

II CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL ANALÍTICOS

JUS SCRIPTUMS
INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW

a. 18 • v. 7 • dossiê • 2023

- 07 **Antonio Chaves**
Limitações do modelo de legitimidade democrática na era da globalização econômica e a interdependência dos Estados
- 27 **Caio César Ovelheiro Menna Barreto**
A invocação da responsabilidade internacional por violações a obrigações erga omnes e erga omnes partes perante a Corte Internacional de Justiça
- 60 **Fábio da Silva Santos e Gabriel Carvalho e Passos**
Os precedentes judiciais e a pandemia do Covid-19: os impactos nos direitos fundamentais nas tomadas de decisão do poder público brasileiro
- 107 **Letícia Fernandes de Oliveira**
Duplo benefício da litigância climática no Brasil: um potencial instrumento para garantia de direitos fundamentais?

JUS SCRIPTUM'S
**INTERNATIONAL
JOURNAL OF LAW**
REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO

**200 ANOS DA INDEPENDÊNCIA DO BRASIL
E DA PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA**
Analíticos do II Congresso Internacional de Direito Constitucional

Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

2023
a. 18 v. 7 d. 2
EDIÇÃO ESPECIAL

Jus Scriptum's International Journal of Law

Revista Internacional de Direito do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Ano 17 • Volume 7 • Edição Especial • 2023

Analíticos do II Congresso Internacional de Direito Constitucional

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Equipe Editorial

Diretor da Revista – Editor-In-Chief

Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB

Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum

Jordano Paiva, Diretor Científico do NELB

Alysson Bezerra Miranda, Diretor Científico do NELB

Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Caio Guimarães Fernandes

Camila Franco Henriques

Leonardo Castro de Bone

Maria Amélia Renó Casanova

Maria Vitória Galvan Momo

Paulo Gustavo Rodrigues

Samara Machado Sucar

Suelen Augusta da Cunha

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

André Saddy, Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (BRA)

Eduardo Vera-Cruz Pinto, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

Edvaldo Brito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (BRA)

Fernanda Martins, Universidade do Vale do Itajaí (BRA)

Francisco Rezek, Francisco Rezek Sociedade de Advogados (BRA)

Janaina Matida, Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado (CHI)

Lilian Márcia Balmant Emerique, Faculdade Nacional de Direito - UFRJ (BRA)
Luciana Costa da Fonseca, Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA (BRA)
Maria Cristina Carmignani, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (BRA)
Maria João Estorninho, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Rosado Pereira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Vaz Freire, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Pedro Romano Martinez, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Rute Saraiva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Sergio Torres Teixeira, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (BRA)
Susana Antas Videira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Caroline Lima Ferraz
César Fiuza
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 Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre
Sílvia Gabriel Teixeira
Thais Cirne
Vânia dos Santos Simões

Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da Universidade de Lisboa

Gestão 2022-2023

Assembleia Geral

Leandra Souza, Presidente
Joice Bernardo, Primeira-Secretária
Mylla Purcinelli, Segunda-Secretária

Direção Geral

Diretoria Executiva

André Brito, Presidente
Joice Bernardo, Secretária Executiva
Patrícia Almeida, Tesoureira

Secretarias Especiais da Presidência:

Caio Brilhante, Secretário Especial do Meio Ambiente (SEMA)
Camila Henriques, Secretária Especial de administração de Conflitos e Apoio à Diversidade (SEACAD)

Assessores da Secretaria Executiva:

Ana Paula Afonso

Diretoria Científica

Alysson Bezerra, Diretor
Jordano Paiva, Diretor
Carlos Ferreira, Adjunto
João Villaça, Adjunto
Adriana Andrade, Assessora
Camille Widerkehr, Assessora
Carolina Cruz, Assessora
Maiara Vione, Assessora
Cláudio Cardona, Diretor da Revista Jus Scriptum
Thiago Santos Rocha, Observador Externo do Conselho Editorial

Diretoria de Eventos

Maria Eduarda Pinheiro (interina desde 05 de julho de 2022)

Júlia Valentim, Assessora

Diretoria de Comunicação

Andressa Mota, Diretora

Letícia Bittencourt, Diretora

Anna Cruz, Assessora

Élder Neves, Assessor

Diretoria de Apoio Pedagógico

Ana Alcântara, Diretora

João Gabriel Prado, Diretor

Eric Cardozo, Adjunto

Júlia Ronconi Costa, Adjunta

Marina Miranda, Assessora

Colaboradores da Direção Geral

Samara Sucar

Conselho Fiscal

Jeferson Nicolau, Presidente

Mylla Purcinelli, Secretária

Clarisse Marsicano, Vogal

Conselho de Presidentes

Cláudio Cardona, Presidente

Leandra Souza

Elizabeth Lima

LIMITAÇÕES DO MODELO DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E A INTERDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS*

Limitations of The Model of Democratic Legitimacy in the Age of Economic Globalization and the Interdependence of States

Antonio Chaves**

Resumo: A legitimidade democrática em um contexto de políticas globais enfrenta problemas diversos daqueles internos, sobretudo na perspectiva do fenômeno da globalização econômica. A legitimidade se apresenta muitas vezes superada em razão da participação dos Estados nas organizações e fóruns mundiais, desconsiderando a real participação na tomada de decisões das políticas globais. O fato de as economias estarem cada vez mais interconectadas, aparece como fator de desequilíbrio em negociações e mostra até que ponto os Estados são dependentes uns dos outros. Desta forma, a interdependência dos Estados pode macular o processo de legitimação das políticas globais. Enquanto os Estados, bem como a sociedade global, não melhorar o processo de criação de políticas globais, a legitimidade continuará ausente.

Palavras-chaves: Legitimidade democrática; políticas globais; interdependência dos Estados.

Abstract: Democratic legitimacy in a context of global policies confront different problems from internal ones, especially from the perspective of the phenomenon of economic globalization. Legitimacy is often surpassed due to the participation of States in world organizations and forums, disregarding the real participation in global policy decision-making. The fact that economies are increasingly interconnected appears as a factor of imbalance in negotiations and shows the extent to which States are dependent on each other. In this way, the interdependence of States can tarnish the process of legitimizing global

* O presente artigo é resultado da minha participação no II Congresso Internacional de Direito Constitucional promovido pelo Núcleo de Estudos Luso-Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em junho de 2022.

** Doutorando em Direito pela Universidade de Cádiz (sob baixa temporal), mestre em direito pela Universidade de Lisboa com período de pesquisas na Universidade Pablo de Olavide, especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Advogado e Consultor. E-mail: antonio.sousachaves@alum.uca.es.

policies. As long as States, as well as global society, do not improve the process of creating global policies, legitimacy will remain absent.

Keywords: Democratic legitimacy; global policies; interdependence of States.

Sumário: 1. Introdução; 2. Legitimidade Democrática; 2.1. Legitimidade; 2.2. Legitimidade democrática no contexto internacional; 2.3. Legitimidade formal e substancial ou material; 3. Globalização; 3.1. Política e soberania; 3.2. Órgãos internacionais e modelos de sociedades; 4. A Interdependência dos Estados; 4.1. Economia de mercado e sistema de cadeias de suprimentos e produção; 4.2. A economia de interesses; 4.3. Ausência de critérios legítimos na condução das políticas globais; 5. Considerações Finais; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Em um mundo globalizado discorrer sobre democracia é tão árduo quanto estabelecer até que ponto a globalização chegou a todos os povos. Quando falamos em globalização somos induzidos a pensar, primeiramente, em desenvolvimento tecnológico e capitalismo, sem olvidar que o fenômeno da globalização é um processo complexo e que na maioria das vezes não é homogêneo em todas as sociedades. Ademais, é coerente com o status de progresso em mundo globalizado a correlação com a presença efetiva de um regime democrático.

Este pequeno manuscrito não tem a finalidade, e nem seria possível, discorrer exaustivamente sobre globalização e democracia¹, mas sim contextualizar esses fenômenos dentro de um conjunto de fatores possíveis para demonstrar a

¹ Para este trabalho, entendemos o conceito de democracia além daquele tradicional (“*democracia como uma forma de Governo assente no consentimento popular, permitindo aos cidadãos participar nas decisões políticas ou eleger representantes nos órgãos governamentais*”, In.: FERNANDO DE SOUSA, *A democracia, face política da globalização?*, Revista Brasileira de Política Internacional, Vol. 49, n.º 1, 2006, p. 8), pois uma verdadeira democracia vai além de permitir a participação do cidadão no processo de representação, dando-lhe instrumentos necessários para alcançar os desejos e anseios de todos, ou seja, além da vontade geral, a vontade individual é considerada.

interdependência dos Estados. E como esse processo de dependência afeta o estabelecimento de políticas globais.

Ao não serem totalmente livres para estabelecerem suas políticas internas, os Estados acabam por replicarem normas e legislações internacionais que na maioria das vezes não atendem seus objetivos enquanto nação. Dentro deste contexto, se questiona até que ponto as democracias correspondem exatamente aos primados de livre escolha, soberania e mais que tudo, aos interesses do seu povo na adoção de políticas globais.

A legitimidade pode ser vista sob várias características, sobretudo, quanto ao processo de legitimação. Neste trabalho, estudaremos a ausência de legitimidade não por ausência de participação ou de representatividade no processo de tomada de decisão, mas sim, na própria criação das políticas globais em um estágio anterior, que é o estabelecimento de bases e princípios que àquelas são estabelecidas. E neste aspecto, talvez seja similar com o imperativo categórico kantiano, pois a legitimidade de qualquer política global deve ser sua própria estrutura, seus princípios e objetivos.

Acredita-se que essa visão poderia superar alguns déficits de legitimidade democrática no estabelecimento de políticas globais. Lógico, considerando o contexto econômico e o nível de poder político dos Estados envolvidos, pois falar em política global é falar em poder político, ou seja, de Estados desenvolvidos e de supremacia do progresso e estabilidade.

Assim, este pequeno artigo está organizado em três capítulos, de modo que cada um possa fornecer elementos para uma melhor compreensão do tema proposto, além desta introdução e das considerações finais.

2. Legitimidade Democrática

Quando falamos em legitimidade democrática automaticamente pressupomos que exista a participação de todos os envolvidos no processo de tomada de decisão que possam afetar a sociedade como um todo, seja de forma direta ou indireta. E ainda, que os interesses de todos estão sendo considerados no processo de tomada de decisão. Qualquer cidadão que possa ser afetado por um processo de tomada de decisão deve lhe ser permitido participar desse processo, sob pena de ausência de legitimidade ou ainda, sob pena daquele cidadão invocar o direito de não cumprir ou não seguir as diretrizes daquela tomada de decisão, haja vista que seus interesses foram ignorados no processo.

As democracias estabeleceram vários procedimentos para legitimar os processos de tomada de decisão em seu contexto interno. Em sua maioria estão previstos de forma escrita, em suas Constituições. Essas preveem os atos de tomada de decisão no campo político e judicial, de forma que, atendendo os procedimentos ali previstos, as decisões encabeçadas pelas instituições legítimas, serão consideradas como o produto do processo democrático.

No entanto, para além desse contexto de legitimidade democrática, que é visível internamente nos Estados, existem outras perspectivas de se olhar a legitimidade e até como deve ser encarada em certas situações. Afirmar que determinado processo de tomada de decisão em um contexto global é legítimo, pode acarretar implicações e resultados indesejados. O processo de legitimar determinado ato político carece de informações e avaliação do conteúdo, bem como até que ponto esse respeita os direitos dos povos.

Desta forma, diferenciar legitimidade formal de substancial é crucial para entender um conjunto de valores democráticos que estão por trás do processo de tomada de decisão de políticas globais.

2.1. *Legitimidade*²

Diferentemente da maioria das análises feitas sobre legitimidade que tem como foco as instituições e suas estruturas, prefere-se uma crítica sobre o procedimento para estabelecer legitimidade aos atos em si. Ou ainda, diferente da legitimação ser decorrente de pessoa ou instituição com atribuição legal para praticar determinado ato. A legitimidade geralmente aparece atrelada a dois significados: Validade e Legalidade. O primeiro significado compreende “*a qualidade de ser baseado em uma razão justa ou aceitável*”, enquanto o segundo significado envolve “*a qualidade de ser permitido e aceitável de acordo com a lei*”.³

Quanto ao significado de legalidade, para este trabalho não há grande relevância, ao passo que esse resta por conectado as duas primeiras situações, sendo certo que a ausência deste atributo a legitimidade remete para averiguações quanto a procedimentos formais e ligados a legalidade, que decerto demandariam outras investigações.

Por outro lado, o aspecto de validade da legitimidade pressupõe duas características ligadas ao conteúdo da norma⁴. A característica de *ser justo* ou

² Para uma definição, significado e conceito de legitimidade, Cf. PETER G. STILLMAN, *The Concept of Legitimacy*, Polity, Vol. 7, n.º 1, 1974, pp. 32-56.

³ Oxford dictionary.

⁴ Sempre que nos referirmos a normas neste contexto, estamos nos referindo a normas em um contexto abrangente, que engloba os conceitos de *soft law*.

aceitável demanda uma análise quanto ao conteúdo da norma e quanto ao destinatário. A análise quanto ao ser justo remete para as categorias de teoria da justiça. Este exame requer uma grande teorização e descrição de possíveis bases do que poderia ser considerado justo. Porém, se tomarmos como parâmetro o indivíduo destinatário da norma, poderíamos argumentar que sua ausência na tomada de decisão implicaria em uma grave injustiça. A razão para ser justa implica que, ainda que o destinatário não tenha participado do processo de tomada de decisão, seus interesses tenham sido levados em consideração no momento de elaboração da norma. É difícil procurarmos uma razão justa em processos políticos globais de elaboração de normas de impacto global quando ausente preocupações de cunho social, legal e cultural das várias culturas a serem afetadas.

Se determinada norma pode ser considerada legítima por ser baseada em uma razão aceitável pode desafiar ou contrapor, em certo ponto, a explicação anterior. Pois razão aceitável é um termo menos exigente do que uma razão justa, ainda que os dois sejam considerados abertos e passíveis de várias interpretações.

Considerando esses apontamentos, poderíamos dizer que existiria legitimidade objetiva e subjetiva. A primeira endossada no entendimento sobre a sua própria força normativa – padrões aceitáveis de arcabouços de governo, como autoridade, regra e poder. A segunda se baseia na aceitação da sociedade se determinado objeto é legítimo. Esta última pressupõe uma espécie de validade social, ou de legitimidade social⁵, como apontou Weber.

⁵ Zurn e Tallberg chamam de legitimidade sociológica, descrevendo que aspectos normativos passam a fazer parte da estrutura de certo sistema social, estabelecendo crenças de legitimidade. In. MICHAEL ZURN, JONAS TALLBERG, The legitimacy and legitimation of international organizations: introduction and framework, *The Review of International Organizations*, Issue 14, 2019, p. 587.

Neste sentido, legitimidade é uma característica das normas adquirida apenas na presença de razões justas, englobando neste contexto as implicações de participação e consideração das realidades das várias sociedades globais – interesses globais⁶.

2.2. Legitimidade democrática no contexto internacional

O modelo de produção das políticas globais parece suportar que a legitimidade é deixada em um segundo plano, carecendo do estabelecimento de contornos normativos que considere o real interesse dos afetados, que são os destinatários de referidas normas.

A necessidade de discussão da legitimidade democrática em um contexto global⁷ nasce em razão da grande influência que as políticas desenvolvidas por certos atores internacionais têm sobre a vida de todos os povos. O impacto que as decisões tomadas por um pequeno grupo de Estados, que via de regra controlam aqueles atores, faz com que o tema ganhe contornos polêmicos e geralmente, revestido de interesses nada democrático.

A legitimidade democrática é mitigada por interesses econômicos e geopolíticos. Essa situação viola, a princípio, o direito dos povos em ter seus

⁶ Falamos em interesses globais em contraponto a interesses universais e internacionais, haja vista que estes últimos podem induzir interesses homogêneos de todos os envolvidos e não considerar os interesses dos cidadãos internamente.

⁷ O autor Zum considera que existam dois níveis de governança, um interno e outro global, partindo a diferenciação quanto a classificação em um e outro, como por exemplo uma cooperativa federalista estaria no nível um, enquanto o outro nível estaria em situações onde inexistiria uma coordenação entre as instituições envolvidas. In.: MICHAEL ZURN, Unravelling multi-level governance systems, *The British Journal of Politics and International Relations*, Vol. 22, Issue 4, 2020, p. 785.

interesses levado em consideração na formulação de políticas que possam influenciar seu modo de vida e sua própria existência de sociedade como tal.

Mesmo assim, diante dessas situações, o que torna inegável são os efeitos das decisões políticas tomadas por poucos atores internacionais, mesmo assim, ainda se questiona se é possível a existência de legitimidade democrática no estabelecimento dos objetivos das políticas globais⁸. Mais do que isso, importa para nós, delimitar, caso exista, que tipo de legitimidade e até que ponto isso condiz com uma sociedade democrática a nível global, se é possível neste tipo de sociedade.

Em uma estrutura de governança global onde as instituições à frente da tomada de decisão são usurpadas por interesses próprios das economias desenvolvidas, poderíamos dizer que a legitimidade está muito mais próxima da perspectiva objetiva, pois considera os padrões normativos de mera participação para estabelecer as políticas globais como premissa para as estruturas de governança global⁹. Esse fato deixa obsoleto os discursos de uma maior integralização e cooperação entre os vários Estados, preferindo ditar os caminhos que todos percorrerão.

2.3. *Legitimidade formal e substancial ou material*

Argumentamos que em um contexto internacional, existe apenas a presença da legitimidade formal, que considera legítima determinada instituição quando

⁸ DANIEL INNERARITY, La gobernanza global, de la soberanía a la responsabilidad, *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º 100, 2012, p. 14.

⁹ MICHAEL ZURN, JONAS TALLBERG, The legitimacy and legitimation of international organizations: introduction and framework, *The Review of International Organizations*, Issue 14, 2019, pp. 586/587.

atende os requisitos formais de participação democrática, a mera participação é tida como requisito para que se considere legítima.

Quando passamos a delinear os contornos do que seria legitimidade substancial ou material, acreditamos que ela está ausente na tomada de decisão a nível global, pois essa considera legítima determinado ato quando os interesses são levados em consideração, tanto dos envolvidos como dos que serão afetados pelas decisões que serão tomadas. Neste sentido, essa forma de legitimidade restaria por implicar em conceitos de validade e justiça.

Nesta primeira parte, sobre legitimidade democrática em uma conjectura global, defendemos que só existirá legitimidade democrática quando os interesses de todos os afetados pelas decisões políticas forem levados em consideração, pois a mera participação nas discussões não garante que referidas políticas sejam legitimamente democráticas¹⁰.

3. Globalização

A globalização econômica trouxe para todo o globo, ainda que de forma desigual, uma expansão e oferecimento de bens e serviços que de outra forma não teríamos acesso. Muitas vezes o progresso não vem acompanhado de desenvolvimento e bem-estar para determinada sociedade, como acontece na maioria dos países do hemisfério sul.

¹⁰ O autor Innerarity defende que a legitimidade fundada, tradicionalmente, em bases territoriais seja ultrapassada para dá lugar uma espécie de legitimidade funcional. In.: DANIEL INNERARITY, La gobernanza global, de la soberanía a la responsabilidad, *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º 100, 2012, pp. 14-15.

Mesmo assim, todos os Estados participam e querem estar no círculo de poder global, aquém do real interesse de sua população local.

O fenômeno da globalização pode ser visto e sentido de várias formas no cotidiano dos cidadãos¹¹. Muitas vezes isso se dá de forma negativa, como o aumento da fome, das doenças, das guerras, da miséria e de forma geral, ausência de um Estado que proteja seus cidadãos dos males que os assolam¹². Não se advoga em favor de um Estado paternalista e que tudo provê, mas sim que supra as necessidades básicas de sua população.

Via de regra, uma pequena elite controla o poder político em vários Estados, até mesmo em democracias, onde quem governa são os interesses das corporações e dos políticos.

Porém, globalização gera mais efeitos benéficos¹³ que maléficos. E é neste contexto que vimos o avanço substancial das culturas, a integralização e troca de conhecimento. Globalização pode ser decomposta em vários setores, como econômica, financeira, industrial e tecnológica. Para este trabalho preferimos usar ela em uma forma mais geral e de modo mais peculiar a econômica que pode englobar substratos de outros setores.

¹¹ FRANK RICHARD PFETSCH, Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de direito na era da globalização, Trad. Estevão Chaves de Rezende Martins, *Revista Brasileira de Política Internacional*, Vol. 41, n.º 2, 1998, p. 106.

¹² FRANK RICHARD PFETSCH, Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de direito na era da globalização, Trad. Estevão Chaves de Rezende Martins, *Revista Brasileira de Política Internacional*, Vol. 41, n.º 2, 1998, pp. 115-114.

¹³ Para uma visão um pouco crítica do processo de globalização, Cf.: JORGE NEF, Globalization and the Crisis of Sovereignty, Legitimacy, and Democracy, *Latin American Perspectives*, Vol. 29, Issue 127, n.º 6, 2002, p. 63.

3.1. Política e soberania

Os Estados tendem a adotar políticas internacionais como diretrizes em suas economias. As recomendações e standards internacionais são instrumentos de governança global. A pressão sofrida por economias menores em adotar determinadas práticas enfraquecem o sistema de responsabilização por efeitos indesejados e carecem de legitimação¹⁴.

A perda crescente do poder político interno em determinar os rumos de sua sociedade interna, seja em assuntos econômicos, políticos ou sociais, ameaça a soberania que a tanto se orgulham de possuir. Pois segundo o nosso saudoso Miguel Reale a “*Soberania é o poder que tem uma Nação de se organizar-se livremente e de fazer valer dentro do seu território a universalidade de suas decisões para a realização do bem comum*”.¹⁵ Assim, à medida que as interferências externas corroem o poder de direcionar os próprios rumos da sociedade interna, a soberania das nações fica enfraquecida¹⁶.

Essa ideia contrária, ainda que em termos factuais, a afirmação de Kelsen que “*a soberania de um Estado exclui a soberania de todos os outros Estados*”.¹⁷ Pois nos dias atuais, cada vez mais a soberania é corroída ante a um sistema de governança global.

¹⁴ JUAN MANUEL GOIG MARTÍNEZ, La OCDE en la era de La globalización: desarrollo e influencia, *Revista de Derecho UNED*, n.º 19, 2016, p. 115.

¹⁵ MIGUEL REALE, *Teoria do Direito e do Estado*, 5.ª ed. rev., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 140.

¹⁶ DANIEL INNERARITY, La gobernanza global, de la soberanía a la responsabilidad, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, n.º 100, 2012, p. 18.

¹⁷ HANS KELSEN, *Teoria geral do direito e do Estado*, Trad. Luís Carlos Borges, 5.ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2016, p. 548.

Por outro lado, o fenômeno da globalização trouxe consigo alguns desafios, como já nos referimos. Habermas menciona três efeitos que a globalização trouxe para os Estados “a) à perda da capacidade de controle estatal; b) a crescentes déficits de legitimação no processo decisório; e c) à progressiva incapacidade de dar provas, com efeito legitimador, de ações de comando e de organização”.¹⁸ O autor parece indicar que as decisões tomadas pelos Estados não são ideias suas, mas sim, da elite global, dentro de uma estrutura de governança que os beneficia.

Ainda sobre alguns aspectos que a globalização trouxe consigo para o modo de organização dos Estados, o surgimento de órgãos internacionais como verdadeiros legisladores de padrões normativos internacionais – *Soft Law*¹⁹.

3.2. Órgãos internacionais e modelos de sociedades

Os órgãos internacionais atuantes como atores protagonistas, como OCDE, UE, OMC, ONU, FMI e outros, tomam como adequado estabelecer padrões universais de acordo com o grupo de Estados que controlam esses órgãos. A sociedade global é refém, de certa forma, de um pequeno grupo e seus interesses²⁰. É impossível descrever a estrutura de governança de todos esses órgãos neste trabalho, porém, gostaríamos de pontar obstáculos presentes em alguns que impedem ou prejudica a legitimidade de suas ações.

¹⁸ JURGEN HABERMAS, *Nos Limites do Estado*, Trad. José Marcos Macedo, Jornal Folha de São Paulo, 5.º Caderno Mais, 1999, pp. 4-6.

¹⁹ JUAN MANUEL GOIG MARTÍNEZ, *La OCDE en la era de la globalización: desarrollo e influencia*, Revista de Derecho UNED, n.º 19, 2016, p. 140.

²⁰ Jorge Nef, *Globalization and the Crisis of Sovereignty, Legitimacy, and Democracy*, Latin American Perspectives, Vol. 29, Issue 127, n.º 6, 2002, p. 65.

A Organização das Nações Unidas – ONU é tido como um órgão máximo de participação global em torno de direcionar os objetivos da humanidade. No entanto, seu papel continua a suscitar suspeitas de negligência e apontamentos de ineficiência. A ONU foi incapaz de dar uma resposta adequada à muitas guerras, mais recentemente à Guerra na Ucrânia. O Conselho de Segurança da instituição possui como Estados chaves àqueles cinco que detêm o poder de veto em qualquer situação, mesmo quando a maioria dos Estados membros da organização são a favor de adotar determinada posição. Desta forma, a ONU só funciona até onde o grupo dos cinco deseja, não existe democracia, e muitos menos legitimidade, na tomada de decisão em política na ONU.

O FMI e Banco Mundial são instituições que atuam de forma similar. Muitos países só conseguem empréstimos junto a essas instituições quando aceitar fazer uma série de alterações impostas por eles, como por exemplo modelo de controle da inflação, câmbio, corrupção e abertura da economia. Sem essas alterações, os Estados não conseguem usufruir dos empréstimos concedidos por aqueles órgãos. De certo modo, até que são benéficas essas contrapartidas, haja vista muitos Estados, de outra forma não realizaria referidas alterações. No entanto, não passa despercebido o fato que algumas intromissões podem ameaçar a soberania dos Estados, como apontamos, por exemplo quando aqueles órgãos condicionam a modificação de regimes de tributação dentro dos Estados.

A organização conhecida como o grupo dos ricos, há muito tempo vem determinando os contornos da política fiscal mundial. A OCDE é uma organização

formada por países não apenas considerados ricos²¹, mas também que contenham outras características, como um compromisso com modelo democrático e Estado Democrático de Direito. Vários países são parceiros da OCDE e/ou manifestaram intenção de fazer parte da organização, como o Brasil. As investidas da organização no campo da tributação se fortaleceram ainda mais com a crise econômica de 2008, quando passou a receber apoio político do G-20 para identificar e recomendar várias alterações legislativas na área de tributação internacional com a finalidade de uma maior arrecadação por parte dos Estados.

Assim, sob o manto do poder político do G-20, a OCDE lançou o projeto *Base Erosion Profit Shifting – BEPS* que reuniu 15 ações que abrangeram praticamente todos os campos da tributação internacional²². Os relatórios finais foram lançados em 2015, onde constavam várias recomendações de alteração legislativas para que Estados realizassem em suas legislações internas e nos acordos de bitributação. Argumenta-se que sob a proteção do poder político do G-20 a OCDE diminuiria o déficit de participação democrática e o projeto BEPS seria resultado da vontade da maioria dos países.

No entanto, a mera participação dos Estados não se refletiu nas recomendações e standards resultantes das 15 ações, haja vista que continuam a beneficiar os Estados exportadores de capitais²³. Isso demonstra que nosso argumento de mera participação nos organismos internacionais não garante o

²¹ Ainda que nos últimos anos tenha perdido um pouco esse aspecto com a entrada da Colômbia, México, Turquia e Costa Rica.

²² Para uma ideia completa sobre o projeto BEPS conferir por todos: Cf. YARIV BRAUNER, *What The BEPS?*, *Florida Tax Review*, Vol. 16. n.º 2. 2014, pp. 55-115

²³ TULIO ROSEMBUJ, *Principios Globales de Fiscalidad Internacional*, 2.ª Ed. Barcelona, El Fisco, 2013, p. 234; RAMÓN FALCÓN Y TELLA, ELVIRA PULIDO GUERRA, *Derecho Fiscal Internacional*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 40.

respeito e atenção aos interesses de todas as sociedades que serão afetadas pelas recomendações.

4. A Interdependência Dos Estados

A interdependência dos Estados é enorme²⁴. Economicamente, todos os Estados estão ligados pela rede de produção global. A cadeia de produção²⁵ se tornou tão diversificada, que hoje é impensável às multinacionais concentrar sua produção em um único país, seja por razões de logísticas, seja por razões de atendimento de mínimos de atenção ao consumidor²⁶.

Essa situação afeta e distorce o modo como os Estados olham para seus pares, no afã de verem seus Estados prejudicados por alguma decisão política que tomem.

Assim, o fenômeno da globalização é capaz de prejudicar uma maior legitimidade nas decisões políticas, mesmo que esse efeito não seja desejado. A prática costuma ditar que os Estados de maior poder econômico interfiram significativamente no modo de condução dos trabalhos dos órgãos internacionais como apontado anteriormente. Sem que alguns Estados tenham poder para interferir neste processo.

²⁴ JORGE NEF, Globalization and the Crisis of Sovereignty, Legitimacy, and Democracy, *Latin American Perspectives*, Vol. 29, Issue 127, n.º 6, 2002, p. 67.

²⁵ PEDRO INFANTE MOTA, *A fragmentação internacional da produção*, Working Papers, n.º 1, CIDEEFF, 2016, p. 4.

²⁶ FERNANDO DE SOUSA, A democracia, face política da globalização?, *Revista Brasileira de Política Internacional*, Vol. 49, n.º 1, 2006, pp. 9 e ss.

Depois, o modo como a economia está desenhada desordeiramente, mas dentro de uma estrutura de corporações e controle de grandes grupos econômicos, quase que sempre com sede em países do hemisfério norte, faz-nos questionar até que ponto essas estruturas afetam a tomada de decisão pelos governos nacionais, seja em termos de atração de investimentos, seja em termos de estruturação social e cultural da própria sociedade. A diversificação da economia e a busca por novos meios de desenvolvimento tecnológico poderiam contribuir para uma maior emancipação do Estado e da própria sociedade.

A criação de zonas de livre comércio, com uma série de benesses para atração de empresas, prejudica a concorrência e oculta os problemas de infraestrutura e falta de competitividade das economias nacionais. Muitas vezes, as isenções tributárias e os incentivos de investimento para atração de indústrias e empresas deixam o governo à mercê de um pequeno grupo.

4.1. *Economia de mercado e sistema de cadeias de suprimentos e produção*

A globalização e a distribuição de cadeias de produção por vários Estados trouxeram benefícios e desafios: a oferta de emprego em vários Estados e a dependência desses para com as multinacionais, respectivamente²⁷.

A maioria dos Estados vive sob a égide da economia de mercado, até países com regimes políticos ligados ao comunismo (como a China) praticam a livre concorrência no que diz respeito a economia. Esse sistema econômico é mercado pela concorrência acirrada, não só apenas entre empresas (internamente no sistema

²⁷ Para uma avaliação positiva do processo de fragmentação da produção, ainda que em termos econômicos: Cf.: PEDRO INFANTE MOTA, *A fragmentação internacional da produção*, Working Papers, n.º 1, CIDEEFF, 2016, pp. 9 e ss.

econômico), mas também entre os países, à medida que com a escassez de capital e alta procura por investimentos, a atração por investimentos estrangeiros condiciona os Estados a fazerem algumas concessões.

As grandes corporações, normalmente formadas por um grupo empresas, estabelecem seus centros de produção e distribuição em países estratégicos, mas que deixam esses países, prontamente, dependentes de componentes de produção de outros Estados. Essa interdependência entre os Estados que a economia de mercado os deixou, acaba por beneficiar as corporações.

Depois, essa estrutura de troca de mercadorias acomoda as economias a produzirem apenas os bens que lhe são solicitados, deixando os Estados em um contínuo campo de estagnação na corrida industrial e tecnológica. Pois, Estados que produzem matéria-prima (*commodities*) continuaram a produzir esses bens, enquanto os Estados industrializados continuam avançando tecnologicamente, com novos produtos revestidos de alta tecnologia. O ciclo pode se tornar contínuo, à medida que os Estados se tornam cada vez mais dependentes da exportação dessas *commodities*.

A dependência de tecnologia e desenvolvimento torna o ambiente político um campo perfeito para subversão de valores democráticos em troca do ciclo contínuo. Dessa forma, não só a legitimidade democrática em um contexto global restará prejudicada, mas principalmente a legitimidade interna, como bem apontou Habermas.

Ademais, muitas vezes a dependência é tão forte que impede muito países de tomarem decisões mais fortes contra outros, mesmo quando o jogo parece ser pesado demais. Isso pode ser observado mais recentemente com a Guerra da

Ucrânia, quando muitos países europeus não concordavam com as atitudes da Rússia, porém, ao mesmo tempo não poderiam ir longe demais nas sanções contra a Rússia, ao passo que suas economias eram dependentes de combustíveis russo. E mais ainda, para além da economia, sua população como um todo era dependente do gás russo, correndo o risco de milhares não suportar o inverno europeu sem o aquecimento que vinha de Moscou.

Ser dependente de bens e produtos estrangeiros tira dos Estados o poder político de desenhar sua própria política. Porquanto defendemos um regime democrático internamente, não olvidamos o que nossos vizinhos possam estar passando, ou ainda, sermos coniventes com estruturas que corrói o espírito da democracia, a liberdade.

4.2. A economia de interesses

A economia de determinado Estado vai bem enquanto ele se alinha aos interesses (políticos, econômicos) daqueles que detém o capital. Basta lembrar do recente caso do 5G da Huawei, quando os Estados Unidos advogaram fortemente contra a tecnologia da gigante chinesa, com ameaçam de sanções a países que optassem pela tecnologia asiática.

Usar o poder que se tem para impelir seus interesses sobre os outros não é pensar em uma sociedade globalmente justa ou que reflita os valores democráticos. No entanto, não podemos nos esquecer que a lei do mais forte sobre o mais fraco

vigora desde a antiguidade, enquanto alguns camuflam suas influências de acordo com seus interesses, outros mostram como é ter poder e controle²⁸.

A economia de interesses pode ser ilustrada em situações de alinhamento político. Diferentemente de escalas de dependência de certas economias umas das outras, muitos Estados privilegiam aqueles que tem alinhamento político semelhantes aos seus, inclusive com imposições de sanções em casos de retóricas contrárias. Essa visão é ampliada com uma rede de investimentos que alguns países fazem em determinadas regiões com a finalidade de exercer, ainda que indiretamente, certa influência política, como por exemplo vários investimentos chineses em países africanos e latinos.

4.3. Ausência de critérios legítimos na condução das políticas globais

Não existe critérios legítimos na condução das políticas globais, mas sim, apenas interesses próprios, desconsiderando os efeitos que referidas políticas trazem para toda a sociedade global²⁹.

Alguns argumentos podem inferir que os critérios existentes para direcionar as políticas globais, de forma geral, são os interesses do grupo de países exportadores de capitais. Quando o critério não é técnico, mas político, as políticas globais deixam de ser standards adequados para direcionar os Estados, permanecendo apenas interesses políticos alheios.

²⁸ NORBERTO BOBBIO, Democracia e sistema internacional, In. Norberto Bobbio, *O futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*, Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro/São Paulo, Paz e Terra, 2020, p. 293.

²⁹ DAVID HELD, *Democracy: From City-States to a Cosmopolitan Order?* In. Thomas Pogge, Darrel Moellendorf, GLOBAL JUSTICE: Seminal Essays, 1ª ed. St. Paul, Paragon House, 2008, p. 328.

Quando falamos em critérios, não é que queremos dizer que inexistem técnica por trás da tomada de decisão das políticas globais, mas sim que entre o técnico e o justo, essas beneficiam, primeiramente, apenas alguns Estados. Ou seja, o técnico não é revestido de legítimo, pois para ser legítimo, como já discorrido, considerações de valores³⁰ e razões justas devem ser observadas.

5. Considerações Finais

A legitimidade democrática pode ser superada se pensarmos em uma sociedade global e que as decisões políticas sejam tomadas por todos os Estados e levando em conta as relações sociais, econômicas e políticas de todos os envolvidos ou afetados.

A interdependência entre os Estados interfere significativamente na estrutura global de legitimidade nas decisões políticas de órgãos internacionais, seja na elaboração, na aceitação ou na implementação de referidas políticas.

Por outro lado, a globalização perpetrada de forma equânime entre as várias sociedades poderia ajudar a diminuir a dependência e melhorar as relações intergovernamentais.

As políticas globais para serem consideradas legítimas necessitam de razões justas para existirem, razões essas que só se adquirem com o olhar para o outro, com a empatia e a solidariedade pela busca de uma sociedade globalmente justa. A mera participação em organismos internacionais não garante a legitimidade necessária, enquanto os verdadeiros interesses são esquecidos.

³⁰ PETER G. STILLMAN, *The Concept of Legitimacy*, Polity, Vol. 7, n.º 1, 1974, p. 52.

6. Referências Bibliográficas

- BOBBIO, Norberto, Democracia e sistema internacional, In. BOBBIO, Norberto, *O futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*, Trad. Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro/São Paulo, Paz e Terra, 2020, pp. 267-301.
- BRAUNER, Yariv, What The BEPS?, *Florida Tax Review*, Vol. 16. n.º 2. 2014. pp. 55-115.
- GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, La OCDE en la era de la globalización: desarrollo e influencia, *Revista de Derecho UNED*, n.º 19, 2016, pp. 111-149.
- HABERMAS, Jurgen, *Nos Limites do Estado*, Trad. José Marcos Macedo, Jornal Folha de São Paulo, 5.º Caderno Mais, 1999, pp. 4-6.
- HELD, David, Democracy: From City-States to a Cosmopolitan Order?, In. POGGE, Thomas; MOELLENDORF, Darrel, *GLOBAL JUSTICE: Seminal Essays*, 1ª ed. St. Paul, Paragon House, 2008, pp. 311-354.
- INNERARITY, Daniel, La gobernanza global, de la soberanía a la responsabilidad, *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º 100, 2012, pp. 11-23.
- KELSEN, Hans, *Teoria geral do direito e do Estado*, Trad. Luís Carlos Borges, 5.ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2016.
- MOTA, Pedro Infante, *A fragmentação internacional da produção*, Working Papers, n.º 1, CIDEEFF, 2016.
- NEF, Jorge, Globalization and the Crisis of Sovereignty, Legitimacy, and Democracy, *Latin American Perspectives*, Vol. 29, Issue 127, n.º 6, 2002, pp. 59-69.
- PFETSCH, Frank Richard, Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de direito na era da globalização, Trad. Estevão Chaves de Rezende Martins, *Revista Brasileira de Política Internacional*, Vol. 41, n.º 2, 1998, pp. 102-117.
- REALE, Miguel, *Teoria do Direito e do Estado*, 5.ª ed. rev. São Paulo, Saraiva, 2000.
- ROSEMBUJ, Tulio, *Principios Globales de Fiscalidad Internacional*, 2.ª ed. Barcelona, El Fisco, 2013.
- SOUSA, Fernando de, A democracia, face política da globalização?, *Revista Brasileira de Política Internacional*, Vol. 49, n.º 1, 2006, pp. 5-24.
- STILLMAN, Peter G, *The Concept of Legitimacy*, Polity, Vol. 7, n.º 1, 1974, pp. 32-56.
- TELLA, Ramón Falcón y; GUERRA, Elvira Pulido, *Derecho Fiscal Internacional*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013.
- ZURN, Michael, Unravelling multi-level governance systems, *The British Journal of Politics and International Relations*, Vol. 22, Issue 4, 2020, pp. 784–791.
- ZURN, Michael; TALLBERG, Jonas, The legitimacy and legitimation of international organizations: introduction and framework, *The Review of International Organizations*, Issue 14, 2019, pp. 581–606.

A INVOCAÇÃO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL POR VIOLAÇÕES A OBRIGAÇÕES ERGA OMNES E ERGA OMNES PARTES PERANTE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

The invocation of international responsibility for breaches of obligations erga omnes and erga omnes partes before the International Court of Justice

Caio César Ovelheiro Menna Barreto*

Resumo: No julgamento do caso Barcelona Traction, a Corte Internacional de Justiça reconheceu a existência de obrigações devidas à comunidade internacional como um todo. Essas obrigações erga omnes derivam de interesses coletivos e todos os Estados têm interesse jurídico em vê-las respeitadas. Nesse sentido, a Comissão de Direito Internacional incluiu em seu Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional a possibilidade de um Estado não lesado invocar a responsabilidade de Estado que infringir uma obrigação erga omnes. Diante disso, o presente trabalho examina como essa forma de invocação da responsabilidade internacional tem sido aplicada na prática da Corte Internacional de Justiça com o objetivo de averiguar se a Corte Mundial reconhece locus standi a Estados não lesados para apresentarem demandas judiciais nessas hipóteses.

Palavras-chave: obrigações erga omnes; responsabilidade internacional; invocação; Corte Internacional de Justiça.

Abstract: In the Barcelona Traction case, the International Court of Justice recognized the existence of obligations owed to the international community as a whole. These obligations erga omnes derive from collective interests, and all States have a legal interest in their compliance. In this sense, the International Law Commission included in its Draft Articles on State Responsibility the possibility of non-injured States invoking the responsibility of a State that infringes obligations erga omnes. Therefore, this paper examines how this form of invocation of international responsibility has been applied in the International Court of

* Professor Substituto de Direito Internacional Público da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestrando bolsista CAPES em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Internacional pela Faculdade CEDIN. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Justice's practice with the purpose of investigating whether this Court recognizes standing for non-injured States to submit judicial claims in such cases.

Keywords: obligations erga omnes; international responsibility; invocation; International Court of Justice.

Sumário: 1. Introdução; 2. O Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional; 2.1. A noção de responsabilidade internacional e a doutrina tradicional; 2.2. Roberto Ago na Comissão de Direito Internacional e o reconhecimento da existência de interesses da comunidade internacional como um todo; 2.3. A invocação da responsabilidade internacional no Projeto da CDI; 3. A invocação da responsabilidade internacional por violações a obrigações erga omnes (partes) perante a Corte Internacional de Justiça; 3.1. *South West Africa* (1966); 3.2. *Nuclear Tests* (1974); 3.3. *East Timor* (1995); 3.4. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (2012); 3.5. *Whaling in the Antarctic* (2014); 3.6. *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (2016); 3.7. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (2020, medidas provisionais); 3.8. É possível a invocação da responsabilidade internacional por Estados não lesados na Corte Internacional de Justiça?; 4. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Após quase meio século de trabalhos sobre o tema, a Comissão de Direito Internacional (CDI) da Organização das Nações Unidas (ONU) concluiu, em 2001, o seu Projeto de Artigos sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos. O Projeto codifica as normas consuetudinárias a respeito da responsabilidade internacional dos Estados, sendo, assim, por força do costume internacional, vinculante e devendo ser respeitado por todos os membros da comunidade internacional³¹. Apesar disso, certas disposições do Projeto representam um desenvolvimento progressivo do direito internacional, de modo que visam a contribuir para a clarificação e a evolução gradual do direito das gentes.

³¹ JAMES CRAWFORD. The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: a Retrospect, *The American Journal of International Law*, v. 96, n° 4, 2002.

Um dos pontos mais interessantes (e também mais controversos) do Projeto da CDI se encontra no Capítulo I de sua Parte Três, que trata da “invocação da responsabilidade de um Estado”. Esse Capítulo define quais Estados podem invocar a responsabilidade de outro Estado por um ato ilícito internacional.

O artigo 42 do Projeto (“*Invocation of responsibility by an injured State*”) prevê quando o Estado lesado pode invocar a responsabilidade de outro Estado. Já o artigo 48 (“*Invocation of responsibility by a State other than an injured State*”) trata das hipóteses em que outros Estados, que não o lesado, podem invocar a responsabilidade, ainda que não tenham sofrido prejuízo em decorrência do ato ilícito reclamado. Estas se referem aos casos em que a obrigação violada: (i) é devida a um grupo de Estados, inclusive o Estado que invoca a responsabilidade, e é estabelecida para a proteção de interesses coletivos do grupo (obrigação *erga omnes partes*); ou (ii) é devida à comunidade internacional como um todo (obrigação *erga omnes*).

A partir dessa possibilidade, aberta pelo artigo 48(1) do Projeto, de um Estado invocar a responsabilidade de outro por ato internacionalmente ilícito mesmo sem ter sofrido prejuízo direto, discute-se se seria possível um Estado não lesado ajuizar ação perante corte ou tribunal internacional em face de violações a obrigações *erga omnes (partes)*. Nesse caso, o simples pertencimento à comunidade internacional daria legitimidade (*locus standi*) para se invocar a responsabilidade de outro Estado perante órgãos jurisdicionais internacionais.

Essa questão foi enfrentada algumas vezes pela Corte Internacional de Justiça, em casos em que foi necessário abordar a questão do *locus standi* de certos Estados para invocar a responsabilidade de outro Estado mesmo sem que tivessem sido prejudicados pelo ato ilícito reclamado.

Diante disso, o presente artigo irá examinar o acervo decisório da Corte Internacional de Justiça a fim de verificar se aquela Corte admite a invocação da responsabilidade internacional por Estado não lesado em caso de violação a obrigações *erga omnes* ou *erga omnes partes*. Nesse sentido, o estudo focará apenas na Corte Mundial e, portanto, não abordará outros mecanismos jurisdicionais de solução de controvérsias, como os sistemas de proteção de direitos humanos ou o Tribunal Penal Internacional.

Para tanto, inicialmente será feita uma breve rememoração dos trabalhos da CDI sobre responsabilidade internacional, com ênfase nas principais discussões travadas acerca de responsabilidade por violações a obrigações *erga omnes*. Em seguida, serão examinadas diversas decisões proferidas pela Corte Internacional de Justiça (exclusivamente no exercício de sua jurisdição contenciosa) que tenham envolvido a invocação de responsabilidade internacional por Estado não lesado pelo ato ilícito reclamado.

2. O Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional

2.1. A noção de responsabilidade internacional e a doutrina tradicional

O princípio da responsabilidade remonta às origens do direito das gentes, sendo um dos corolários do princípio fundamental da justiça³² e do próprio direito internacional³³. Dessa forma, o instituto da responsabilidade internacional se apresenta como um mecanismo regulador essencial e necessário das relações

³² HILDEBRANDO ACCIOLY, *Tratado de Direito Internacional Público*, Vol. 1, 3ª ed., São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 338.

³³ ALAIN PELLET, The definition of responsibility in International Law, In James CRAWFORD; Alain PELLET; Simon OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 3.

interestatais, sendo tão antigo quanto o próprio princípio da igualdade³⁴. Nesse sentido, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) afirmou, já em 1927, que é um princípio de direito internacional a ideia de que uma violação a uma obrigação internacional faz nascer um dever de reparação³⁵.

A doutrina internacionalista tradicional considerava a responsabilidade internacional como uma operação puramente bilateral. Segundo o maior expoente dessa corrente, o professor italiano Dionisio Anzilotti, haveria responsabilidade internacional quando um ato imputável a um Estado violasse uma obrigação internacional, causando dano a outro Estado. Eram, portanto, três os elementos necessários da responsabilidade internacional: (i) o ato ilícito internacional (i.e., ato em violação a uma obrigação internacional); (ii) a imputabilidade do ato a um Estado; e (iii) o dano causado a outro Estado³⁶.

Estando estabelecida a responsabilidade, nasceria para o Estado que sofreu o dano o direito de receber compensação. Simultaneamente, nasceria, para o Estado responsável, o dever correlato de prestar essa reparação³⁷. Nesse sentido, somente

³⁴ NGUYEN QUOC DINH; PATRICK DAILLIER; ALAIN PELLET, *Direito Internacional Público*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 776.

³⁵ Citação de jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional: *Factory at Chorzów, Merits*, 1928, PCIJ, Series A, No 17, p. 21.

³⁶ ALAIN PELLET, The definition of responsibility in International Law, In James CRAWFORD; Alain PELLET; Simon OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 6.

³⁷ ALAIN PELLET, The definition of responsibility in International Law, In James CRAWFORD; Alain PELLET; Simon OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 5.

o Estado lesado, enquanto titular do direito de receber reparação, teria legitimidade para invocar a responsabilidade internacional do Estado autor do ato ilícito³⁸.

Nesse contexto, a Comissão de Direito Internacional (CDI) iniciou seus trabalhos em 1949, colocando, já em sua primeira sessão, o tema da responsabilidade internacional em pauta³⁹. Entretanto, foi somente a partir de 1963, com seu segundo *Special Rapporteur*, o italiano Roberto Ago, que verdadeiras evoluções começaram a ser verificadas.

2.2. Roberto Ago na Comissão de Direito Internacional e o reconhecimento da existência de interesses da comunidade internacional como um todo

Durante seu período na CDI, Roberto Ago propôs a retirada do dano enquanto elemento constitutivo da responsabilidade internacional. Assim, a responsabilidade internacional estaria configurada simplesmente pela existência de uma violação ao direito internacional que fosse imputável a um Estado, ainda que nenhum dano resultasse desse ato ilícito. Em outras palavras, a ausência de dano não impediria, *per se*, a existência de responsabilidade internacional. Passava-se a se admitir, então, a responsabilização de um Estado por atos que violassem normas internacionais fundamentais, mas que não causassem danos a terceiros Estados.

Dessa forma, tem-se que ato ilícito e imputabilidade passam a ser considerados elementos necessários e suficientes para fazer nascer a

³⁸ ALAIN PELLET, The definition of responsibility in International Law, In James CRAWFORD; Alain PELLET; Simon OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 5-6.

³⁹ ALAIN PELLET, The ILC's Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts, In James CRAWFORD; Alain PELLET; Simon OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 75.

responsabilidade internacional do Estado⁴⁰. Segundo Alain Pellet, essa mudança de perspectiva se justifica porque certas violações ao direito internacional são tão graves que ameaçam não apenas interesses de um ou alguns Estados vítimas; elas atentam contra toda a comunidade internacional⁴¹.

A ideia de interesses da comunidade internacional como um todo foi abordada pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) no famoso *obiter dictum* do caso *Barcelona Traction* (Bélgica v. Espanha), julgado em 1970 (ao mesmo tempo em que Ago trabalhava na CDI). Na oportunidade, a Corte afirmou que:

33. (...) In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes.
34. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.⁴²

⁴⁰ ALAIN PELLET, The definition of responsibility in International Law, In James CRAWFORD; Alain PELLET; Simon OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 9.

⁴¹ ALAIN PELLET, The ILC's Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts, In James CRAWFORD; Alain PELLET; Simon OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 78.

⁴² Citação da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33-34.

Com base nessa passagem, Ago implementou, na CDI, a noção de “crimes internacionais” como violações graves a interesses fundamentais da comunidade internacional. Com efeito, em seu relatório de 1971, Ago apontou que:

[A]ttention must also be drawn to the growing tendency of a group of writers to single out, within the general category of internationally wrongful acts, certain kinds of acts which are so grave and so injurious, not only to one State but to all States, that a State committing them ought to be automatically held responsible to all States. It is tempting to relate this view³⁶ to the recent affirmation of the International Court of Justice, in its Judgment of 5 February 1970 in the case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, that there are certain international obligations of States which are obligations erga omnes, that is to say, obligations to the whole international Community. (...)

[T]hese views are of particular interest, inasmuch as they reveal a trend towards incipient personification of the international community and are a factor which will make it possible gradually to outline a concept of “crime” in international law, within the general context of the internationally wrongful act.⁴³

Nesse sentido, Ago diferenciava “crimes internacionais” de “delitos internacionais”⁴⁴. Os primeiros se refeririam às infrações mais graves, que violassem obrigações internacionais essenciais para a proteção de interesses fundamentais da comunidade internacional como um todo, ao passo que os delitos internacionais seriam os demais atos ilícitos internacionais.

⁴³ ROBERTO AGO, *Third report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur* (Document A/CN.4/217/ADD.2), 5 abril 1971, p. 210-211, disponível em https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1971_v2_p1.pdf, acesso em 23/07/2021.

⁴⁴ ALAIN PELLET, The ILC’s Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts, In James CRAWFORD; Alain PELLET; Simon OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 78.

Essa distinção, proposta por Ago ainda nos anos 1970, foi refletida no artigo 19 da primeira versão do Projeto de Artigos da CDI, adotada em 1996-1997 (já após o falecimento de Ago). Com isso, reconhecia-se definitivamente a existência de valores fundamentais compartilhados por toda a comunidade internacional, que geram obrigações para todos os Estados (*erga omnes*) e cuja violação representa uma ofensa à comunidade internacional como um todo.

Em razão da pressão de alguns Estados, a expressão “crimes internacionais”, de forte cunho penalista, acabou sendo abandonada na versão final do Projeto da CDI. Apesar disso, a ideia de que existiriam determinadas obrigações internacionais devidas à comunidade internacional como um todo foi mantida.

Diante dessa breve recapitulação, é possível perceber que a atuação de Roberto Ago à frente do tema de responsabilidade internacional na CDI foi verdadeiramente revolucionária⁴⁵. Colocar o dano em segundo plano, fazendo com que a responsabilidade nasça apenas de uma violação a obrigação internacional imputável a um Estado, bem como graduar os ilícitos internacionais de acordo com a sua gravidade e com a natureza da obrigação violada, foram passos muito representativos em direção à institucionalização e a comunitarização do direito internacional⁴⁶. Reconhecia-se, assim, a existência de valores essenciais para toda

⁴⁵ ALAIN PELLET, The ILC’s Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts, In James CRAWFORD; Alain PELLET; Simon OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 76-78.

⁴⁶ PEDRO MUNIZ SLOBODA, *A Síndrome de Brás Cubas: Sanções unilaterais e a responsabilidade internacional dos estados*, Brasília, FUNAG, 2018, pp. 68-71.

a comunidade internacional e a consciência de que a proteção desses valores é de interesse de todos os Estados⁴⁷.

2.3. A invocação da responsabilidade internacional no Projeto da CDI

Segundo os comentários da CDI ao artigo 42 da versão final de seu Projeto, invocação significa a adoção de medidas de caráter formal tendentes a demandar a responsabilização e, se for o caso, exigir reparação por parte do Estado infrator.

A invocação da responsabilidade internacional está regulada nos artigos 42 e 48 do Projeto. O artigo 42 traz a regra geral de invocação, pela qual o Estado prejudicado pelo ato ilícito possui legitimidade para invocar a responsabilidade do Estado causador do ato ilícito. Já o artigo 48 trata das hipóteses em que Estados não lesados também podem invocar a responsabilidade internacional de outro Estado⁴⁸.

O artigo 48(1)(a) trata das chamadas obrigações *erga omnes partes*, que são obrigações estabelecidas, por tratado ou costume, no âmbito de um grupo de Estados com o objetivo de proteger interesses coletivos desse grupo. Duas são, então, as condições para que um Estado possa invocar a responsabilidade com base nesse artigo: (i) a obrigação deve ter sido estabelecida por um grupo de Estados (do qual tanto o Estado que invoca a responsabilidade quanto o Estado alegadamente responsável fazem parte); e (ii) a obrigação deve ter sido estabelecida para proteger interesses coletivos desse grupo.

⁴⁷ BRUNO SIMMA, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, *Collected Courses of the Hague academy of International Law*, Vol. 250, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, pp. 308-309.

⁴⁸ Frise-se que, de acordo com a própria CDI, esses dois artigos não são excludentes entre si. Assim, é possível que tanto o Estado prejudicado (nos termos do artigo 42) quanto outros Estados (com base no artigo 48) possam invocar a responsabilidade internacional de outro diante de uma mesma situação.

O artigo 48(1)(b), por sua vez, trata das obrigações *erga omnes* propriamente ditas, que são aquelas devidas à comunidade internacional como um todo. Neste caso, todo Estado, pelo simples fato de pertencer à comunidade internacional, teria legitimidade para invocar a responsabilidade de outro Estado em caso de infração a essas obrigações.

Percebe-se, então, que o Projeto de Artigos da CDI, concluído em 2001, incorpora a ideia de obrigações devidas a um grupo de Estados coletivamente (obrigações *erga omnes partes*) e de obrigações devidas à comunidade internacional como um todo (obrigações *erga omnes*) e permite a invocação da responsabilidade internacional de Estado que cometer infrações a essas obrigações por outros Estados que não apenas o Estado prejudicado pelo ato ilícito. É possível até mesmo que nenhum dano se origine de uma violação dessa natureza. Ainda assim, qualquer Estado poderá invocar a responsabilidade internacional.

3. A invocação da responsabilidade internacional por violações a obrigações *erga omnes* (partes) perante a Corte Internacional de Justiça

Como visto, invocação da responsabilidade significa a adoção de medidas de caráter formal com o objetivo de demandar a responsabilidade de um Estado que tenha praticado um ato ilícito internacional. Inclui-se, nesse conceito, por exemplo, a instauração de procedimentos perante cortes e tribunais internacionais. Com isso em mente, o presente trabalho irá investigar se é possível que um Estado não diretamente lesado invoque a responsabilidade de outro Estado por violações a obrigações *erga omnes* ou *erga omnes partes* perante a Corte Internacional de Justiça.

Em outras palavras, será examinado se a Corte Internacional de Justiça reconhece *locus standi* a qualquer Estado para atuar em nome de toda a comunidade internacional na proteção de interesses comunitários através da instauração de procedimentos tendentes a invocar a responsabilidade internacional de outro Estado em casos de violações a obrigações *erga omnes (partes)*.

3.1. *South West Africa (1966)*

Após o fim da Primeira Guerra Mundial e a dissolução do Império Alemão, o território que hoje corresponde à República da Namíbia (antiga colônia alemã) foi colocado sob administração da África do Sul no Sistema de Mandato da Liga das Nações e, posteriormente, no Sistema de Tutela da ONU.

Em novembro de 1960, Etiópia e Libéria iniciaram procedimentos em face da África do Sul perante a Corte Internacional de Justiça por conta da situação do Sudoeste Africano (hoje Namíbia). As demandantes requeriam que a Corte reconhecesse que a África do Sul não cumpria adequadamente suas obrigações enquanto mandatária daquele território.

Como base de jurisdição para que a CIJ pudesse adjudicar a matéria, as demandantes apontaram o artigo 7(2) do Acordo de Mandato, que estabelecia que “quaisquer disputas entre a Mandatária e outro membro da Liga das Nações a respeito da interpretação ou aplicação das disposições do Mandato” seriam submetidas à Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI).

Em decisão proferida em 1962 acerca das objeções preliminares apontadas pela África do Sul⁴⁹, a Corte Internacional de Justiça, por apertada maioria de oito a sete, entendeu possuir jurisdição para julgar a matéria. Ademais, a CIJ também entendeu que, ao se referir a “quaisquer disputas entre a Mandatária e outros membros da Liga das Nações”, o Acordo de Mandato reconhecia que todos os membros da Liga das Nações tinham interesse jurídico no bom e fiel cumprimento do Mandato.

Com isso, a Corte parecia ter concluído que, por força do artigo 7(2) do Acordo de Mandato para o Sudoeste Africano, qualquer membro da Liga das Nações possuía *locus standi* para demandar, perante a CPJI (e, posteriormente, perante a CIJ), que a África do Sul cumprisse adequadamente os termos do Mandato. Entretanto, ao examinar o mérito da ação, em decisão de 1966⁵⁰, a Corte, graças ao voto de minerva de seu Presidente, rejeitou as demandas apresentadas pela Etiópia e pela Libéria afirmando que aqueles Estados não tinham legitimidade para exigir o cumprimento, pela África do Sul, de suas obrigações sob o Mandato do Sudoeste Africano.

A Corte justificou o reexame do tema, que parecia já ter sido decidido em 1962, argumentando que, de um lado, há a questão da capacidade das demandantes de aparecerem perante a CIJ (o que, segundo a Corte, havia sido decidido positivamente em 1962) e, de outro, a discussão sobre se as demandantes teriam

⁴⁹ Citação da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça: *South West Africa Cases* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962: I.C.J. Reports 1962, p. 319

⁵⁰ Citação da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça: *South West Africa*, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, p. 6.

algum direito ou interesse jurídico com relação à própria matéria da ação em apreço.

A partir disso, a Corte decidiu que, embora Etiópia e Libéria pudessem ter certos interesses enquanto membros da Liga das Nações, elas não possuíam nenhum interesse jurídico individual na demanda. Nesse sentido, somente a própria Liga das Nações, por meio de seus órgãos institucionais, teria legitimidade para exigir o adequado cumprimento do Mandato para o Sudoeste Africano. Os Estados-partes da Liga poderiam exercer seus direitos enquanto membros através da participação nesses órgãos, mas jamais individualmente em nome próprio ou mesmo em nome da organização.

Não obstante as críticas que podem ser feitas à sua fundamentação⁵¹, fato é que a Corte concluiu que as demandantes não tinham legitimidade para defender interesses coletivos ou de terceiros (Sudoeste Africano). No entanto, essa rejeição parece ter se dado muito mais em função da redação da cláusula judicial que serviu de base de jurisdição do que propriamente de uma ausência de legitimidade das partes demandantes.

3.2. *Nuclear Tests (1974)*

Quatro anos após o julgamento dos casos *South West Africa*, a Corte proferiu a sua sentença no caso *Barcelona Traction* (1970), na qual, como já comentado, em *obiter dictum*, foi reconhecida a existência de interesses da comunidade internacional como um todo, que geram obrigações *erga omnes* e

⁵¹ POK YIN STEPHENSON CHOW, *On Obligations Erga Omnes Partes*, *Georgetown Journal of International Law*, v. 52, nº 2, 2021, pp. 474-480.

direitos com relação aos quais “todos os Estados podem ser considerados como tendo um interesse jurídico de [vê-los] protegidos”⁵².

Poucos anos depois, a CIJ se deparou novamente com uma questão envolvendo a proteção de interesses coletivos. Em 1973, Austrália e Nova Zelândia iniciaram procedimentos em face da França em função da realização, pela demandada, de testes nucleares atmosféricos na região do Pacífico Sul que causavam chuvas radioativas.

As demandantes alegavam que os testes nucleares empreendidos pela França violavam tanto interesses de todos os membros da comunidade internacional quanto direitos próprios das demandantes. Ou seja, as demandantes agiam tanto em nome próprio (na defesa de interesses individuais) quanto em nome de toda a comunidade internacional. Assim, ao contrário do caso *South West Africa*, nestes casos, além de alegarem violações a interesses comunitários, Austrália e Nova Zelândia também alegavam violações a direitos individuais, enquanto Estados diretamente lesados pelos atos ilícitos cometidos pela França⁵³.

As demandantes apontaram como base de jurisdição da Corte o artigo 17 do Ato Geral para a Solução Pacífica de Disputas Internacionais, de 1928, do qual todas eram partes, e, alternativamente, no artigo 36(2) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, sendo certo que tanto as demandantes quanto a França haviam feito declarações com base nesse artigo.

⁵² Citação da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33.

⁵³ KYOJIKAWASAKI, The “Injured State” in the International Law of State Responsibility, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, v. 28, 2000, p. 29.

Entretanto, em sentenças de 1974⁵⁴⁻⁵⁵, a CIJ acabou por não adentrar no mérito da discussão, entendendo que a demanda perdera seu objeto na medida em que a França havia, voluntária e unilateralmente, se comprometido a não mais realizar testes nucleares no Pacífico Sul, atendendo, assim, aos pedidos de Austrália e Nova Zelândia, de modo que não haveria uma controvérsia a ser solucionada pela Corte.

3.3. *East Timor (1995)*

In the Court's view, No fim do século XX, Portugal ajuizou ação em face da Austrália com relação à situação do Timor Leste, território não autogovernado administrado por Portugal, que fora ocupado pela Indonésia em 1975 e posteriormente anexado (por meio de lei interna indonésia) em 1976.

Em 1978, a Austrália reconheceu a anexação como uma situação *de facto* e, a partir daí, passou a negociar com a Indonésia acordos de delimitação da plataforma continental e de exploração de seus recursos naturais que envolviam a chamada “Fenda Timorense”, pois se referia à plataforma continental do Timor Leste. Em 1989, Austrália e Indonésia concluíram tratado de delimitação dos direitos de exploração da plataforma continental timorense e, nos anos seguintes, a Austrália aprovou legislação interna para dar aplicabilidade ao tratado.

Diante disso, Portugal alegou que a Austrália havia violado suas obrigações de respeito aos deveres e poderes de Portugal, enquanto potência administradora do Timor Leste, e de respeito ao direito à autodeterminação do povo timorense.

⁵⁴ Citação da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça: *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253.

⁵⁵ Citação da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça: *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 457.

Com isso, segundo Portugal, a Austrália havia incorrido em responsabilidade internacional em face daquele país europeu e também em face do Timor Leste. Assim, Portugal invocava a responsabilidade da Austrália tanto na qualidade de Estado lesado quanto na qualidade de Estado não lesado.

Como base de jurisdição, Portugal apontou o artigo 36(2) do Estatuto da Corte.

Dentre as diversas objeções preliminares levantadas pela Austrália, destaca-se o argumento de que Portugal não teria legitimidade para propor a ação, uma vez que não provara interesse jurídico próprio suficiente e que, além disso, Portugal não teria direito de representar o povo do Timor Leste.

Apesar disso, em sentença de 1995⁵⁶, a CIJ acabou não entrando na discussão do *locus standi* de Portugal. A Corte concluiu que eventual análise do mérito implicaria examinar a licitude de condutas da Indonésia, a qual não havia consentido com a jurisdição da Corte. Dessa forma, por aplicação do princípio *Monetary Gold*, a CIJ considerou não poder exercer a sua jurisdição nessa causa.

Nada obstante, um ponto suscitado por Portugal merece menção. A fim de tentar afastar a aplicabilidade do princípio *Monetary Gold*, Portugal alegou que as obrigações violadas pela Austrália atingiam obrigações *erga omnes* (nomeadamente, o direito do povo timorense à autodeterminação), de modo que Portugal poderia, individualmente, demandar sua observância independentemente da conduta ou do consentimento de terceiros Estados. Quanto a este ponto, a CIJ afirmou que:

⁵⁶ Citação da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça: *East Timor* (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90.

Portugal's assertion that the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice, has an *erga omnes* character, is irreproachable. (...) However, the Court considers that the *erga omnes* character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things. Whatever the nature of the obligations invoked, the Court could not rule on the lawfulness of the conduct of a State when its judgment would imply an evaluation of the lawfulness of the conduct of another State which is not a party to the case. Where this is so, the Court cannot act, even if the right in question is a right *erga omnes*.⁵⁷

Com isso, a CIJ houve por bem diferenciar a natureza e a abrangência das normas que estabelecem obrigações internacionais das normas que tratam da jurisdição de uma corte internacional. Nesse sentido, o caráter *erga omnes* da obrigação violada não confere, automaticamente e por si só, jurisdição para uma corte adjudicar determinada matéria; é necessário que haja uma base ou título capaz de permitir a ativação da sua jurisdição⁵⁸.

3.4. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (2012)*

Em setembro de 2005, com base no princípio da jurisdição universal, as autoridades judiciais belgas expediram mandado de prisão em face do Sr. Hissène Habré, Presidente do Chade entre 1982 e 1990, pelo cometimento de crimes contra a humanidade, como tortura, extermínio e desaparecimentos forçados, no território do Chade durante o seu governo. Ato contínuo, a Bélgica transmitiu o mandado de prisão internacional ao Senegal (país onde o Sr. Habré vivia como asilado político) requerendo a extradição do acusado.

⁵⁷ Citação da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça: *East Timor* (Portugal v. Austrália), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 102, para. 28.

⁵⁸ IAIN SCOBIE, The Invocation of Responsibility for the Breach of "Obligations under Peremptory Norms of General International Law", *The European Journal of International Law*, v. 13, n° 5, 2002, pp. 1218-1219.

Em novembro do mesmo ano, a Corte de Apelação de Dacar indeferiu o pedido de extradição sob o fundamento de que o Sr. Habré fazia jus a imunidade de jurisdição por atos praticados durante a sua Presidência, imunidade essa que perduraria mesmo após o fim de suas funções oficiais.

Tendo em vista as repetidas negativas do Senegal em extraditar o Sr. Habré e o insucesso das negociações diplomáticas entre os dois Estados, em 2009, a Bélgica iniciou procedimentos perante a CIJ em face do Senegal demandando que este cumprisse sua obrigação de julgar ou extraditar (*aut dedere aut judicare*) o Sr. Habré com base na Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984. Como base para a jurisdição da Corte, a Bélgica apontou o artigo 30(1) da Convenção contra a Tortura, que estabelece que qualquer controvérsia a respeito da interpretação ou da aplicação da Convenção poderá ser submetida à Corte Internacional de Justiça.

Seguindo a diferenciação estabelecida no caso *East Timor*, em primeiro lugar, a Corte precisava examinar se possuía jurisdição. Neste ponto, concluiu que, estando presentes os requisitos previstos no artigo 30(1) da Convenção contra a Tortura, ela poderia exercer jurisdição sobre a causa apresentada pela Bélgica.

Em seguida, a Corte passou para o exame da legitimidade da Bélgica para invocar a responsabilidade internacional do Senegal por conta de violações à Convenção contra a Tortura. A CIJ observou, então, que:

68. As stated in its Preamble, the object and purpose of the Convention is “to make more effective the struggle against torture ... throughout the world”. The States parties to the Convention have a common interest to ensure, in view of their shared values, that acts of torture are prevented and that, if they occur, their authors do not enjoy impunity. (...) All the other States parties have a common interest in compliance with these

obligations by the State in whose territory the alleged offender is present. That common interest implies that the obligations in question are owed by any State party to all the other States parties to the Convention. All the States parties “have a legal interest” in the protection of the rights involved (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33). These obligations may be defined as “obligations erga omnes partes” in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case.

69. The common interest in compliance with the relevant obligations under the Convention against Torture implies the entitlement of each State party to the Convention to make a claim concerning the cessation of an alleged breach by another State party. If a special interest were required for that purpose, in many cases no State would be in the position to make such a claim. It follows that any State party to the Convention may invoke the responsibility of another State party with a view to ascertaining the alleged failure to comply with its obligations erga omnes partes, such as those under Article 6, paragraph 2, and Article 7, paragraph 1, of the Convention, and to bring that failure to an end.⁵⁹

Com isso, tendo em vista o seu objeto e a sua finalidade (i.e., prevenir a ocorrência de atos de tortura e assegurar a punição daqueles acusados de praticarem tais atos), a Corte concluiu que a Convenção contra a Tortura estabelece obrigações *erga omnes partes*. Nesse sentido, todos os Estados-partes da Convenção têm interesse jurídico em ver as suas disposições observadas e respeitadas, de modo que qualquer Estado-parte possui legitimidade para invocar a responsabilidade de outro Estado-parte em caso de violação.

Assim, havendo uma cláusula judicial em um tratado multilateral que estabeleça obrigações *erga omnes partes* remetendo eventuais controvérsias à

⁵⁹ Citação da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça: *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 449-450, para. 68-69.

Corte Internacional de Justiça, qualquer Estado-parte poderá invocar, perante a CIJ, a responsabilidade de outro Estado-parte por violação a essas obrigações.

Note-se que, embora não tenha mencionado expressamente o Projeto da CDI, a CIJ parece ter aplicado a regra de invocação da responsabilidade prevista no artigo 48(1)(a).

Com isso, a Corte reafirmou a existência de interesses comuns, ainda que no âmbito limitado de um tratado multilateral, e reconheceu que qualquer Estado-parte desses tratados é parte legítima para invocar a responsabilidade de outro Estado-parte em caso de violação a obrigação *erga omnes partes*, independentemente de ter sofrido prejuízo específico e direto. Ademais, havendo uma cláusula judicial inserta nesse tratado multilateral, qualquer Estado-parte teria *locus standi* para invocar essa responsabilidade internacional perante a CIJ.

3.5. *Whaling in the Antarctic (2014)*

Em 2010, a Austrália iniciou procedimentos em face do Japão por conta da continuidade de seu programa nacional de caça a baleias na Antártica, o qual violaria a Convenção Internacional para a Regulamentação da Pesca da Baleia, de 1948, bem como outras obrigações internacionais de preservação dos mamíferos marinhos e do meio-ambiente marinho. Como base de jurisdição, a Austrália indicou o artigo 36(2) do Estatuto da CIJ, sendo certo que ambos os Estados haviam feito a declaração facultativa de jurisdição obrigatória.

O Japão arguiu que a Corte não possuía jurisdição para julgar o caso, pois a matéria discutida se incluiria em uma das reservas contidas na declaração feita pela Austrália com base no artigo 36(2) do Estatuto da CIJ. Assim, com base no

princípio da reciprocidade, o Japão não poderia ser acionado pela Austrália a respeito de tema excluído, pela própria Austrália, da jurisdição da Corte.

A Corte rejeitou essa objeção, entendendo que o caso em apreço não se enquadraria na reserva formulada pela Austrália e decidindo, dessa forma, possuir jurisdição para adjudicar a matéria⁶⁰.

O que chama a atenção, todavia, é o fato de o Japão ter limitado suas objeções preliminares apenas ao argumento com base na reserva feita pela Austrália, sem ter suscitado outras contestações possíveis. Notadamente, o Japão poderia, por exemplo, ter arguido que a Austrália não havia sofrido prejuízo direto e especial em decorrência dos atos ilícitos alegadamente praticados pelo Japão e, portanto, não tinha interesse jurídico. Em outras palavras, segundo essa linha de argumentação, a Austrália não teria legitimidade para invocar a responsabilidade do Japão por não ser um Estado lesado e a demanda seria, portanto, inadmissível.

Por outro lado, a Convenção Internacional para a Regulamentação da Pesca da Baleia parece ser um bom exemplo de tratado que estabelece obrigações *erga omnes partes*, de modo que a Austrália poderia ser considerada como Estado legitimado com base no artigo 48(1)(a) do Projeto de Artigos da CDI.

Apesar disso, uma vez que o Japão não suscitou essa objeção, a Corte não tratou desse tema.

⁶⁰ Citação da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça: *Whaling in the Antarctic* (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 226.

3.6. *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (2016)*

Em 2014, a República das Ilhas Marshall iniciou procedimentos contra os nove Estados (sabida ou alegadamente) detentores de armas nucleares, nomeadamente: China, Coreia do Norte, Estados Unidos, França, Índia, Israel, Paquistão, Reino Unido e Rússia. Todas essas ações tinham como base o descumprimento, por esses Estados, de suas obrigações relacionadas à cessação das corridas nucleares e, em última instância, ao completo desarmamento. Para tanto, as Ilhas Marshall apontaram violação ao Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares (TNP), de 1968, em especial seu artigo VI. Para aqueles Estados que não são partes do TNP (Índia, Israel e Paquistão), as Ilhas Marshall argumentaram que, além da obrigação convencional, haveria também uma obrigação costumeira de realizar esforços destinados ao completo desarmamento nuclear, de modo que toda a comunidade internacional estaria obrigada a buscar esse desarmamento, independentemente do TNP.

Assim, embora as Ilhas Marshall tenham sido historicamente prejudicadas pela realização de testes nucleares no Oceano Pacífico, as ações em causa não se destinavam a buscar reparação por prejuízo individual sofrido pela demandante. Na realidade, elas se baseavam na invocação de responsabilidade internacional por violação de obrigações *erga omnes partes* (no caso dos Estados-partes do TNP) e obrigações *erga omnes* (nos casos de Índia, Israel e Paquistão), sem que tenha sido apontado um prejuízo específico para a invocação dessa responsabilidade⁶¹.

⁶¹ RAFAEL ZELESCO BARRETTO, Quando um não sabe, dois não litigam? O caso das Ilhas Marshall contra os Estados detentores de Armas Nucleares, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, nº 73, 2018, p. 632

Com relação a Índia, Paquistão e Reino Unido, as Ilhas Marshall indicaram como base de jurisdição o artigo 36(2) do Estatuto da CIJ. Quanto aos demais Estados demandados, que não haviam formulado declarações facultativas de jurisdição obrigatória, as respectivas ações não foram adiante por ausência de jurisdição da Corte.

Nas ações contra Índia, Paquistão e Reino Unido, a Corte, todavia, também entendeu não possuir jurisdição. Para tanto, a CIJ afirmou que a demandante não havia adotado medidas prévias que deixassem clara a sua insatisfação com as posturas dos demandados a respeito do tema de desarmamento nuclear. Assim, no entender da Corte, os demandados não sabiam nem tinham como saber da divergência das Ilhas Marshall com as suas posições, de modo que não havia uma controvérsia entre as partes litigantes que autorizasse a Corte a exercer sua jurisdição^{62.63.64}.

Dessa forma, a CIJ não adentrou no mérito nem abordou o *locus standi* das Ilhas Marshall para invocar a responsabilidade dos Estados demandados. Ainda assim, alguns pontos tratados nas curtas sentenças da Corte merecem atenção.

Em primeiro lugar, relembando sua opinião consultiva dada em 1996 acerca da legalidade da ameaça ou do uso de armas nucleares, a Corte reafirmou

⁶² Citação da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça: *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (Marshall Islands v. India), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 255.

⁶³ Citação da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça: *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (Marshall Islands v. Pakistan), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 552.

⁶⁴ Citação da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça: *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 833.

que a obrigação contida no TNP de negociar de boa-fé o desarmamento nuclear é de interesse de todos os Estados-partes do tratado e, conseqüentemente, também da vasta maioria da comunidade internacional. Dessa forma, resta claro que tais obrigações possuem caráter *erga omnes partes*, sendo de interesse de todos os Estados-partes do TNP.

No que diz respeito aos Estados não-partes do TNP, por outro lado, a Corte deixou de se pronunciar a respeito do caráter costumeiro dessa obrigação, não esclarecendo se, no seu entender, ela seria uma efetiva obrigação *erga omnes*, aplicável a toda a comunidade internacional independentemente da ratificação do TNP.

Diante disso, embora a conclusão a que a CIJ chegou nos casos das Ilhas Marshall possa ser bastante contestável⁶⁵, para os fins aqui propostos, a decisão é interessante não pelo que ela disse, mas pelo que ela deixou de dizer. Ao não adentrar na questão da admissibilidade das demandas, a CIJ não rejeitou (ao menos não de maneira expressa) a possibilidade de um Estado não diretamente lesado (Ilhas Marshall) invocar a responsabilidade de outros Estados por violações de obrigações *erga omnes partes* (no caso do Reino Unido, por força do TNP) ou *erga omnes* (nos casos de Índia e Paquistão).

⁶⁵ Nesse sentido, v. RAFAEL ZELESCO BARRETTO, Quando um não sabe, dois não litigam? O caso das Ilhas Marshall contra os Estados detentores de Armas Nucleares, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, nº 73, 2018.

3.7. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (2020, medidas provisionais)*

Por fim, vale examinar uma recente decisão proferida pela Corte Internacional de Justiça a respeito da indicação de medidas provisionais em caso cujo mérito ainda está pendente de julgamento.

Em 2019, a Gâmbia iniciou procedimentos em face de Mianmar com base em supostas violações à Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, por conta de atrocidades cometidas contra a minoria Rohingya. Como base de jurisdição, foi indicado o artigo IX da Convenção contra o Genocídio, segundo o qual qualquer controvérsia envolvendo a interpretação, aplicação ou cumprimento da Convenção deve ser submetida à Corte Internacional de Justiça.

Mianmar suscitou objeções preliminares arguindo a inadmissibilidade da demanda, haja vista a ausência de legitimidade da Gâmbia para ajuizá-la. Embora essas objeções preliminares ainda estejam pendentes de julgamento, em 2020, a Corte proferiu decisão instituindo medidas provisionais. Nessa decisão, a CIJ precisou examinar, ainda que apenas em sede de cognição sumária, se a Gâmbia teria, ao menos aparentemente, legitimidade para iniciar procedimentos em face de Mianmar. Dessa forma, rememorando a sua sentença no caso Habré (item 3.4. acima), a Corte afirmou que:

41. (...)

In view of their shared values, all the States parties to the Genocide Convention have a common interest to ensure that acts of genocide are prevented and that, if they occur, their authors do not enjoy impunity. That common interest implies that the obligations in question are owed by any State party to all the other States parties to the Convention. In its Judgment in the case concerning Questions relating to the Obligation to

Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), the Court observed that the relevant provisions in the Convention against Torture were “similar” to those in the Genocide Convention. The Court held that these provisions generated “obligations [which] may be defined as ‘obligations erga omnes partes’ in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case” (Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), p. 449, para. 68). It follows that any State party to the Genocide Convention, and not only a specially affected State, may invoke the responsibility of another State party with a view to ascertaining the alleged failure to comply with its obligations erga omnes partes, and to bring that failure to an end.

42. The Court concludes that The Gambia has prima facie standing to submit to it the dispute with Myanmar on the basis of alleged violations of obligations under the Genocide Convention.⁶⁶

Dessa forma, a Corte mais uma vez reconheceu *locus standi* a um Estado-parte de um tratado multilateral que impõe obrigações *erga omnes partes* mesmo sem que o demandante tenha sido direta ou especialmente prejudicado pelo ato ilícito reclamado.

3.8. É possível a invocação da responsabilidade internacional por Estados não lesados na Corte Internacional de Justiça?

A partir das decisões proferidas pela Corte Internacional de Justiça examinadas acima, parece claro que, em casos de invocação de responsabilidade internacional por parte de um Estado não prejudicado pelo ato ilícito reclamado de acordo com o artigo 48(1) do Projeto de Artigos da CDI sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, a CIJ deverá fazer uma análise preliminar em duas etapas.

⁶⁶ Citação da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, p. 17, para. 41-42.

Em primeiro lugar, a Corte deverá averiguar se possui jurisdição para adjudicar a causa. Nesta etapa, a Corte irá examinar se existe uma base ou título que permita a ativação de sua jurisdição, como, por exemplo, uma cláusula judicial inserta em tratado multilateral, declarações recíprocas com base no artigo 36(2) do Estatuto da CIJ (cláusula facultativa de jurisdição obrigatória) ou mesmo um consentimento específico. Em outras palavras, será examinado se as partes consentiram com o exercício da jurisdição da Corte Internacional de Justiça⁶⁷.

Em seguida, somente após haver confirmado que possui jurisdição, a Corte irá analisar se a parte demandante tem interesse jurídico na matéria. Este segundo exame se refere à admissibilidade da demanda (e não mais à jurisdição da Corte)⁶⁸, no qual, entre outros aspectos da demanda, deverá ser averiguado se o Estado demandante possui legitimidade para invocar a responsabilidade internacional do Estado demandado.

Isso ocorre porque, conforme estabelecido no caso *East Timor* (1995), o caráter *erga omnes* (*partes*) da obrigação violada não confere, por si só, jurisdição à Corte Internacional de Justiça⁶⁹. É imprescindível, portanto, que haja uma base que permita à Corte exercer a sua jurisdição.

⁶⁷ CHRISTIAN TOMUSCHAT, Article 36, In Andreas ZIMMERMANN et al., (ed.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 853.

⁶⁸ POK YIN STEPHENSON CHOW, On Obligations *Erga Omnes Partes*. *Georgetown Journal of International Law*, v. 52, n^o 2, 2021, pp. 498-500.

⁶⁹ JEAN-MARC THOUVENIN, La saisine de la Cour internationale de Justice en cas de violation des règles fondamentales de l'ordre juridique international, In Christian TOMUSCHAT; Jean-Marc THOUVENIN (ed.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 328.

Diante disso, pode-se concluir que, preenchida a inafastável condição⁷⁰ de haver uma base de jurisdição, a Corte parece estar construindo um sólido entendimento no sentido de que, em se tratando de obrigações *erga omnes partes* com base em um tratado multilateral, qualquer Estado-parte desse tratado possui legitimidade para invocar a responsabilidade internacional de outro Estado-parte. Nesse sentido foram as decisões proferidas nos casos *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (2012) e *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (2020).

Situação semelhante ocorreu no caso *Whaling in the Antarctic* (2014), em que se recorreu ao artigo 36(2) do Estatuto da CIJ como base de jurisdição, ainda que, neste caso, a Corte não tenha se manifestado de maneira expressa a respeito da possibilidade de um Estado não lesado invocar a responsabilidade internacional de outro.

Quanto a obrigações *erga omnes* baseadas no direito internacional geral (e não em tratado multilateral), por sua vez, a Corte ainda não se manifestou expressamente sobre se qualquer Estado, pelo simples fato de ser membro da comunidade internacional, possui legitimidade para invocar a responsabilidade internacional de outro Estado. Como visto, nos casos *Nuclear Tests* (1974), *East Timor* (1995) e *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (2016), a Corte não chegou a examinar a questão da admissibilidade das demandas e não se manifestou

⁷⁰ PHOEBE OKOWA, *Issues of Admissibility and the Law on International Responsibility*, In Malcolm EVANS, (ed.) *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 491-492.

expressamente acerca do *locus standi* das demandantes e de sua legitimidade para invocar a responsabilidade internacional enquanto Estados não lesados.

Apesar disso, não parece haver motivo para se negar essa possibilidade, haja vista que, como reconhecido pela própria CIJ repetidas vezes, todos os Estados possuem interesse jurídico em ver tais obrigações respeitadas.

4. Conclusão

Ao longo do presente trabalho, foram estudados sete casos julgados pela Corte Internacional de Justiça. À exceção dos casos *South West Africa* (1966), que, além de serem anteriores ao caso *Barcelona Traction* (1970), possuíam particularidades que, como visto, não permitem a extrapolação da conclusão adotada pela Corte naqueles julgamentos, os demais casos analisados parecem apontar em direção ao reconhecimento da possibilidade de invocação da responsabilidade internacional por Estados não prejudicados pelo ato ilícito reclamado nos casos de violações a obrigações *erga omnes partes*.

Já no que diz respeito a obrigações *erga omnes*, que não têm fundamento em um tratado multilateral, se por um lado a Corte jamais reconheceu expressamente a possibilidade de um Estado não lesado invocar a responsabilidade de outro Estado, por outro, a Corte também nunca chegou a rejeitá-la de maneira expressa.

Dessa forma, a Corte parece caminhar em direção ao reconhecimento da existência de legitimidade para Estados não lesados invocarem a responsabilidade internacional de outros Estados em causas envolvendo violações a obrigações *erga omnes* e obrigações *erga omnes partes*. Ainda assim, é absolutamente necessário

que haja uma base de jurisdição para que a CIJ para adjudicar a causa. Não havendo um título que permita a ativação de sua jurisdição, o caráter *erga omnes (partes)* da obrigação violada não será capaz de, por si só, permitir que a Corte examine a responsabilidade internacional de um Estado.

Essa constatação se mostra importante, pois o reconhecimento da existência de interesses e valores compartilhados por toda a comunidade internacional e o consequente reconhecimento das obrigações de caráter *erga omnes* oriundas desses interesses e valores comunitários deve vir acompanhado de uma ampliação dos meios colocados à disposição dos Estados para fazerem frente a violações a essas obrigações.

O Projeto de Artigos da CDI de 2001, ao conferir legitimidade a todos os Estados para invocarem a responsabilidade internacional por violações de obrigações *erga omnes (partes)* representou um grande avanço, muito embora esse Projeto (ainda) não tenha sido convertido em um tratado, sendo, pelo menos até o presente momento, formalmente apenas *soft law*⁷¹.

Assim, a Corte Internacional de Justiça, enquanto principal órgão judicial internacional, deve assumir sua função de promover e proteger esses interesses comunitários, permitindo que Estados não prejudicados invoquem judicialmente a responsabilidade internacional de Estados que violarem obrigações de caráter *erga omnes*. Como bem aponta Surabhi Ranganathan, se assim não agir, a CIJ acabará se tornando indistinguível de um tribunal arbitral⁷².

⁷¹ IAIN SCOBIE, The Invocation of Responsibility for the Breach of “Obligations under Peremptory Norms of General International Law”, *The European Journal of International Law*, v. 13, n° 5, 2002, p. 1202.

⁷² SURABHI RANGANATHAN, Nuclear Weapons and the Court, *American Journal of International Law Unbound*, v. 111, 2017, p. 94.

5. Referências Bibliográficas

- ACCIOLY, Hildebrando, *Tratado de Direito Internacional Público*, Vol. 1, 3ª ed., São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- AGO, Roberto, *Third report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur* (Document A/CN.4/217/ADD.2), 5 abril 1971, pp. 210-211, disponível em https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1971_v2_p1.pdf, Acesso em 23/07/2021.
- BARRETTO, Rafael Zelesco, Quando um não sabe, dois não litigam? O caso das Ilhas Marshall contra os Estados detentores de Armas Nucleares, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, nº 73, 2018.
- CHOW, Pok Yin Stephenson, On Obligations *Erga Omnes Partes*, *Georgetown Journal of International Law*, v. 52, nº 2, 2021.
- CRAWFORD, James, The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: a Retrospect, *The American Journal of International Law*, v. 96, nº 4, 2002.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain, *Direito Internacional Público*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- KAWASAKI, Kyoji, The "Injured State" in the International Law of State Responsibility, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, v. 28, 2000.
- OKOWA, Phoebe, Issues of Admissibility and the Law on International Responsibility, In: Malcolm EVANS (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- PELLET, Alain, The definition of responsibility in International Law, In James CRAWFORD; Alain PELLET; Simon OLLESON (eds.), *The Law of International Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- PELLET, Alain, The ILC's Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts, In James CRAWFORD; Alain PELLET; Simon OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- RANGANATHAN, Surabhi, Nuclear Weapons and the Court, *American Journal of International Law Unbound*, v. 111, 2017.
- SCOBBIIE, Iain, The Invocation of Responsibility for the Breach of "Obligations under Peremptory Norms of General International Law", *The European Journal of International Law*, v. 13, nº 5, 2002.
- SIMMA, Bruno, From Bilateralism to Community Interest in International Law, *Collected Courses of the Hague academy of International Law*, Vol. 250, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1994.
- SLOBODA, Pedro Muniz, *A Síndrome de Brás Cubas: Sanções unilaterais e a responsabilidade internacional dos estados*, Brasília, FUNAG, 2018.
- THOUVENIN, Jean-Marc, La saisine de la Cour internationale de Justice en cas de violation des règles fondamentales de l'ordre juridique international, In Christian TOMUSCHAT; Jean-Marc THOUVENIN (ed.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

TOMUSCHAT, Christian, Article 36, In Andreas ZIMMERMANN et al. (ed.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

OS PRECEDENTES JUDICIAIS E A PANDEMIA DO COVID-19: OS IMPACTOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS TOMADAS DE DECISÃO DO PODER PÚBLICO BRASILEIRO

Judicial Precedents and the Covid-19 Pandemic: The Impacts on Fundamental Rights in Decision-Making by the Brazilian Public Power

Fábio da Silva Santos*
Gabriel Carvalho e Passos**

Resumo: O presente artigo vem abordar os impactos das decisões tomadas pelo Poder Público brasileiro nos direitos fundamentais, sob a ótica dos precedentes judiciais, no período da pandemia do coronavírus (covid-19), no ano de 2020, pela metodologia hipotético-dedutiva, ao passo que também vem verificar se, de alguma forma, mediante argumentação jurídica e elementos históricos, a tomada de decisões pelo poder público, especialmente o judiciário e o executivo, mediante fundamentação escassa de suas decisões, promovem uma conjectura irreversível no Estado Democrático de Direito. Igualmente, se propõe a apontar uma possível solução para o que pode ser um cenário desastroso para a afirmação e reconhecimento dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Precedentes judiciais; Pandemia do Coronavírus; Poder público; Direitos fundamentais; Decisão Judicial.

Abstract: This article addresses the impacts of the decisions taken by the Brazilian government on fundamental rights, from the perspective of judicial precedents, in the period of the coronavirus pandemic (covid-19), in 2020, using the hypothetical-deductive

* Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pesquisador do Centro de Pesquisas em Proteção Internacional de Minorias da USP. Mestrado e Doutorado pela Universidade t (Unifacs). Pesquisador e Bolsista Capes. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (Uesc), Especialista em Direito Público e em Docência do Ensino Superior. Membro do Grupo de Pesquisa em Cidadania e do Núcleo de Pesquisa em Jurisdição Constitucional e Controle de Constitucionalidade (UFBA), e Educação e Desenvolvimento. Pesquisador do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia. Professor de Ciência Política e Direito Constitucional e Direitos Fundamentais (UFBA). Professor (Cursos de Graduação e Pós-Graduação) de Direito, Metodologia Científica e Pesquisa Jurídica na Universidade Salvador (Unifacs); Centro Universitário Maria Milza (Unimam); Universidade Católica do Salvador (UCSal). E-mail: fabiosantodireito@gmail.com.

** Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ruy Barbosa (UNIRUY). E-mail: gcpassos.93@gmail.com.

methodology, while also comes to verify if, somehow, through legal argumentation and historical elements, the decision-making by the public power, especially the judiciary and the executive, through scarce reasoning of their decisions, will promote an irreversible conjecture in the Democratic State of Rights. Likewise, it proposes to point out a possible solution to what could be a disastrous scenario for the affirmation and recognition of fundamental rights.

Keywords: Judicial precedents; Coronavirus Pandemic; Public power; Fundamental rights; Judicial Decision.

Sumário: 1. Considerações Iniciais; 2. Dos Direitos Fundamentais - Considerações Preliminares; 3. A Teoria dos Precedentes Judiciais e sua Inserção no Sistema Jurídico Brasileiro; 4. A Pandemia do Covid-19 e suas Repercussões; 5. A Tensão Hermenêutica entre os Poderes Públicos sobre os Direitos Fundamentais durante a Calamidade Pública; 6. Os Impactos dos Direitos Fundamentais nas Tomadas de Decisão do Poder Público Durante a Pandemia e o seu Prognóstico perante a Legislação Nacional; 6.1. O Distinguishing como forma de contornar um cenário de aparente irreversibilidade; 7. Considerações Finais; 8. Referências.

1. Introdução

Um dos principais romances do século XX, “A Peste”, de Albert Camus, é explicitamente uma representação metafórica do horror da Segunda Guerra Mundial, em todo o seu trágico esplendor. Mas, por que razão teria o autor escolhido a enfermidade como ilustração do mal? Talvez porque a “calamidade permeia por todos os meandros da sociedade e transtorna a vida da cidade, é a única que coloca os cadáveres na rua, que muda a tal ponto as mentalidades.” Com efeito, a metáfora de Camus está longe de ser anacrônica. O que muda na história da humanidade não é a existência ou não da doença, que se sabe intermitente: variam apenas na sua dimensão e nas suas circunstâncias. Arrogando razão à cantilena dos filósofos, cuja aptidão para qualquer instabilidade sempre foi revelar as fraquezas de uma “comunidade” ao erguer o véu que oculta suas insuficiências, a peste põe drasticamente à prova a sociedade democrática, seus princípios, sua identidade

histórica e seu próprio sentido⁷³. Seja no romance ou na vida, o que importa, então, não é sobre a doença em si, e sim de mostrar como se portam os homens diante dela⁷⁴.

Diante deste introito, o presente trabalho, impulsionado pelo saber e com o auxílio imprescindível da orientação ora envolvida que brilhantemente trata, zela e agrega valor ao tema abordado, em conformidade não somente com os interesses sociais e coletivos, mas sobretudo, individuais, corolários à dignidade da pessoa humana, vem tratar dos impactos das decisões tomadas pelo Poder Público brasileiro nos direitos fundamentais, notadamente em sua compreensão substancial, sob a ótica dos precedentes judiciais, no período da pandemia do coronavírus (covid-19), no ano de 2020. No mesmo intento, vale verificar também se, de alguma forma, esta postura, adotada em tempos de crise pelo Poder Público, pode ser igualmente aplicada em um período de estabilidade social e econômica, fundamentando-se na Teoria dos Precedentes Judiciais.

No mesmo apenso, o presente trabalho procura analisar se as decisões tomadas pelo Poder Público, mediante fundamentação escassa ou genérica, utilizando o sistema dos precedentes judiciais, poderá desenvolver uma manifesta insegurança jurídica nacional, mormente em relação aos direitos fundamentais promulgados na Constituição Federal de 1988. Com efeito, indaga-se, igualmente, se o sistema dos precedentes judiciais consagrado pelo *common law*, em face da

⁷³ ELISABETH SLEDZIEWSKI, *Révolutions du Sujet*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1989, p.12, disponível em <https://www.amazon.com/Re%CC%81volutions-Librairie-bicentenaire-Re%CC%81volution-franc%CC%A7aise/dp/2865632407>, acesso em 15/06/2021.

⁷⁴ JACQUELINE LEVI-VALENSI, *La Peste*, d'Albert Camus, Paris, Gallimard, 1991, p. 56, disponível em: <https://www.amazon.com.br/Peste-dAlbert-Camus-Essai-dossier/dp/2070383520>, acesso em 08/04/2021.

pandemia do Covid-19, superou a norma positiva estabelecida pelo direito romano do *civil law* no que tange o seu grau de aplicação e relevância.

Não obstante, a partir da conclusão desta análise, a importância desta pesquisa se pauta no reconhecimento e precaução, pelos operadores do direito, de uma orientação irreversível para os direitos fundamentais e individuais, resultado de uma construção histórico-social constituída com demasiado sacrifício, sobretudo no caso de utilização dos precedentes judiciais estabelecidos em um período calamitoso por governos antidemocráticos e autoritários, que poderão se utilizar da máquina pública para transfigurar, de maneira mais evidente, o distanciamento entre a verdadeira finalidade estatal e aquilo que o Estado de fato desenvolve e proporciona à sociedade.

A técnica utilizada é a da pesquisa exploratório-descritiva, com o uso basilar de análise bibliográfica, consulta a doutrina, nacional e estrangeira, literatura especializada, todas encontradas em acervos públicos e privados, estudo jurisprudencial, além de consulta a especialistas que já tenham cuidado do tema ou de disciplinas que demonstrem proximidade, além de pesquisa documental e em meio digital se necessário for. Consultar-se-á, também, a legislação nacional vigente. Em continuidade, a abordagem do tema é feita através do método hipotético-dedutivo para a partir do conceito de princípios, de direitos fundamentais equiparados e dos impactos da pandemia nos precedentes judiciais brasileiros.

2. Dos Direitos Fundamentais - Considerações Preliminares

Considerados como o sustentáculo de todo Estado Democrático de Direito, os Direitos Fundamentais sempre foram um dos principais objetos de estudos

jurídicos, políticos e sociais. Temas como liberdade, igualdade e justiça já eram ensinados pelos filósofos gregos há mais de 2 milênios.

Atualmente insculpidos na Constituição Federal⁷⁵, foram alcançados através de muita luta, mormente nos séculos XVII e XVIII, quando se defendeu que “certo número de direitos preexiste ao próprio Estado, por resultarem da própria natureza humana”⁷⁶.

Conforme Paulo Bonavides, no século XVIII, o absolutismo dos monarcas, sustentado por uma ideia de divina legitimação de poder, começou a apaziguar, dando espaço à corrente mais humanista, secularista e antropocêntrica do Iluminismo. Nesse momento, se consolidou o Estado de Direito, regime no qual o Estado é submetido ao espírito das leis⁷⁷.

A população passou a ter uma função mais participativa, diferentemente do período no qual se submetia às ordens do monarca sem realizar qualquer questionamento. A legitimação das escolhas políticas e jurídicas é alicerçada na vontade do povo. O poder constituinte se consolida como ferramenta de voz da sociedade, por meio de uma democracia representativa, cujo povo, através de um esforço hercúleo, conquistou direitos basilares, essenciais ou fundamentais⁷⁸.

Hodiernamente, em que pese seja pronunciado em demasia o termo direito fundamental, podemos observar que ainda existem muitas expressões que vêm sendo usadas como sinônimas, como, por exemplo, direitos humanos. A valer, se

⁷⁵ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília, DF, Senado, 1988.

⁷⁶ GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 13.^a ed., ver. e atual., São Paulo, Saraiva, 2018.

⁷⁷ PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 10.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 508.

⁷⁸ PEDRO LENZA, *Direito Constitucional Esquematizado*, 5.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2016.

faz necessário encontrar uma expressão que melhor se amolde ao conceito técnico jurídico.

Quando estamos diante do direito submetido a uma nação, de forma interna, o termo mais adequado a ser empregado é direitos fundamentais, tendo em vista que a própria Constituição utiliza essa denominação em seu Título II⁷⁹.

Noutra senda, quando nos referimos ao âmbito internacional, o mais correto seria utilizar a terminologia dos direitos humanos, principalmente porque assim é apresentado nos tratados internacionais, como podem citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948).

Assim, podemos afirmar os direitos fundamentais como aqueles considerados basilares para qualquer ser humano, independentemente de qualquer distinção pessoal, constituindo uma luz de direitos dos seres humanos catalogados na ordem jurídica do país.

Sinteticamente, os direitos humanos se referem àqueles vinculados aos valores da liberdade e igualdade previstos na esfera jurídica internacional, positivados em tratados internacionais, ratificados ou não, enquanto os direitos fundamentais seriam os direitos humanos enfatizados no ordenamento jurídico interno de um determinado país.

Abraçando a expressão direitos subjetivos fundamentais, mister conceitualizar como a “a atribuição de proteção que a norma atribui à pessoa na que se refere à sua vida, a sua liberdade, à igualdade, a sua participação política ou social, ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete o seu desenvolvimento

⁷⁹ PEDRO LENZA, *Direito Constitucional Esquematizado*, 5.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2016.

integral como pessoa, em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito aos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com possibilidade de pôr em marcha o aparato coativo do Estado em caso de infração”⁸⁰ (tradução nossa).

Bem assim, numa análise terminal, José Afonso da Silva emprega o termo “direitos fundamentais do homem” para tratar desses direitos. Para se respeitar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, conforme o autor, é crucial que esses direitos sejam prerrogativas que o direito positivo declare de forma concreta⁸¹. Podemos dizer que estes são os direitos primordiais individuais, coletivos, sociais e políticos presentes na Carta Maior. Conforme leciona Bobbio, os direitos fundamentais não surgiram todos no mesmo tempo: foram frutos de lutas históricas e conquistas sociais⁸².

Em verdade, estes direitos tiveram seu progresso oriundo das metamorfoses sociais, e, progressivamente, tornaram-se objeto de incontáveis debates, figurando como ponto central dos principais questionamentos jurídicos durante a história.

A nossa Constituição da República atual é demarcada pelo vasto rol de direitos individuais fundamentais em comparação às Constituições antecessoras, o que expressa a vontade e elevação ao supedâneo constitucional de tais direitos.

⁸⁰ No original: *facultad de protección que la norma atribuye a la persona con respecto a su vida, su libertad, igualdad, su participación política o social, o cualquier otro aspecto fundamental que afecte su pleno desarrollo como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo respeto de otros hombres, de grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coercitivo del Estado en caso de infracción*. PECES-BARBA, *Derechos positivos de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1998, p. 190, disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/7231/4118>, acesso em 07/05/2021.

⁸¹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 37.

⁸² NORBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 07, disponível em https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/48/192/ri/v48_n192_p7.pdf, acesso em 15/06/2021.

Nesse diapasão, os direitos humanos, direitos do homem, liberdades fundamentais, liberdades públicas e diversas outras expressões são adotadas para se referir a tais direitos. Contudo, parece-nos que a denominação “direitos fundamentais do homem”, cujo significado se entende como “direitos fundamentais da pessoa humana”, ou tão somente “direitos fundamentais”, é a mais conveniente, por estar em consonância com a Carta Magna brasileira e representar prerrogativas adquiridas e garantidas em texto legítimo, para uma convivência digna, livre e igual entre as pessoas, sem as quais elas não se realizam e, muitas vezes, não sobrevivem⁸³.

Ainda, convém destacar que os direitos fundamentais foram os precursores do processo de constitucionalismo, em que as nações passaram a se preocupar em redigir, de maneira legítima e solene, os direitos e garantias essenciais para orientação não apenas da formação de todo o ordenamento jurídico que se constitui o estado, mas também para a cooperação dos homens na convivência social.

O constitucionalismo foi o movimento e tendência de limitação dos poderes estatais, a partir da ponderação e seleção de princípios organizacionais para a instauração do Estado de Direito, com fulcro na positivação das leis que regem a sociedade.

Diante dessa construção cronológica e procedural, a doutrina positivista reconhece o marco da positivação dos direitos fundamentais com a Constituição Americana de 1787 e as constituições escritas que decorreram da Revolução

⁸³ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, 23.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 49.

Francesa, em 1791⁸⁴. Nessa linha de intelecção, os direitos fundamentais devem ser vistos como a categoria de proteção da dignidade humana e de todos os direitos humanos reconhecidos internacionalmente.

Para além disso, não são apenas os direitos integrados à Constituição os dignos de serem considerados fundamentais, mas, igualmente, aqueles que “[...] possam lhe ser igualados, possuindo ou não, arrimo na constituição formal”⁸⁵. Esta compreensão parece ser a mais apropriada, mormente em razão de que o disposto na Constituição Federal, parágrafo segundo, do art. 5º. Sendo assim, outros direitos, díspares dos constitucionalmente garantidos, podem, identicamente, serem dotados da mesma “fundamentalidade” destes.

Nesta esfera, Humberto Nogueira Alcalá ressalta que o caráter fundamental dos direitos jaz em uma só fonte, qual seja a sua relação com a dignidade humana, visto que são uma expressão imediata e positiva dela, constituindo assim o núcleo básico irreduzível e inalienável do estatuto jurídico da pessoa.⁸⁶

A Constituição brasileira consagrou os direitos fundamentais em cinco capítulos de seu texto promulgado (artigos 5º a 17), viabilizando a plena inserção

⁸⁴ FLÁVIA PIOVESAN, *Temas de direitos humanos*, 5.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, disponível em <https://wp.ufpel.edu.br/ppgd/files/2019/08/FI%C3%A1via-Piovesan-Temas-de-direitos-humanos-cap.-12-a-16.pdf>, acesso em 15/06/2021.

⁸⁵ LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novo Código de processo civil comentado*, 2.ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 1124, disponível em <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/6299>, acesso em 13/05/2021.

⁸⁶ No original: *Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del estatus jurídico de la persona*. HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM-IIIJ, 2009, p. 144, disponível em https://www.usmp.edu.pe/derecho/3ciclo/derechos_humanos/Biblioteca%20virtual/Teoria%20y%20Dogmatica%20de%20los%20Derechos%20Fundamentales.pdf, acesso em 17/06/2021.

destes institutos em nosso ordenamento jurídico-mor. Por isso, foram ordenados em direitos e garantias individuais (Capítulo I), direitos sociais (Capítulo II), direitos de nacionalidade (Capítulo III), direitos políticos (Capítulo IV) e direitos que cingem à participação em partidos políticos, assim como a sua existência e organização (Capítulo V).

Alexandre de Moraes realizou um didático estudo geográfico da Constituição quando da catalogação dos direitos fundamentais, onde assinalou:

“Direitos individuais e coletivos – correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, a Constituição de 1988 os prevê no art. 5º [...]”

Direitos sociais – caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV. A Constituição Federal consagra os direitos sociais a partir do art. 6º;

Direitos de nacionalidade – nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos;

Direitos políticos – conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no status *activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tais normas constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal [...]. A Constituição regulamenta os direitos políticos no art. 14;

Direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos – a Constituição Federal regulamentou os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado

Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo.”⁸⁷

Em face do louvável esforço organizador na compreensão de tais disposições constitucionais pela doutrina, tem-se que, ainda, os direitos fundamentais são classificados em dimensões ou gerações históricas dos direitos.

Os direitos da primeira geração tutelam as garantias individuais, civis e políticos, preconizados como institutos de defesa de limitação do poder estatal e a obrigação de garantia das prestações sociais. São direitos individuais com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário⁸⁸.

Já os direitos da segunda geração trazem o conteúdo das garantias sociais, decorrentes das lutas por igualdade material, que se consubstanciam no direito à saúde, educação, previdência, dentre outros, colocados como prestações positivas do Estado por concretizarem as liberdades abstratas aos cidadãos.

Por sua vez, os direitos da terceira geração representam os direitos da coletividade, conhecidos como direitos difusos e transindividuais, decorrentes da solidariedade, cooperação e convívio social.

Ainda, na ótica de Alexandre de Moraes “Os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, desde que expressamente previstos no texto constitucional, mesmo que difusamente”⁸⁹.

⁸⁷ ALEXANDRE DE MORAES, *Direito constitucional*, 29.^a ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 43.

⁸⁸ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 49.

⁸⁹ ALEXANDRE DE MORAES, *Direito constitucional*, 29.^a ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 647.

Sendo eles mais do que apenas direitos positivados em um documento, “os direitos fundamentais fazem parte de uma afirmação histórica consuetudinária, pautada no valor e no imaginário de uma sociedade, que ilustra seu êxito em consagrar, notadamente, a dignidade da pessoa humana como princípio-vetor de sua nação”⁹⁰.

Estabelecidas tais premissas, é imperioso observar que não apenas a modificação do panorama dos direitos fundamentais merece atenção delicada, mas a sua supressão, definitivamente, implica no desrespeito à própria supremacia constitucional, que se fragiliza e coloca em risco às instituições democráticas e a toda a história de luta de um povo específico. Para isso, se faz necessário entender a tradição jurídica de uma determinada comunidade, e porque os direitos fundamentais, além normalmente consagrados em suas cartas constituintes, enraízam-se nos costumes provenientes de um verdadeiro legado original.

3. A Teoria dos Precedentes Judiciais e sua Inserção no Sistema Jurídico Brasileiro

A praxe jurídica se refere a “[...] uma reunião de costumes e hábitos profundamente arraigados em uma comunidade, historicamente condicionados, a respeito da natureza do direito, do papel do direito na sociedade e na política, a respeito da organização e da operação adequada de um sistema legal, bem como a

⁹⁰ EROS ROBERTO GRAU, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 3.^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003. p. 141, disponível em <https://www.amazon.com.br/Ensaio-Discurso-Interpreta%C3%A7%C3%A3o-Aplica%C3%A7%C3%A3o-Direito/dp/857420935X>, acesso em 13/05/2021.

respeito da forma que deveria criar-se, aperfeiçoar-se, aplicar-se e ensinar o direito”⁹¹.

A formação do direito decorre da tradição jurídica e o Brasil, originariamente, adotou o sistema romano-germânico também denominado romano-canônico ou *Civil Law*, influenciado pela corte portuguesa e pelo direito romano que sistematizava os fenômenos jurídicos em códigos, sendo típico desse sistema o direito escrito em leis. Em regra, os países que sofreram forte influência do direito romano adotaram o direito escrito como fonte prioritária de aplicação do direito, derivado do *jus civile*, o direito civil da república e do império romano⁹².

Tem-se, portanto, a tradição do *Civil Law*, por força do nome atribuído ao código civil romano, *Corpus Iuris Civilis*, precursor da codificação do direito. Assim, a atividade produtiva de uma lei é concentrada no Poder Legislativo, pelo processo de criação de leis obrigatórias. A esse respeito esclarece Macedo que “a formação da tradição jurídica romano-canônica, tem palco na Europa continental. Por efeito da empreitada colonizadora realizada por países como Espanha, Portugal, Holanda e França, ela é espalhada por todo o mundo: trata-se da mais disseminada tradição jurídica. A influência do *civil law* nas Américas é forte; a América do Sul, por exemplo, é composta exclusivamente por países caudatários desta tradição”⁹³.

De maneira diversa, os países de origem anglo-saxônica, que tiveram como fonte do direito prioritariamente os costumes, adotaram um sistema jurídico

⁹¹ LÊNIO LUIZ STRECK e GEORGES ABBOUD, *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, 3.^a ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015, p. 21.

⁹² LÊNIO LUIZ STRECK e GEORGES ABBOUD, *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, 3.^a ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

⁹³ LUCAS BURIL DE MACEDO, *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, Salvador, Jus Podvim, 2017, p. 34.

diverso, denominado *Common Law*. Nesse sistema, a fonte precípua do direito são decisões judiciais previamente proferidas, extraídas de pressupostos, conceitos e métodos interpretativos com menor reverência ao texto escrito, que é utilizado como fonte subsidiária, quando não cabível para o caso concreto as decisões judiciais anteriores. Com efeito, a partir do século XII, uma série contínua de decisões em casos específicos passam a constituir um sistema vasto e complexo de regras e princípios. Assim, tem-se o início da formação do direito comum inglês – no qual a legislação possui um papel marginal – que acaba por formar, mediante sua expansão, uma tradição original, que funciona a partir de pressupostos, conceitos e métodos próprios, constituindo a raiz do *common law*⁹⁴.

Nesse contexto, a teoria de precedentes judiciais é uma das principais características do *Common law*, vez que ela é utilizada para influenciar e, em alguns casos, resolver decisões judiciais futuras. Com efeito, “A doutrina dos precedentes caracteriza a evolução histórica da filosofia do *common law*, baseada na casuística e na própria dimensão histórica do fenômeno jurídico. Desse modo, a linha judicial, consistente na aplicação de uma regra ou princípio jurídico em diversos casos análogos, é evidência da existência e validade de cada regra e/ou princípio jurídico aplicado”⁹⁵.

O aludido sistema jurídico previu algumas técnicas de aplicação aos julgados quando uma decisão anterior não estiver em consonância com o caso concreto a ser apreciado, como o *distinguishing* e o *overruling*. Trata-se de

⁹⁴ LUCAS BURIL DE MACEDO, *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, Salvador, Jus Podvim, 2017, pp. 42-43.

⁹⁵ LÊNIO LUIZ STRECK e GEORGES ABBOUD, *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, 3.^a ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015, p. 44.

mecanismos para a não utilização dos precedentes, por não serem adequados ao caso concreto.

Com o advento do CPC/15, Streck e Abboud dizem ter ocorrido uma “angloformização” do sistema jurídico brasileiro. Os institutos processuais adaptados e implementados no processo civil brasileiro atual, sob o pálio da garantia dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade nos julgados, da segurança jurídica e da razoável duração do processo, derivam “da falta de integridade da jurisprudência” nos tribunais brasileiros e representam uma “busca pela uniformidade a partir das decisões dos tribunais superiores mediante um aumento significativo de provimentos que passaram a ser vinculantes”⁹⁶.

A constatação de que a lei pode ser interpretada de diversas formas e que o juiz pode decidir de forma diferente em casos idênticos atraiu a aplicação de precedentes judiciais no sistema jurídico pátrio, salvaguardando a isonomia das decisões judiciais, tornando imprescindível a compreensão dessa teoria pelos discentes de direito.

Nesse sentido, Marinoni assevera que “a segurança jurídica, postulada na tradição do civil law pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente do *common law*, em que as chances de decisões diferentes para casos iguais nunca foram desconsideradas e, exatamente por isso, fez surgir o princípio,

⁹⁶ LÊNIO LUIZ STRECK e GEORGES ABBOUD, *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, 3.^a ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015, p. 16.

inspirador do *stare decisis*, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*)”⁹⁷.

Assim, a aproximação dos sistemas jurídicos *Civil law* e *Common law* contribuem para a mudança do atual ordenamento processual e precisam ser compreendidos para que as técnicas correlatas à teoria de precedentes sejam aplicadas corretamente.

No contexto brasileiro, o precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida seguida pelos tribunais inferiores. Entretanto, sua condição de precedente dependerá de ela ser efetivamente seguida na resolução de casos análogos similares”⁹⁸ ou “[...] a própria norma jurídica aplicável, advinda de outro caso, a *ratio decidendi*”⁹⁹ e, ainda, “o significado de um precedente deve ser buscado nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram a fixação do dispositivo”¹⁰⁰ e “[...] constitui a própria norma jurídica criada pela decisão judicial, ou seja, a tese jurídica que servirá de parâmetro decisório para casos idênticos”¹⁰¹.

⁹⁷ LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novo Código de processo civil comentado*, 2.ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 82, disponível em <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/6299>, acesso em 13/05/2021.

⁹⁸ LÊNIO LUIZ STRECK e GEORGES ABBOUD, *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, 3.ª ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015, p. 46.

⁹⁹ LUCAS BURIL DE MACEDO, *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, Salvador, Jus Podvim, 2017, p. 72.

¹⁰⁰ LUIZ GUILHERME MARINONI, *Novo Código de processo civil comentado*, 2.ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 162, disponível em <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/6299>, acesso em 13/05/2021.

¹⁰¹ RONALDO CRAMER, *Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica*, Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 77.

Ainda que o modelo que vigorou com Código de Processo Civil de 1973¹⁰² não contemplasse a teoria dos precedentes, já possuía dispositivos pensados para a sua utilização. Como exemplos:

285 A CPC – Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

557 CPC – O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

479 CPC – O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

103 A CF – O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

13/18 da Lei 8.038/90 – Institui normas procedimentais para processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Reclamação contra decisão ou ato administrativo contrário à súmula vinculante – artigos revogados pela Lei 13.105/15.

A eficácia vinculante das decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação de Descumprimento de Preceitos Fundamentais.

Lima ainda complementa com os dispositivos abaixo:

¹⁰² BRASIL, *Código de Processo Civil (1973)*, Código de Processo Civil Brasileiro, Brasília, DF, Senado, 1973.

518 CPC – Súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal impeditivas do recurso de apelação.

475-L § 1º e Art. 741, parágrafo único, do CPC – Inexigibilidade de título fundado em norma inconstitucional.

543-A CPC e Art. 543 – B CPC: – Decisões em sedes de repercussão geral das questões constitucionais (STF).

543-C CPC – Recursos Especiais Repetitivos (STJ)¹⁰³.

Com efeito, o código processual civilista anterior já contemplava mecanismos característicos do sistema anglo-americano, agindo, em especial, no âmbito da lacuna legislativa. Tais instrumentos, evidentemente, começaram a inaugurar uma função atípica do poder judiciário: a de estabelecer entendimentos com força de norma jurídica.

Para Macedo, os institutos acima fundaram a construção de um sistema de precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil de 2015¹⁰⁴ e, “além do aprimoramento dos institutos processuais citados e da previsão de novos, os próprios precedentes judiciais ganharam uma regulação normativa no CPC/15, algo inédito na história”¹⁰⁵. Como alguns mecanismos da teoria, podemos citar:

927, inc. I – do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

927, inc. II – os enunciados de súmula vinculante.

927, inc. III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

¹⁰³ TIAGO ASFOR ROCHA LIMA, *Precedentes judiciais civis no Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2013.

¹⁰⁴ BRASIL, *Código de Processo Civil (2015)*, Código de Processo Civil Brasileiro, Brasília, DF, Senado, 2015.

¹⁰⁵ LUCAS BURIL DE MACEDO, *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, Salvador, Jus Podvim, 2017, p. 66.

927, inc. IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

927, inc. V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Malgrado a crítica dos doutrinadores relativa aos enunciados de súmulas, ao incidente de assunção de competência, à resolução de demandas repetitivas e aos julgamentos de recursos extraordinários e especial repetitivos, a maioria, dentre eles, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael de Alexandria, Ronaldo Cramer e Humberto Theodoro Junior possuem o entendimento de que a previsão legal acima estabelece um rol de precedentes obrigatórios no ordenamento jurídico brasileiro e regula “a forma de cumprimento específico”¹⁰⁶, sendo fundamental “que se interprete o dispositivo no sentido de que são precedentes”¹⁰⁷.

Entender os precedentes como fonte do direito, ainda que positivada e calcada em texto, é uma premissa imprescindível para a compreensão adequada da teoria, pois o precedente é um texto pelo qual é possível construir uma norma jurídica. Ao se defender os precedentes como fonte do direito, não se quer estabelecer uma bipartição entre normas jurídicas, mas sim um acréscimo nas fontes do direito”¹⁰⁸. Já Lima dispõe que “[...] mesmo filiado à família romano-germânica, revela imenso e crescente apego e deferência às regras jurídicas estabelecidas por força, principalmente, dos julgamentos coletivos advindos dos

¹⁰⁶ LUCAS BURIL DE MACEDO, *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, Salvador, Jus Podvim, 2017, p. 338.

¹⁰⁷ LUCAS BURIL DE MACEDO, *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, Salvador, Jus Podvim, 2017, p. 339.

¹⁰⁸ LUCAS BURIL DE MACEDO, *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, Salvador, Jus Podvim, 2017, p. 201.

tribunais, os quais inegavelmente revelam predisposição à formatação de normas para colmatar lacunas legislativas e para atender aos anseios da sociedade”¹⁰⁹.

A adoção dessa teoria no ordenamento jurídico pátrio representa uma mudança singular nas fontes do direito, pois seu fundamento representa a criação de uma norma aplicável a qualquer área jurídica, de forma vinculativa. Afinal, um precedente origina-se de um caso concreto e, para ser utilizado em outro caso concreto, exige-se a demonstração da semelhança existente entre esse e aquele¹¹⁰.

Todavia, pelo que se supõe, sendo o resultado de uma construção histórica e consuetudinária na esfera jurídica, os precedentes judiciais possuem, dentro de seu mecanismo conceitual, uma aversão profunda - e diga-se, temerária - à mudanças abruptas no seio de uma sociedade, justamente porque transformações súbitas são a antítese do que se propõe o aludido instituto. Essas mudanças não são aquelas que a teoria dos precedentes ou o *stare decisis* propunham a se adequar, como as alterações dos costumes e mentalidades de uma época, mas sim, aquelas que fogem de qualquer maneira ao controle do homem, como, por exemplo, uma pandemia.

4. A Pandemia do Covid-19 e suas Repercussões

A doença COVID-19 (*Coronavirus Disease 2019*) é uma infecção respiratória provocada pelo Coronavírus da Síndrome Respiratória Aguda Grave 2 (SARS-CoV-2). A doença foi identificada em dezembro de 2019, depois de um

¹⁰⁹ TIAGO ASFOR ROCHA LIMA, *Precedentes judiciais civis no Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 131.

¹¹⁰ JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Precedente judicial como fonte do Direito*, São Paulo, RT, 2004, p. 12, disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162737/publico/Tese_Simplificada_Rogério_Cruz_Tucci.pdf, acesso em 13/05/2021.

surto de pneumonia de causa desconhecida, envolvendo casos de pessoas que frequentaram o Mercado Atacadista de Frutos do Mar de Wuhan, e definida, até então, como uma epidemia¹¹¹.

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou a COVID-19 como uma pandemia¹¹². Nesta situação, o status da doença se modificou, pela alta taxa de transmissão do vírus e sua propagação em nível mundial. Na América Latina, o primeiro caso foi registrado no Brasil em 25 de fevereiro de 2020 pelo Ministério da Saúde do Brasil (MS-Brasil). Até 14 de maio de 2020 foram confirmados 4.248.389 de casos e 292.046 mortes pela doença. No Brasil, na mesma data, foram confirmados 177.589 casos e 12.400 mortes, segundo o boletim diário da OMS¹¹³.

A COVID-19 foi registrada em mais de 180 países ao redor do mundo, e mediante ao grande avanço da contaminação da doença, várias autoridades governamentais vêm adotando diversas estratégias, com a intenção de reduzir o ritmo da progressão da doença. Nesse contexto, a COVID-19 é transmitida de pessoa para pessoa, por gotículas de saliva, espirro, tosse, catarro, acompanhado por contato pela boca, nariz ou olhos, ou até mesmo, por meio de objetos e superfícies contaminadas¹¹⁴.

¹¹¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, *Coronavirus disease pandemic*, Genebra, WHO, 1981, disponível em <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, acesso em 10/04/2021.

¹¹² FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, *Cartilha Saúde Mental e Atenção Psicossocial - Informações Gerais*, 2020, disponível em <https://portal.fiocruz.br/documento/cartilha-saudemental-e-atencao-psicossocial-na-pandemia-covid-19>, acesso em 15/06/2021.

¹¹³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, *Coronavirus disease pandemic*, Genebra, WHO, 1981, disponível em <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, acesso em 10/04/2021.

¹¹⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, *Coronavirus disease pandemic*, Genebra, WHO, 1981, disponível em <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, acesso em 10/04/2021.

Conforme a OMS, grande parte dos pacientes com COVID-19 (cerca de 80%) podem ser assintomáticos e por volta de 20% dos casos necessitaram de atendimento hospitalar, tendo em vista a apresentação de dificuldade respiratória, e dentre os casos mais complexos por volta de 5% podem necessitar de suporte para o tratamento de insuficiência respiratória, o que vem comumente sendo chamado na mídia de “Respiradores”¹¹⁵.

Entre estas estratégias, a primeira medida adotada é o distanciamento social, evitando aglomerações a fim de manter, no mínimo, um metro e meio de distância entre as pessoas, como também a proibição de eventos que ocasionem um grande número de indivíduos reunidos (e.g., escolas, universidades, shows, shoppings, academias esportivas, eventos esportivos, entre outros)¹¹⁶.

Em casos extremos, é adotado ainda o isolamento social, medida que visa a impedir as pessoas saírem de suas residências como forma de evitar a proliferação do vírus. Dessa forma, há ainda a recomendação de que as pessoas suspeitas de portarem o vírus permaneçam em quarentena por quatorze dias, pois este é o período de incubação do SARS-CoV-2, ou seja, o tempo para o vírus manifestar-se no corpo do indivíduo¹¹⁷.

No Brasil, nada poderia ter sido diferente. Além de ter sido decretado, pelo governo federal, em 04 de fevereiro de 2020, estado de emergência em âmbito

¹¹⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, *Coronavirus disease pandemic*, Genebra, WHO, 1981, disponível em <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, acesso em 10/04/2021.

¹¹⁶ J. A. REIS-FILHO e D. QUINTO, *COVID-19, isolamento social, pescaria artesanal e segurança alimentícia*, 2020, disponível em <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/download/493/version/503/625/640>, acesso em 17/04/2021.

¹¹⁷ LEANDRO DIAS DE OLIVEIRA, *Espaço e Economia: Novos Caminhos, Novas Tensões. Espaço e Economia*, 2020, p. 1-13, [S.I.], disponível em <https://journals.openedition.org/espacoconomia/93>, acesso em 09/04/2021.

nacional, a pandemia ensejou impactos em todas as dimensões socioeconômicas do país. Segundo o G1 (2020), medidas de restrições de circulação de pessoas começaram com a suspensão de aulas e gradativamente foram sendo ampliadas, com a determinação também de fechamento do comércio e serviços, e com fábricas sendo obrigadas a interromper a produção por falta de insumos ou por medidas de prevenção.

As medidas anunciadas pelos governos estaduais e municipais como contingência destinada ao enfrentamento da crise, resultando na paralisação dos serviços e do fechamento de estabelecimentos públicos e privados, tais como o decreto 64.864/20, do governo do Estado de São Paulo, relacionado às restrições sanitárias decorrentes do novo coronavírus, foram a gota d'água para que muitos empreendedores encerrem suas atividades¹¹⁸.

Igualmente, em abril de 2020, o Estado de Minas Gerais informou por meio de seu sítio a existência de 73.358 Notificações, 10.003 casos suspeitos, 958 casos confirmados, 2.544 casos descartados e 33 óbitos pelo COVID-19. Haja vista o crescimento exponencial da doença no Estado, algumas medidas rigorosas foram adotadas por meio de decreto¹¹⁹.

Para vários economistas e observadores, o choque econômico já é maior que a crise financeira de 2008, e a economia global já entrou em recessão, devendo

¹¹⁸ SÃO PAULO, *Decreto nº 64.864 de 16 de março de 2020, Dispõe sobre a adoção de medidas adicionais, de caráter temporário e emergencial, de prevenção de contágio pelo COVID-19 (Novo Coronavírus), e dá providências correlatas*, Diário Oficial do Estado de São Paulo, Seção 1, São Paulo, SP, disponível em <https://www.al.sp.gov.br/norma/193318>, acesso em 20/05/2021.

¹¹⁹ PORTAL MEGA JURÍDICO, *Direitos fundamentais em tempos de pandemia: análise constitucional das medidas de prevenção de Minas Gerais*, 23 de abril de 2020, Minas Gerais, Brasília, disponível em <https://www.megajuridico.com/direitos-fundamentais-em-tempos-de-pandemia-analise-constitucional-das-medidas-de-prevencao-de-minas-gerais/>, acesso em 11/05/2021.

ser acompanhada por uma disparada do desemprego e passar anos até se recuperar das perdas e impactos da pandemia¹²⁰.

Em relação à atividade estatal, o principal mecanismo que o Estado vem utilizando para demonstrar sua conduta imperativa é a medida legislativa excepcional e transitória, qual seja, a Lei nº 14.010/2020¹²¹, que objetiva regular as relações privadas no que tange aos vínculos contratuais. A ideia central dessa medida se deu quanto à percepção dos riscos, tanto do ambiente público como do privado, que então passariam a sofrer se nada fosse feito do ponto de vista legislativo.

No âmbito jurídico atual do Brasil, aparentemente de plano, seria bastante precipitado suscitar qualquer tese que contestasse a intervenção do Estado na ordem econômica, especialmente nas relações privadas contratuais. Tais teses se revelariam derrotáveis, bastante fragilizadas, considerando os registros históricos da humanidade, assim como o modelo de Estado Liberal que possui debilidades, cujos efeitos deletérios foram experimentados mesmo pelas civilizações mais avançadas e que, inclusive, o idealizaram. A “sociedade de risco mundial”, apresentada por Macedo - e com ela o reconhecimento da fragilidade da crença de que a sociedade contemporânea teria condições de neutralizar todos os riscos à humanidade -, diante do rápido alastramento de uma doença de impactos globais à saúde e vida das pessoas, nunca se mostrou tão concreta.

¹²⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, *Coronavirus disease pandemic*, Genebra, WHO, 1981, disponível em <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, acesso em 10/04/2021.

¹²¹ BRASIL, *Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020, Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)*, Brasília, DF, Presidência da República, 2020, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm, acesso em 16/05/2020.

Neste cenário da pandemia de COVID-19, convém salientar que devido ao rápido avanço da doença e o excesso de informações disponíveis, algumas vezes discordantes, se torna um âmbito favorável para alterações comportamentais impulsionadoras de adoecimento psicológico, que podem gerar consequências graves na Saúde Mental (SM) do indivíduo¹²².

Não obstante, para além das esferas econômicas e psicológicas - instâncias que se projetam à própria dignidade da pessoa humana e demais preceitos basilares - é notório as medidas perpetradas pelo Poder Público suprimem, de maneira direta e manifesta, os direitos fundamentais individuais. Mas o que legitima, então, tal mitigação? Ainda, como se sobeja tal situação ante a ingerência de um Poder sobre as atribuições típicas de outro Poder, notadamente no âmbito das suas respectivas competências?

5. A Tensão Hermenêutica entre os Poderes Públicos sobre os Direitos Fundamentais durante a Calamidade Pública

A atual pandemia tem sido motivo de contínuos conflitos entre a presidência da república, estados e municípios. Em meio a ela, prefeitos e governadores, com maior ou menor sintonia, têm tomado medidas mais ou menos restritivas — conforme suas convicções e as condições específicas de suas regiões — que por vezes divergem daquelas tomadas pelo Presidente da República. Em meio a esta crise, o judiciário tem sido provocado a controlar tais medidas e, diante

¹²² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, *Coronavirus disease pandemic*, Genebra, WHO, 1981, disponível em <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, acesso em 10/04/2021.

de eventuais conflitos entre normas emitidas pelos diversos entes federativos, estabelecer qual delas deverá prevalecer.

O primeiro ato desse conflito se deu com a edição da MP 926/2020 pelo Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro. Porém, a orientação normativa foi suspensa em parte por decisão cautelar do ministro Marco Aurélio, para depois ser confirmada por unanimidade no plenário do Supremo Tribunal Federal, na ADI 6.341¹²³.

Na ação, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) pediu a declaração de inconstitucionalidade da MP 926, editada pelo Presidente da República em 20 de março de 2020, por entender que a norma desrespeita o preceito constitucional da autonomia dos entes federativos e foi editada com a finalidade política de atingir os governadores.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, confirmou o entendimento de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na Medida Provisória (MP) 926/2020 para o enfrentamento do novo coronavírus não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios.

No sentido teórico, tal exercício hermenêutico do diálogo entre os poderes coaduna com o sentido lógico de uma democracia, pois “a tarefa fundamental do

¹²³ Citação de jurisprudência brasileira do Supremo Tribunal Federal, *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.341/DF*, Relator: Ministro Marco Aurélio, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>, acesso em 20/05/2021.

Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”¹²⁴.

Apesar da boa intenção e dos esforços de todos os entes da federação empreendidos na contenção da pandemia instaurada, é inevitável pensar nas questões envolvendo as competências material e territorial que surgem nesse cenário. É oportuno salientar:

“uma vez que não há o direito de secessão na fórmula federativa, os conflitos que venham a existir entre os Estados-membros ou entre qualquer deles com a União necessitam ser resolvidos para a manutenção da paz e da integridade do Estado como um todo. Assumindo feição jurídica, o conflito será levado ao deslinde de uma corte nacional, prevista na Constituição, com competência para isso.”¹²⁵

É imperioso ressaltar que a *ratio decidendi* - ou razões da decisão - da suprema corte, no âmbito daquela ADI, fora realizada em sentido estrito, ou seja, reservada à matéria concreta interpretada à luz da carta constitucional e respeitadas as demais disposições referentes a limitação da atividade estatal¹²⁶. Todavia, na prática, muitas vezes o que presenciamos é a obstrução desastrosa dos direitos fundamentais, ocasionando uma insegurança e insatisfação à população, notadamente ante uma desastrosa extrapolação de competências constitucionais perpetradas pelos entes estatais.

¹²⁴ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, 23.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 117.

¹²⁵ INGO WOLFGANG SARLET, *Os direitos fundamentais em tempos de pandemia*. [S.I.] 2020, p. 4, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia>, acesso em 15/03/2021.

¹²⁶ INGO WOLFGANG SARLET, *Os direitos fundamentais em tempos de pandemia*. [S.I.] 2020, p. 4, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia>, acesso em 15/03/2021.

A título de exemplo, assevera-se, sem adentrar no âmbito da saúde - mérito da ADI - tornou-se muito comum que Governos Municipais proibirem os cidadãos de utilizarem a praia, “ambiente caracterizado por ser de área comum do povo”¹²⁷, quando essa competência é expressa da União, conforme preceitua o Artigo 20 da Constituição Federal Brasileira, que dispõe que: “IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;”.

Na mesma linha, o governador do Rio de Janeiro expediu o Decreto 46.980/2020 determinando, entre outras medidas, no artigo 3º, incisos IX, X e XI, a restrição de transporte interestadual de passageiros com origem em estados em que foi confirmada a circulação do vírus; a restrição de transporte aeroviário de passageiros internacionais e de passageiros provenientes de Estado onde confirmada a circulação do vírus; e, ainda, a proibição de atracação de navios de cruzeiro advindos dos países e estados da federação com presença confirmada do vírus¹²⁸.

Já o governador de São Paulo, no já mencionado Decreto 64.864/2020, estabelece a quarentena no estado, determinando restrições em todas as atividades consideradas não essenciais. Ao contrário de outros governadores, João Dória não decretou a restrição no transporte de passageiros, apenas a recomendou, no artigo

¹²⁷ JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, 23.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

¹²⁸ RIO DE JANEIRO, *Decreto nº 46.980 de 19 de março de 2020. Atualiza as medidas de enfrentamento da propagação decorrente do novo Coronavírus (COVID-19) em decorrência da situação de emergência em saúde, e dá outras providências*, Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, Seção 1, Rio de Janeiro/RJ, disponível em <https://pge.rj.gov.br/covid19/estadual/decretos>, acesso em 16/05/2021.

4º do mencionado decreto, que a circulação de pessoas no estado se limite às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais¹²⁹.

Contudo, sabe-se que é notória a posição adotada pelo Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro (2020), na esfera de tais acontecimentos. Destarte, o presidente já evidenciou em discurso que “quando o estado avança sobre interesses e liberdades individuais fundamentais, dificilmente ele recua. Não deixem que o pânico nos domine. Nossa liberdade não tem preço, ela vale mais que a nossa própria vida”¹³⁰. Ao se referir à compulsoriedade da aplicação de vacinas, Bolsonaro (2020) exteriorizou que “Defendemos a liberdade de cada indivíduo para decidir se deve ou não tomar a vacina. A pandemia não pode servir de justificativa para ataques às liberdades individuais”¹³¹.

Ante tal exposição, é patente a discrepância hermenêutica sobre as medidas de prevenção e segurança à disseminação e combate ao SARS-CoV-2 entre os poderes públicos, sobretudo no que tange aos direitos fundamentais. Todavia, “sabe-se que, embora fundamentais, tais direitos não são absolutos”¹³².

¹²⁹ SÃO PAULO, *Decreto nº 64.864 de 16 de março de 2020, Dispõe sobre a adoção de medidas adicionais, de caráter temporário e emergencial, de prevenção de contágio pelo COVID-19 (Novo Coronavírus), e dá providências correlatas*, Diário Oficial do Estado de São Paulo, Seção 1, São Paulo, SP, disponível em <https://www.al.sp.gov.br/norma/193318>, acesso em 20/05/2021.

¹³⁰ PORTAL JOVEM PAN, *Liberdade ‘não tem preço’ e vale ‘mais que a própria vida’, diz Bolsonaro*, 12 de dezembro de 2020, São Paulo, SP, disponível em <https://jovempan.com.br/noticias/brasil/liberdade-nao-tem-preco-e-vale-mais-que-a-propria-vida-diz-bolsonaro.html>, acesso em 16/04/2021.

¹³¹ PORTAL JOVEM PAN, *Liberdade ‘não tem preço’ e vale ‘mais que a própria vida’, diz Bolsonaro*, 12 de dezembro de 2020, São Paulo, SP, disponível em <https://jovempan.com.br/noticias/brasil/liberdade-nao-tem-preco-e-vale-mais-que-a-propria-vida-diz-bolsonaro.html>, acesso em 16/04/2021.

¹³² PEDRO LENZA, *Direito Constitucional Esquematizado*, 5.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016.

Dessa forma, diante de determinadas circunstâncias, os Direitos Fundamentais podem ser mitigados sem violar a Constituição Federal. A própria Carta Magna traz, em seu texto, algumas hipóteses de limitações a tais direitos, a exemplo do inciso XLVII do artigo 5º que autoriza a pena de morte em caso de guerra declarada¹³³. Também é fácil perceber a frequente colisão entre alguns desses direitos, como é o caso do direito à liberdade de expressão, de um lado, e o direito à privacidade, de outro.

A princípio, o direito de locomoção é garantido no art. 5º, XV, que prevê: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”¹³⁴. Porém, nenhum direito é absoluto.

A própria Constituição da República prevê situações em que ele pode ser limitado, como: (I) prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de Juiz; (II) prisão civil, administrativa ou especial para fins de deportação, nos casos cabíveis na legislação específica; (III) durante vigência de estado de sítio, para determinar a permanência da população em determinada localidade, única situação na qual há permissão expressa de restrição generalizada deste direito.

Assim sendo, resta manifesto que a própria Carta Maior possibilita a mitigação dos direitos fundamentais ante situações específicas. Com efeito, uma situação de calamidade pública certamente seria uma situação extraordinária que

¹³³ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília, DF, Senado, 1988.

¹³⁴ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília, DF, Senado, 1988.

favorecesse tais exceções e possibilitasse as suas incidências. Porém, é necessário se ater, com atenção excepcional, ao caráter transitório de tal interpretação¹³⁵.

Contudo, o impacto nos direitos fundamentais pode ser mais profundo, irradiando-se, inclusive, para além do período calamitoso. Destarte, a explanação dos perigos desta conjectura torna-se o principal ponto do presente estudo.

6. Os Impactos dos Direitos Fundamentais nas Tomadas de Decisão do Poder Público Durante a Pandemia e o seu Prognóstico perante a Legislação Nacional

Entende-se como violadoras das garantias e direitos fundamentais medidas não autorizadas pela Constituição e pela legislação federal - notadamente a supramencionada Lei 13.979/20 - e que impõem um sacrifício desproporcional ao direito à vida, integridade e locomoção do indivíduo.

Nesse sentido, no que concerne ao direito fundamental da liberdade de locomoção, a decretação de “toques de recolher” pelas administrações municipais, inclusive com proibição do trânsito de veículos automotores, a partir de determinado horário, não tem se mostrado adequada, em princípio, à luz do regime Constitucional. Fica evidente o excesso da proibição quando é possível adotar formas muito menos autoritárias, já previstas na legislação, com fulcro no estado de calamidade pública, que possibilitariam alcançar o mesmo fim almejado pelo toque de recolher¹³⁶.

¹³⁵ WILLIAM SOARES PUGLIESE, Elementos para a compreensão da teoria dos precedentes em tempos pandemia: *distinguishing* e prospecção, *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v.22 n. 1. 2021, [S.I.], disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/51087>, acesso em 02/06/2021.

¹³⁶ PEDRO FAUTH MANHÃES MIRANDA, *Pandemia no Direito: ordenamento infectado*. Coleção Singularis, 2020, p. 303; e-book PDF Interativo, disponível em

A limitação extrema ao direito de locomoção, mesmo em tempos de pandemia, não parece compatível, como regra geral, com o direito pátrio. Sob essa lógica, em sede de Medida Cautelar na Reclamação 40.014, o Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), o Ministro Dias Toffoli, suspendeu os efeitos do Decreto 9.638/2020 expedido pelo Governador do estado de Goiás (2020) que proibia o ingresso e circulação, no seu território, de transporte interestadual de passageiros.

Em tese contrária, Lenio Luiz Streck argumenta:

“Ora, restrições a direitos são próprias e comuns das e nas democracias. Liberdades de ir e vir são a todo momento restringidas. Eventos cívicos, desportivos e coisas do gênero fazem com que as pessoas possam ser impedidas de circular por determinados lugares. Portanto, não parece difícil sustentar a tese da decretação de lockdown nos moldes em que vem sendo feito no Brasil. Ninguém pode ser compelido a fazer algo a não ser em virtude lei quer dizer também “por decreto”. De lockdown. Sim”¹³⁷

Já o professor Ingo Sarlet leciona o seguinte contraponto:

“O ponto nodal da questão, contudo, como, aliás, amplamente conhecido, não é o fato corriqueiro da restrição a direitos, característico e indissociável do dia a dia da vida numa sociedade politicamente organizada, mas sim, a sua legitimação jurídico-constitucional, que parte do pressuposto (essencial ao Estado Democrático de Direito), de que os fins não justificam o uso de todo e qualquer meio e da conexa (mas não idêntica) proibição de arbítrio”¹³⁸

<https://www.textocontextoeditora.com.br/assets/uploads/arquivo/d364c-ebook-pandemia-no-direito.pdf>, acesso em 13/04/2021.

¹³⁷ LENIO LUIZ STRECK, *Lockdown e Estado de Sítio: operar uma unha não exige anestesia geral!*, [S.I.] 2020, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/lenio-streck-operar-unha-nao-exige-anestesia-geral>, acesso em 22/05/2021.

¹³⁸ INGO WOLFGANG SARLET, *Os direitos fundamentais em tempos de pandemia*. [S.I.] 2020, p. 4, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia>, acesso em 15/03/2021.

Ainda sobre restrições, a recente Medida Provisória 954 (2020) dispõe sobre a obrigatoriedade do compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado e do Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) durante o período de emergência na saúde pública.

Contra a referida disposição normativa foi ajuizada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) sob o nº 6387, pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) (2020), por flagrante violação às normas constitucionais fundamentais, como as que garantem a dignidade da pessoa humana, inviolabilidade da intimidade, a vida privada, honra e a imagem de dados, ante a permissão do compartilhamento de dados pessoais. (STF, 2020)

Com efeito, o STF (2020), em decisão cautelar monocrática da Ministra Relatora Rosa Weber, posteriormente referendada pelo plenário da Corte Suprema, em 07 de maio de 2020, acatou os argumentos apontados pela OAB e suspendeu a eficácia da MP (STF, 2020).

Por outro lado, há casos limítrofes, em que não é tão fácil a identificação da legitimidade ou não é flagrante a inconstitucionalidade da legislação ou da ação administrativa postas sob análise. Atualmente, coloca-se, p. ex., a discussão sobre a legitimidade de imposição de compulsoriedade no uso de máscaras respiratórias de proteção pela população em geral, ou se tal uso somente poderia ser admitido a título de recomendação ou, ainda, quando muito, requisito obrigatório apenas a pessoas portadoras ou suspeitas de contaminação pelo SARS-CoV 2.

Se existe um fato jurídico que a pandemia produziu no Direito brasileiro, sem dúvidas, é o surgimento de diversos casos “simples” em *hard cases* - ou casos

difíceis. Ou seja, casos que outrora eram simples de serem objeto da tutela jurisdicional, se tornaram complexos e delicados para a jurisprudência. Sob outra ótica, não existe mais regra clara nem para decidir sobre o que, até o início do ano de 2020, era assunto pacífico na jurisprudência nacional¹³⁹.

Nesse sentido, parece-nos que não existem precedentes para o atual momento. Tal constatação pode abalar, pois afasta a certeza e a segurança que o Direito pretende garantir¹⁴⁰. Em verdade: se houver algum precedente em potencial, trata-se de decisão recente, de fevereiro até dezembro de 2020, porém que ainda precisa ser debatida e ser objeto de aplicação pelos magistrados.

Todavia, no presente trabalho, levamos em consideração que a constituição brasileira assegura a saúde como um direito de todos e dever do Estado, o que tende a tomar a forma de uma minoração dos interesses individuais em prol de necessidades coletivas urgentes. “Dessa forma, a saúde é um direito difuso essencial a todo ser humano e por isso legitima o sacrifício de liberdades individuais para a sobrevivência de um ente coletivo mais complexo e importante”¹⁴¹.

Com isso, visa-se delinear a lógica por trás de políticas de isolamento social durante períodos pandêmicos. A intenção do isolamento pretende impedir a

¹³⁹ WILLIAM SOARES PUGLIESE, Elementos para a compreensão da teoria dos precedentes em tempos pandemia: *distinguishing* e prospecção, *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v.22 n. 1. 2021, [S.I], disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/51087>, acesso em 02/06/2021.

¹⁴⁰ WILLIAM SOARES PUGLIESE, Elementos para a compreensão da teoria dos precedentes em tempos pandemia: *distinguishing* e prospecção, *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v.22 n. 1. 2021, [S.I], disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/51087>, acesso em 02/06/2021.

¹⁴¹ FONTANA FILHO, *Coronóptico digital: o Estado de exceção se tornará permanente?*, Boletim de Conjuntura (BOCA), vol. 4, n. 12, [S.I] 2020, p. 6, disponível em <https://revista.ioles.com.br/boca/index.php/revista/article/download/285/247>, acesso em 14 de junho de 2021.

sobrecarga do Sistema Único de Saúde (SUS), preservando interesses coletivos no usufruto de uma saúde ainda mais necessária em tempos de exceção.

Os direitos fundamentais são direitos inatos à pessoa humana e são regulamentados e garantidos pelo Estado. Encontram-se positivados em uma lei fundamental suprema que conduz a organização política e jurídica estatal. Porém, diante de distintos fatos sociais, pode-se presenciar conflitos normativos e principiológicos, sendo necessária a ponderação. Em outros termos, não são direitos absolutos, sendo relativizados de caso a caso¹⁴².

O STF, no tocante a limitação de direitos fundamentais, adota a teoria externa, a qual impõe que a delimitação em eventual conflito seja realizada por sopesamento entre os direitos a partir do respectivo fato social. Isso significa dizer que a lei fundamental pode ser relativizada, mas apenas na medida em que é minimamente respeitada por se tratar de elemento que nunca pode ser extinto. Se uma limitação à lei fundamental não resguarda esse mínimo, a limitação é juridicamente ilegítima¹⁴³.

São pertinentes, portanto, as observações da doutrina de que a ordem constitucional precisa contar com mecanismos “que garantam a harmonização - entre a realidade e a Constituição -, o equilíbrio - entre as situações de crise e as medidas para vencê-las - e a continuidade - a não ruptura assegurada pelos limites jurídicos que caracterizam o sistema constitucional de emergência - desses

¹⁴² MARCELO NOVELINO, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Editora Juspodivm, 2020.

¹⁴³ L. FERRAJOLI, *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

elementos”¹⁴⁴, vale dizer, um sistema pelo qual se possa controlar minimamente as situações excepcionais incompatíveis com a dicção constitucional ordinária.

O enfrentamento de crises busca preservar a unicidade da Constituição, e isso tendo em vista seu objetivo de cuidar do ordenamento constitucional considerando a decisão constituinte, reafirmando-se, assim, o relacionamento com a comunidade política. Inatacável, desse modo, a conclusão de que “O funcionamento do Estado e a realização dos direitos fundamentais estão diretamente vinculados, nessa linha, à preservação de uma margem mínima de normalidade constitucional”¹⁴⁵. Resulta, daí, ser possível que, mesmo diante da situação de crise, possa manter-se o equilíbrio institucional, ainda que com o recurso a mecanismos de exceção.

Inclusive, já existem alguns exemplos que permitem a constatação do ora afirmado. No Estado do Paraná (2020), há casos que alteraram a sua forma comum aproximação com uma maneira que se adequa à pandemia. Salientam-se, neste âmbito, decisões que versam sobre: i) remarcações de voos; ii) substituições penais para idosos cumprirem pena domiciliar; iii) concessão de tutela provisória para que não seja interrompido o fornecimento de eletricidade para empresa produtora de alimentos; iv) determinação, pelo poder público, de isolamento social de uma determinada família.

¹⁴⁴ L. FERRAJOLI, *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

¹⁴⁵ INGO WOLFGANG SARLET, *Os direitos fundamentais em tempos de pandemia*. [S.I.] 2020, p. 4, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia>, acesso em 15/03/2021.

Essa amálgama de decisões a respeito do momento pandêmico formará, em um primeiro momento, a jurisprudência sobre o tema. Em seguida, com o exame dos casos pelos tribunais superiores, haverá a formação de precedentes válidos para todo o território nacional. É possível que esse desenvolvimento seja concluído apenas após o fim da pandemia. No entanto, os precedentes formados serão válidos para a solução de outros casos decorrentes da COVID-19 ainda pendentes de julgamento e, na pior das hipóteses,

Tais demonstrações nos permite chegar a uma prévia constatação: de que os juízes que proferiram as supramencionadas decisões não o fizeram negando a norma positivada, tampouco rejeitaram a aplicação dos precedentes sobre os temas. Estes acontecimentos nos permitem constatar que, ante os *hard cases* levados ao judiciário, observa-se que o objeto jurídico controvertido merece uma aproximação muito mais complexa perante o ordenamento. Nesse sentido, esses casos, durante o período da pandemia, exigem que o magistrado pondere a respeito da repercussão das suas razões de decidir, principalmente quando versarem sobre a saúde dos litigantes, e que leve em consideração, igualmente, as adversidades do período experimentado¹⁴⁶.

Desse modo, se a “premissa fática” alterou-se durante a pandemia, graças a teoria dos precedentes judiciais, a “premissa normativa” também pode se transformar. Com efeito, no período calamitoso, a relação das disposições normativas com as situações concretas não são mais as mesmas do que eram antes da calamidade pública se iniciar.

¹⁴⁶ WILLIAM SOARES PUGLIESE, Elementos para a compreensão da teoria dos precedentes em tempos pandemia: *distinguishing* e prospecção, *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v.22 n. 1. 2021, [S.I.], disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/51087>, acesso em 02/06/2021.

Então, se os elementos de fato de um determinado caso concreto são apresentados e ficar evidenciado que a situação merece uma interpretação diferente, poderá o julgador realizar o chamado *distinguishing*, a distinção, prevista no inciso VI, do art. 489 do Código de Processo Civil¹⁴⁷.

Tal instituto possibilita que a decisão se separe do precedente já estabelecido e que um resultado diferente seja inserido ao caso concreto atual. Com isso, a fundamentação da decisão e a uniformização das jurisprudências se quedam de maneira incólume. Em outros termos, caso haja uma razão real para uma abordagem diferenciada, não há que se falar em injustiça ou ausência de tratamento isonômico. Em verdade, estaremos diante do verdadeiro significado do princípio constitucional da isonomia¹⁴⁸.

Agora, indaga-se, no presente trabalho, de maneira oposta, qual é a possibilidade de um precedente formado no período da quarentena seja empregado para casos no futuro? Ou, ainda, de que forma essas decisões passarão a compor o quadro de precedentes nacionais sem ferir direitos fundamentais em condições normais?

Primeiramente, os julgadores devem ter o domínio pleno da interpretação dos fatos materiais, ou, nas palavras de Arthur Goodhart (1930), os “*determinating*

¹⁴⁷ BRASIL, *Código de Processo Civil (2015)*, Código de Processo Civil Brasileiro, Brasília, DF, Senado, 2015.

¹⁴⁸ WILLIAM SOARES PUGLIESE, Elementos para a compreensão da teoria dos precedentes em tempos pandemia: *distinguishing* e prospecção, *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v.22 n. 1. 2021, [S.I.], disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/51087>, acesso em 02/06/2021.

founding facts”¹⁴⁹, que seria uma denominação mais correlata a que é preceituada no Código de Processo Civil.

Estes fatos materiais podem ser ilustrados como aqueles de singular relevância jurídica para se proferir uma decisão, e que, em razão disto, merecem destaque especial no relatório e na fundamentação do dispositivo decisório ou no capítulo da decisão no qual trate de sua inserção.

O que se deve prevenir, de todas as formas, sendo esta a preocupação essencial do presente trabalho, são decisões que versem sobre direitos fundamentais mediante fundamentação escassa ou insuficiente.

Isso porque, muito provavelmente, no futuro, poderão se voltar contra os próprios magistrados ao serem evocadas pelos operadores do direito no tratamento de casos em condições normais. Por isso, na formação dos precedentes em tempos de pandemia, deve haver muita cautela para que as decisões direcionadas para o período da pandemia não calcifiquem como a orientação pacífica e incólume dos tribunais a despeito de um determinado assunto ou objeto, como se o entendimento anterior estivesse sido superado¹⁵⁰.

Ora, pandemia não gera uma tabula rasa para a jurisprudência nacional. Mas, de forma diversa, o conjunto de decisões e precedentes não pode ser negado e deve ser mantido estável, íntegro e coerente.

¹⁴⁹ ARTHUR L. GOODHART, *Determining the ratio decidendi of a case*, Yale Law Journal, Yale, v. 40, n.2, 1930. p. 183, disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol40/iss2/1/>, acesso em 15/05/2021.

¹⁵⁰ WILLIAM SOARES PUGLIESE, Elementos para a compreensão da teoria dos precedentes em tempos de pandemia: *distinguishing* e prospecção, *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v.22 n. 1. 2021, [S.I.], disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/51087>, acesso em 02/06/2021.

A ausência de fundamentação de decisões que suprimam ou impeçam o exercício de direitos fundamentais pode, inexoravelmente, com fulcro na própria fonte da teoria dos precedentes judiciais - os costumes e valores - tornar-se o “novo normal”, utilizando-se o judiciário, nos casos futuros, de igual ou até mesmo menor grau de complexidade, a partir da simples reprodução de ementas no corpo das decisões¹⁵¹.

Mais do que isso, o Poder Executivo, por intermédio da Administração Pública, que possui atribuição de governar o povo e administrar os interesses públicos, poderá, a partir de uma dedução hipotética, com fundamento na metodologia abordada, editar atos administrativos que afetem os direitos fundamentais, tendo em vista que ao contrário do Poder Judiciário, seu *modus operandi* é, em muitos casos, prático, sem a interferência deste último.

Portanto, tal conjectura poderá, diante de um flagrante cenário de insegurança jurídica, não apenas impactar a ordem econômica e todas as suas externalidades, principalmente a geração de emprego, renda e investimento, mas como também rechaçar a afirmação dos direitos individuais fundamentais, resultado de uma construção histórica e social a partir de uma luta imensurável pela sociedade. O Brasil possui um triste histórico de graves violações de direitos fundamentais basilares no combate a graves problemas de saúde pública, mesmo em tempos de normalidade democrática.

Decerto o mais evidente exemplo foi a chamada Revolta da Vacina de 1904, quando a vacinação contra a varíola se tornou compulsória por intermédio da

¹⁵¹ WILLIAM SOARES PUGLIESE, Elementos para a compreensão da teoria dos precedentes em tempos pandemia: *distinguishing* e prospecção, *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v.22 n. 1. 2021, [S.I.], disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/51087>, acesso em 02/06/2021.

Lei 1.261/1904, forçando os mais pobres a serem vacinados na cidade do Rio de Janeiro. A consequência de tal episódio foi uma violenta rebelião em novembro daquele ano, que, por sua vez, foi reprimida com a decretação de estado de sítio pelo então Presidente da República, Rodrigues Alves.

Que episódios como esse, de triste lembrança, permitam a aplicação, pelo poder público, de medidas com estrita observância aos direitos fundamentais, sempre à luz do caso concreto. Nesse contexto, a compreensão e o alcance dos direitos fundamentais devem sempre levar em conta a realidade complexa atual, marcada pela crise que perpassa a humanidade e que tem precipitado conflitos ou impasses de delicadas soluções.

6.1. O Distinguishing como forma de contornar um cenário de aparente irreversibilidade

Em consonância com a intelecção iniciada em alhures, para Didier, Sarno e Oliveira, a ausência de precedentes não significa que o Direito deixou de versar a respeito dos temas que têm sido levados às cortes¹⁵². Há, de um lado, a positivação do direito, consagrado em texto, e, de outro, o Poder Judiciário, detém todo o conjunto de instrumentos imprescindíveis para lidar com tais ocorrências.

Ao se deparar com um caso sem precedentes, o órgão julgador tende, portanto, a decidir de forma mais cuidadosa e com uma preocupação prospectiva. Vale dizer, em síntese, que a existência de um caso difícil, sem regra ou precedente

¹⁵² FREDIE DIDIER JR; PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*, vol. 2, 10.ª ed., Salvador, Jus Podivm, 2015. p. 454-566.

disponível, deve despertar no magistrado ou no colegiado a responsabilidade extraordinária de formação do precedente¹⁵³.

Como forma de auxílio ao enfrentamento de tal imbróglio, o *distinguishing* é o instituto que permitirá o afastamento dos precedentes “anormais” dos casos impactados pela COVID-19 com os acontecimentos pós-pandemia. Assim, é por meio dessa técnica que os operadores do direito poderão fundamentar a possibilidade de tratamento diferenciado do caso, mesmo com a existência de precedentes apontando para outro sentido. Se queda mais seguro que, com arrimo em tal entendimento, é pelo uso das distinções que os magistrados estabelecerão os pontos fáticos que tornam casos surgidos durante a pandemia diferentes dos anteriores.

Para Tucci, “O *distinguishing* é um método de confronto, pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”¹⁵⁴. Sendo assim, “pode-se utilizar o termo *distinguishing* para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença, a chamada distinção”¹⁵⁵.

¹⁵³ WILLIAM SOARES PUGLIESE, Elementos para a compreensão da teoria dos precedentes em tempos pandemia: *distinguishing* e prospecção, *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v.22 n. 1. 2021, [S.I.], disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/51087>, acesso em 02/06/2021.

¹⁵⁴ JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Precedente judicial como fonte do Direito*, São Paulo, RT, 2004, p. 174, disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162737/publico/Tese_Simplificada_Rogério_Cruz_Tucci.pdf, acesso em 13/05/2021

¹⁵⁵ FREDIE DIDIER JR; PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*, vol. 2, 10.ª ed., Salvador, Jus Podivm, 2015. p. 567.

Desse modo, se faz absolutamente necessário de que as decisões proferidas durante o período calamitoso tenham a pandemia e seus consectários já indicados em suas respectivas ementas, com o fito de evitar futura desordem entre os precedentes calamitosos e aqueles estabelecidos em situações ordinárias¹⁵⁶.

Frisa-se que, nessas decisões, os magistrados devem tomar toda a cautela necessária para diferenciar as razões de suas decisões no período da pandemia para o período ordinário, destacando os fatos materiais como a *ratio decidendi* relevante para a dada situação.

Por isso, repita-se, o ponto central é evitar decisões que não identifiquem, de forma cirúrgica, os elementos fáticos que contribuíram para a aludida decisão.

Ora, obviamente, não se tem precedentes para os casos da pandemia porque não há casos anteriores que a considerassem na *ratio decidendi*. Assim, não sendo os casos semelhantes, afasta-se do *stare decisis*. Tanto os casos apresentados durante a pandemia quanto os casos “pós-pandêmicos” deverão ser objetos de *distinguishing*.

Destaca-se que, na era contemporânea, períodos de crises generalizadas, que atingem o seio social da forma mais ampla possível - inclusive as classes mais favorecidas -, foram responsáveis em fomentar a evolução das condições de dignidade de vida das pessoas¹⁵⁷. Nesses momentos o Estado tem, invariavelmente, exercido um papel intransferível. A realidade brasileira, em que grande parte da

¹⁵⁶ WILLIAM SOARES PUGLIESE, Elementos para a compreensão da teoria dos precedentes em tempos pandemia: *distinguishing* e prospecção, *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v.22 n. 1. 2021, [S.I], p. 4, disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/51087>, acesso em 02/06/2021.

¹⁵⁷ ERIC JOHN HOBBSAWM, Tempos fraturados: cultura e sociedade no século XX, São Paulo, Companhia das Letras, 2013, p. 318, disponível em <https://seer.assis.unesp.br/index.php/facesdahistoria/article/download/100/160/>, acesso em 20/06/2021.

população se encontra marginalizada, urge por uma ação lúdima do Estado na proteção de todas as dimensões dos direitos fundamentais.

7. Considerações Finais

Diante do exposto, o presente trabalho buscou compreender os impactos na legislação nacional, sobretudo no instituto dos precedentes judiciais, das medidas de prevenção e combate ao coronavírus no Brasil em 2020, no âmbito dos direitos fundamentais. Neste mesmo raciocínio, pôde ser compreendida a importância da utilização de precedentes judiciais buscando a preservar direitos fundamentais, mesmo em condições adversas, as quais alteraram significativamente as relações jurídicas ao transformar casos fáceis em situações delicadas.

Para isso, a pesquisa trouxe os conceitos de direitos fundamentais e da teoria dos precedentes judiciais, bem como evidenciou um notável conflito entre os poderes públicos nas medidas de prevenção e combate à disseminação da doença, destacando, muitas vezes, a ausência de atenção aos direitos fundamentais, que figuram como uma bola de “ping-pong” ao serem batidos e rebatidos entre os diversos entes públicos e governamentais.

Na busca da compreensão da hipótese indagada, buscou-se a causa do problema e identificou-se que a pandemia da COVID-19 tornou inúmeros casos fáceis em casos difíceis, na classificação da Teoria do Direito contemporânea. Com efeito, após a pandemia, a *ratio decidendi* de tais precedentes que versem sobre direitos fundamentais podem se apresentar incríveis adversidades aos operadores do direito, sobretudo em razão do *stare decisis*, exigindo-lhes um esforço singular para realizar a distinção - ou *distinguishing* - do caso paradigma.

Ao final, o artigo também sustentou que as decisões proferidas neste período devem tratar pormenorizadamente dos elementos fáticos dos casos a fim de evitar uma utilização deturpada dos precedentes pandêmicos em situações normais. Para tanto, ao expor a fundamentação da decisão, é necessário registrar os fatos materiais e destacar as circunstâncias específicas da pandemia que influenciaram a decisão.

Aparentemente, o Brasil passará a ter uma nova faceta de precedentes para períodos de calamidade. Espera-se que, vencida a pandemia, esses precedentes não sejam utilizados novamente e que o futuro reserve um cenário mais favorável a toda a sociedade. No entanto, acaso surja uma nova situação similar, estes novos precedentes firmados irão servir para situações análogas de casos paradigma. Por esta razão, existindo ou não uma pandemia, é absolutamente necessário de que as decisões emanadas do Poder Judiciário sejam devidamente fundamentadas, de modo a salvaguardar, na medida do possível, os direitos fundamentais.

8. Referências

BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 07, disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/48/192/ril_v48_n192_p7.pdf, acesso em 15/06/2021.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 10.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 508.

CRAMER, Ronaldo, *Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica*, Rio de Janeiro, Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*, vol. 2, 10.^a ed., Salvador, Jus Podivm, 2015. p. 454-566;

FERRAJOLI, L., *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

FIOCRUZ, Fundação Oswaldo Cruz, *Cartilha Saúde Mental e Atenção Psicossocial - Informações Gerais*, 2020, disponível em <https://portal.fiocruz.br/documento/cartilha-saudemental-e-atencao-psicossocial-na-pandemia-covid-19>, acesso em 15/06/2021.

FONTANA FILHO, *Coronóptico digital: o Estado de exceção se tornará permanente?*, Boletim de Conjuntura (BOCA), vol. 4, n. 12, [S.I] 2020, disponível em <https://revista.ioles.com.br/boca/index.php/revista/article/download/285/247>, acesso em 14 de junho de 2021.

GOODHART, Arthur L, *Determining the ratio decidendi of a case*, Yale Law Journal, Yale, v. 40, n.2.1930. p. 183, disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol40/iss2/1/>, acesso em 15/05/2021.

GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 3.^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003. p. 141, disponível em <https://www.amazon.com.br/Ensaio-Discurso-Interpreta%C3%A7%C3%A3o-Aplica%C3%A7%C3%A3o-Direito/dp/857420935X>, acesso em 13/05/2021.

HOBBSAWM, Eric John, *Tempos fraturados: cultura e sociedade no século XX*, São Paulo, Companhia das Letras, 2013, p. 318, disponível em <https://seer.assis.unesp.br/index.php/facesdahistoria/article/download/100/160/>, acesso em 20/06/2021.

LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*, 5.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2016.

LEVI-VALENSI, Jacqueline, *La Peste, d'Albert Camus*, Paris, Gallimard, 1991, p. 56, disponível em: <https://www.amazon.com.br/Peste-dAlbert-Camus-Essai-dossier/dp/2070383520>, acesso em 08/04/2021.

LIMA, Tiago Asfor Rocha, *Precedentes judiciais civis no Brasil*, São Paulo, Saraiva, 2013.

MACEDO, Lucas Buril de, *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, Salvador, Jus Podvim, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Novo Código de processo civil comentado*, 2.^a ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 1124, disponível em <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/6299>, acesso em 13/05/2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 13.^a ed., ver. e atual., São Paulo, Saraiva, 2018.

MIRANDA, Pedro Fauth Manhães, *Pandemia no Direito: ordenamento infectado*. Coleção Singularis, 2020, p. 303; e-book PDF Interativo, disponível em <https://www.textoecontextoeditora.com.br/assets/uploads/arquivo/d364c-ebook-pandemia-no-direito.pdf>, acesso em 13/04/2021.

MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, 29.^a ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 43.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM-IIIJ, 2009, p. 144, disponível em https://www.usmp.edu.pe/derecho/3ciclo/derechos_humanos/Biblioteca%20virtual/Teoria%20y%20Dogmatica%20de%20los%20Derechos%20Fundamentales.pdf, acesso em 17/06/2021.

NOVELINO, Marcelo, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Editora Juspodivm, 2020.

OLIVEIRA, Leandro Dias de, *Espaço e Economia: Novos Caminhos, Novas Tensões. Espaço e Economia*, 2020, p. 1-13, [S.I], disponível em <https://journals.openedition.org/espacoeconomia/93>, acesso em 09/04/2021.

PECES-BARBA, *Derechos positivos de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1998, disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/7231/4118>, acesso em 07/05/2021.

PIOVESAN, Flávia, *Temas de direitos humanos*, 5.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2012, disponível em <https://wp.ufpel.edu.br/ppgd/files/2019/08/F1%C3%A1via-Piovesan-Temas-de-direitos-humanos-cap.-12-a-16.pdf>, acesso em 15/06/2021.

PUGLIESE, William Soares, Elementos para a compreensão da teoria dos precedentes em tempos pandemia: *distinguishing* e prospecção, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v.22 n. 1. 2021, [S.I.], disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/51087>, acesso em 02/06/2021.

REIS-FILHO, J. A., & Quinto, D, *COVID-19, isolamento social, pescaria artesanal e segurança alimentícia*, 2020, disponível em <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/download/493/version/503/625/640>, acesso em 17/04/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang, *Os direitos fundamentais em tempos de pandemia*. [S.I.] 2020, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia>, acesso em 15/03/2021.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 37.

SLEDZIEWSKI, Elisabeth, *Révolutions du Sujet*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1989, p.12, disponível em <https://www.amazon.com/Re%CC%81volutions-Librairie-bicentenaire-Re%CC%81volution-franc%CC%A7aise/dp/2865632407>, acesso em 15/06/2021.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges, *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*, 3.^a ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz, *Lockdown e Estado de Sítio: operar uma unha não exige anestesia geral!*, [S.I.] 2020, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/lenio-streck-operar-unha-nao-exige-anestesia-geral>, acesso em 22/05/2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e, *Precedente judicial como fonte do Direito*, São Paulo, RT, 2004, p. 12, disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162737/publico/Tese_Simplificada_Rogério_Cruz_Tucci.pdf, acesso em 13/05/2021.

DUPLO BENEFÍCIO DA LITIGÂNCIA CLIMÁTICA NO BRASIL: UM POTENCIAL INSTRUMENTO PARA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?*

Double benefit of climate litigation in Brazil: a potential instrument to guarantee fundamental rights?

Letícia Fernandes de Oliveira**

Resumo: Investiga-se o potencial de a litigância climática ser utilizada como um instrumento para consecução da efetividade de direitos fundamentais no Brasil por meio da análise do desenvolvimento da estratégia do uso desses direitos nos casos de litigância pelo mundo e, após, de quatro significativos casos brasileiros que aguardam julgamento. Do estudo dos casos, verifica-se que a litigância climática no Brasil pode ter um duplo benefício por meio da estratégia do uso dos direitos fundamentais: combater e prevenir as mudanças climáticas e, ao mesmo tempo, contribuir para a garantia de direitos da população afetados pelas mudanças climáticas já em curso. Tem a pesquisa natureza qualitativa e indutiva, utilizando-se do método bibliográfico, com a busca do posicionamento de estudiosos da área que mais se aprofundaram na matéria, e do método documental, com a investigação de jurisprudência, notícias e artigos científicos que se refiram ao tema pesquisado.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Litigância Climática; Proteção Ambiental.

Abstract: The potential for the use of the climate litigation as an instrument to achieve the fundamental rights effectiveness in Brazil is investigated through the investigation of how the use of these rights in litigation as a strategy has been developed around the world, and by the analysis of four significant Brazilian cases which are in trial line. From the case studies, it follows that climate litigation in Brazil may have a double benefit through the strategy of using fundamental rights: combating and preventing climate change and, at the same time, contributing to guaranteeing the rights of the population affected by climate change. The research has a qualitative and inductive nature, using the bibliographic and the

* Lista de abreviaturas: IDH (Índice de Desenvolvimento Humano); GEEs (gases de efeito estufa); EUA (Estados Unidos da América); STJ (Superior Tribunal de Justiça); STF (Supremo Tribunal Federal); RE (recurso extraordinário).

** Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará, graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pesquisadora na área de Mudanças Climáticas e Litigância Climática.

documentary analysis, by the investigation of jurisprudence, news and scientific articles that refer to the researched topic.

Keywords: Fundamental Rights; Climate Litigation; Environmental Protection.

Sumário: 1. Introdução; 2. A estratégia do apelo aos direitos fundamentais na litigância climática: do europeu Urgenda ao Sul Global; 2.1. Quando os direitos fundamentais se tornaram instrumentos para o alcance do equilíbrio climático; 2.2. Uma boa estratégia para o Sul Global?; 3. A litigância climática no Brasil: dos direitos fundamentais como argumento à busca de um direito fundamental ao equilíbrio climático; 3.1. As ofensas das mudanças climáticas aos direitos fundamentais como argumento; 3.2. A busca pelo equilíbrio climático para garantir direitos fundamentais; 3.3. Rumo ao reconhecimento do direito fundamental à estabilidade climática: caso Instituto de Estudos Amazônicos v. Brasil; 4. Considerações Finais; 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

As consequências das mudanças climáticas provocadas pelo homem já são perceptíveis nos eventos climáticos extremos que vêm ocorrendo pelo planeta, como por exemplo em o ano de 2021 ser o sexto consecutivo com temporada de furacões acima da média histórica, ficando 2020 com o 1º lugar em número de tempestades nomeadas desde que se começou a nomear aquelas de maior impacto e gravidade¹⁵⁸. Conforme Studholm *et al*¹⁵⁹ a tendência é que, em razão do aumento da temperatura do planeta, esses ciclones ocupem latitudes cada vez mais altas do Globo, atingindo regiões muito populosas e afetando cada vez mais pessoas. Junto aos furacões, outros eventos climáticos extremos afetaram só no ano de 2017 cerca

¹⁵⁸ PAOLA BUENO, Temporada de furacões 2021: quão intensa e anormal foi essa temporada, *Tempo.com*, 07 dez. 2021, disponível em <https://www.tempo.com/noticias/ciencia/temporada-de-furacoes-2021-quao-intensa-e-anormal-foi-essa-temporada-.html>, acesso em 10/01/2021.

¹⁵⁹ JOSHUA STUDHOLM et al., Poleward expansion of tropical cyclone latitudes in warming climates, *Nature Geoscience*, 2021, pp. 1–15, p. 1, disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41561-021-00859-1>, acesso em 10/01/2021.

de 157 milhões de pessoas a mais em comparação a 2000 e as perdas econômicas desses eventos triplicaram quando comparadas a 2016¹⁶⁰.

Além disso, estima-se que 37% das mortes relacionadas ao calor no globo entre 1991 e 2018 foram resultado das mudanças climáticas antropogênicas¹⁶¹, a capacidade produtiva da terra vem se reduzindo para diversos produtos agrícolas como milho, arroz, trigo e até mesmo soja entre 1981 e 2010¹⁶², verificou-se um aumento no potencial epidêmico dos vírus da malária, da dengue, da zika e da chikungunya devido à maior capacidade reprodutiva dos mosquitos transmissores resultante de alterações dos ciclos de chuva, dentre outras agruras que, de maneira geral, tendem a afetar mais intensamente países e indivíduos habitantes de regiões com IDH mais baixo¹⁶³.

Assim, resta clara a íntima ligação entre as mudanças climáticas e a capacidade de o ser humano ter providos não só o direito à vida, mas demais direitos necessários à dignidade, como saúde, habitação, água potável e alimentação. No entanto, o que se percebe é que essa relação não necessariamente se reflete em ações efetivas no sentido de combater as mudanças climáticas por parte dos atores políticos. Dessa forma, o Direito e a Jurisdição vêm se apresentando como campo de atuação de ativistas que buscam forçar aos Estados a prática dessas ações por meio do que se convencionou chamar de litigância climática: processos judiciais que

¹⁶⁰ NICK WATTS et al, The 2018 report of the Lancet Countdown on health and climate change: shaping the health of nations for centuries to come, *The Lancet*, v. 392, n.º 10.163, 2018, p. 2.479–2.514.

¹⁶¹ A.M. VICEDO-CABRERA et al, The burden of heat-related mortality attributable to recent human-induced climate change, *Nature Climate Change*, v. 11, 2021, p. 492–500.

¹⁶² NICK WATTS et al, The 2018 report of the Lancet Countdown on health and climate change: shaping the health of nations for centuries to come, *The Lancet*, v. 392, n.º 10.163, 2018, p. 2.479–2.514.

¹⁶³ MARINA ROMANELLO et al, The 2021 report of the Lancet Countdown on health and climate change: code red for a healthy future, *The Lancet*, v. 398, n. 10.311, 2021 pp. 1.619–1.662.

levantam questões relacionadas às normas ou fatos que tratam de mudanças climáticas, seja da ciência, da mitigação ou da adaptação.

Nesse cenário em que as consequências das mudanças climáticas já afetam de maneira tão evidente os direitos humanos e fundamentais, tal relação passou a fundamentar essas ações, configurando o que pode ser chamado *rights-turn* da litigância climática, evidenciado em casos na Europa e nos EUA principalmente a partir de 2015¹⁶⁴. Essa virada coincide com o salto no número de casos de litigância climática nos países do Sul Global de 2015 a 2020¹⁶⁵.

A novidade dessas ações nas regiões em desenvolvimento ou pouco desenvolvidas, com economia predominantemente agrária e uma considerável parcela da população em localidades de baixo IDH e, portanto, mais vulnerável às consequências das mudanças climáticas, torna necessária a análise do potencial da litigância climática baseada em direitos fundamentais tanto para reduzir a participação em emissão de GEEs com ações de adaptação das populações desse grupo de países às inevitáveis consequências do já em curso aquecimento global das populações, destacando-se o Brasil para os fins desta pesquisa.

Para o alcance desses objetivos, pretende-se analisar de forma geral o desenvolvimento da litigância climática com base em direitos humanos e como

¹⁶⁴ JOANA SETZER e CATHERINE HIGHAM, *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. Londres: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2021, p. 23, disponível em https://www.ccecp.ac.uk/wp-content/uploads/2021/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2021-snapshot.pdf, acesso em 12/01/2022.

¹⁶⁵ JOANA SETZER e REBECCA BYRNES. *Global trends in climate change litigation: 2020 snapshot*. Londres: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2020, p. 4, disponível em https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2020/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2020-snapshot.pdf, acesso em 12/02/2022.

essas ações começaram a aparecer nos países que compõem o Sul Global já na segunda metade dos anos 2020. Após, é de interesse estudar as características das ações dessa natureza iniciadas no Brasil, em especial o pedido e os fundamentos que as movem, com o fim de analisar de que forma a procedência pode auxiliar nas garantias a direitos fundamentais. Dessa forma, vê-se uma pesquisa predominantemente teórica, de natureza qualitativa e indutiva, uma vez que busca uma tendência geral partindo da análise de alguns casos. Far-se-á uso dos métodos bibliográfico e documental, com a busca de artigos científicos e notícias e o estudo das petições e decisões de ações judiciais que se referem ao tema pesquisado.

2. A estratégia do apelo aos direitos fundamentais na litigância climática: do europeu *Urgenda* ao Sul Global

A litigância climática teve origem nos Estados Unidos da América, durante a década de 1980, iniciando a primeira onda de casos¹⁶⁶ e, desde o início deste século, vem se espalhando pelas diversas jurisdições do globo¹⁶⁷, com o objetivo de que os governos ou entes da iniciativa privada reduzam suas emissões de gases de efeito estufa ou tomem providências quanto à adaptação às mudanças climáticas já em curso. Até maio de 2021, dentre o total de 1.841 casos verificados no globo, 1.387 tramitam só nos EUA, situação resultante dos 40 anos de existência de casos

¹⁶⁶ JOANA SETZER e CATHERINE HIGHAM, *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. Londres: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2021, p. 23, disponível em https://www.ccecp.ac.uk/wp-content/uploads/2021/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2021-snapshot.pdf, acesso em 12/01/2022.

¹⁶⁷ JOANA SETZER e REBECCA BYRNES, *Global trends in climate change litigation: 2020 snapshot*. Londres: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2020, p. 11, disponível em https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2020/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2020-snapshot.pdf, acesso em 12/02/2022.

de litigância no país¹⁶⁸ e razão pela qual a primeira onda se restringiu aos Estados Unidos.¹⁶⁹

Entre 2007 e 2015 verificou-se uma segunda onda da litigância climática, que se caracterizou pelo maior entendimento do potencial dessas ações para suprir o vazio da inação dos Estados em face às mudanças climáticas, o que levou a uma escalada dos casos na União Europeia: em maio de 2020 os países membros do bloco já respondiam por 58 casos, abertos ou já encerrados¹⁷⁰.

Já a partir de 2015 se evidencia uma terceira onda, resultante da expansão global das ações, que passaram a surgir em diversas partes do mundo, e pela maior diversidade de autores, de tipos de pedidos e de fundamentação legal¹⁷¹. Foi nesse

¹⁶⁸ JOANA SETZER e CATHERINE HIGHAM, *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. Londres: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2021, p. 23, disponível em https://www.cceep.ac.uk/wp-content/uploads/2021/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2021-snapshot.pdf, acesso em 12/01/2022.

¹⁶⁹ No que se refere à coleta de dados para a produção do relatório “Global trends in climate change litigation: 2021”, as autoras informam que utilizaram a base de dados aberta Climate Change Laws of the World (CCLW) criada e mantida pelo Grantham Research Institute on Climate em iniciativa conjunta com o Sabin Center for Climate Change Law da Columbia Law School. Os casos que integram essa base de dados devem cumprir dois requisitos: devem ser, casos judiciais, com raras exceções de processos em tribunais administrativos, bem como devem ser casos que levantam questões acerca de lei ou fato relativo à ciência, adaptação ou mitigação das mudanças climáticas de forma central com considerável relevância. Ademais, as autoras ressaltam ainda a possibilidade de subnotificação, principalmente no que se refere ao Sul Global. In: JOANA SETZER e CATHERINE HIGHAM, *Global trends in climate change litigation: 2021...*, p. 8.

¹⁷⁰ JOANA SETZER e CATHERINE HIGHAM, *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. Londres: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2021, p. 8, disponível em https://www.cceep.ac.uk/wp-content/uploads/2021/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2021-snapshot.pdf, acesso em 12/01/2022.

¹⁷¹ JOANA SETZER e CATHERINE HIGHAM, *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. Londres: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2021, p. 23, disponível em

contexto, junto à proliferação das consequências das mudanças climáticas já em curso pelo mundo, que se verificou o crescente uso de argumentos ligados aos direitos humanos ou fundamentais. Convencionou-se chamar esse movimento de *rights-turn* da litigância climática, fenômeno cuja análise é de interesse para esta pesquisa.

2.1. Quando os direitos fundamentais se tornaram instrumentos para o alcance do equilíbrio climático

Talvez o mais emblemático dos casos representativos do *rights-turn* da litigância climática seja o holandês *Urgenda Foundation v. the State of the Netherlands*, que teve início em 2012, e alçou prestígio com a decisão da Suprema Corte dos Países Baixos em dezembro de 2019. A Corte, concordando com as decisões das instâncias inferiores, reconheceu a necessidade de o Estado reduzir a emissão de GEEs em seu território para garantir os direitos fundamentais dos litigantes¹⁷².

Conforme Misonne¹⁷³, dado o contexto da época em que o caso foi iniciado, *Urgenda* pode ser considerado original, pois na Europa até então as questões relativas às mudanças climáticas eram consideradas assuntos de Estado e por isso, apesar das muitas declarações políticas, faltava a criação legislativa interna enquanto não havia posicionamento dos governos quanto aos próprios níveis de

https://www.ccepc.ac.uk/wp-content/uploads/2021/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2021-snapshot.pdf, acesso em 12/01/2022.

¹⁷² SERENA BALDIN, Towards the Judicial Recognition of the Right to Live in a Stable Climate System in the European Legal Space? Preliminary Remarks, *DPCE online*, vol. 2, 2020, p. 1419-1446, p. 1423, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3648173, acesso em 12/01/2022.

¹⁷³ DELPHINE MISONNE, Cour suprême des Pays-Bas, 20 décembre 2019, Pays-Bas c. Urgenda, Urgenda, l'arrêt colibri, in: Christell Coumil, *Les grandes affaires de la justice climatique, confluences des droits*. Aix-en-Provence: Droits International, Comparé et Européen (DICE), 2020. pp. 202-222, p. 208, disponível em <https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/en/object/boreal%3A228276>, acesso em 10/12/2021.

ambição. Assim, essas questões ficavam relegadas a um assunto de relações diplomáticas em debate, nada ou pouco sendo efetivado concretamente. A decisão retirou a questão climática do nível do diálogo e a levou ao nível da ação, exigindo condutas ao Estado. O sucesso do caso inspirou vários outros em cortes nacionais, regionais ou internacionais, visando ao freio das mudanças climáticas com base em argumentos relacionados aos direitos humanos ou fundamentais¹⁷⁴.

Toda essa animação com o resultado do caso pode ser em parte consequência, de os argumentos levantados pelos litigantes transcenderem o ordenamento jurídico dos Países Baixos, uma vez que diversos sistemas jurídicos reconhecem como fundamentais os direitos que embasaram a petição. Isso torna a lógica jurídica das decisões geral e aplicável, destarte, a vários outros casos,¹⁷⁵ conforme Petel resume bem ao indicar que “*ce dénominateur commun [les droits humains au coeur de leur argumentaire] permet une grande perméabilité des raisonnements et renforce la vague contentieuse mondiale*”¹⁷⁶.

A petição em *Urgenda* se tornou um modelo que passou a se repetir por toda a Europa e mesmo fora dela¹⁷⁷, mas de fato, apesar de a Corte ter reconhecido a necessidade e urgência a redução nas emissões dos GEEs pelo Estado, bem como

¹⁷⁴ MARIO PAGANO, *Overcoming Plaumann in EU environmental litigation: an analysis of NGOs legal arguments in actions for annulment, Diritto e processo : derecho y proceso - right & remedies*, 2020, p. 311–360, p. 348–349, disponível em <https://hdl.handle.net/1814/68121>, acesso em 12/01/2022.

¹⁷⁵ MATTHIAS PETEL, *Analyse de l’usage stratégique des droits humains au sein du contentieux climatique contre les États*. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper, n° 2020-33, p. 12, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3692955>, acesso em 16/01/2022.

¹⁷⁶ MATTHIAS PETEL, *Analyse de l’usage stratégique des droits humains au sein du contentieux climatique contre les États*. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper, n° 2020-33, p. 12, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3692955>, acesso em 16/01/2022.

¹⁷⁷ SERENA BALDIN, *Towards the Judicial Recognition of the Right to Live in a Stable Climate System in the European Legal Space? Preliminary Remarks, DPCE online*, vol. 2, 2020, p. 1419–1446, p. 1424, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3648173, acesso em 12/01/2022.

que uma falha em mitigar as mudanças climáticas potencialmente iriam contra o direito à vida e a um meio ambiente saudável dos cidadãos, tal decisão não concluiu pela violação dos direitos dos petionantes, indicando que os efeitos deveriam ser mais graves e diretos para constituir uma violação de direitos¹⁷⁸.

No entanto, poucos dias depois da decisão em primeira instância do caso *Urgenda*, foi emitida uma decisão igualmente, ou talvez mais, histórica, porém menos celebrada pela mídia: em setembro de 2015 no Paquistão, país que se caracteriza como integrante do Sul Global, a Alta Corte de Lahore reconheceu em uma decisão vanguardista que o mero atraso do país em implementar as políticas climáticas criadas em 2012 já consistia em uma ofensa aos direitos fundamentais dos cidadãos e exigiu que o Estado atuasse para evitar essas violações, mostrando como a efetivação de direitos podem ter embasar decisões judiciais em litigância climática¹⁷⁹.

2.2. Uma boa estratégia para o Sul Global?

A decisão do caso *Leghari* claramente demonstrou o potencial do Judiciário de países do Sul Global em interferir nas questões relativas às mudanças climáticas. Mais do que isso, apresentou o vínculo entre os direitos fundamentais dos cidadãos e a busca pelo equilíbrio climático como possibilidade de fundamentação para

¹⁷⁸ JACQUELINE PEEL e JOLENE LIN, *Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South. American Journal of International Law*, v. 113, n. 4, pp. 679–726, p.51, disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/transnational-climate-litigation-the-contribution-of-the-global-south/ABE6CC59AB7BC276A3550B9935E7145A#>, acesso em 22/01/2022.

¹⁷⁹ JACQUELINE PEEL e JOLENE LIN, *Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South. American Journal of International Law*, v. 113, n. 4, pp. 679–726, p. 52-55, disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/transnational-climate-litigation-the-contribution-of-the-global-south/ABE6CC59AB7BC276A3550B9935E7145A#>, acesso em 22/01/2022.

decisões judiciais. De fato, apesar de a maior parte da litigância climática ainda ocorrer nos países mais desenvolvidos, é inegável a ocorrência de cada vez mais casos no Sul Global, os quais têm gerado efeitos regulatórios cada vez mais interessantes¹⁸⁰.

Nesses países, o uso da estratégia dos direitos humanos e fundamentais se mostra particularmente importante, fundamentando os argumentos em diversos casos e usando do espaço aberto no judiciário pelo histórico de ações baseadas em direitos constitucionais socioeconômicos, consolidado em alguns países há mais ou menos trinta anos.¹⁸¹ No continente Africano, a maior parte dos casos de litigância climática identificados até 2020 tratavam de direitos humanos e na América Latina, os direitos fundamentais tiveram bastante espaço em razão da progressiva proteção constitucional ao meio ambiente nesses países.¹⁸²

Conforme Peel e Lin¹⁸³, é comum que os casos de litigância climática no Sul Global apresentem a tendência de tratar as questões climáticas de forma

¹⁸⁰ JOANA SETZER e LISA BENJAMIN, *Climate Litigation in the Global South: Constraints and Innovations*. *Transnational Environmental Law*, v. 9, n. 1, 2020a, p. 77–101, p. 78, disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/transnational-environmental-law/article/abs/climate-litigation-in-the-global-south-constraints-and-innovations/C2FE951D203AC61414E72C9244125258>, acesso em 20/01/2022.

¹⁸¹ JOANA SETZER e REBECCA BYRNES. *Global trends in climate change litigation: 2020 snapshot*. Londres: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2020, p. 14, disponível em https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2020/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2020-snapshot.pdf, acesso em 12/02/2022.

¹⁸² JOANA SETZER e LISA BENJAMIN, *Climate Change Litigation in the Global South: Filling in Gaps*. *American Journal of International Law Unbound*, v. 114, 2020b, p. 56–60, p. 57, disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/climate-change-litigation-in-the-global-south-filling-in-gaps/3A50045D80FCA2B898CDF89D4B391494>, acesso em 20/01/2022.

¹⁸³ JACQUELINE PEEL e JOLENE LIN, *Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South*. *American Journal of International Law*, v. 113, n. 4, 2019, p. 679–726, p. 691–694, disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/transnational-climate->

“periférica”, apresentando como exemplo o caso Oliveira, no Brasil, no qual o STJ proibiu o uso de fogo como método de colheita para cana-de-açúcar, baseando-se, dentre outros efeitos ambientais negativos, nas emissões de carbono resultantes da queima. As autoras atribuem tal tendência a três hipóteses: o acesso à justiça seria limitado nas questões climáticas em razão de deficiências legislativas; a questão climática teria pouca relevância nas políticas públicas desses países; e as mudanças climáticas ampliariam outros problemas ambientais já existentes, tais como os altos níveis de poluição do ar, o descontrole na deflorestação e a perda de biodiversidade.

Esses fatores resultariam na necessidade do uso pelos litigantes de normas com relação indireta com a questão climática, bem como na oportunidade de abordagem subsidiária dessas questões em ações relativas a outros assuntos, como por exemplo, poluição, uso da terra e direitos humanos ou fundamentais. Mesmo sendo indiretos os efeitos dessas ações nas mudanças climáticas, ainda se encaixam no conceito de litigância climática pois não tratam a questão apenas incidentalmente: ela é tratada efetivamente como um fundamento relevante para as petições e as decisões nos casos¹⁸⁴. Apesar da predominância dessa abordagem indireta das mudanças climáticas no litígio do Sul Global, é indiscutível que essas ações trazem grandes contribuições para a governança climática nos países do grupo¹⁸⁵.

litigation-the-contribution-of-the-global-south/ABE6CC59AB7BC276A3550B9935E7145A#, acesso em: 16/01/2022.

¹⁸⁴ JACQUELINE PEEL e JOLENE LIN, *Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South*. *American Journal of International Law*, v. 113, n. 4, 2019, p. 679–726, p. 694-695, disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/transnational-climate-litigation-the-contribution-of-the-global-south/ABE6CC59AB7BC276A3550B9935E7145A#>, acesso em: 16/01/2022.

¹⁸⁵ JACQUELINE PEEL e JOLENE LIN, *Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South*. *American Journal of International Law*, v. 113, n. 4, 2019, p. 679–726, p. 695, disponível em

A estratégia de utilizar de direitos humanos e fundamentais para atingir consequências relacionadas às mudanças climáticas recentemente levou a uma das mais avançadas decisões judiciais em litigância climática do mundo, na ação nº 4360-2018 julgada pela Corte Suprema de Justiça da Colômbia em 2018: o Caso Futuras *Generaciones* v. Colômbia. Nessa ação, 25 jovens processaram vários entes do Governo Colombiano e dos municípios locais, além de corporações, para garantir seus direitos fundamentais, que seriam desrespeitados pela falha do governo em cumprir a meta do Acordo de Paris, de zerar a deflorestação da Amazônia até 2020 e a decisão, além de exigir condutas do governo federal no sentido de efetivar a meta assumida, ainda deu à Amazônia Andina *status* de sujeito de direito¹⁸⁶.

Construído o contexto da litigância climática nos países do Sul Global, resta claro que os direitos humanos e fundamentais despontam como fonte de argumentação bastante útil para as ações concernentes à questão climática, já que a estratégia da abordagem indireta dessa questão parece ter sucesso e em grande parte desses países já existe uma cultura judicial de proteção dos direitos constitucionais por meio de ações, aumentando a possibilidade de decisões favoráveis aos litigantes. Além disso, no âmbito da América Latina, já era possível

<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/transnational-climate-litigation-the-contribution-of-the-global-south/ABE6CC59AB7BC276A3550B9935E7145A#>, acesso em: 16/01/2022.

¹⁸⁶ SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW, *Future Generations v. Ministry of the Environment and Others*, *Climate Change Litigation Databases*, 2021, disponível em <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/future-generation-v-ministry-environment-others/>, acesso em 21/01/2022.

concluir que o sucesso jurisprudencial do caso colombiano inspiraria outras ações similares de litigância climática com base em direitos humanos ou fundamentais¹⁸⁷.

3. A litigância climática no Brasil: dos direitos fundamentais como argumento à busca de um direito fundamental ao equilíbrio climático

No âmbito do Sul Global, o Brasil pode ser considerado terreno fértil para a litigância climática, apesar de o movimento ainda estar bem incipiente no país¹⁸⁸. Isso porque a Constituição de 1988 reconhece como direito fundamental o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual pode ser considerado como condição para efetivação de outros direitos previstos na Carta como saúde, alimentação, cultura e mesmo o direito à uma vida digna, tanto para as presentes quanto para as futuras gerações¹⁸⁹.

Além disso, esse direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser considerado um mínimo existencial ecológico, o que é reconhecido inclusive no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como na decisão do RE 835.558/SP, relatado pelo Ministro Luiz Fux, e dessa forma entra

¹⁸⁷ JACQUELINE PEEL e JOLENE LIN, *Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South*, *American Journal of International Law*, v. 113, n. 4, 2019, p. 679–726, p. 707, disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/transnational-climate-litigation-the-contribution-of-the-global-south/ABE6CC59AB7BC276A3550B9935E7145A#>, acesso em: 16/01/2022.

¹⁸⁸ DANIELLE MOREIRA e STELA HERSCHMANN, *The awakening of climate litigation in Brazil: strategies based on the existing legal toolkit*, *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 59, jul/dez 2021, p. 172–186, p. 172-173, disponível em <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1821/718>, acesso em 10/12/2021.

¹⁸⁹ KAMILA BORGES CUNHA e FERNANDO REI, *Proteção dos Direitos Humanos como meio para litígios climáticos*, *Veredas do Direito – Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 18, n. 40, 2021, p. 201-202, disponível em <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1551>, acesso em 20/01/2022.

no dever de proteção do Estado, sendo-lhe imputável como obrigação¹⁹⁰. Some-se a isso um sistema legal robusto, um judiciário bem estabelecido e um amplo rol de atores políticos independentes com capacidade para iniciar processos contra entes públicos ou privados com o fim de combater ofensas ao meio ambiente a direitos humanos¹⁹¹ e se tem condições excelentes para a litigância climática, principalmente relativa a direitos humanos ou fundamentais.

Apesar de ser tão fértil terreno, até a escritura deste artigo, no Brasil só existem 17 ações judiciais que, conforme o Sabin Center for Climate Change Law, suprem as condições para se encaixar no conceito de litigância climática, contribuindo com a noção de que boa legislação e amplo acesso à justiça não bastam para o desenvolvimento da litigância climática, já que outros fatos influenciam no número de casos de litigância climática em um país, como a insegurança das organizações da sociedade civil¹⁹², ou ainda a questão climática pode estar incluída implicitamente em outras ações, as quais, mesmo sem sequer a mencionar, a afetariam indiretamente¹⁹³.

¹⁹⁰ KAMILA BORGES CUNHA e FERNANDO REI. Proteção dos Direitos Humanos como meio para litígios climáticos, *Veredas do Direito – Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 18, n. 40, 2021, p. 203-205, disponível em <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1551>, acesso em 20/01/2022.

¹⁹¹ JOANA SETZER e LISA BENJAMIN, Climate Change Litigation in the Global South: Filling in Gaps. *American Journal of International Law Unbound*, v. 114, 2020b, p. 56–60, p. 60, disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/climate-change-litigation-in-the-global-south-filling-in-gaps/3A50045D80FCA2B898CDF89D4B391494>, acesso em 20/01/2022.

¹⁹² Em 2020, o Brasil, por exemplo, foi o quarto país do mundo em número de ativistas ambientais assassinados e dos 22 países onde mais ativistas foram mortos, 21 são do Sul Global, que também inclui os 4 países com maiores números de assassinatos de ambientalistas *per capita*, segundo dados da ONG Global Witness (<https://www.globalwitness.org/en/press-releases/global-witness-reports-227-land-and-environmental-activists-murdered-single-year-worst-figure-record/>)

¹⁹³ JOANA SETZER e LISA BENJAMIN, Climate Change Litigation in the Global South: Filling in Gaps. *American Journal of International Law Unbound*, v. 114, 2020b, p. 56–60, p. 60, disponível em

No entanto, em contrapartida à exiguidade de casos, é relevante saber que 12 deles foram iniciados entre 2020 e 2021, o que pode indicar uma tendência de aumento pelos próximos anos. Dentre os 17 casos, apenas 4, todos deflagrados em 2020 ou 2021, fazem referência à mitigação das mudanças climáticas com o pretexto de fazer cumprir direitos fundamentais e até a presente data, nenhum tem decisão transitada em julgado. Apesar de poucos, todos eles trazem abordagens interessantes e um deles integra um novo movimento de litigância climática que, se decidido de maneira favorável à petição, pode ter um caráter bem inovador no mundo: o constitucionalismo climático.

Desses 4 casos de litigância climática com uso direto de direitos fundamentais na base argumentativa, 3 deles têm enfoque em garantir direitos expressos na Constituição Federal, mas enquanto o primeiro deles traz as consequências negativas das mudanças climáticas como descumprimento aos direitos fundamentais na forma de argumento para alcançar pedido que interfere de forma indireta nas questões climáticas, os dois casos seguintes trazem a mitigação das mudanças climáticas como pedido principal da ação, sendo a ofensa a direitos fundamentais uma ou a mais importante razão pela qual o requerimento é relevante.

3.1. As ofensas das mudanças climáticas aos direitos fundamentais como argumento

Em 11 de novembro de 2020 foi deflagrada a ADPF nº 760, tramitando no STF, que tem na parte ativa sete Partidos Políticos e logo na petição inicial traz um requerimento de dez entidades de defesa do meio ambiente e de direitos humanos,

<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/climate-change-litigation-in-the-global-south-filling-in-gaps/3A50045D80FCA2B898CDF89D4B391494>, acesso em 20/01/2022.

dentre associações e organizações da sociedade civil, para admissão como *Amici Curiae*. Apesar de as medidas de satisfação terem sido requeridas cautelarmente, ainda não houve análise.

O processo foi iniciado com a intenção de que a União, os órgãos e as entidades federais competentes (a exemplo do IBAMA, ICMBio e FUNAI) deem plena execução ao Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm). Para isso, a parte ativa listou resultados que precisariam ser alcançados, ainda que progressivamente, requerendo à parte passiva cronograma contínuo e gradativo, metas, objetivos, prazos, indicadores de monitoramento, garantia da necessária dotação orçamentária dentre outros fatores que viabilizariam o cumprimento do PPCDAm. Além disso, é requerido que todo o cumprimento do processo se dê com transparência e os dados sejam disponibilizados a fim de que a sociedade brasileira possa fiscalizá-lo.¹⁹⁴

A ação foi iniciada por uma exordial detalhista, que traz grande bagagem científica para a fundamentação, com a citação de artigos de outras áreas do conhecimento, o que se trata de um pré-requisito para sucesso de ações de litigância climática¹⁹⁵. Um dos argumentos levantados para a necessidade de cumprimento do PPCDAm é o tratamento da preservação da Floresta Amazônica como requisito para mitigar as mudanças climáticas, apontando suas consequências negativas (e,

¹⁹⁴ RAFAEL CARNEIRO *et al*, *Petição inicial na ADPF nº 760 (PSB et al. v. Brasil) em tramitação no STF*, 11/11/2020, disponível em http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20201111_ADPF-760_application-3.pdf, acesso em 22/01/2022.

¹⁹⁵ R.F. STUART--SMITH, R.F. *et al*, Filling the evidentiary gap in climate litigation, *Nature Climate Change*, Londres, v. 11, junho, 2021, p. 651–655, disponível em <https://www-nature.ez11.periodicos.capes.gov.br/articles/s41558-021-01086-7#citeas>, acesso em 21/01/2022.

por isso, passíveis de serem evitadas) para os direitos fundamentais dos indivíduos.¹⁹⁶

A parte ativa faz uma ligação clara das mudanças climáticas com o direito à saúde, novamente levando aos autos farta literatura científica que comprova os efeitos deletérios do aquecimento global à saúde humana. Relaciona ainda à segurança alimentar da humanidade em razão das consequências negativas para a agricultura, como o declínio da produtividade dos pastos e as alterações nos ciclos hídricos; ao aumento dos fluxos migratórios ambientais em razão da vulnerabilidade de certas populações do planeta; e ao desenvolvimento de crianças e adolescentes, tanto os efeitos presentes, como os resultantes da exposição a tóxicos, como os futuros, em referência ao caráter intergeracional das consequências das mudanças climáticas.¹⁹⁷

É evidente que a ADPF nº 760 integra o rol dos casos de litigância climática, mas sua abordagem é indireta, já que o enfoque da ação não é a mitigação das mudanças climáticas, mas a redução do desmatamento da Amazônia, que é indispensável para o retorno ao equilíbrio climático. Além de o pedido interferir na questão climática, essa relação é também usada como forte argumento, trazendo potencial para auxiliar na decisão do STF. Deve-se aguardar a decisão, pois não só o resultado, mas a lógica jurídica adotada pode ser um termômetro para as

¹⁹⁶ RAFAEL CARNEIRO *et al*, *Petição inicial na ADPF nº 760 (PSB et al. v. Brasil) em tramitação no STF*, 11/11/2020, disponível em http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20201111_ADPF-760_application-3.pdf, acesso em 22/01/2022.

¹⁹⁷ RAFAEL CARNEIRO *et al*, *Petição inicial na ADPF nº 760 (PSB et al. v. Brasil) em tramitação no STF*, 11/11/2020, disponível em http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20201111_ADPF-760_application-3.pdf, acesso em 22/01/2022.

tendências da litigância climática no país, já que, não sendo a matéria principal, interessa ver como (e se) o STF irá se referir às mudanças climáticas.

3.2. A busca pelo equilíbrio climático para garantir direitos fundamentais

No ano seguinte, outras duas ações foram iniciadas, mas dessa vez trazendo a mitigação às mudanças climáticas no pedido principal, usando como argumento a necessidade de garantir o cumprimento de direitos fundamentais da população. Em 13 de abril de 2021 foi deflagrada a Ação Popular nº 5008035-37.2021.4.03.6100, que ficou internacionalmente conhecida como *Six Youths v. Minister of Environment and others*, tramitando no juízo da 14ª Vara Cível Federal de São Paulo.

Foi iniciada por membros das ONGs Engajamundo e Fridays for Future Brasil contra a União, o Ministro do Meio Ambiente e o Ministro das Relações Exteriores à época dos atos discutidos e nela os litigantes buscam anular a *Nationally Determined Contribution - NDC*¹⁹⁸ do Brasil tendo em vista que, em 2020, o país, usando de subterfúgios de cálculos que os autores chamaram de “pedalada” climática, na verdade reduziu suas metas em comparação à NDC de 2015, violando a progressividade prevista no Acordo de Paris, promulgado no Decreto nº 9.073/2017.¹⁹⁹

¹⁹⁸ A NDC resulta de uma alteração do Acordo de Paris à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas e diz respeito a metas auto-impostas e declaradas pelos países para redução de emissão de GEEs a cada cinco anos, devendo ser progressivas ao longo do tempo.

¹⁹⁹ FERNANDO FURRIELA et al., Petição inicial na Ação Popular nº 5008035-37.2021.4.03.610 em tramitação na 14ª Vara Cível Federal de São Paulo, 13 abr. 2021. Disponível em http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20210413_Acao-Popular-no-5008035-37.2021.4.03.6100_complaint-1.pdf, acesso em 22/01/2022.

Os litigantes relacionaram essa redução das metas ao princípio da proibição do retrocesso em direitos fundamentais, expresso na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, promulgada no Decreto nº 678/1992, quanto ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, defendendo que, ante a aplicação desse princípio, um NDC inferior seria inconstitucional e ofensivo aos direitos da população brasileira.²⁰⁰

A ação faz referência à jurisprudência internacional, citando os casos *Urgenda*, *Leghari* e *Notre Affaire à Tous* e outros²⁰¹, o que é interessante para a incentivo ao diálogo das cortes e ao transjudicialismo, mas os autores apontam que as consequências negativas do aquecimento global já são fartamente documentadas²⁰², acreditando-se que, talvez por essa razão, não se verifica referência a artigos e revisões científicas de outras áreas, sendo impossível dizer no momento o quanto isso poderia afetar na decisão.

A iniciativa pode ser considerada vanguardista no Brasil, pois é uma das primeiras e poucas ações nas quais a mitigação das mudanças climáticas integra o

²⁰⁰ FERNANDO FURRIELA et al., Petição inicial na Ação Popular nº 5008035-37.2021.4.03.610 em tramitação na 14ª Vara Cível Federal de São Paulo, 13 abr. 2021. Disponível em http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20210413_Acao-Popular-no-5008035-37.2021.4.03.6100_complaint-1.pdf, acesso em 22/01/2022.

²⁰¹ O caso *Notre Affaire à Tous* e outros v. França foi iniciado em março de 2019 contra o governo francês como fim de que o Estado fosse impelido a remediar as ações inadequadas realizadas até então e tomasse medidas mais assertivas quanto ao combate às mudanças climáticas, sendo o pedido julgado procedente em última instância em outubro de 2021, sendo negado somente o pedido de cobrança de multa em caso de atraso na satisfação do pedido. Informações conforme a Climate Case Chart Database (<http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/notre-affaire-a-tous-and-others-v-france/>).

²⁰² FERNANDO FURRIELA et al., Petição inicial na Ação Popular nº 5008035-37.2021.4.03.610 em tramitação na 14ª Vara Cível Federal de São Paulo, 13 abr. 2021. Disponível em http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20210413_Acao-Popular-no-5008035-37.2021.4.03.6100_complaint-1.pdf, acesso em 22/01/2022.

pedido principal. O pedido de cautelar foi inicialmente negado, pois em cognição sumária o juiz entendeu não ser possível afirmar que a NDC de 2020 não é mais ambiciosa que a de 2015, já que implica um aumento em valores absolutos na emissão de GEEs²⁰³, não chegando, dessa forma, a apreciar a questão dos direitos fundamentais. A lógica jurídica do indeferimento da tutela antecipada, porém, reduz as expectativas de que, ao menos em primeira instância, seja concedido o pedido, já que a decisão é feita com base em questionamento de matéria de fato, o qual embasaria todos os argumentos jurídicos.

Na sequência, em 26 de outubro de 2021 foi protocolada a petição que deu início à Ação Civil Pública nº 1027282-96.2021.4.01.3200 pelo Laboratório do Observatório do Clima contra o Ministério do Meio Ambiente e a União requerendo uma atualização do Plano Nacional sobre Mudança do Clima em acordo com a Política Nacional sobre Mudanças Climáticas - PNMC, descrita na Lei Federal nº 12.187/2009, com o Decreto nº 9.578/2018, que consolida os atos normativos do Poder Executivo federal sobre o PNMC e o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, e o Decreto nº 9.073/2017, que promulgou o Acordo de Paris.²⁰⁴

A parte ativa argumenta que a não atualização do Plano Nacional sobre Mudanças Climáticas seria um desrespeito ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, dada a transversalidade das mudanças climáticas,

²⁰³ Citação da jurisprudência brasileira: 14ª Vara Cível Federal de São Paulo, Decisão Interlocutória: AP nº 5008035-37.2021.4.03.6100. Juíza: Noemi Martins de Oliveira, DJ: 26/04/2021, disponível em http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20210528_Acao-Popular-no-5008035-37.2021.4.03.6100_decision.pdf, acesso em 22/01/2022.

²⁰⁴ PAULO BUSSE FILHO et al., Petição inicial na Ação Civil Pública nº 1027282-96.2021.4.01.3200 em tramitação no STF, 26 out. 2021, disponível em http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20211026_Acao-Civil-Publica-No-1027282-96.2021.4.01.3200_petition-1.pdf, acesso em 22/01/2022.

afetaria o gozo de vários outros direitos fundamentais como o direito à vida digna, à saúde, à alimentação e à Moradia²⁰⁵, ampliando o rol de direitos fundamentais abordados nas duas petições já analisadas. Referindo-se à jurisprudência do STF, apontou que o Supremo já havia reconhecido que a devastação ambiental repercute e se comunica com a esfera dos direitos humanos²⁰⁶.

Abordou ainda em sua argumentação o princípio da vedação ao retrocesso, também trazido na petição *Six Youths v. Minister of Environment and others*, falando ainda dos princípios da proibição de proteção insuficiente e do mínimo existencial ecológico, os três aplicáveis ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A petição também incentiva o diálogo das cortes e ao transjudicialismo citando 8 casos de litigância climática fora do Brasil de interesse para a matéria discutida na ação, como os já mencionados *Urgenda*, *Leghari*, *Futuras Generaciones* e *Notre Affaire à Tous* e outros.²⁰⁷

Os três casos de litigância no Brasil citados até aqui têm peculiaridades que vão desde o tipo de ação utilizado (ADPF, Ação Popular e Ação Civil Pública) até a composição da parte ativa (Partidos Políticos, Organizações da Sociedade Civil, Associações e pessoas físicas), mas em comum, trazem como fundamento

²⁰⁵ PAULO BUSSE FILHO et al., Petição inicial na Ação Civil Pública nº 1027282-96.2021.4.01.3200 em tramitação no STF, 26 out. 2021, disponível em http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20211026_Acao-Civil-Publica-No-1027282-96.2021.4.01.3200_petition-1.pdf, acesso em 22/01/2022.

²⁰⁶ PAULO BUSSE FILHO et al., Petição inicial na Ação Civil Pública nº 1027282-96.2021.4.01.3200 em tramitação no STF, 26 out. 2021, disponível em http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20211026_Acao-Civil-Publica-No-1027282-96.2021.4.01.3200_petition-1.pdf, acesso em 22/01/2022.

²⁰⁷ PAULO BUSSE FILHO et al., Petição inicial na Ação Civil Pública nº 1027282-96.2021.4.01.3200 em tramitação no STF, 26 out. 2021, disponível em http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20211026_Acao-Civil-Publica-No-1027282-96.2021.4.01.3200_petition-1.pdf, acesso em 22/01/2022.

argumentativo o fato já constatado de que as consequências das mudanças climáticas afetam diretamente o gozo de direitos fundamentais pela população brasileira, não apenas o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como outros, a exemplo do direito à saúde, à alimentação, à moradia e à água potável. Assim, vê-se que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta diversos instrumentos para consecução de direitos fundamentais por meio da litigância climática.

3.3 Rumo ao reconhecimento do direito fundamental à estabilidade climática: caso Instituto de Estudos Amazônicos v. Brasil

Como se viu, o *right-turns* dos direitos humanos abre a possibilidade de que a litigância climática seja utilizada para efetivação de direitos fundamentais. Mas recentemente vem tomando forma um movimento para fazer surgir um novo direito fundamental implícito nas Constituições: o constitucionalismo climático²⁰⁸. Conforme Setzer e Higham²⁰⁹, enquanto casos como *Leghari* tentam implicar a proteção climática ao Estado a partir de uma releitura dos direitos fundamentais tradicionais, o caso *Juliana et al v. US*²¹⁰ de 2015 já começa a abrir espaço para o

²⁰⁸ JOANA SETZER e CATHERINE HIGHAM, *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. Londres: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2021, p. 33, disponível em https://www.cccep.ac.uk/wp-content/uploads/2021/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2021-snapshot.pdf, acesso em 12/01/2022.

²⁰⁹ JOANA SETZER e CATHERINE HIGHAM, *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. Londres: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2021, p. 33, disponível em https://www.cccep.ac.uk/wp-content/uploads/2021/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2021-snapshot.pdf, acesso em 12/01/2022.

²¹⁰ Um grupo formado por 21 pessoas com idade inferior a 19 anos, a ONG *Earth Guardian* e uma entidade identificada como *Future Generations* deflagrou o caso *Juliana et al v. US* em 2015 com o fim de que o país reduzisse suas emissões de CO2 em medida suficiente para que a concentração atmosférica do gás se mantivesse abaixo de 350 ppm até 2100, fundamentando o requerimento na alegação de que seus direitos fundamentais, como jovens, estavam sendo ameaçados. Informações

surgimento de um novo direito ao requerer implicitamente o reconhecimento do direito ao clima estável como uma extensão dos direitos já existentes.

Surpreendentemente e contrariando os precedentes consolidados até então, o juízo de primeira instância chegou a reconhecer a existência de um direito ao clima estável, embora limitando seu descumprimento a casos extremos que resultassem em perigo direito à vida, à propriedade, às fontes alimentares ou pudesse alterar drasticamente o ecossistema planetário²¹¹.

Tal avanço, porém, foi barrado em sede de recurso quando o Nono Circuito da Corte de Apelação, apesar de reconhecer a ocorrência das mudanças climática, bem como a grande contribuição do país nesse processo, ainda assim decidiu que, mesmo que reconheça o direito constitucional ao clima equilibrado, não poderia conceder o pedido dos reclamantes em razão do princípio da separação dos poderes: o Judiciário somente poderia exigir do Executivo o cumprimento de obrigações criadas pelo Legislativo, o que não era o caso do pedido dos interessados, já que não havia lei em vigor que obrigasse a redução da emissão de GEEs ²¹².

Apesar de o caso *Juliana* não ter tido sucesso, a estratégia de se conseguir o reconhecimento do direito a um clima equilibrado não deve ser abandonada. Indo além do caso estadunidense, foi iniciada no Brasil em 10 de agosto de 2020 a Ação Civil Pública nº 5048951-39.2020.4.04.7000/PR, tramitando no Tribunal Federal

conforme a Climate Case Chart Database (<http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/case/juliana-v-united-states/>).

²¹¹ ROBIN KUNDIS CRAIG, *Juliana, Climate Change, and the Constitution*, *Natural Resources & Environment*, v. 35, n. 1, 2020, p. 1–3, p. 1, disponível em https://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3663202, acesso em 20/01/2022.

²¹² ROBIN KUNDIS CRAIG, *Juliana, Climate Change, and the Constitution*, *Natural Resources & Environment*, v. 35, n. 1, 2020, p. 1–3, p. 1, disponível em https://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3663202, acesso em 20/01/2022.

da 4ª Região - TRF4, o qual marca um grande avanço no movimento do constitucionalismo climático ao alegar de forma clara que a inação do Estado para reduzir o desflorestamento da Amazônia feria o direito autônomo ao clima equilibrado, implícito na Constituição brasileira²¹³, sendo o primeiro caso de litigância climática conhecida no mundo a usar como argumento o desrespeito a esse princípio de forma direta²¹⁴.

Os autores defendem que o rol de direitos fundamentais pode ir se avolumando de acordo com as exigências do momento histórico, lembrado que, de acordo com o art. 5º §2º da CF/88, a lista dos direitos fundamentais explicitados na Constituição não exclui outros que sejam imanentes aos princípios adotados pelo regime jurídico e aos tratados internacionais dos quais o país seja parte. Dessa forma, no contexto atual, o reconhecimento de um direito fundamental ao clima equilibrado seria compatível com as necessidades humanas atuais para a concretização de uma vida digna e tal direito deve se caracterizar em sua dimensão subjetiva como individual e coletivo e em sua dimensão objetiva, fundamentando obrigações exigíveis.²¹⁵

²¹³ JOANA SETZER e CATHERINE HIGHAM, *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. Londres: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2021, p. 33, disponível em https://www.cceep.ac.uk/wp-content/uploads/2021/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2021-snapshot.pdf, acesso em 12/01/2022.

²¹⁴ JOANA SETZER e DÉLTON WINTER DE CARVALHO, Climate litigation to protect the Brazilian Amazon: Establishing a constitutional right to a stable climate, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, v. 30, n. 2, 2021, p. 197–206, p. 203, disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/reel.12409>, acesso em 22/01/2022.

²¹⁵ DÉLTON WINTER DE CARVALHO, Petição inicial na ADPF nº 760 (PSB et al. v. Brazil) em tramitação no STF, 10 ago. 2020, p. 37–49, disponível em http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20201111_ADPF-760_application-3.pdf, acesso em 22/01/2022.

A ligação entre as mudanças climáticas e os direitos fundamentais já consagrados também é mencionada, sendo ressaltado que a instabilidade climática gera um desequilíbrio ambiental, ferindo o direito expresso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o mínimo existencial ecológico e prejudicando os direitos dele dependentes, como alimentação, moradia e saúde.²¹⁶ A ação ainda não foi julgada, havendo algum debate a nível de competência do juízo escolhido, apontada a possibilidade de conexão a outro caso de litigância climática visando à redução da deflorestação da Amazônia. Tal conflito de competência foi resolvido, sendo negada a conexão.

No entanto, em 1º de julho de 2022 foi julgada a ADPF nº 708 pelo STF, com nove ministros acompanhando o voto do relator Ministro Roberto Barroso, um voto acompanhando com ressalvas, do Ministro Edson Fachin, e um voto divergente do Ministro Nunes Marques. Mesmo não constando na petição inicial menção a um direito fundamental ao clima equilibrado, o relator defende que tratados ambientais são espécie de tratados de direitos humanos, abrindo, assim, possibilidade de se conferir ao equilíbrio climático ao menos um caráter supralegal²¹⁷.

O teor do voto vencedor na ADPF nº 708 configura um grande avanço na compreensão do judiciário quanto à relevância da questão climática, mas o

²¹⁶ DÉLTON WINTER DE CARVALHO, Petição inicial na ADPF nº 760 (PSB et al. v. Brazil) em tramitação no STF, 10 ago. 2020, p. 37-49, disponível em http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20201111_ADPF-760_application-3.pdf, acesso em 22/01/2022.

²¹⁷ No ordenamento jurídico brasileiro, tratados internacionais sobre direitos humanos votados com quórum de votação suficiente para aprovação de Emenda Constitucional tem valor de norma Constitucional desde a reforma do Poder Judiciário efetivada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Os tratados dessa natureza que foram internalizados antes da reforma e aqueles votados em quórum inferior ao necessário às emendas têm caráter supralegal.

reconhecimento expreso, consubstanciado em tese, do direito fundamental ao clima equilibrado, sob a égide constitucional, poderia aumentar as possibilidades da litigância climática, tornando-a mais acessível às pessoas físicas, transformando as ações políticas para reduzir a emissão de GEEs em obrigações exigíveis a nível individual, sem que o requerente tenha que comprovar agressão direta a outros direitos²¹⁸ e, em aplicação da dimensão horizontal do novo direito, seria também possível uma maior cobrança dos entes privados.

4. Considerações finais

A litigância climática tem atualmente um papel de grande relevância para a governança climática global, levando aos tribunais os anseios de pessoas que já começam a sentir as consequências nefastas das mudanças climáticas em curso e cobram de seus Estados ação no sentido de mitigar suas participações nas emissões de GEEs e de adaptar suas políticas às alterações que a inação não permitiu serem evitadas. Nesse sentido, a litigância climática vem adquirindo uma importância cada vez maior para a mobilização dos países que compõem o Sul Global, já que suas populações tendem a ser as mais afetadas pelo aquecimento global.

Assim, não foi difícil que o *rights-turn* da litigância climática chegasse com força a esse grupo de países, acompanhando o aumento significativo do número dessas ações nos judiciários desses Estados. Observa-se, então, a partir do *right-turns*, que a litigância climática passa abrir espaço para um duplo benefício: além

²¹⁸ JOANA SETZER e DÉLTON WINTER DE CARVALHO, Climate litigation to protect the Brazilian Amazon: Establishing a constitutional right to a stable climate, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, v. 30, n. 2, 2021, p. 197–206, p. 203, disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/reel.12409>, acesso em 22/01/2022.

de forçar aos Estados ou a entes privados a redução de sua participação nas emissões de GEEs, exige ainda a efetivação de direitos humanos ou fundamentais para a satisfação da população afetada, ainda que potencialmente, pelas mudanças climáticas.

No Brasil, esse duplo benefício é buscado em quatro ações iniciadas após 2020, nas quais o cumprimento de direitos fundamentais é argumento para efetivação de ações com consequências diretas ou indiretas nas emissões de GEEs e, por conseguinte, nas mudanças climáticas. Uma dessas ações traz uma novidade mais interessante: argumenta o descumprimento de um direito fundamental implícito, ainda a ser reconhecido, ao clima equilibrado, introduzindo no Brasil e sendo potencialmente o primeiro no globo a levar o constitucionalismo climático diretamente a juízo. Os julgamentos desses casos geram grande expectativa, pois podem indicar a tendência do judiciário em casos futuros de litigância climática, bem como o potencial dessas ações na formação da jurisprudência brasileira sobre o clima e na influência na litigância climática em outros países.

Deve-se destacar, no entanto, que apesar das expectativas, os desafios a serem superados ainda são enormes. Restam, por exemplo, na necessidade de um ativismo dos juízes para reconhecer que o fato de as mudanças climáticas afetarem os direitos fundamentais das pessoas resulta na aplicação do dever de proteção do Estado e, conseqüentemente, na exigibilidade de políticas de combate ao aquecimento global; na existência de vontade política dos Estados para cumprirem as decisões judiciais favoráveis aos litigantes, pois o princípio da separação de poderes pode ser um obstáculo; e na dificuldade de acesso ao judiciário, o que pode estar próximo de uma solução caso se verifique o reconhecimento do direito fundamental ao clima equilibrado.

Afinal, o Brasil é de fato terreno fértil para a aplicação da estratégia do uso de direitos fundamentais na litigância climática, já que possui boa legislação, o acesso à justiça não é um obstáculo intransponível e o judiciário já possui uma cultura consolidada de apreciação de ações relativas ao descumprimento de direitos fundamentais. Então, vencidos os obstáculos que ainda restam, o país tem o potencial de integrar a vanguarda da litigância climática como instrumento de efetivação de direitos fundamentais, restando aguardar o resultado das quatro ações apontadas para ver se a semente plantada nesse terreno fértil pode receber o tratamento certo para germinar e dar frutos, em prol do reconhecimento dos direitos da Mãe Natureza.

5. Referências bibliográficas

BALDIN, Serena, Towards the Judicial Recognition of the Right to Live in a Stable Climate System in the European Legal Space? Preliminary Remarks, DPCE online, p. 28, 2020, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3648173, acesso em 12/01/2022.

BISALBUTR, Fon, The Potential Impact of Climate Change Litigation on Government Policy, Notre Dame Journal of International & Comparative Law, v. 11, n. 2, p. 272–293, 2021, disponível em <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1145&context=ndjicl>, acesso em 16/01/2022.

BUENO, Paola, Temporada de furacões 2021: quão intensa e anormal foi essa temporada?. Tempo.com, 07/12/2021, Ciência, disponível em <https://www.tempo.com/noticias/ciencia/temporada-de-furacoes-2021-quao-intensa-e-anormal-foi-essa-temporada-.html>, acesso em 10/01/2022.

BUSSE F. FILHO, Paulo et al. Petição inicial na Ação Civil Pública nº 1027282-96.2021.4.01.3200 em tramitação no STF, 26/10/2021, disponível em http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20211026_Acao-Civil-Publica-No-1027282-96.2021.4.01.3200_petition-1.pdf, acesso em 22/01/2022.

CARNEIRO, Rafael et al., Petição inicial na ADPF nº 760 (PSB et al. v. Brazil) em tramitação no STF, 11/11/2020, disponível em http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20201111_ADPF-760_application-3.pdf, acesso em 22/01/2022.

CARVALHO, Délton Winter de, Petição inicial na ADPF nº 760 (PSB et al. v. Brazil) em tramitação no STF, 10/08/2020, disponível em http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20201111_ADPF-760_application-3.pdf, acesso em 22/01/2022.

CUNHA, Kamila Borges; REI, Fernando, Proteção dos Direitos Humanos como meio para litígios climáticos, *Veredas do Direito – Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 18, n. 40, 2021, disponível em <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1551>, acesso em 20/01/2022.

FURRIELA, Fernando et al. Petição inicial na Ação Popular nº 5008035-37.2021.4.03.610 em tramitação na 14ª Vara Cível Federal de São Paulo, 13/04/2021, disponível em http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20210413_Acao-Popular-no-5008035-37.2021.4.03.6100_complaint-1.pdf, acesso em 22/01/2022.

CRAIG, Robin Kundis, Juliana, Climate Change, and the Constitution, *Natural Resources & Environment*, v. 35, n. 1, p. 1–3, 2020, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3663202, acesso em: 20 jan. 2022.

MISONNE, Delphine, Cour suprême des Pays-Bas, 20 décembre 2019, *Pays-Bas c. Urgenda, Urgenda, l'arrêt colibri*, In COURNIL, Christell, *Les grandes affaires de la justice climatique, confluentes des droits, Aix-en-Provence: Droits International, Comparé et Européen (DICE)*, 2020. p. 202-222, disponível em <https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/en/object/boreal%3A228276>, acesso em 10/12/2021.

MOREIRA, Danielle; HERSCHMANN, Stela, The awakening of climate litigation in Brazil: strategies based on the existing legal toolkit, *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 59, p. 172–186, jul/dez 2021, disponível em <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1821/718>, acesso em 20/01/2022.

PAGANO, Mario, Overcoming Plaumann in EU environmental litigation : an analysis of NGOs legal arguments in actions for annulment, *Diritto e processo: derecho y proceso - right & remedies*, p. 311–360, 2020, disponível em <https://hdl.handle.net/1814/68121>, acesso em 12/01/2022.

PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari, M. *A Rights Turn in Climate Change Litigation?* Cambridge University Press, v. 7, n. 1, p. 37–67, 2017, disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/transnational-environmental-law/article/rights-turn-inclimate-changelitigation/0E35456D7793968F37335429C1163EA1>, acesso em 16/01/2022.

PEEL, Jacqueline; LIN, Jolene, Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South. *American Journal of International Law*, v. 113, n. 4, p. 679–726, 2019, disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/transnational-climate-litigation-the-contribution-of-the-global-south/ABE6CC59AB7BC276A3550B9935E7145A#>, acesso em: 22/01/2022.

PETEL, Matthias, Analyse de l'usage stratégique des droits humains au sein du contentieux climatique contre les États, *Max Planck Institute for Comparative Public Law &*

International Law (MPIL) Research Paper, n° 2020-33, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3692955>, acesso em 16/01/2022.

ROMANELLO, Marina et al. The 2021 report of the Lancet Countdown on health and climate change: code red for a healthy future, *The Lancet*, v. 398, n. 10.311, p. 1.619–1.662, 2021.

SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW, *Future Generations v. Ministry of the Environment and Others*, Climate Change Litigation Databases, 2021, disponível em <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/future-generation-v-ministry-environment-others/>, acesso em 21/01/2021.

SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. Browse by jurisdiction: Brazil. Climate Change Litigation Databases, 2021, disponível em <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-jurisdiction/brazil/>, acesso em 21/01/2021

SETZER, Joana; BENJAMIN, Lisa, *Climate Litigation in the Global South: Constraints and Innovations*, *Transnational Environmental Law*, v. 9, n. 1, p. 77–101, 2020a, disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/transnational-environmental-law/article/abs/climate-litigation-in-the-global-south-constraints-and-innovations/C2FE951D203AC61414E72C9244125258>, acesso em 20/01/2022.

SETZER, Joana; BENJAMIN, Lisa, *Climate Change Litigation in the Global South: Filling in Gaps*, *American Journal of International Law Unbound*, v. 114, p. 56–60, 2020b, disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/climate-change-litigation-in-the-global-south-filling-in-gaps/3A50045D80FCA2B898CDF89D4B391494>, acesso em 20/01/2022.

SETZER, Joana; BYRNES, Rebecca, *Global trends in climate change litigation: 2020 snapshot*. Londres: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2020, disponível em https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2020/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2020-snapshot.pdf, acesso em 12/01/2022.

SETZER, Joana; CARVALHO, Délton Winter de, *Climate litigation to protect the Brazilian Amazon: Establishing a constitutional right to a stable climate*, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, v. 30, n. 2, p. 197–206, 2021, disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/reel.12409>, acesso em 22/01/2022.

SETZER, Joana; HIGHAM, Catherine, *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. Londres: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2021, disponível em https://www.cccep.ac.uk/wp-content/uploads/2021/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2021-snapshot.pdf, acesso em 12/01/2022.

STUART--SMITH, R.F.; OTTO, F.E.L., SAAD, A.I. et al, *Filling the evidentiary gap in climate litigation*, *Nature Climate Change*, Londres, v. 11, p. 651–655, junho, 2021.

Disponível em <https://www-nature.ez11.periodicos.capes.gov.br/articles/s41558-021-01086-7#citeas>, acesso em 21/01/2022.

STUDHOLM, Joshua et al, Poleward expansion of tropical cyclone latitudes in warming climates, *Nature Geoscience*, p. 1–15, 2021, disponível em <https://www-nature.com/articles/s41561-021-00859-1>, acesso em 10/01/2021.

VICEDO-CABRERA, A.M. et al, The burden of heat-related mortality attributable to recent human-induced climate change, *Nature Climate Change*, v. 11, p. 492–500, 2021.

WATTS, Nick et al, The 2018 report of the Lancet Countdown on health and climate change: shaping the health of nations for centuries to come, *The Lancet*, v. 392, n. 10.163, p. 2.479–2.514, 2018.