográfica, que podem atuar na promoção do debate sobre questões relacionadas aos recursos hídricos e articular a atuação de entidades interventoras; arbitrar conflitos relacionados aos recursos hídricos; podem aprovar o Plano de Recursos Hídricos da bacia onde estão localizados; podem acompanhar a execução destes planos e sugerir possíveis ajustes para os cumprimentos de suas metas; também estabelecer mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos e sugerir os valores a serem cobrados; e também podem estabelecer critérios e promover o rateio de custos das obras de uso múltiplo, de interesse comum ou coletivo; entre outras compe-

tências.

Com tantas competências, a GIRH se torna fundamental, destaca-se que a PNRH também dispõe em seu artigo 39 que quando os Comitês de Bacia Hidrográfica estiverem em regiões onde há territórios indígenas, os mesmos devem possuir integrantes da FUNAI e das comunidades indígenas para comporem o comitê, além destes, os comitês devem ser compostos por representantes dos municípios, dos usuários das águas, de entidades civis de recursos hídricos, da união e dos estados.

Portanto, a gestão dos recursos hídricos é vista de forma descentralizada, integrada e participativa, de maneira que todas as decisões que envolvam a gestão da água sejam tomada de forma colegiada, envolvendo os diversos usuários da água, com representantes do poder público e representantes das comunidades locais, e os Comitês de Bacia Hidrográfica são o espaço onde o que está disposto em lei deve se materializar.

No Pará temos como normas importantes para o estudo da GIRH a Política Estadual dos Recursos Hídricos e a Resolução CERH n° 16 de 2018. A Lei 6.381, de 25 de julho de 2001, trata sobre a Política do Pará sobre recursos hídricos de 2001 do Estado do Pará nela temos como princípios da gestão das águas que o mesmo ocorra de forma compatível com as exigências do desenvolvimento sustentável, e a gestão deve ser de forma descentralizada, mas contando com a participação do Poder Público, dos usuários dos recursos hídricos e das comunidades locais, também é considerado como princípio que a água é um bem de domínio público. A Política paraense de recursos hídricos também coloca nos Comitês de Bacia Hidrográfica um importante papel na gestão das águas, como o da aprovação dos Planos de Bacias Hidrográficas, instrumento primordial para a gestão dos recur-

sos hídricos.

Já a resolução nº 16 do Conselho Estadual de Recursos Hídricos (CERH) estabelece as diretrizes para a formação e o funcionamento dos Comitês de Bacias Hidrográficas no âmbito do Estado do Pará em 2018. Na referida norma é estabelecido que estes comitês são órgãos colegiados com atribuições normativas, deliberativas e consultivas a serem exercidos na bacia hidrográfica de sua jurisdição, sendo estas vinculadas ao CERH.

O Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim (CBHRM), objeto de estudo deste trabalho, foi instituído pelo Decreto nº 288, de 3 de setembro de 2019, sendo composto por representantes do Poder Público Federal e Estadual, dos municípios localizados ao longo desta Bacia, dos usuários da água, de entidades da sociedade civil organizada, e de representantes das comunidades de reservas extrativistas residentes ao longo da Bacia.

O CBHRM possui 15 competências estabelecidas pelo artigo 3º do referido Decreto de 2019, sendo destacados: promover o debate das questões relacionadas a recursos hídricos e articular a atuação das entidades intervenientes; arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos relacionados à água; aprovar o Plano de Recursos Hídricos da Bacia do Rio Marapanim; acompanhar a execução do Plano de Recursos Hídricos da Bacia, podendo sugerir providências para o seu cumprimento; estabelecer mecanismos de cobrança pelo uso de recursos hídricos; acompanhar o plano de proteção, conservação, recuperação e utilização dos recursos hídricos da Bacia Hidrográfica; avaliar o relatório da situação dos recursos hídricos da Bacia Hidrográfica; aprovar programas de capacitação, desenvolvimento tecnológico e educação ambiental focada em recursos hídricos para a respectiva Bacia Hidrográfica; entre outras competências.

Resta claro a importância do Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim, sendo este com importantes competências para a gestão das águas, com norma federal e estadual concebendo várias prerrogativas de atuação, como já dito, este trabalho tem como prerrogativa avaliar, na sessão seguinte, a percepção dos membros do CBHRM sobre a participação popular dentro deste espaço.

5. A participação popular no comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim¹⁸

Inicialmente, foi feita uma pesquisa na rede mundial de computadores sobre algum tipo de organização e contato em relação a gestão da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim, foi encontrada uma página no *facebook*, assim, foi contatado o presidente do Comitê, o qual inseriu os autores deste paper em um grupo de *Whatsapp* do CBHRM. Através dessa ferramenta, se pode ter acesso aos demais participantes, os quais foram convidados para entrevistas. Foram no total quatorze entrevistados.

Em relação ao perfil dos entrevistados, a maioria é do gênero masculino, com dez, enquanto do gênero feminino totalizou quatro entrevistadas. A média da idade dos participantes foi de quarenta e dois anos, sendo que três são pessoas idosas. Quanto a escolaridade sete dos entrevistados possuem pós-graduação, três graduação, um, graduação incompleta, um ensino médio completo e dois ensinos médios incompletos. Marapanim é a cidade onde residem quatro entrevistados, seguido de Belém, três, Terra Alta, duas, Curuçá, Magalhães Barata, Santa Isabel do Pará e São Francisco do Pará, um em cada município, sendo que, um entrevistado apontou outra cidade além da capital e das cidades que com-

¹⁸ A entrevistas foram realizadas de maneira on-line no período de 15 a 30 de junho de 2021 aos envolvidos na BHRM por meio do presidente do Comitê de Bacias do Rio Marapanim.

põe a Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim.

Quanto aos segmentos que os entrevistados fazem parte, tivemos os seguintes resultados, da Sociedade Civil Organizada 6 entrevistados (42,9%), seguido de 4 (28,6%) do Poder Público Municipal, e 2 (14,3%) do Poder Público Estadual, 1 (7,1%) do Poder Público Federal e 1 (7,1%) Usuário de água.

A maioria dos entrevistados participam do Comitê antes de sua criação formal, pelos dados coletados, a organização existe por volta de quinze anos, portanto, destaca-se a morosidade do Poder Público para reconhecer a necessidade de um comitê de bacia hidrográfica na região, o que corrobora com a ideia de Simonian¹⁹ ao entender que há poucas iniciativas da Administração Pública que incentivem o desenvolvimento sustentável, além da necessidade da atuação do cooperativismo e associativismo.

No tocante a principal função de um comitê de bacia hidrográfica, os entrevistados apontaram que a deliberação, debate, gerenciamento, organização, coordenação de conflitos e políticas públicas sobre a água de determinada bacia é o encargo principal do CBHRM. A preocupação com a preservação e educação ambiental foram citadas como formas de se atingir o objetivo do Comitê.

Quanto a opinião sobre o maior desafio enfrentado pelo Comitê, a relação Estado e sociedade foi indicada como um entrave. Por um lado, a falta de colaboração, reconhecimento e sensibilização dos Poderes Públicos municipais e estaduais, representado pela Secretaria Estadual do Meio Ambiente e Sustentabilidade, como a liberação de recursos financeiros, obstaculizam a devida “legalização” do Comitê; por outro lado, a falta de apoio, motivação, engajamento,

¹⁹ SIMONIAN, Ligia Terezinha Lopes. Tendências recentes quanto à sustentabilidade no uso dos recursos naturais pelas populações tradicionais amazônicas. In: População e meio ambiente na Pan-Amazônia. Belém: NAEA, 2007.

interação e consenso entre os próprios representantes e os representantes com o Estado, dificulta a construção de um plano que garanta a preservação ambiental e contemple os múltiplos interesses da sociedade.

Todos os entrevistados apontaram que a pandemia trouxe consequências negativas ao Comitê, portanto, a hipótese deste paper foi ratificada pelos entrevistados. A pandemia do Covid-19 foi identificada como a principal dificuldade para a realização de reuniões presenciais, o que distanciou os conselheiros ao ponto de não haver reuniões para tratar assuntos importantes. Sem essas reuniões, a gestão da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim fica prejudicada pois a participação dos integrantes foi diretamente afetada, restando inviável a atuação de todos os membros, o que prejudica o diálogo e deliberação em relação aos recursos hídricos da região e consequentemente o fim principal do Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim.

Cabe ressaltar que nem todos os membros do Comitê possuem recursos financeiros para ter acesso à internet e muitos tiveram que se adaptar a novas tecnológicas que não eram habituados. A cessação das reuniões tornou impraticável ações e execuções, que segundo os entrevistados, já deveriam ter acontecido. As reuniões presenciais são mais adequadas para construção coletiva, porém ainda é incerto quando a pandemia findará, assim, a tendência é que as reuniões ocorram de forma virtual, dessa forma, se corre o risco de decisões importantes tomadas no período de pandemia sejam de certo modo parciais.

Em relação a avaliação sobre a quantidade de representantes por cada segmento, 6 (42,9%) entrevistados se mostram satisfeitos, 4 (28,6%) são indiferentes, 3 (21,4%) insatisfeitos e 1 (7,1%) muito insatisfeito. Levando em consideração a opinião dos entrevistados, nota-se que indiferença está na

linha tênue da satisfação ou não em relação a quantidade de representantes.

Ainda sobre a representatividade, na avaliação sobre a presença proporcional dos segmentos da sociedade civil, usuários e poder público nas reuniões 5 (35,7%) entrevistados se mostraram indiferentes, 4 (28,6%) satisfeitos, 3 (21,4%) insatisfeitos, 1 (7,1%) muito insatisfeito e 1 (7,1%) muito satisfeito. A indiferença pode apontar falta de conhecimento geral em relação aos componentes, o não reconhecimento e identificação com os representantes do Comitê, e também a falta de engajamento relatada pelos próprios entrevistados. Com referência as formas de comunicação nas reuniões 9 (64,3%) entrevistados estão satisfeitos, seguido de 3 (21,4%) indiferentes, 1 (7,1%) insatisfeitos e 1 (7,1%) muito satisfeitos.

Quanto a compreensão do que foi dito em reunião 9 (64,3%) entrevistados estão satisfeitos, 3 (21,4%) são indiferentes, 1 (7,1%) muito satisfeito e 1 (7,1%) muito insatisfeito. Pode-se inferir que a comunicação, entre os integrantes do Comitê, nas reuniões ocorre de modo satisfatório, apesar existir insatisfação. Não se pode ignorar o contexto da pandemia, o qual muito prejudicou as reuniões presenciais e consequentemente a comunicação entre os membros. Importante destacar que 50% dos entrevistados possuem pós-graduação, o que influencia na compreensão da linguagem nas reuniões as quais envolvem assuntos específicos de organização com o poder público, termos técnicos etc. Há os indiferentes na mesma proporção (21,4%) quanto a forma de comunicação nas reuniões – a indiferença pode estar atrelada ao relato de falta de motivação, engajamento e interação dos membros.

No que se refere a avaliação da abertura, apoio, incentivo e respeito para emitir opinião durante as reuniões 6 (42,9%) entrevistados se mostram satisfeitos, 5 (35,7%) indife-

rentes, 2 (14,3%) muito satisfeito e 1 (7,1%) muito insatisfeito. Ainda sobre a percepção anterior, cabe destacar que do total de entrevistados duas se demonstraram satisfeitas e duas indiferentes.

No tocante aos desdobramentos, comunicações e desenvolvimento dos assuntos tratados em reunião 7 (50%) entrevistados estão satisfeitos, 4 (28,6%) indiferentes, 2 (14,3%) muito satisfeitos e 1 (7,1%) muito insatisfeito. Nota-se que a satisfação é o sentimento predominante em relação a essas variáveis. Porém, mais uma vez, é seguida da indiferença. A indiferença prejudica toda a lógica da gestão, haja vista que a falta de envolvimento nas reuniões e deliberações repercute nas futuras atividades e ações do Comitê.

Sobre a participação, todos os entrevistados destacaram a importância desta para a gestão da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim. A participação surge como uma forma de diálogo sobre diferentes formas de uso dos recursos hídricos pelos atores sociais de modo que possam contribuir para o gerenciamento do recurso hídrico e construção de um plano que garanta o desenvolvimento sustentável e o bem comum. É importante para se conhecer o interesse pessoal dos integrantes e os problemas das comunidades para que assim, possam ser solucionados. A participação é a forma dos segmentos obterem espaço e voz, contribuir com ideias, sugerir projetos, compartilhar informações, colaborar com as tomadas de decisão e soluções.

Ainda sobre a participação, foram elencados pelos entrevistados as principais dificuldades que precisam ser superadas para melhorar a participação na gestão da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim, quais sejam: integração e sensibilização dos novos gestores municipais; falta de acompanhamento das atividades e cronograma de ações para orientar os participantes; acesso à informação; utilização de

recursos tecnológicos para a retomada das atividades; acesso à internet a todo o colegiado; falta de recursos financeiros para aquisição de uma sede própria com infraestrutura; estruturação do Comitê; periodicidade das reuniões de maneira que estas possam abranger todo o assunto debatido; apoio, interesse e participação consciente e efetiva do Poder Público municipal e Estadual através da SEMAS e maior participação da sociedade civil.

A respeito das principais mudanças que a atuação do Comitê trouxe para a realidade dos que usufruem da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim, constatou-se que, apesar do fato do Comitê ser criado representar um ótimo avanço e com isso existir a possibilidade de construção de um plano para a gestão dos recursos hídricos e de discussão sobre o desenvolvimento local e sustentável, a maioria dos entrevistados ainda não vislumbram mudanças fáticas. Contudo, avistam maior integração entre o poder municipal e os integrantes do Comitê. Vale ressaltar que o CBHRM é o primeiro Comitê de Bacia Hidrográfica no Estado do Pará, sua criação formal é recente e sua atuação foi diretamente prejudicada pela pandemia e por isso as mudanças ainda não são nítidas. Porém, os entrevistados se mostram esperançados no que ainda está por vir.

Por fim, como espécie de diário de campo, podemos constatar da participação no grupo de *Whatsapp* do CBHRM, que este é um espaço de troca de informações referentes ao comitê, como comunicações sobre as futuras reuniões, compartilhamento do que foi debatido e decidido nas reuniões, assim como é repassado os avanços que o CBHRM conquistou, como a aprovação recente do Regimento Interno do comitê, além de ser um espaço interativo onde os membros postam fotos da região da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim e das reuniões.

6. Conclusão

O debate sobre desenvolvimento sustentável na Amazônia ainda é recente, Simonian destaca que, ao tempo do seu estudo, não existiam políticas públicas concretas e eficazes neste sentido, sendo uma alternativa necessária para a superação deste processo o associativismo e o corporativismo.

Neste contexto de busca pelo desenvolvimento sustentável, quando debatemos a gestão dos recursos hídricos temos a PNRH como norma fundamental, que possui como diretriz a gestão descentralizada, com importante papel das comunidades locais através dos Comitês de Bacia Hidrográficas, com fins de adequar a gestão ambiental com as diversidades locais. Além disso, a PNRH também estipula as competências dos Comitês de Bacia Hidrográfica, que podem atuar, como exemplo, na promoção do debate sobre questões relacionadas aos recursos hídricos e na aprovação de um Plano de Recursos Hídricos da bacia onde estão localizados. Em âmbito estadual temos a Política Estadual de Recursos Hídricos que também confere grande importância à descentralização da gestão dos recursos hídricos e da participação popular.

O Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim, criado pelo Decreto Estadual nº 288 de 2019, é um importante instrumento da descentralização da gestão dos recursos hídricos, apesar de ser novo, este Comitê possui uma história antiga de organização social, sendo um marco para a busca do desenvolvimento sustentável da região.

Todo os participantes do CBHRM que foram entrevistados concordam que a pandemia da Covid-19 afetou a participação popular do comitê bem como o avanço da atuação do mesmo. Apesar disso, podemos concluir que o CBHRM

cumpra satisfatoriamente o seu papel em dar meios para a efetivação da participação popular na gestão dos recursos hídricos, conforme notado pela percepção dos entrevistados em várias características e formas de participação no comitê.

Também podemos concluir que, apesar da pandemia, o CBHRM vem cumprido com o estabelecido na Política Nacional de Recursos Hídricos e na Política Estadual de Recursos Hídricos do Pará, através da implementação do seu Regimento Interno e da promoção de reuniões e debates sobre a gestão participativa da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim, apesar disso, ainda há um longo caminho para a efetivação de outras competências do comitê que também visam o desenvolvimento sustentável da região.

7. Referências

ANDRADE, Ádanna de Souza Andrade; RIBEIRO, Suezilde da Conceição Amaral; PEREIRA, Bruno Wendell de Freitas; BRANDÃO, Valter Vinícius Pereira. Fragmentação da vegetação da bacia hidrográfica do Rio Marapanim, nordeste do Pará. *Ciência Florestal*, Santa Maria, v. 30, n. 2, p. 406-420, abr./jun. 2020.

BARROS, L. P.; COELHO, A.; BARROS, M. N.; FENZL, N.; CANTO, O.; VIEIRA, I. C. G.; ADAMI, M.; GOMES, A. R. Usos da terra e conservação da biodiversidade na bacia hidrográfica do Rio Marapanim, Pará. *Revista Brasileira de Geografia Física*, v. 12, n. 3, p. 929-943, 2019.

BRASIL. Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 jan. 1997, Seção 1, pág. 470.

CLAUDINO, Livio Sergio Dias. Resenha: REBELLO, F. K.; HOMMA, A. K. O. História da colonização do nordeste paraense: Uma reflexão para o futuro da Amazônia. Belém: Edufra, 2017. MARGENS - Revista Interdisciplinar. Dossiê: Desenvolvimento Territorial no Brasil. Vol. 13; n. 20. Jun 2019. (p. 144-148).

CRUZ, E. A história do Pará. Belém, PA: Universidade Federal do Pará, 1973.

GONÇALVES, Maria de Lourdes Almeida. Governança das águas na bacia hidrográfica do rio Pajeú, Pernambuco, Brasil: percepção dos atores e desempenho dos colegiados. Dissertação (Mestrado Profissional) – Universidade Federal de Pernambuco. CTG. Programa de Pós-Graduação em Gestão e Regulação de Recursos Hídricos em Rede Nacional, 2019.

HOMMA, Alfredo Kingo Oyama et al. Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim: desafios ambientais e perspectivas agrícolas – Belém, PA: Embrapa Amazônia Oriental, 2021.

NASCIMENTO, C.; HOMMA, A. K. O. Amazônia: meio ambiente e tecnologia agrícola. Belém, PA: EMBRAPA-CPATU, 1984. 282 p. (EMBRAPA-CPATU. Documentos, 276).

PARÁ. Decreto n° 288, de 3 de setembro de 2019. Institui o Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Marapanim (CBHRM), e dá outras providências. Diário Oficial do Estado do Pará, n° 33.971, de 04 de setembro de 2019.

PARÁ. Resolução CERH n° 16, de 23 de novembro de 2018. Estabelece diretrizes para a formação e funcionamento dos Comitês de Bacias Hidrográficas, no âmbito do Estado do Pará. Diário Oficial do Estado do Pará, n° 33.747, de 27 de nov. 2018.

PARÁ. Lei n° 6.381, de 25 de julho de 2001. Dispõe sobre a Política Estadual de Recursos Hídricos, institui o Sistema de Gerencialmente de Recursos Hídricos e dá outras providências. Diário Oficial do Estado do Pará, n° 29.507, de 27 de jul. 2001.

PENTEADO, A. R. Problemas de colonização e de uso da terra na região Bragantina do Estado do Pará. Belém, PA: UFPA, 1967. 2 v. (Coleção Amazônica. Série José Veríssimo).

REBELLO, F. K.; HOMMA, A. K. O. História da colonização do Nordeste Paraense: uma reflexão para o futuro da Amazônia. Belém, PA: EDUFRA, 2017. 153 p.

SIMONIAN, Lígia Terezinha Lopes. Tendências recentes quanto à sustentabilidade no uso dos recursos naturais pelas populações tradicionais amazônicas. In: População e meio ambiente na Pan-Amazônia. Belém: NAEA, 2007.

TRINDADE, Larissa de Lima. Gestão integrada de recursos hídricos: papel, potencialidades e limitações dos Comitês de Bacias Hidrográficas. Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas. Florianópolis: UFSC, 2016.

VALVERDE, O.; DIAS, C. V. A rodovia Belém-Brasília. Rio de Janeiro: IBGE, 1967. 350 p. (IBGE. Biblioteca Geográfica Brasileira. Publicação, 22).

A REDUZIDA PROGRAMAÇÃO NORMATIVA DAS LEIS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL E A SUA INTERPRETAÇÃO METODICAMENTE POUCO ORGANIZADA

THE LOW LEVEL OF REGULATORY PROGRAMMING OF THE ENVIRONMENTAL PROTECTION RULES IN BRAZIL AND ITS METHODICALLY UNORGANIZED INTERPRETATION

Andreas J. Krell¹

O artigo versa sobre um problema pouco discutido no Direito Ambiental brasileiro: o baixo nível de programação normativa da legislação. Uma análise dos textos legais demonstra que, em áreas como o licenciamento, as leis formais contêm poucas regras que já tomam decisões claras sobre os conflitos de interesses colidentes, prevalecendo normas que abrem largos espaços discricionários para a interpretação/aplicação dos órgãos administrativos e judiciais. Baseado num levantamento documental, bibliográfico e jurisprudencial, será mostrado que a falta de um padrão mínimo de raciocínio hermenêutico na doutrina e na jurisprudência causa uma baixa previsibilidade das decisões, cujo conteúdo depende em grande parte das convicções individuais do agente público que julga o caso. A ponderação de princípios não segue uma linha racional de argumentação, prejudicando a segurança jurídica. No lugar de uma complexa “hermenêutica ambiental”, seria mais útil e viável a revalorização dos elementos clássicos da interpretação do Direito, combinados com as técnicas modernas da hermenêutica constitucional. **Palavras-chave:** Programação normativa; leis ambientais; métodos de interpretação jurídica; hermenêutica jurídico-ambiental.

This paper deals with a little discussed problem of Brazilian environmental law: the low level of regulatory programming. The analyze of legal texts proves that in areas like licensing, formal laws contain few rules that already take clear decisions on the conflicts of colliding interests. Instead, most rules are opening large spaces for discretionary decision for the interpretation/application of the administrative and judicial organs. Based on a bibliographical and jurisprudential survey, it will be shown that the lack of a minimum standard of hermeneutical reasoning in the legal doctrine and jurisprudence causes a low

¹ Doutor em Direito pela Freie Universität Berlin (Alemanha). Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Alagoas (FDA/UFAL), Maceió. Coordenador do Mestrado em Direito Público da FDA/UFAL. Colaborador permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE), Recife. Pesquisador bolsista do CNPq (PQ - nível 1A). E-mail: akrell@uol.com.br.

predictability of the decisions whose content depends largely on the individual convictions of the public officer who is judging the case. The weighting of principles often does not follow a rational line of argumentation, undermining legal certainty. In place of a complex “environmental hermeneutics”, it would be more useful and feasible to valorize the classic elements of law interpretation, combined with modern techniques of constitutional hermeneutics. **Keywords:** Regulatory programming; environmental laws; methods of legal interpretation; environmental law hermeneutics.

1. Introdução

Antônio Herman Benjamin, integrante do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão de 2007 afirmou que o juiz brasileiro “não cria obrigações de proteção do meio ambiente” porque estas “jorram da lei”. Por isso, seriam supérfluos “juízes ativistas” nessa área, já que o ativismo emanaria diretamente das leis e do texto constitucional. Para o Ministro, o Judiciário brasileiro “não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas”; conclui que, “se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei”, mas “por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador” (STJ - REsp n. 650728-SC).

Sem dúvida, a legislação ambiental do Brasil, hoje, é relativamente bem formada e pode ser considerada “moderna”, mas pouco efetiva, servindo como exemplos o desmatamento, a poluição hídrica ou a má gestão dos resíduos domésticos em várias regiões do país, que acontecem em arrepio às leis em vigor. Há diferentes fatores de natureza política, socioeconômica e cultural que explicam este “déficit de execução”, entre eles a falta de capacidade técnica dos órgãos ambientais, a corrupção dos agentes públicos envolvidos, a influência dos atores econômicos sobre os políticos e administradores, a tradicional confusão entre interesses públicos e privados, entre outros.

No entanto, ousamos discordar em parte das alegações

elogiosas do Ministro Benjamin sobre a estruturação da legislação ambiental brasileira que, em muitos pontos, é mal formulada, fato que contribui para a sua interpretação equivocada. Entendemos que existe uma programação legal deficiente de uma boa parte das decisões dos órgãos públicos na área da proteção ambiental, a qual, por sua vez, leva a uma reflexão dogmática insuficiente sobre a coexistência e as ligações entre a subsunção de regras e a ponderação de princípios. Além disso, há pouca clareza sobre a relação entre os elementos jurídicos e políticos que norteiam o processo hermenêutico na área dos interesses difusos, mormente do direito ao meio ambiente sadio.

Em direção oposta às palavras acima citadas, Roberto Mangabeira Unger, professor de Direito da Universidade de Harvard (EUA) e ex-ministro-chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (no Governo Dilma Rousseff), em julho de 2015, afirmou que o verdadeiro problema do Direito Ambiental brasileiro não seriam as suas demasiadas exigências, mas o fato de ele consistir em “um pseudo-Direito, quase inteiramente processual”, na base do princípio de prevenção, que só poderia funcionar “quando transformado num conjunto de regras”. Em vez destas, haveria “uma delegação de poderes discricionários quase ilimitados a um elenco de pequenos potentados administrativos”. A aplicação dos princípios abstratos sem a estipulação das “regras do jogo” concretas levaria à “pura subjetividade” dos operadores do Direito, formulando um “convite para substituir o ordenamento jurídico por um conflito aberto entre as ideologias e os interesses”.²

Ainda que não se concorde integralmente com essa avaliação dura do Direito Ambiental nacional, deve-se reconhecer que a crítica do ex-ministro não cai no vazio, mas

2 UNGER, Roberto Mangabeira. Crítica ao pensamento jurídico brasileiro. Entrevista com Felipe Seligman. Jota, 13.7.2015. Disponível em: <https://jota.info/especiais/critica-ao-pensamento-juridico-brasileiro-segundo-mangabeira-unger-13072015>. Acesso em: 15.3.2017.

se refere a defeitos e problemas (pouco comentados) deste ramo jurídico que realmente existem, como será exposto em seguida.

Na base de num levantamento documental (projetos de lei), bibliográfico (doutrina nacional e estrangeira) e jurisprudencial (decisões dos tribunais superiores sobre questões metódicas de interpretação do Direito), será mostrado que a falta de um padrão mínimo de raciocínio hermenêutico na doutrina e na jurisprudência do Brasil tem causado uma reduzida previsibilidade das decisões na área da proteção ambiental, cujo conteúdo depende em grande parte das convicções individuais do agente público que julga o caso.

2. O modelo europeu de Estado Ambiental: transferível para o Brasil?

De início, é questionável se o modelo europeu do Estado Ambiental é transferível para o Brasil. Lá, os riscos da energia nuclear, pesquisa genética e das mudanças climáticas deixaram surgir dúvidas sobre o funcionamento do instrumentário democrático-representativo do Estado de Direito. Ficou evidente que as estruturas institucionais tradicionais devem ser aperfeiçoadas para aumentar a aceitação das decisões por parte da população. Ao mesmo tempo, o estabelecimento de um Estado Constitucional Ecológico pressupõe a criação de instituições adequadas ao seu funcionamento; caso contrário, ele terá caráter apenas simbólico.

Nos países industrializados, hoje, o grande desafio do constitucionalismo não está mais concentrado na questão social, senão na proteção preventiva dos cidadãos contra os efeitos negativos do progresso técnico, isto é, na prevenção de riscos.³ Já no Brasil, o termo do Estado Ambiental ainda não possui uma conotação muito expressiva, uma vez que o

³ GRIMM, Dieter. Ursprung und Wandel der Verfassung. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (eds.). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Bd. 1. Heidelberg: C. F. Müller, 2003, p. 28s.

Estado não elevou a questão ambiental como o novo parâmetro de suas decisões. É evidente que ainda não houve uma “mudança de paradigma” neste sentido. Em razão de vários motivos socioculturais, a legitimação do poder estatal depende ainda muito pouco do fato de se ela cumpre efetivamente a tarefa constitucionalmente consagrada da proteção ambiental.⁴

Na Europa, o caminho do Estado Constitucional moderno partiu do Estado Liberal de Direito, passou pelo Estado Social e está chegando ao Estado Ambiental.⁵ Nos países da América Latina, não há a experiência política e institucional de um Estado social razoavelmente efetivo, o que dificulta a formação do Estado Ambiental. Neste contexto, também é questionável a própria pretensão de liderança do Estado brasileiro na área da proteção ambiental, visto que os órgãos administrativos, muitas vezes, ainda agem fora da legalidade, especialmente na aprovação de projetos politicamente importantes, como obras de infraestrutura (barragens, portos, rodovias etc.).

Muitas das normas ambientais em vigor servem como *álibi*, com o fim de gerar uma satisfação imediata da população; outros são expressão de um compromisso político, adiantando a decisão sobre interesses colidentes; ou estão sob o signo de um “déficit de execução” pré-programado, isto é, o próprio legislador prevê e aceita que a norma não pode ser efetivamente aplicada.⁶

Além disso, assistimos cada vez mais a alterações legais que rebaixam o nível de proteção anteriormente alcançado, como no caso do Código Florestal de 2012, da Emenda Constitucional (EC) que legaliza a prática da vaquejada (con-

4 CALLIESS, Christian. *Rechtsstaat und Umweltstaat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 30s., 68, 99.

5 APPEL, Ivo. *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 54s., 123ss.

6 NEWIG, Jens. *Symbolische Umweltgesetzgebung*. Berlin: Duncker&Humblot, 2003, p. 49ss.; NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 32ss.

tra a decisão do STF), da EC que pretende alterar a função do EIA-RIMA para empreendimentos propostos pelo Poder Público ou do projeto de lei federal que trata do licenciamento ambiental (contendo uma lista abrangente de atividades isentas).

Acima de tudo, é questionável até que ponto a tradição burocrática e a cultura política do Brasil permitiriam uma orientação vinculante dos órgãos públicos à proteção preventiva e precaução contra riscos ecológicos, já que estas iniciativas normalmente já chegam a seus limites no âmbito da (tradicional) prevenção de perigos. Ainda não houve uma “ecologização” das agendas políticas locais, regionais e nacional, fato que se deve também à tradicional dispersão das competências verticais (federativas) e horizontais (setoriais). Ademais, parecem estar longe da realidade das grandes cidades brasileiras as novas formas de participação popular na tomada das decisões ecologicamente sensíveis inerentes ao Estado Ambiental (“democracia sustentável”, “governança ambiental”).

A distância mais ou menos acentuada entre norma constitucional (art. 225) e realidade social possibilita que aquela se torne parâmetro das ações políticas e a sua avaliação posterior. Neste sentido, o texto constitucional possui importante força simbólica capaz de surtir efeitos em favor de valores ecológicos, os quais, a longo prazo, influenciam o sentimento jurídico da sociedade.⁷ As constituições normativa e empírica estão em posição de efeito mútuo: a pretensão apenas pode ser cumprida se e até o ponto em que se realizam determinados fatores extrajurídicos. Assim, para parafrasear Hesse, parece que no Brasil muitos tomadores de decisão – políticos, funcionários públicos e representantes da sociedade civil – não possuem uma suficiente “vontade de Constituição Ecológica”.

⁷ ROTHENBURG, Walter C. A Constituição ecológica. In: KISHI, Sandra et al (orgs.). Desafios do Direito Ambiental no século XXI. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 820s.

Ao mesmo tempo, as precárias condições sociais deixam surgir a pergunta se a doutrina jusambiental brasileira não faria melhor concentrando-se na necessidade de normas mais rígidas de proteção e de uma participação mais intensa da sociedade, em vez de tratar de um “novo paradigma ecológico”.⁸ (Além disso, o contexto socioeconômico recomenda a adoção do modelo do Estado Socioambiental, cujo maior desafio está na geração de convergência entre as agências social e ambiental para um projeto juspolítico unificado para o desenvolvimento humano sustentável.⁹

3. A baixa programação normativa como característica da legislação ambiental brasileira

Em geral, as leis ambientais brasileiras realizam poucas valorações claras, formuladas em regras dotadas de conceitos bem definidos, deixando o preenchimento ponderativo dos interesses concorrentes – do interesse público geral e dos interesses difusos específicos – aos cuidados dos órgãos administrativos (monocráticos ou colegiados) e, mais ainda, aos tribunais. Como exemplos sirvam as leis federais sobre Recursos Hídricos (n. 9.433/97), Biossegurança (n. 11.105/05), Experimentos com Animais (11.794/08), Biodiversidade (13.123/15), a Resolução (do Conselho Nacional do Meio Ambiente) sobre o Estudo de Impacto Ambiental (001/86) e as leis sobre licenciamento ambiental de vários Estados brasileiros.

A falta de previsões legais mais concretas para a solução de conflitos de interesse em constelações de casos repetitivos faz com que os interesses públicos e difusos, dentro dos es-

8 BOSELTMANN, Klaus. Der ökologische Rechtsstaat: Versuch einer Standortbestimmung. In: BAUMEISTER, H. (org.). Wege zum Ökologischen Rechtsstaat. Tausnstein: E. Blottner, 1994, p. 53ss., 69s.

9 SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?). In: SARLET, I. (org.). Estado socioambiental e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 16s., 28ss.; AYALA, Patryck. Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179ss.

paços discricionários dos órgãos administrativos, dificilmente consigam produzir força normativa. Em outras palavras, o Direito positivo dificilmente contribui para a determinação do conteúdo destes interesses.¹⁰

Normalmente, uma ordem jurídica declara certos interesses como dignos de proteção e preferência em relação a outros, tomando decisões sobre conflitos típicos. Onde isso não ocorre, resta pouco claro o que o Direito tem a opor aos diversos interesses que permeiam a sociedade. Nesta situação, o Direito “perde muito de sua rigidez dogmática e controlabilidade conceitual”, porquanto “uma decisão jurídica não pode ser reduzida a uma mera ponderação de interesses”.¹¹ Todavia, é exatamente essa a tendência da tomada de decisão em muitas áreas do Direito Ambiental brasileiro.

Pouco se discute até agora a fraca “programação normativa” das leis ambientais brasileiras. Os parlamentos deveriam normatizar melhor as dimensões de risco, a complexidade e os efeitos futuros de decisões sobre o uso de tecnologias, que podem influenciar a vida das gerações futuras. O princípio da “reserva da lei”, embora reconhecido pelo constitucionalismo brasileiro como corolário do Estado de Direito, está sendo violado por inúmeras normas que transferem a regulamentação de assuntos essenciais para o respeito dos direitos fundamentais ao Executivo ou até para entidades não governamentais, sem fixar condições e limites nítidos.¹²

Esta falta de programação diminui a previsibilidade das decisões. A necessária interpretação/aplicação, isto é, o enquadramento dos fatos em relação às prescrições normativas, dificilmente se refere aos respectivos termos (mais ou

10 HÄBERLE, Peter. Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Berlin: BWV, 2006, p. 328ss.

11 LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995, p. 391ss.

12 BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 150.

menos determinados) no lado da hipótese ou do mandamento dos próprios dispositivos legais parlamentares. Entretanto, a avaliação de perigos e riscos na área ambiental bem como a fixação de valores de referência e padrões para o gerenciamento adequado dos recursos naturais representam também uma questão política e não devem ser tratados como assunto meramente técnico-burocrático.¹³

Especialmente na área politicamente sensível do licenciamento de projetos e atividades potencialmente degradadoras ao meio ambiente, o legislador brasileiro não costuma reduzir os espaços de decisão sobre questões importantes mediante a introdução dos respectivos conceitos jurídicos no texto das leis. No lugar da prescrição das condições concretas para concessão de licenças, formulação de condições ou da revogação daquelas, encontram-se nas leis, preponderantemente, regras sobre competências, procedimentos administrativos e algumas proibições expressas.

Para ilustrar a baixa programação normativa serve bem o Projeto de Lei (PL) n. 3.729, de 2004,¹⁴ que dispõe sobre o licenciamento ambiental e a elaboração do EIA-RIMA. Sem entrar aqui na discussão sobre o seu conteúdo (por ex., a polêmica previsão do “processo simplificado” de licenciamento), vale frisar que apenas o art. 10 do PL estabelece critérios materiais (bastante vagos) para concessão da licença ambiental, rezando que

o licenciador deve exigir que o empreendedor adote medidas capazes de assegurar que as matérias-primas e outros insumos, os processos de produção e os bens produzidos tenham padrão de qualidade e procedimentos técnicos que eliminem ou reduzam os efeitos prejudiciais sobre o meio ambiente.

13 STEINBERG, Rudolf. Der ökologische Verfassungsstaat. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1998, p. 191ss.

14 O PL 3.729/04 foi proposto pelo Dep. Luciano Zica (PT-SP); seu terceiro substitutivo, que cria a Lei Geral de Licenciamento Ambiental, está tramitando na Câmara dos Deputados com regime de urgência e sujeito à apreciação pelo Plenário. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>>. Acesso em: 8.12.2019.

Chama atenção que o legislador não tentou concretizar melhor os itens mencionados no *caput* da norma, que condicionam a concessão da licença, de forma vinculante (“o licenciador *deve* exigir”), restando pouco claro como devem ser definidos, no caso concreto, o “padrão de qualidade” e os “procedimentos técnicos” capazes de eliminar ou reduzir a degradação do meio ambiente. De novo, a responsabilidade da definição destes critérios está sendo deslocado para conselhos, órgãos administrativos e entidades técnicas de diversas áreas profissionais, sem que o texto legal determinasse expressamente uma delegação normativa neste sentido.

Já a versão do Projeto de Lei n. 3.729 adotado pela Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS) da Câmara dos Deputados, em 14.10.2015,¹⁵ prevê, no seu art. 14, que a autoridade licenciadora, após emissão de parecer técnico fundamentado que demonstre a necessidade da medida, pode exigir do empreendedor:

- I – manutenção de técnico ou equipe especializada responsável pelo empreendimento como um todo ou apenas por um setor ou área de atuação específicos, de forma a garantir sua adequação ambiental;
- II – realização de auditoria ambiental independente, de natureza específica ou periódica, na forma indicada pela autoridade licenciadora após estudo técnico ou consulta às populações eventualmente afetadas, garantida ampla divulgação de seus resultados;
- III – análise de risco ambiental e elaboração de plano de contingência do empreendimento como um todo ou, se for o caso, de setor ou área de atuação específicos;
- IV – elaboração de relatório de incidentes durante a instalação e operação do empreendimento, incluindo eventos que possam acarretar acidentes significativos;
- V – elaboração de balanço de emissões de gases de efeito estufa, considerando a implantação e a operação do empreendimento, bem como de medidas minimizadoras e compensatórias dessas emissões;
- VI – comprovação da capacidade econômico-financeira do empreendedor para arcar com os custos decorrentes da obrigação de recuperar ou reabilitar áreas

¹⁵ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1400905&filename=SBT-A+1+CMADS+%3D%3E+PL+3729/2004>. Acesso em: 8.12.2019.

degradadas e de reparar danos pessoais e materiais eventualmente causados pelo empreendimento à população e ao patrimônio público; e
VII – contratação de seguro de responsabilidade civil por dano ambiental, nos termos de resolução do órgão consultivo e deliberativo do Sisnama.

Ainda que o detalhamento das condições materiais aqui seja menos vago do que na versão inicial do Projeto, a decisão sobre a exigibilidade das medidas junto ao empreendedor possui uma tendência bem mais discricionária,¹⁶ já que a lei coloca a sua exigência na dependência das considerações do próprio órgão administrativo sobre sua conveniência e oportunidade no caso concreto (“o licenciador *pode* exigir”). Assim, mais uma vez, a programação normativa do dispositivo acaba sendo diluída, ainda que ela seja bem mais acentuada do que na versão original.

Além disso, seria necessária uma consolidação e adequação das normas sobre o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e seu Relatório (RIMA) numa Lei federal de Licenciamento Ambiental, que deveria estabelecer uma programação normativa mais firme em relação aos critérios de avaliação pelos órgãos administrativos. Uma análise do Projeto de Lei n. 3.729/04 demonstra que os dispositivos que tratam do EIA-RIMA não introduzem conceitos legais a partir dos quais dever-se-ia dar a aprovação (ou rejeição) dos pedidos de licenciamento, mas definem apenas o conteúdo mínimo obrigatório desses estudos técnicos e dos respectivos relatórios, com poucas alterações em relação às normas vigentes (Resoluções n. 001, de 1986, e n. 237, de 1997, do CONAMA).¹⁷

16 Evita-se empregar o termo “natureza” discricionária, visto que entendemos a diferença entre atos administrativos “vinculados” e “discricionários” ser apenas quantitativa, não qualitativa; cf. KRELL, Andreas. Discricionarietà administrativa e concetti giuridici indeterminati. Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19ss.

17 A (já citada) versão do PL 3.729/04 adotada pela CMADS, da Câmara, em 2015, ainda prevê obrigações em relação à disponibilização de informações sobre o processo de licenciamento ao público (mediante publicação dos documentos na Internet) e referente a audiências e consultas públicas. Sobre o tema vide SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos ambientais procedimentais: acesso à informação, à participação pública na tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, v. 23, n. 2, Fortaleza, p. 417ss., maio-ago. 2018.

Também não é hábito no Brasil que os textos legais sobre licenciamento ambiental – sejam eles de nível municipal, estadual ou federal – imponham deveres concretos aos proponentes dos projetos ou deles exijam certas qualificações técnicas. Além disso, as leis não estabelecem padrões materiais a uma ponderação proporcional e razoável dos aspectos mais importantes das respectivas situações de conflito e tampouco fazem referência ao “estado geral da técnica” ou às “melhores técnicas disponíveis”, como acontece, por exemplo, em várias leis de países-membros da União Europeia.

Com isso, não se defende aqui uma “sobreprogramação” perfeccionista das decisões administrativas no tocante aos parlamentos, a qual seria ilusória perante a necessidade de uma proteção flexível dos recursos ambientais a cargo dos órgãos públicos. Todavia, a insegurança geral a respeito dos riscos ecológicos não deve levar a uma negação de regulamentação material dos conflitos por parte dos representantes eleitos da população. Antes de delegar “questões materiais abertas” a procedimentos decisórios específicos dos órgãos especializados, os textos legais parlamentares devem estabelecer uma estrutura básica de programação normativa.

O conceito “Estado Ambiental procedural” deve ser visto com desconfiança num ambiente social em que há pouco exercício dos direitos de cidadania e onde há uma sociedade civil heterogênea e corporativista. A fórmula do “bem comum mediante procedimento” (Häberle) ainda não encontra lastro numa sociedade em que é precária a comunicação entre os representantes do poder estatal, os grupos de interesses econômicos, as associações em defesa do ambiente e os cidadãos interessados, que poderia proporcionar legitimidade aos resultados destes procedimentos. Assim, são esparsos em várias regiões do Brasil os atores engajados e capazes de fazer valer adequadamente os aspectos de defesa do ambiente nos processos administrativos (Ex.: EIA/RIMA).

Seja lembrado também que órgãos públicos somente podem “negociar” com os atores particulares numa forma produtiva para o bem comum caso eles ocupem uma posição institucional fortificada e privilegiada. Sem poder lançar mão de meios de pressão legais, eles facilmente ficarão em uma situação de inferioridade, na qual os empreendedores entenderão qualquer concessão como expressão de fraqueza e “convite ao bloqueio”.¹⁸

O déficit de regulamentação legal também impede a formação de uma dogmática mais densa de Direito Ambiental, fato que acaba por obrigar os aplicadores do Direito a discutir novamente muitas questões jurídicas na redação de suas decisões, visto que lhes faltam fórmulas dogmáticas de fundamentação geralmente aceitas. Boa parte dos problemas de interpretação das normas ambientais ainda não foi analisada suficientemente e esclarecida teoricamente; ademais, inúmeros atos administrativos e sentenças judiciais contêm linhas de argumentação bastante superficiais e pouco convincentes. Por essas razões elas não se prestam para servir em casos futuros como precedentes que pudessem ordenar a matéria.

Assim, fica ao alvedrio de cada funcionário quais textos normativos, precedentes esporádicos ou posições doutrinárias devem ser escolhidos para formar a base argumentativa de sua decisão, fato que reduz em muito a sua previsibilidade e ao mesmo tempo aumenta as chances da corrupção, já que é possível defender quase qualquer decisão sobre o caso concreto. Por isso, faz pouco sentido mostrar, hoje em dia, desdém em relação aos juristas e operadores jurídicos “dogmáticos”, pretensamente alienados da realidade social. Antes, o verdadeiro problema reside no fato de que no cenário jusambiental – como acontece também em outras áreas do Direito brasileiro – prevalece uma dogmática

18 APPEL, Ivo. Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 505.

pouco madura, superficial e preponderantemente retórica, que ainda não corresponde às exigências de um Estado democrático de Direito.¹⁹

A responsabilidade por este dilema, porém, não pode ser atribuída à dogmática em si, uma vez que é resultado de fatores diversos, como o ensino jurídico tradicionalmente formalista, da dependência da doutrina em relação às profissões jurídicas práticas ou da falta de discussões acadêmicas objetivas e críticas.

4. O caráter político das decisões judiciais sobre o meio ambiente e a interpretação dos princípios jurídicos

Numa paradigmática decisão de 1995, o Supremo Tribunal Federal (STF) enfatizou que perante o

permanente estado de tensão entre o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225), de outro, torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe valores constitucionais relevantes, dependerá da ponderação concreta, em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo, para efeito da obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável (...). (ADI-MC n. 3540-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello)

Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu, em 2011,²⁰ que “tem o meio ambiente tutela jurídica respaldada por princípios específicos que lhe asseguram especial proteção” e que “os instrumentos de tutela ambiental – extrajudicial e judicial – são orientados por seus princípios basilares”: os da solidariedade intergeracional, da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, da informa-

¹⁹ ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 142.

²⁰ REsp 1.115.555 MG, Rel. Min. Arnaldo E. Lima.

ção, da participação comunitária, dentre outros, tendo eles “aplicação em todas as ordens de trabalho (prevenção, reparação e ressarcimento)”. Essas decisões, contudo, até agora não levaram a uma mudança de direção das instâncias inferiores no sentido de uma orientação maior aos aspectos da proteção ambiental.

No Brasil, até os dias de hoje, a aplicação dos princípios jurídicos por parte dos operadores do Direito dificilmente ocorre de forma metodicamente satisfatória. A constitucionalização da ordem jurídica levou à situação de que são poucas as áreas do Direito em que não se fala de princípios, ponderação e filtragem constitucional das leis ordinárias. Para Sarmento, esta valoração dos princípios, contudo, levou a uma verdadeira “anarquia metodológica”:²¹ a referência – argumentativamente desordenada e metodicamente pouco fundamentada – a numerosos princípios numa cultura jurídica instável e exageradamente flexível contribuiu para enfraquecer ainda mais o apelo fraco a uma aplicação firme e coerente das leis.

No âmbito da metódica jurídica, a interpretação adequada dos princípios constitucionais tem sido o tema tratado com mais intensidade nos últimos anos. Perante a sua onipresença (ou “ubiquidade”) na argumentação jurídica, apontam-se cada vez mais aos perigos que acompanham o emprego exagerado e pouco refletido de princípios na interpretação jurídica. A referência explícita aos princípios muitas vezes serve para velar o uso de argumentos pouco convincentes e para ocultar um acentuado voluntarismo na formação da decisão. O melhor exemplo para tal dilema é o princípio da dignidade da pessoa humana, que costuma ser referido pela jurisprudência e doutrina a fim de fundamentar resultados diametralmente opostos. Especificamente na área da proteção ambiental observou-se uma aplicação pouco coordenada e previsível do princípio da prevenção/

precaução por parte dos tribunais.²²

No meio deste ambiente hermenêutico confuso, muitos dos intérpretes/aplicadores do Direito não vislumbram que a concretização de princípios mediante ponderação – no sentido da teoria de Robert Alexy – deve seguir um procedimento formal e ser enquadrada numa estrutura racional de fundamentação, a qual deve ser combinada com os métodos jurídicos tradicionais. Este trabalho hermenêutico disciplinado, porém, é realizado por poucos aplicadores do Direito; por isso, autores como Streck²³ criticam que a recorrência a princípios e a sua interpretação teria se tornado um convite a um subjetivismo desenfreado e a uma discricionariedade não controlada.

Sundfeld²⁴ afirma que os integrantes das profissões jurídicas sabem bem que a disposição dos juízes de recorrer a princípios para construir e fundamentar a sua decisão depende menos de questões ligadas à racionalidade e mais do papel político que eles estão dispostos a assumir no caso concreto. Observa o autor que nas discussões em juízo sobre o grau normativo a ser atribuído a um conceito legal pouco determinado e como este deve ser aplicado, normalmente não faz muito sentido argumentar com base em teorias jurídicas sofisticadas e complexas. Isto porque os juízes estariam orientados, acima de tudo, pela prática e pensariam primeiro em como podem fundamentar as suas decisões de forma mais simples, bem como em quais serão as consequências imediatas do veredicto.

No campo dinâmico, mutável e altamente conflituoso dos direitos e interesses difusos, facilmente há decisões que são a expressão de opções *políticas* dos respectivos intérpre-

22 ANTUNES. Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 39ss.

23 STRECK, Lenio. Hermenêutica jurídica e(m) crise. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 144ss.

24 SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: MACEDO JÚNOR, R.; BARBIERI, C. (orgs.). Direito e interpretação: racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 297.

tes/aplicadores.²⁵ Ainda que seja útil manter certa distinção entre argumentos jurídicos e políticos, que estão baseados em diferentes critérios de justificação racional e legitimação, pouco ajuda a delimitação radical entre Direito e Política como dois sistemas “operacionalmente fechados”, dotados de diferentes funções, codificações e programas.²⁶

Em vez disso, parece ser mais adequado compreender neste contexto a diferença entre “político” e “jurídico” de forma gradual-quantitativa e não qualitativa: enquanto nas decisões *políticas* o Direito positivo somente cria a moldura dentro da qual as posições devem ser justificadas com argumentos, a base das decisões *jurídicas* jaz, de maneira mais imediata, nas previsões normativas do Direito positivo. Estas costumam ter lastro em regras e visam mais à tradição do que à inovação, enquanto as decisões políticas têm por base normas principiológicas e consideram as consequências sociais da decisão.²⁷

Caso típico de decisões políticas no Direito Ambiental brasileiro são aquelas tomadas pelos presidentes dos tribunais em sede de ação civil pública para suspender medidas liminares concedidas por juízes da primeira instância em favor da proteção ambiental, podendo a referida suspensão ser determinada “para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública” (art. 12 § 1 da Lei 7.347/85). Com essas decisões uma boa parte dos casos da área ambiental é prejudicada já em fase preliminar, normalmente em favor de empresários influentes ou os próprios entes públicos, no caso de obras de infraestrutura.

A ponderação entre os interesses difusos e os interesses públicos, bens e valores sociais diretamente com eles coli-

25 DAWALIBI, Marcelo. Ação civil pública, escolhas políticas e litigiosidade. In: MILARÉ, Édis (org.). Ação civil pública após 25 anos. São Paulo: RT, 2010, p. 395s.

26 LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995, p. 417ss.

27 EBERL, Matthias. Verfassung und Richterspruch. Berlin: DeGruyter, 2006, p. 444, 455s.

dentos, costuma ser superficial. Essas suspensões monocraticamente ordenadas, na grande maioria dos casos, antecipam os resultados das ações, sem que tenha havido uma análise mais aprofundada da situação jurídica material por parte dos membros das câmaras dos tribunais. No entanto, o preenchimento (subsuntivo e ponderativo) dos conceitos jurídicos indeterminados ligados ao interesse público (ordem pública, moral pública, saúde pública, bem da coletividade) pelos tribunais deveria orientar-se mais pelas avaliações normativas já efetuadas por outros órgãos públicos, o que não significa que eles teriam necessariamente de segui-las.

Para evitar um decisionismo político-subjetivo, também se faz necessário um nível mais alto de fundamentação racional, norteada pelos métodos jurídicos de interpretação e pelas formas de argumentação geralmente aceitas. Em geral, as decisões na área ambiental giram em torno do sopesamento de diferentes princípios, os quais devem atribuir homogeneidade ao Direito Ambiental, justamente porque os textos normativos procedem de maneira pouco sistemática e oferecem aos órgãos administrativos poucos conceitos jurídicos a ser preenchidos.

5. A estagnação da discussão sobre o uso de métodos na interpretação jurídica

Um dos principais motivos dos problemas na aplicação correta do Direito Ambiental pelos órgãos administrativos e tribunais é a sua orientação deficiente por parte da doutrina jurídica do país. Atualmente, há pouquíssimos autores que problematizam e discutem de forma produtiva o tema do emprego atualizado e adequado dos métodos jurídicos e das matrizes práticas de argumentação na interpretação/aplicação do Direito.

Em vez disso, muitos têm considerado a metódica tradicional de duvidosa ou até inútil, o que certamente foi uma

reação à época de ditadura, que até hoje é associada ao positivismo, ao dogmatismo e à subsunção dedutiva mediante métodos tradicionais, bem como à desvalorização dos aspectos filosóficos, sociológicos, políticos, históricos e antropológicos do trabalho jurídico e da ciência do Direito em geral.

Com a promulgação da Carta de 1988, a interpretação de seus numerosos dispositivos principiológicos chegou ao centro de atenção da doutrina, que recusou o uso dos métodos clássicos no âmbito da interpretação constitucional, o que prejudicou, inclusive, a discussão sobre os limites e as possibilidades da proporcionalidade.²⁸ Muitos autores, até hoje, não aceitam que a interpretação jurídica não intente descobrir a solução “verdadeira” ou “a única possível” para tal problema, mas apenas busque uma solução defensável para justificá-la intersubjetivamente.

Neste contexto, é justamente tarefa da ciência do Direito revelar os motivos por que o trabalho hermenêutico do operador jurídico pode ser aceito em certos casos e em outros, não. A decisão jurídica definitivamente não é um ato preponderantemente político ou irracional, e tampouco um puro ato de vontade do juiz, mas uma dimensão que naturalmente pertence ao Direito e é acessível a uma racionalização metódica.²⁹

Testemunho da relação de indiferença entre a teoria jurídica e a prática é o fato de que as escolas e linhas teóricas mais seguidas na doutrina brasileira seguem teorias que assumem a posição do observador em vez do participante do processo de aplicação. Assim, muitos operadores do Direito se sentem abandonados no seu trabalho diário e migram para o decisionismo, isto é, eles não fundamentam as suas

28 SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, V. A. da (org.). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116ss.

29 SOUZA NETO, Cláudio P. de. A interpretação constitucional contemporânea entre o construtivismo e o pragmatismo. In: MAIA A. et al (orgs.). Perspectivas atuais da Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 475s.

decisões de maneira adequada e compreensível.

No Brasil, ainda não existe, no âmbito da interpretação/aplicação do Direito, algo que mereça o nome “hermenêutica jurídica contemporânea”,³⁰ ou um certo “padrão hermenêutico básico”, de que dispõem outros países. Em vez disso, prevalece, especialmente no âmbito do Direito Público, algo que pode ser chamado de “conglomerado de meta-teorias transcendentais”.³¹

Alguns defendem uma profunda reorientação da interpretação jurídica no sentido da hermenêutica filosófico-ontológica de Gadamer e Heidegger. Outros desconfiam, inspirados pelo positivismo kelseniano, do método teleológico como pretenso esconderijo da opinião pessoal do intérprete jurídico ou rechaçam a referência a valores e sua ponderação, o que se tornou comum na prática do Direito brasileiro.

Também há influência de teorias jurídicas pós-modernas de cunho radical-relativista, que declaram simplesmente imprevisíveis os efeitos que textos de todo tipo provocam nos seus leitores, até mesmo nos aplicadores de normas jurídicas, o que leva ao absurdo todo empreendimento da interpretação jurídica. Todavia, não basta restringir-se nesta discussão à fórmula (quase cínica) “qualquer coisa vai” (*anything goes*); antes, é preciso efetuar uma análise objetiva dos fatores subjetivos que determinam a interpretação, para afastar deste ato cotidiano a imagem de imprevisibilidade e contingência.³²

Pelos motivos expostos, a doutrina do Direito Ambiental brasileiro ainda não tem promovido uma abstração suficiente dos inúmeros conflitos e das respectivas decisões

30 IVR. Abstract Book - XXV World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (Law, Science, Technology - Goethe-Universität Frankfurt). 2011, p. 158.

31 JAHN, Matthias. Pluralität der Rechtsdiskurse – Sektoralisierung der Methodenlehre. In: JESTAEDT, M.; LEPSIUS, O. (orgs.). Rechtswissenschaftstheorie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 183.

32 ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 145, 151.

judiciais, o que se mostra imprescindível à solução dos problemas interpretativos onipresentes. Em muitos pontos desta área jurídica ainda falta uma dogmática construtiva que tente “pôr em conexão sistemática e coerente as decisões politicamente tomadas do legislador e as sentenças dos tribunais referentes a casos concretos”.³³

Este vácuo dogmático aumenta as dificuldades dos órgãos administrativos e tribunais para aplicar os conceitos vagos e pouco determinados do Direito Ambiental (risco, significativo impacto ambiental, poluição, degradação, interesse ecológico prevacente, estética da paisagem etc.) aos respectivos casos de maneira racional e previsível, transformando-os em decisões concretas.

6. Fundamentação racional, compreensão e método jurídico: possibilidades de uma hermenêutica jurídico-ambiental

No âmbito do raciocínio jurídico, o método e o resultado estão entrelaçados numa forma muito mais complexa do que a lógica tradicional está disposta a admitir; há muitos indícios no sentido de uma dependência mútua dos dois elementos no processo hermenêutico. O “cânone” clássico de métodos representa uma “sequência dos degraus da maneira jurídica de pensar”,³⁴ fixando uma medida relativamente segura, que torna possível introduzir reflexões de natureza tópica, associativa e consequencialista no processo interpretativo e avaliá-los.

Semelhantemente às regras de argumentação, os métodos jurídicos possibilitam um controle analítico mais intenso, embora não abrangente. Ainda que eles não desincumbam o aplicador do Direito de efetuar uma valoração

³³ MASTRONARDI, Philippe. *Juristische Methode und Rechtstheorie als Reflexionen des Rechtsverständnisses*, 2010. Disponível em: www.alexandria.unisg.ch/export/DL/53445.pdf. Acesso em: 10.7.2018.

³⁴ RAISCH, Peter. *Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanones für die praktische Rechtsanwendung*. Heidelberg: C. F. Müller, 1988, p. 73ss.

pessoal das condições normativas e das possíveis consequências de sua decisão, os métodos fixam pontos de referência e linhas de orientação para a sua interpretação e marcam os limites para a avaliação do resultado por outros.

Neste sentido, os métodos são meios que possibilitam uma fundamentação intersubjetivamente controlável de determinada pré-compreensão. O porquê de uma decisão em favor ou contra uma interpretação mediante analogia, integração de lacunas legais, elementos normativos gramaticais ou teleológicas, apelação a valores ou recorrência a certas construções dogmáticas ou *topoi*, não encontra respostas nos próprios critérios interpretativos, mas também não pode ser separado de sua aplicação.

Este “pré-juízo” – individual, social, cultural e profissionalmente condicionado – em relação a um caso deve ser especificado através de conhecimentos jurídicos, da doutrina e do raciocínio metódico.³⁵ Além disso, ele deveria ser, permanentemente, posto em dúvida, repensado e corrigido pelo próprio intérprete. Não cabe analisar aqui até que ponto este tipo de autocontrole crítico efetivamente acontece na prática.

No âmbito da interpretação/aplicação jurídica, pouco convence fazer uma distinção rígida entre uma “fase hermenêutica” (primária) da compreensão e uma “fase analítica” (secundária) de fundamentação.³⁶ Estes momentos da interpretação compreensiva e da argumentação explicativa da hermenêutica jurídica estão numa relação dinâmica (ou dialética) de reciprocidade, que avança no ritmo de “tentativa e erro” (*trial and error*) e permite correções pontuais a qualquer momento.³⁷

35 MASTRONARDI, Philippe. *Juristisches Denken: eine Einführung*. Bern: Haupt, 2001, p. 174, 182.

36 STRECK, Lenio. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 73ss.

37 RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação: o discurso e o excesso de significação*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 85ss.

Dentro deste “conjunto de especificações e concretizações sucessivas”, devem ser compatibilizados os seus elementos lógico-analíticos e hermenêutico-valorativas, os quais não representam dimensões contraditórias, mas mediadoras. Nesse caminho à compreensão, a “hipótese normativa” inicial – isto é: a primeira aproximação do intérprete ao caso a ser decidido, a qual costuma ser pouco transparente e inspirada pela intuição – é confirmada ou negada e, caso necessário, corrigida; neste processo mental, há momentos inseparáveis de justificação explicativa e de compreensão. Certamente esta fase compreensiva antecede a explicação metódica, acompanhando e finalizando-a; a própria explicação, contudo, torna-se necessária para desencadear e desenvolver o processo compreensivo.³⁸

Para realizar as metas de um Estado Socioambiental no Brasil foi sugerido desenvolver uma específica “hermenêutica jurídico-ambiental”, orientada pelos princípios da precaução, sustentabilidade, responsabilidade, solidariedade, proporcionalidade e participação, que teria de dominar, necessariamente, a pré-compreensão dos intérpretes/aplicadores do Direito Ambiental.³⁹ Nesta senda, uma “decisão hermenêuticamente adequada” teria de emanar em cada caso diretamente da ecologização da Constituição, cujos princípios serviriam menos para fundamentar as decisões na área ambiental, e mais para determinar a compreensão antecipada do problema jurídico concreto.⁴⁰

Ainda que os citados princípios certamente sejam importantes pontos de referência para a produção de decisões adequadas, é questionável em que medida a pré-compreensão de um intérprete de normas se deixa influenciar por

38 Zaccaria, Giuseppe. Razón jurídica e interpretación. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2004, p. 185ss., p. 283ss.

39 BELCHIOR, Germana P. Hermenêutica jurídica ambiental. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 197ss.

40 SANTANNA, Gustavo; HUPFER, Haide. Da impossibilidade do poder discricionário do intérprete para os hard cases no Direito Ambiental. Revista de Direito Ambiental, n. 64, São Paulo, p. 136ss., out./dez. 2011.

princípios constitucionais ou outras normas legais. Independentemente de seu grau de densidade, mandamentos normativos devem ser concretizados ao lado da justificação argumentativa de uma decisão. Já a pré-compreensão hermenêutica, que é cunhada pela específica “forma de vida” ou “visão do mundo” do intérprete/aplicador do Direito, é influenciada por princípios apenas indiretamente, uma vez que esta pré-compreensão (com seus “pré-juízos”) não é formada mediante reflexão, mas dada pela experiência linguística geral.⁴¹

Quem declara a pré-compreensão como o fator decisivo da interpretação legal faz bem em concentrar-se nos seus aspectos jurídicos, ainda que estes sejam influenciados também por conceitos filosóficos ou ideológicos. A especificidade jurídica está justamente na obrigação de tomar uma decisão correta e de fundamentá-la de maneira convincente. Além dos textos normativos, os fatores que formam a pré-compreensão jurídica são o conhecimento de figuras dogmáticas e opiniões doutrinárias, da jurisprudência e de outras circunstâncias objetivas referentes aos problemas a serem resolvidos, além das atitudes e pontos de vista profissionais (advogado, procurador, promotor, juiz, professor etc.).

Por isso, dificilmente haverá uma influência positiva na pré-compreensão dos intérpretes/aplicadores do Direito Ambiental brasileiro até que a dogmática e a teoria dos métodos do país disponibilizem meios adequados a justificar os elementos especificamente jurídicos destes pré-juízos e os delimite de forma diferenciada, com o fim de “integrá-los ao processo de concretização como fator estruturado, controlável e discutível”.⁴²

41 MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do Direito. São Paulo: RT, 2008, p. 63ss.

42 MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. Juristische Methodik – Bd. I. Berlin: Duncker&Humblot, 2002, p. 221ss.

7. Considerações Finais

Até hoje, uma parte dos doutrinadores do Direito Ambiental brasileiro considera os “direitos ecológicos” algo autoevidente e garantido por sua própria vigência, sem que haja a necessidade de indagar acerca da sua interpretação/aplicação e eficácia, ou de procurar por melhores explicações teóricas ou dogmáticas. Entretanto, o Direito Ambiental é uma disciplina que, para não cair no discurso vazio, deve sempre perguntar pelos efetivos resultados da aplicação dos dispositivos das leis ambientais ordinárias e da Constituição.⁴³

A hermenêutica jurídica faria bem se voltasse a abordar e problematizar a metódica tradicional, trabalhando melhor as novas conexões entre o cânone metódico clássico e as diversas formas de argumentação na fundamentação das decisões. Também mereceria mais atenção a problemática do emprego de formas ponderativas de raciocínio e argumentação na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados inseridos nos textos legais.⁴⁴

As decisões dos órgãos administrativos e dos tribunais na área ambiental devem ser tomadas de forma metodicamente limpa; somente assim as normas legais protetivas poderão ser aplicadas de maneira razoavelmente previsível e compreensível. A sua intensa orientação a interesses, princípios, ponderação e discricionariedade não trouxe, até o momento, grandes vantagens ao Direito Ambiental brasileiro, uma vez que ainda não houve uma definição dogmática suficiente dos seus conceitos e instrumentos.

Até hoje, as esparsas decisões dos órgãos estatais em favor do meio ambiente – mormente no que concerne a

43 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. Direito Constitucional Ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65ss.

44 STÜCK, Hege. Subsumtion und Abwägung. Archiv für Rechtstheorie und Sozialphilosophie (ARSP), n. 84, Stuttgart, p. 405ss., 1998.

projetos e atividades potencialmente poluidoras de maior envergadura – são motivadas sobretudo pela atitude subjetivo-pessoal do respectivo intérprete/aplicador e, por isso, são frequentemente anuladas ou suspensas nas instâncias superiores.

Este quadro confuso da interpretação das leis protetivas ao meio ambiente insere-se num cenário da comunicação obstruída entre a prática jurídica e a doutrina, especialmente nas áreas da teoria do Direito e dos seus métodos. Aqui será preciso acontecer uma “virada pragmática” a fim de guiar o Direito Ambiental para fora do beco sem saída no qual ele adentrou nos últimos anos.

8. Referências

- ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ANTUNES. Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- APPEL, Ivo. Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.
- AYALA, Patryck de A. Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BELCHIOR, Germana P. Hermenêutica jurídica ambiental. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. Direito Constitucional Ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 57-130.
- BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOSELMANN, Klaus. Der ökologische Rechtsstaat: Versuch einer Standortbestimmung. In: BAUMEISTER, H. (org.). Wege zum Ökologischen Rechtsstaat. Taunusstein: E. Blottner, 1994.
- CALLIESS, Christian. Rechtsstaat und Umweltstaat. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- DAWALIBI, Marcelo. Ação civil pública, escolhas políticas e litigiosidade. In: MILARÉ, Edis (org.). Ação civil pública após 25 anos. São Paulo: RT, 2010, pp. 591-604.
- EBERL, Matthias. Verfassung und Richterspruch. Berlin: DeGruyter, 2006.
- GRIMM, Dieter. Ursprung und Wandel der Verfassung. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (eds.). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Bd. 1. Heidelberg: C. F. Müller, 2003.
- HÄBERLE, Peter. Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Berlin: BWV,

2006.

IVR. Abstract Book - XXV World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (Law, Science, Tecnology - Goethe-Universität Frankfurt). 2011.

JAHN, Matthias. Pluralität der Rechtsdiskurse – Sektoralisierung der Methodenlehre. In: JESTAEDT, M.; LEPSIUS, O. (orgs.). Rechtswissenschaftstheorie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados ¶ Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LUHMANN, Niklas. Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995.

MASTRONARDI, Philippe. Juristische Methode und Rechtstheorie als Reflexionen des Rechtsverständnisses, 2010. Disponível em: www.alexandria.unisg.ch/export/DL/53445.pdf. Acesso em: 10.7.2018.

MASTRONARDI, Philippe. Juristisches Denken: eine Einführung. Bern: Haupt (UTB), 2001.

MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do Direito. Trad.: P. Naumann e E. A. de Souza. São Paulo: RT, 2008.

MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. Juristische Methodik – Bd. I. Berlin: Duncker&Humblot, 2002.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NEWIG, Jens. Symbolische Umweltgesetzgebung. Berlin: Duncker&Humblot, 2003.

RAISCH, Peter. Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanones für die praktische Rechtsanwendung. Heidelberg: C. F. Müller, 1988.

RICOEUR, Paul. Teoria da interpretação: o discurso e o excesso de significação. Trad.: A. Morão. Lisboa: Edições 70, 2000.

ROTHENBURG, Walter C. A Constituição ecológica. In: KISHI, Sandra et al (orgs.). Desafios do Direito Ambiental no século XXI. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 813-831.

SANTANNA, Gustavo; HUPFER, Haide. Da impossibilidade do poder discricionário do intérprete para os hard cases no Direito Ambiental. Revista de Direito Ambiental, n. 64, São Paulo, pp. 117-141, out./dez. 2011.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?). In: SARLET, I. (org.). Estado socioambiental e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos ambientais procedimentais: acesso à informação, à participação pública na tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, v. 23, n. 2, Itajaí/SC, pp. 417-465, maio-ago. 2018.

SARMENTO, Daniel. Livres e iguais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, V. A. da (org.). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 115-143.

SOUZA NETO, Cláudio P. De. A interpretação constitucional contemporânea

entre o construtivismo e o pragmatismo. In: MAIA A. et al (orgs.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 475-497.

STEINBERG, Rudolf. *Der ökologische Verfassungsstaat*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1998.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STÜCK, Hege. *Subsumtion und Abwägung*. *Archiv für ür Rechtstheorie und Sozialphilosophie (ARSP)*, n. 84, Stuttgart, pp. 405ss., 1998.

SUNDFELD, Carlos A. *Princípio é preguiça?* In: MACEDO JÚNOR, R.; BARBIERI, C. (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 287-305.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Crítica ao pensamento jurídico brasileiro*. Entrevista com Felipe Seligman. *Jota*, 13.7.2015. Disponível em: <https://jota.info/especiais/critica-ao-pensamento-juridico-brasileiro-segundo-mangabeira-unger-13072015>. Acesso em: 15.3.2017.

Zaccaria, Giuseppe. *Razón jurídica e interpretación*. Comp.: Ana Messuti. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2004.