



Universidade
de Itaúna

Revista Confrontos

CONFRONTOS JOURNAL OF LAW



REVISTA CONFRONTOS
CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

REVISTA CONFRONTOS
CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

Itaúna - Minas Gerais – Brasil
Publicação semestral

Ano I, Número I - ago. a dez. 2019
ISSN



Universidade
de Itaúna

Itaúna

2019

REVISTA CONFRONTOS
CONFRONTOS JOURNAL OF LAW
Itaúna - Minas Gerais – Brasil
Publicação semestral
Ano I, Número 1 - ago. a dez. 2019
ISSN

EDITORES

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil, UIT,
Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira
Pedrosa Morais, UIT, Itaúna, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Alejandro González-Varas
Ibáñez, Universidad de Zaragoza,
Espanha.

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de
Tomaz, UNIT, Aracaju, Brasil.

Profª Dra. Cleide Calgaro, USC, Caxias
do Sul, Brasil

Prof. Dr. Erivaldo Moreira Barbosa,
UFCG, Campina Grande, Brasil.

Prof. Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva
Filho, UEA/UFAM, Manaus, Brasil

Profª Dra. Flávia Piva Almeida Leite,
UNESP, São Paulo, Brasil.

Prof. Dr. Gonçalo S. de Melo Bandeira,
IPCA, Barcelos, Portugal.

Profª Dra. Giulia Parola, UFF, Rio de
Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira
da Gama, UERJ/Estácio de Sá, Rio de
Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Gustavo Oliveira Vieira,
UNILA, Foz do Iguaçu, Brasil.

Prof. Dr. Heron José de Santana
Gordilho, UFBA, Bahia, Brasil.

Prof. Dr. Jahyr-Philippe Bichara,
UFRN, Natal, Brasil.

Profª Dra. Jamile Bergamaschine Mata
Diz, UIT/UFMG, Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Jean-Marc Sorel,
UniversitéPanthéon-Sorbonne,
Paris, França.

Prof. Dr. José Luis Bolzan de Morais,
UIT/ESDHC, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. José Ribas Vieira,
UFRJ/PUC-Rio, Rio de Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Juarez Freitas,
UFRGS/PUC/RS, Porto Alegre, Brasil.

Prof. Dr. Lucas Carlos Lima, UFMG,
Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de
Araújo, UNICAP, Recife, Brasil.

Profª Dra. Márcia Rodrigues Bertoldi,
UFPEL, Pelotas, Brasil.

Profª Dra. Maria Cláudia da Silva
Antunes de Souza, UNIVALI, Itajaí,
Brasil.

Profª Dra. Marta Carolina Gimenez
Pereira, UFBA, Salvador, Brasil.

Prof. Dr. Paulo Velten, UFES, Vitória,
Brasil.

Prof. Dr. Pedro Curvello Saavedra
Avzaradel, UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Rafael Costa Freiria,
UNICAMP, Campinas, Brasil.

Prof. Dr. Rubens Beçak, USP, São Paulo,
Brasil.

Prof. Dr. Rubén Miranda Gonçalves,
USC, Santiago de Compostela, Espanha

Prof. Dr. Tagore Trajano de Almeida
Silva, UFBA, Salvador, Brasil.

Prof. Dr. Valério de Oliveira Mazzuoli,
UIT/UFMT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti, UEA/
UFAM, Manaus, Brasil.

Prof^a Dra. Vasilka Sancin, Universidade
de Liubliana, Eslovênia.

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo,
UNIMAR, Marília, Brasil.

QUADRO DE PARECERISTAS

Prof. Dr. André Cordeiro Leal, FUMEC,
Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Arnaldo de Souza Ribeiro,
UIT, Itaúna, Brasil

Prof^a Dra. Carla Ribeiro Volpini, UIT,
Itaúna, Brasil.

Prof^a Dra. Cintia Garabini Lages, UIT,
Itaúna, Brasil.

Prof^a Dra. Edilene Lobo, UIT, Itaúna,
Brasil.

Prof. Dr. Élcio Nacur Rezende,
ESDHC, Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Júnior,
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa, UIT,
Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. José Emilio Medauar Ommati,
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior,
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Magno Federici Gomes,
ESDHC, Belo Horizonte, Brasil.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago,
IDP, Brasília, Brasil.

Prof^a Dra. Miracy Barbosa de Sousa
Gustin, UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de
Almeida, UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Paulo Roney Ávila Fagundes,
UFSC, Florianópolis, Brasil.

Prof^a Dra. Renata Mantovani de Lima,
UIT, Itaúna, Brasil.

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona
Freitas, FUMEC, Belo Horizonte, Brasil.

Prof^a Dra. Wânia Guimarães Rabêllo de
Almeida, PUC-Minas,
Belo Horizonte, Brasil.

Diagramação: Lucila Pangrácio Azevedo

Capa: Waneska Diniz

Foto Capa: Vitória de Samotrácia
(Museu do Louvre, Paris)

Edição: Conhecimento Editora

Contatos

31.98309-7688 (whatsapp)

31.98847-8910 (whatsapp)

conhecimentojuridica@gmail.com

marcos@conhecimentolivrraria.com.br

www.conhecimentolivrraria.com.br

EDITORIAL

Apresentamos, como muita satisfação, o primeiro volume da Revista Confrontos que é uma iniciativa do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - MG e que tem como interesse a publicação de trabalhos acadêmicos de cunho acadêmico, jurisprudência comentada, ensaios, monografias e resenhas de obras jurídicas, legislação nacional ou internacional comentada e pareceres. São aceitas colaborações do Brasil e do Exterior, que envolvam as linhas de pesquisa do programa do Mestrado e Doutorado referentes ao direito processual coletivo e efetividade dos direitos fundamentais e às organizações internacionais e a proteção dos direitos fundamentais. Ela possui fluxo contínuo e periodicidade semestral. Os procedimentos de obtenção do ISSN para a próxima edição já se encontram em andamento.

Esta edição, nº 1, do volume 01, é constituída por textos elaborados por autores do nosso Estado de Minas Gerais, Amazonas e São Paulo, com temas relacionados ao princípio da legalidade e da juridicidade como exigência de ensino médio para ingresso no ensino superior; o desenvolvimento do direito internacional através de decisões judiciais com enfoque na contribuição da CIJ; as relações entre biodiversidade, conhecimentos tradicionais associados e os objetivos do desenvolvimento sustentável no contexto da lei federal nº 13.123/2015 e sobre o postulado normativo do meio ambiente ecologicamente equilibrado, conflitos de interesses e licenciamento ambiental.

Agradecemos, a todos os leitores, autores e avaliadores pela colaboração e confiança e pelo excelente trabalho realizado.

Boa leitura a todos!

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes

Editores

FOCO E ESCOPO

A *Revista Confrontos* é uma publicação semestral apoiada pelo PPGD – Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG que tem por finalidade divulgar artigos científicos, artigos de reflexão e resenhas cujo conteúdo afine-se com as seguintes linhas de pesquisas:

Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais

Organizações Internacionais e a Proteção dos Direitos Fundamentais

Os artigos ou trabalhos inéditos serão publicados em português, inglês, italiano, francês ou espanhol. Todos os trabalhos submetidos à *Revista Confrontos* são avaliados, em primeiro lugar, pelos editores, que examinam a adequação do trabalho à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço disponível para publicação. Após essa etapa, cada texto foi enviado a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, que garante a privacidade de autor e avaliadores, para análise de forma e conteúdo, bem como emissão do parecer a ser disponibilizado ao autor do trabalho.

FORMATO E NORMAS EDITORIAIS

Extensão: O texto deverá ter extensão máxima de 20 a 22 páginas, com espaçamento de 1,5, incluídas referências bibliográficas e notas. **O título (no idioma original e em Inglês) devem conter no máximo 240 caracteres incluindo espaços.**

Imagens: se o artigo contiver imagens fotográficas e/ou desenhos gráficos, esses deverão ser encaminhados em formato original (.jpeg, .png, .tiff) e em arquivos separados (não inseridos no interior do próprio texto), **com resolução mínima de 300 dpi.** No arquivo referente ao texto, deverá ser indicado através da inserção das **legendas (no idioma do artigo e também em Inglês)**, o local aproximado onde devem ser inseridas as figuras, gráficos, tabelas e/ou quadros.

Citações: as citações no interior do texto devem obedecer às seguintes normas:

- a. Um autor: (Leipnitz, 1987);
- b. Dois autores: (Turner e Verhoogen, 1960);
- c. Três ou mais autores: (Amaral et al., 1966);
- d. Trabalhos com o(s) mesmo autor(es) e mesma data devem ser distinguidos por **letras minúsculas logo após a data.** Ex: (Amaral, 2008a) (Amaral, 2008b);

Apresentação das citações:

Citações com **menos de três linhas** deverão ser **incorporadas ao texto entre aspas;**

Citações com **mais de três linhas** deveram ser apresentadas **em parágrafo isolado, com espaçamento simples entre as linhas, corpo de 11 pt e recuo de 4 cm** da margem esquerda do texto.

Notas de rodapé: As notas de rodapé devem ser usadas de forma **parcimoniosa.** Somente são permitidas notas de rodapé

explicativas e **não são permitidas notas que contenham apenas referências. Estas deverão estar listadas, ao final do texto, no item ‘Referências’.**

Não utilize as expressões *op. cit;* *ibid;* *ibidem;* *id;* *idem;*

Não utilize a expressão *apud*, dê preferência pelo emprego da expressão *in*.

A matéria dos originais deverá conter, na seguinte ordem:

Título do texto: Título no idioma do artigo e em Inglês. Se o artigo for **redigido em Inglês deve apresentar também o título em Português. Com no máximo 240 caracteres com espaço.**

Resumos: no idioma do artigo e em inglês, em um único parágrafo, com até 20 linhas, acompanhado de três palavras-chave. Nos casos em que o **artigo é escrito em inglês, solicita-se também a apresentação de resumo e palavras-chave em português.**

Texto completo do artigo: formatado em Times New Roman, 12 pt, espaçamento 1,5.

Referências: as referências bibliográficas e de outra natureza devem ser listadas ao final do texto, em ordem alfabética, em 12 pt, espaçamento simples, como nos modelos abaixo:

Artigos em periódico:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do artigo. *Título do periódico*, **volume** (número/fascículo): pág inicial-pág final.

Ex.: JULIO-CAMPUZANO, A. 2009. Estado de Derecho, democracia y justicia constitucional. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 1(2):8-20.

Artigos relativos a eventos:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do trabalho. *In:* Nome do Congresso (Encontro, Simpósio, etc.), nº, cidade, ano. *Anais...* Cidade, Sigla. **volume:**pág inicial-pág final.

Ex.: SALDANHA, J.M.L.; ESPINDOLA, A.A.S.; BOLZAN DE MORAIS, J.L. 2008. A superação do funcionalismo processual e a construção de mudanças processuais ‘estruturais’ e ‘metodológicas’: uma (nova) identidade para o sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. *In:* XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Brasília, 2008. *Anais...* Brasília, Fundação Boiteux. 4310-4333.

Artigos em coletânea:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do artigo. *In:* Inicial(is) do nome. SOBRENOME (org.), *Título da coletânea*. Cidade, Editora, p. pag inicial-pág final.

Ex.: GRANDO, A. 2003. Os reality shows. *In:* V. HOEWELL (org.), *Coletânea GT Produção de sentido nas mídias*. Pernambuco, UNICAD, p. 75-81.

Livros:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. *Título do livro*. ed., Cidade, Editora, total de páginas p.

Ex.: FERRAJOLI, L. 2003. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo, Martins Fontes, 116 p.

Capítulos de livros:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do capítulo. *In:* Inicial(is) do nome. SOBRENOME (ed.), *Título do livro*. Cidade, Editora, p. pag inicial-pág final.

Ex.: CANÇADO TRINDADE, A. A. 2000. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: Recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. *In: GOMES, L. F. PIOVESAN, F. (Coord.) O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, p. 103-152.

GADAMER, H.G. 1991. Problemas de la razón práctica. *In: H.G. GADAMER (ed.), Verdad y metodo II*. Salamanca, Sígueme, p. 293-308.

Dissertações e Teses:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. *Título da tese*. Cidade, Sigla do Estado. Tipo de tese (mestrado, doutorado). Universidade, número total de páginas p.

Ex.: LUCAS, D.C. 2008. *Direitos Humanos e Interculturalidade: um Diálogo entre a Igualdade e a Diferença*. São Leopoldo, RS. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 266 p.

Citações de Sites e textos eletrônicos:

Caso seja possível identificar os autores de textos eletrônicos, a referência deve ser feita do seguinte modo:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do texto. Disponível em: <http://>. Acesso em: dd/mm/aaaa.

Ex.: LENKER, A.; RHODES, N. 2007. Foreign Language Immersion Programs: Features and Trends Over 35 Years. Disponível em: <http://www.cal.org/resources/digest/flimmersion.html>. Acesso em: 28/04/2007.

* Neste caso, no corpo do texto, a referência é identificada por (Lenker e Rhodes, 2007).

Se não for possível identificar os autores de textos eletrônicos, deve-se fazer a referência do seguinte modo:

FONTE/SITE. Ano de publicação. Título do texto. Disponível em: <http://>. Acesso em: dd/mm/aaaa.

Ex.: GLOBO ONLINE, O. 2006. Brasil será o país com mais sedes do Instituto Cervantes. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2006/10/25/286393283.asp>. Acesso em: 05/04/2008.

* No corpo do texto a citação será (O Globo Online, 2006).

Jornais e revistas, órgãos e instituições:

Todos os textos de jornais e revistas devem constar nas referências bibliográficas. Caso haja autor explícito, a referência é feita pelo seu sobrenome:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do texto. Fonte (Órgão, Instituição, etc.). Sessão (Coluna, etc.). Cidade, dia mês (abreviado).

Ex.: MICELLI, S. 1987. Um intelectual do sentido. Folha de S. Paulo. Caderno Mais! São Paulo, 7 fev.

* No corpo do texto, indica-se (Micelli, 1987).

Caso não haja um autor e o texto seja de responsabilidade do órgão, faz-se a referência assim:

Fonte (Órgão, Instituição, etc.). Ano de publicação. Título do texto. Cidade, dia mês (abreviado), p. número da página.

Ex.: CORREIO DO POVO. 1945. Os métodos objetivos de verificação que empregamos no RS. Porto Alegre, 5 out., p. 14.

* No corpo do texto, indica-se (Correio do Povo, 1945).

ESCREVERAM NESTE NÚMERO

CARLA CRISTINA ALVES TORQUATO CAVALCANTI

Doutoranda em Função Social do Direito pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo.

ERIVALDO CAVALCANTI E SILVA FILHO

Professor dos Programas de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas – UEA e do Mestrado em Direito e Constitucionalismo e Direitos na Amazônia da Universidade Federal do Amazonas – UFAM.

ERIVERTON RESENDE MONTE

Doutor em Direito Constitucional pela UNIFOR – Universidade de Fortaleza.

LEANDRO JOSÉ FERREIRA

Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Especialista em Direito Processual pela PUC/MG. Bacharel em Direito pela PUC/MG. Autor de diversos artigos publicados em periódicos científicos bem qualificados e do Livro: A Participação Popular na Proteção do Meio Ambiente Pela Via do Processo Justo. Advogado atuante na seara do direito ambiental e do direito previdenciário. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0073185123370011>. Endereço eletrônico: leandrojfadv@gmail.com

LUCAS CARLOS LIMA

Professor adjunto de Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito Internacional na Università degli Studi di Macerata. Correio Eletrônico: lclima@ufmg.br

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da UNIFOR – Universidade de Fortaleza.

MAGNO FEDERICI GOMES

Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. ORCID:<http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>. E-mail: federici@pucminas.br.

RAFAEL COSTA FREIRIA

Professor efetivo da Unicamp na área Ambiental e Coordenador do Laboratório de Políticas Públicas Ambientais da FT/Unicamp. Pós Doutor em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Universidade de Alicante/Espanha. Autor de diversas obras nas áreas de Direito, Gestão e Políticas Públicas Ambientais. E-mail: rafaelfreiria@ft.unicamp.br

SUMÁRIO

1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA JURIDICIDADE: EXIGÊNCIA DE ENSINO MÉDIO PARA INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR

Maria Lírída Calou de Araújo e Mendonça

Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho

Eriverton Resende Monte

Carla Cristina Alves Torquato Cavalcanti 1

2 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO INTER- NACIONAL ATRAVÉS DE DECISÕES JUDICIAIS: A CONTRIBUIÇÃO DA CIJ

Lucas Carlos Lima 26

3 RELAÇÕES ENTRE BIODIVERSIDADE, CONHE- CIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS E OS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁ- VEL NO CONTEXTO DA LEI FEDERAL N. 13.123/2015

Rafael Costa Freiria 63

4 POSTULADO NORMATIVO DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO, CONFLITOS DE INTERESSES E LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Magno Federici Gomes

Leandro José Ferreira 95

1

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA JURIDICIDADE: EXIGÊNCIA DE ENSINO MÉDIO PARA INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da UNIFOR – Universidade de Fortaleza.

Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho

Professor dos Programas de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas – UEA e do Mestrado em Direito e Constitucionalismo e Direitos na Amazônia da Universidade Federal do Amazonas – UFAM.

Eriverton Resende Monte

Doutor em Direito Constitucional pela UNIFOR – Universidade de Fortaleza.

Carla Cristina Alves Torquato Cavalcanti

Doutoranda em Função Social do Direito pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo.

RESUMO

A presente pesquisa trata dos princípios da legalidade e da juridicidade com relação à exigência de ensino médio para ingresso no ensino superior. A problemática surge da exigência de conclusão do ensino médio como requisito à matrícula ao ensino superior. Os requisitos de acesso da educação de nível superior, cumulativamente, são a conclusão do ensino médio ou equivalente e classificação em processo seletivo. O princípio da juridicidade administrativa surge da interpretação dos princípios e regras constitucionais, para, então, englobar o princípio da legalidade como um de seus princípios interno,

deixando-se de ser altaneiro e soberano como outrora. A exigência de conclusão do ensino médio mostra-se plenamente adequada ao princípio da juridicidade.

Palavras-Chave: Ensino médio; Vestibular; Autonomia; Legalidade; Juridicidade.

PRINCIPLE OF LEGALITY AND JURIDICITY: REQUIREMENT OF SECONDARY EDUCATION FOR ADMISSION TO A HIGHER EDUCATION

ABSTRACT

The present research deals with the principles of legality and juridicity, regarding the high school requirements to ingress in college. The problematic arises from the necessity of high school conclusion as an enrollment requirement to access a higher education. The admittance requirements for college are, cumulatively, the high school conclusion, or equivalent, and the approval in a selection process. The principle of administrative juridicity arises from the interpretation of the constitutional principles and rules, so as to encompass the legality principle as one of its internal principles, ceasing its superiority as the sovereignest principle. The requirement for a secondary education shows to be fully suitable to the juridicity principle.

Keywords: High school; Entrance exam; Autonomy; Legality; Juridicity.

Sumário

1. Introdução – 2. Competências constitucionais e regulamentação dos requisitos educacionais para ingresso no ensino superior de graduação – 3. Competência constitucional e o princípio da autonomia universitária – 4. Concepção hermenêutica sobre os princípios da legalidade e da juridicidade e os aspectos jurisprudenciais sobre matrícula no ensino superior – 5. Considerações finais – 6. Referências.

Recebido em: 10.10.2019

Aceito em: 15.12.2019

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata dos princípios da legalidade e da juridicidade com relação à exigência de ensino médio para ingresso no ensino superior. Faz-se a seguinte indagação: a exigência de conclusão do ensino médio, como requisito essencial à matrícula ao ensino superior, mostra-se adequada frente ao princípio da juridicidade?

O sistema de ensino educacional no Brasil prevê uma sequência de fases as quais os discentes deverão percorrer visando a sua qualificação e aprimoramento diante da necessidade de uma formação mais completa possível, o que favorece ao futuro desenvolvimento dos mesmos no ensino superior.

A educação escolar é um instrumento à disposição da população em escolas públicas e privadas do país, para a formação das pessoas dentro de uma qualidade desejada, favorável a configuração de uma sociedade livre, justa e solidária.

O estudo está dividido em competências constitucionais e regulamentação dos requisitos educacionais para ingresso no ensino superior de graduação e a concepção hermenêutica atual sobre os princípios da legalidade e da juridicidade, bem como os aspectos jurisprudenciais que abrangem à matrícula no ensino superior.

Torna-se necessário enfatizar que a pesquisa está adstrita às Universidades públicas (federais, estaduais e municipais), com exclusão das Instituições de Ensino Superior privadas.

Na estrutura normativa utilizada para subsidiar o objeto posto, pode-se relacionar a Constituição Federal/88, os princípios constitucionais, a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996

(Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB) e suas alterações e editais que versam sobre vestibular.

Quanto à metodologia utilizada, faz-se uma abordagem doutrinária, com referencial teórico, descritiva e analítica, tendo por base fontes bibliográficas, normas positivadas, com uso de recurso tecnológico – *internet*. A pesquisa será pura, tendo como finalidade a ampliação do conhecimento pertinente ao tema estudado, e, também, será qualitativa, debruçando-se nos respectivos pressupostos teóricos que são analisados em vista alcançar os objetivos e responder à indagação formulada.

2. COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS E REGULAMENTAÇÃO DOS REQUISITOS EDUCACIONAIS PARA INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR DE GRADUAÇÃO

A competência em matéria educacional encontra-se na Constituição Federal/88 e demais critérios de regulamentação estão em normas infraconstitucionais, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e os editais elaborados pela Administração Pública, com base na autonomia universitária também estabelecida em nível constitucional.

Portanto, a parte inicial será desenvolvida com a constitucionalização e o direito administrativo, a competência constitucional e autonomia universitária, assim como a regulamentação infraconstitucional.

A constitucionalização do Direito tem sido objeto de significativos debates doutrinários e jurisprudencial, com a utilização de expressões para identificação desse momento, por exemplo, neoconstitucionalismo, pós-positivismo, novo Direito Constitucional. Independente do termo utilizado, quer-se demonstrar

e fundamentar a prevalência da Constituição sobre as demais normas jurídicas e sua eficácia nas relações de natureza pública e privadas.

A Constituição Federal não pode ser somente um sistema em si, com sua ordem, unidade e harmonia, porém deve, além disso, ter um olhar e interpretar todos os ramos do Direito, e que a constitucionalização do direito não tem como principal marcar a inclusão da Lei Maior, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos numa visão constitucional e qualquer interpretação deve estar alinhada com a interpretação constitucional, pois qualquer operação do direito envolve a aplicação direta ou indireta da norma constitucional (BARROSO, 2012, p. 43).

Por tais razões, depreende-se que a norma jurídica constitucional em sua hermenêutica de compreensão, interpretação e aplicação deve englobar todas as normas jurídicas próprias nela contidas e as demais normas que compõem o ordenamento infraconstitucional, em face do cumprimento hermenêutico constitucional de modo direto ou indireto.

Ao tratar do papel da Constituição, da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito e das condições de possibilidade à implementação e concretização dos direitos fundamentais-sociais, Lenio Streck (2012, p. 78-80) afirma que a dimensão política da Constituição convergem em dimensão democrática na formação de unidade política, dimensão liberal na coordenação e limitação do poder estatal, e dimensão social na configuração social das condições de vida na essência do constitucionalismo pós-guerra, sendo razoável entender que a força normativa da Constituição no sentido do “[...] seu papel dirigente e compromissório – sempre teve *uma direta relação com a*

atuação da justiça constitucional na defesa da implementação dos direitos fundamentais-sociais previstos na Lei Maior”.

A educação está prevista como um direito fundamental-social, nos termos do artigo 6º, da Constituição Federal/88: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Portanto, a educação deve ser implementada como direito fundamental social por parte do poder estatal.

A conceituação de direitos fundamentais é diversificada e ampla pela doutrina. Seleciona-se aquela apresentada por Branco (2009, p. 278) em que são “[...] os direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem de uma ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra”.

Quanto à relação do Direito Constitucional com o Direito Administrativo, ou mesmo a constitucionalização do Direito Administrativo, Luís Roberto Barroso (2012, p. 47 e 49) defende três pontos relevantes dessa constitucionalização, a saber, a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública, a sequência de transformações do Estado brasileiro nos últimos anos e a influência dos princípios constitucionais [dentre eles o princípio da legalidade e da juridicidade] sobre as categorias do Direito Administrativo. Aponta este último como o mais decisivo, isto é, os princípios administrativos contidos na Constituição, quer de natureza específica como os de caráter geral.

Por esse critério da influência dos princípios constitucionais, pode-se dizer que serve para as demais áreas do Direito, visto que a

Constituição Federal/88 está classificada quanto à extensão em analítica, caracterizando-a com um vasto conteúdo regulamentador, por exemplo, direito tributário, previdenciário, civil e educacional.

As principais inovações no Direito Administrativo foram inseridas na Constituição pela adoção dos princípios do Estado Democrático de Direito ou mesmo pela inspiração do neoliberalismo e da globalização, do sistema da *common law* e do direito comunitário, ocasionando a Reforma do Estado a qual repercute no Direito Administrativo (DI PIETRO, 2015, p. 7).

Percebe-se as opiniões unívocas da influência dos princípios constitucionais os quais apontam para a estreita relação entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, com carga axiológica e normativa principiológica. Os princípios expressos do Direito Administrativo estão no artigo 37, da Constituição Federal/88, são os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Binenbojm (2008a, p. 7) entende que há uma crise dos paradigmas do Direito Administrativo, dentre os quais se destaca à legalidade administrativa e sua vinculação à lei, com suposta submissão total do agir administrativo à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo.

Ou seja, o autor aponta e critica a ideia da legalidade estrita, fechada, com aplicação de uma ideia ultrapassada de subsunção da norma ao caso concreto ou uma moldura, consoante os ensinamentos de Hans Kelsen, sem qualquer espaço para uma hermenêutica flexiva. Resta evidente a não pretensão de “tudo pode”, e sim uma margem interpretativa com atenção e respeito à segurança jurídica aos interessados, tanto à Administração Pública quanto aos administrados.

Constrói-se a ideia da constitucionalização do Direito Administrativo para suprir o déficit da legalidade administrativa vinculada à lei, pela adoção de direitos fundamentais e do sistema democrático pelos vetores axiológicos dos princípios e regras, dessa maneira, “[...] a Constituição, e não mais a lei, passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa à juridicidade (BINENBOJM, 2008a, p. 7).

Infere-se que as normas constitucionais servem para subsidiar o Direito Administrativo na atuação estatal, com juridicidade e segurança jurídica. No entanto, Gustavo Binjenbojm (2008a, p. 3) chama atenção que, algumas vezes, “[...] o discurso da autonomia científica do direito administrativo serviu de pretexto para liberar os administradores públicos da normatividade constitucional”.

Na sequência será tratada a competência constitucional em matéria educacional e à autonomia cedida as Universidade do país, em especial, conforme o objeto de pesquisa, as de natureza pública.

3. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA

A competência constitucional de conteúdo educacional encontra-se ao longo das normas constitucionais que derivam para as normas legislativas e administrativas, privativa da União, com atribuições às três esferas: federal, estadual e municipal. Não é muito comum a existência de Universidades de nível municipal, apesar do amparo normativo para tanto. A Constituição Federal de 1988¹ estabelece:

¹ Todos os textos das normas, tanto constitucionais quanto infraconstitucionais, foram obtidas em www.planalto.gov.br

Artigo 22. Compete privativamente à **União** legislar sobre: XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;

Artigo 23. É competência comum da União, dos **Estados**, do Distrito Federal e dos **Municípios**: V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

Artigo 24. Compete à **União, aos Estados e ao Distrito Federal** legislar concorrentemente sobre: IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;

Artigo 30. Compete aos **Municípios**: VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;

Artigo 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Artigo 211. A **União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios** organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 2º Os Municípios atuarão **prioritariamente** no ensino fundamental e na educação infantil. § 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão **prioritariamente** no ensino fundamental e médio. [grifos dos autores]

O legislador constituinte disciplinou e possibilitou aos entes da federação competências para a criação de Universidades visando ao ensino superior. Vale frisar que a norma constituinte não entendeu como indispensável aos Estados e Municípios a instalação de cursos de nível superior, e sim aos Municípios uma atuação prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, e os Estados e o Distrito Federal com atividades prioritárias no ensino fundamental e médio.

Cumpra destacar que a competência é concorrente em face do artigo 24, *caput*, cabendo à União legislar sobre normas gerais e competência suplementar aos Estados, tudo em conformidade com os §§ 1º 2º, respectivamente.

No campo da educação, Piovesan (2010, p. 55) indica que “a Constituição determina que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, e acrescenta que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”.

De forma prática, a União e os Estados são os entes que mais possuem cursos universitários e que, também, estão mais sujeitos às demandas judiciais envolvendo o requisito do ensino médio para adentrar em curso superior.

Para as Universidades federais a competência é da Justiça Comum Federal, de acordo com o artigo 109, I, da Constituição Federal/88, e nos Estados a competência é da Justiça Comum Estadual, com base na autonomia universitária que adiante será abordada. Nessas controvérsias as demandas em face do Reitor da Universidade, em regra, são manuseadas por meio de Mandado de Segurança.

O princípio da autonomia universitária está contemplado na Constituição Federal/88 em seu artigo 207, com os seguintes termos: “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

Portanto, a autonomia universitária possui a natureza de ensino (didática-científica), administrativa e gestão, inclusive financeira, o que importa compreender, interpretar e aplicar que qualquer norma tratando do assunto deve, necessariamente, obedecer tal

comando constitucional, ao revés a norma jurídica será flagrantemente inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal (STF) entende que “o princípio da autonomia universitária não significa a soberania das universidades, devendo estas se submeter às leis e demais atos normativos” (RE 561.398 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 23-6-2009, 2ª T, DJE de 7-8-2009).

Sendo assim, o princípio da autonomia universitária pode ser conceituado como a possibilidade constitucional conferidas às Universidades públicas para o exercício de atividades didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, preservando a interação entre ensino, pesquisa e extensão, dentro das demais normas jurídicas, sem significar a soberania das Instituições de Ensino Superior (IES) que têm suas limitações estabelecidas.

O princípio da autonomia universitária concede, dentre outras normas à frente indicadas, a viabilidade para que as Universidades realizem os seus exames vestibulares, com o fito da seleção pública com lisura, igualdade e idoneidade.

O princípio da autonomia universitária favorece ao tripé fundamental do ensino, da pesquisa e da extensão, com a qualidade que a sociedade anseia, para proporcionar de forma isonômica o ingresso dos interessados no mundo acadêmico.

A regulamentação infraconstitucional, que tem suporte na Constituição Federal/88 será adiante exposta, com a inserção de normas mais específicas do direito educacional referente ao concurso de exame vestibular.

A Constituição Federal de 1988, conforme acima, atribuiu competência à União para legislar a respeito das diretrizes e

bases da educação nacional, que se confirmou com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e suas alterações.

A Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, norma geral, estabelece as diretrizes educacionais no âmbito nacional e que deve ser cumprida tanto pela Administração Pública quanto pelos administrados e demais interessados, por exemplo, a Administração não pode exigir requisitos inexistentes e contrariamente à norma, igualmente o candidato deve preencher os pressupostos de ingresso ao ensino superior público.

Em sintonia com a Constituição Federal, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação positivou o princípio da autonomia universitária, em especial nos artigos 53 e 54, com várias atribuições as quais consolidam o referido princípio constitucional, dentre elas, a criação e organização dos cursos de graduação, estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão, fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do meio, elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos, formação dos colegiados, elaborar seus orçamentos anuais e plurianuais.

O artigo 44, II, da norma citada, exige expressamente os pressupostos de acesso ao processo de ensino-aprendizagem, que abaixo segue:

A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas:

II - de **graduação**, abertos a candidatos que tenham **concluído o ensino médio ou equivalente** e tenham sido **classificados** em processo seletivo; [grifos dos autores]

Dito isto, relaciona-se os requisitos de acesso da educação de nível superior (graduação), cumulativamente, conclusão do ensino médio ou equivalente, e classificação em processo

seletivo. Como se verá o Poder Judiciário tem preterido ou inobservado tais regras, prejudicando a nova ordem constitucional e infraconstitucional.

Considerando a importância da exigência do término do ensino médio, não só como um critério objetivo, bem como pela conclusão plena é que o candidato/aluno à graduação estará em condições educacionais para a vida acadêmica, ou seja, a conclusão do ensino médio é indispensável para que o discente esteja preparado com uma formação curricular mínima, visto que se ele não terminar por completo jamais estudará as disciplinas restantes do programa e comprometerá sua formação com um todo.

Nesse aspecto, houve mudança na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, por meio da Lei nº 13.345/2017, com listagem das imprescindíveis áreas do conhecimento ou de atuação profissional, tais como as disciplinas de linguagens, matemática, ciências da natureza e ciências humanas, as quais fazem parte da composição do currículo do ensino médio.

A norma exige explicitamente que os currículos do ensino médio deverão considerar a formação integral do aluno, de maneira a adotar um trabalho voltado para a construção de seu projeto de vida e para a sua formação nos aspectos cognitivos e socioemocionais. Espera-se que os julgadores levem em consideração tais aspectos.

As Universidades também elaboram os seus estatutos e regimentos dos quais emanam normas mais peculiares em suas atividades acadêmicas, além de resoluções do Conselho Universitário e de alguns atos administrativos por parte do Reitor, por exemplo, na edição de Portarias.

Outra norma prevalente na administração educacional das Universidades é o edital elaborado com a finalidade do

Exame Vestibular – seleção para ingresso em cursos de graduação, regulamento que consolida os requisitos dos candidatos, de acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, respeitando-se os limites de vagas perante a capacidade institucional.

O limite de vagas tem sido outro entrave diante das decisões judiciais, uma vez que sequer se tem a preocupação com tal critério, por vezes, as salas de aula ficam além de sua capacidade, proporcionando prejuízos ao desenvolvimento do ensino-aprendizagem, por conseguinte, afetando a qualidade do processo de conhecimento.

Para demonstrar e exemplificar, utiliza-se os editais da Universidade de Brasília (UnB), com natureza jurídica de fundação pública federal e a Universidade do Estado do Amazonas (UEA), fundação pública estadual, ambas também denominadas fundações autárquicas.

A Universidade de Brasília, em seu Edital nº 1, de 17/04/2018², destinado ao provimento de vagas para o segundo semestre letivo de 2018, para aqueles que tenham concluído, de acordo com o artigo 44, inciso II, da LDB, o curso de ensino médio ou estudos equivalentes (Item 1.1 – Das Disposições Preliminares).

O concurso vestibular da Universidade do Estado do Amazonas regulamentado por meio do Edital n. 049/2018-GR-UEA, de 04/07/2018³, consta a exigência ao candidato de ter concluído o ensino médio no ato da matrícula, conforme distribuição dos grupos atendendo à configuração da lei de cotas daquela IES.

² Edital n. 1, de 17/04/2018, da Universidade de Brasília, disponível em http://www.cespe.unb.br/vestibular/VESTUNB_18_2/. Acesso em 09 set. 2019.

³ Edital nº 049/2018, de 04/07/2018, da Universidade do Estado do Amazonas, disponível em <http://www.uea.edu.br>. Acesso em 09 set 2019.

Identifica-se que as duas IES estão cumprindo as normas constitucionais, com fulcro no princípio da autonomia universitária e demais normas correlatas, preservando-se a igualdade entre os candidatos possuidores de ensino médio e sem qualquer ato de soberania.

No tópico que se segue serão estudados os princípios da legalidade e sua evolução ao princípio da juridicidade, a concepção hermenêutica atual e a análise da jurisprudência sobre os requisitos normativos de ingresso na graduação e a teoria do fato consumado.

4. CONCEPÇÃO HERMENÊUTICA SOBRE OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA JURIDICIDADE E OS ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE MATRÍCULA NO ENSINO SUPERIOR

A Constituição Federal de 1988 está contemplada com um extenso rol de princípios e regras, os quais passaram a solucionar as controvérsias e as discursões que se fazem presentes no segmento doutrinário e jurisprudencial. Desse modo, os princípios e regras são normas jurídicas com aplicabilidade constitucional e infraconstitucional.

O princípio da legalidade tem previsão pronunciada na norma constitucional em seu artigo 37, combinado com o artigo 5º, II, também da Constituição Federal/88, em que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Del Vecchio, compreende:

Quanto ao magistrado nenhuma dúvida pode haver de que este, como máxima geral, deve sempre *ex officio* interpretar e aplicar

as leis vigentes do seu país. Certamente, no seu esforço de reconstrução do sistema jurídico positivo, e dum modo particular na sua aplicação prática, o intérprete deve, antes de tudo, ater-se à lei *como ela é*, e não à lei *como ela deveria ser* segundo certos princípios. O contrário comprometeria a unidade do sistema jurídico, levando a confundir o *fits conditum* e o *jus condendum*, a função do juiz com a do legislador, e roubando assim ao direito positivo aquela certeza que ele, como tal, não pode dispensar (DEL VECCHIO, 1979, p. 587-588).

Del Vecchio (1979) refere-se à interpretação e aplicação do direito positivo de forma vinculada à legalidade e demais princípios, e que ao magistrado não compete decidir reconstruindo o ordenamento vigente como ele pensa que deveria ser, o que denota a percepção do autor da figura do ativismo judicial.

Gustavo Binenbojm (2008a, p. 125) fala da crise da lei para expressar que o princípio da legalidade deve adequar-se às democracias constitucionais contemporânea. Em sentido igual, o Estado será regular [desprendendo-se da legalidade], quando a nova visão de legalidade depreende da submissão da administração pública para os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais [que é o caso da educação], com a segurança de que somente poderá agir conforme o princípio da supremacia e prevalência da lei e o princípio da reserva legal (MENDONÇA; CORDEIRO NETO, 2015, p. 20).

Percebe-se que o princípio da legalidade vai perdendo espaço no contexto normativo, sem deixar de ter aplicabilidade, não mais sendo suficiente compreendê-lo como princípio envolto de demais critérios principiológicos e regrativos.

Com a configuração do Estado Democrático de Direito, ampliou-se a concepção do princípio da legalidade ante a pretensão

de ligar a lei aos ideais de justiça, quer dizer a submissão do Estado [em sentido amplo] não somente à lei formal, mas vincular ao Direito como um todo, com abrangência dos valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição (DI PIETRO, 2005, p. 7-8). Assim surge a evolução do princípio da legalidade ao princípio da juridicidade. Hodiernamente é visível a diferença entre Direito e lei, impertinente falar em similaridade, o segundo termo está inserido no primeiro que é mais amplo e denso juridicamente.

O princípio da juridicidade administrativa surge da interpretação dos princípios e regras constitucionais, para, então, englobar o princípio da legalidade como um de seus princípios interno, deixando-se de ser altaneiro e soberano como outrora (BINENBOJM, 2008a, p. 37 e 70). Nesse diapasão, o princípio da juridicidade é gênero do qual o princípio da legalidade é espécie.

A constitucionalização do direito administrativo transforma o princípio da legalidade em juridicidade administrativa, dispensando a lei infraconstitucional “[...] de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição” (BINENBOJM, 2008b, p. 24).

Reforça-se o entendimento da permanência do princípio da legalidade, porém decorre numa adequação de hermenêutica para ser ampliado junto à completude do Direito. Seguindo-se será apresentada a jurisprudência aplicada no sentido das decisões judiciais sobre a exigência editalícia do ensino médio como fundamental ao ingresso na graduação.

Barroso (2012, p. 42) chama atenção ao papel do Poder Judiciário no dever de resguardar o processo democrático, promover os valores constitucionais, com o propósito de superar, se for o caso, o déficit de legitimidade dos demais poderes,

sem desqualificar a sua própria atuação ao exercer preferências políticas ao invés de realizar os princípios constitucionais; tem a função garantidora da instabilidade institucional, arbitrando conflitos, e, por fim, enaltece que as grandes atribuições do judiciário consistem em resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como a estabilidade institucional.

É exatamente isso que se espera do judiciário, atuar como órgão que a aplicação hermenêutica respeitando os valores constitucionais e demais normas decorrentes, para que se possa construir a norma no caso concreto visando à sua concretização, pois a norma jurídica precisa do fato real para a decisão judicial, conforme preleciona Friedrich Müller,

Concretização da norma não significa tornar “mais concreta” uma norma jurídica geral, que já estaria no texto legal. A concretização é, realisticamente considerada, a *construção* da norma jurídica no caso concreto. A norma jurídica não existe, [...], *ante casum*, mas só se constrói *in casu*. A norma é a formulação geral da decisão jurídica; a formulação individual (isto é, o teor da decisão) chama-se norma de decisão. Essa concepção leva a sério o trabalho jurídico como *ação concreta* de seres humanos (MÜLLER, 2009, p. 305).

O concurso vestibular está regulamentado por várias normas, desde a Constituição, passando pelo princípio da juridicidade, até o edital elaborado pela Universidade, mas que há necessidade para sua inteireza do caso concreto que é a conclusão plena do ensino médio. Eis a completude da norma jurídica, ou melhor, a norma de decisão.

Ao se estabelecer critérios uníssonos aos candidatos pela necessidade de término de conclusão do ensino médio, as Universidades visam salvaguardar o princípio da igualdade contido na Constituição, precisamente no artigo 5º, *caput*, conforme

segue: “Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

A partir do momento que uma decisão judicial contempla um candidato à matrícula, quando o mesmo não preencheu os requisitos exigíveis nas normas jurídicas, o julgador estará a preterir os outros candidatos, ocasionado a situação jurídica de desigualdade e lesando o princípio da igualdade.

A seguir as decisões judiciais que tratam da exigência do ensino médio como requisito à matrícula em Universidades.

Inicialmente, utiliza-se da analogia para aplicar a **Súmula 226** do Superior Tribunal de Justiça – STJ - que trata de exigência de diploma como critério fundamental à posse por concurso público: “O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”.

Logo, é razoável usar o mesmo procedimento para exigir a conclusão de ensino médio para cursar a graduação. As razões que justificam a súmula mostram suficientes para concluir pela exigência do ensino médio, pois somente com este o candidato aprovado estará em condições e com a maturidade de ensino-aprendizagem suficiente ao ensino superior (Razões da Súmula 226-STJ):

Quando se exige um diploma de curso superior, não é para que o candidato possa fazer as provas, mas para que tenha conhecimentos necessários ao melhor exercício das atribuições do cargo; tal diploma só há de ser exigido, pois, no ato da investidura. [...] A habilitação profissional faz-se necessária, sim, mas somente no momento em que o candidato é investido no cargo público pretendido.

Nessa mesma acepção, torna-se indispensável que o candidato apto à matrícula tenha conhecimentos necessários ao melhor desempenho acadêmico que se dá com a conclusão do nível médio, restando prejudicada quando somente houve sua aprovação no concurso vestibular, por isso há de ser exigido no ato da matrícula o ensino médio.

O Supremo Tribunal Federal, apesar de não ter ainda enfrentado o mérito da questão, dá indícios de que entende razoável a exigência da conclusão do ensino médio ao ingresso no ensino superior, uma vez que suspendeu, por unanimidade, uma lei do Distrito Federal que considerava concluído o ensino médio por aprovação no vestibular, conforme abaixo.

O aludido órgão do Poder Judiciário, concedeu decisão para suspender a Lei do Distrito Federal nº 2.921/2002 que obrigava as instituições de ensino a expedir certificado de conclusão do ensino médio aos alunos do 3º ano que comprovassem aprovação em vestibular para ingresso em curso de nível superior, independente do número de aulas frequentadas.

O Tribunal Regional Federal (TRF-1) tem decidido, a princípio, pelo ingresso do candidato mesmo sem ter concluído o ensino médio, por entender que a aprovação é suficiente para demonstrar a capacidade para adentrar a Universidade, desde que antes do início do período letivo, o que é razoável.

Se a aprovação por si só fosse o bastante, seria dispensável aos alunos do país cursar o ensino médio, pois ficariam estudando de outra forma, por exemplo, em cursos preparatórios, prejudicando a sua formação discente em sua inteireza. Formação essa que inclui ter maturidade como pessoa em desenvolvimento educacional, psicológico e social, proporcionado ao longo dos anos no ensino médio, quer dizer, ter as competências e as habilidades

indispensáveis de aprendizagem nas diversas áreas do conhecimento com conteúdo, procedimentos e atitudes esperadas nessa fase de estudos⁴.

Considerando que algumas decisões judiciais têm inovado quanto à elaboração de um critério não estabelecido pelas normas, tem-se que a atividade judicial extrapolou os limites conferidos pelo legislador, isto é, trata-se de ativismo judicial.

Barroso (2012, p. 6) entende que no ativismo judicial há uma conduta diferente e relaciona as possibilidades de manifestação:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
- (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Das manifestações elaboradas pelo autor, as decisões judiciais ampliadoras dos requisitos normativos de ingresso na graduação, preterindo o cômputo do ensino médio, visualiza-se que há uma atuação judicial diferente da manifestação do legislador ordinário, contrariando a manifestação eleita pelo legislador.

A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Amazonas, em 21/11/2016, que teve como relatora a Desembargadora Nélia Caminha Jorge, em recurso interposto pela UEA, decidiu

⁴ Em decisão (Set/2018) o Supremo Tribunal Federal negou recurso que pedia reconhecimento de direito a ensino domiciliar (homeschooling - RE 888815). Disponível em <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389496>. Acesso em 01 out. 2019.

para alterar a decisão do Juiz de Primeiro Grau, por unanimidade, com fundamento de que o acesso à graduação, nível superior, pressupõe a conclusão do ensino médio pelo candidato, consoante dispõe o artigo 44, II, da Lei n.º 9.394/96, ou seja, decisão no sentido de que a exigência encontra-se no direcionamento das normas aplicáveis.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o estudo esboçado, demonstrou-se a relevância da hermenêutica para adequação do princípio da juridicidade à exigência de conclusão do ensino médio como requisito essencial à matrícula ao ensino superior de graduação.

Com a constitucionalização do Direito ocorre a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública ante a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do Direito Administrativo.

O princípio da autonomia universitária pode ser conceituado como a possibilidade constitucional conferidas às Universidades ao exercício de atividades didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, com preservação da interação entre ensino, pesquisa e extensão, dentro das demais normas jurídicas e não significa a soberania das Instituições de Ensino que têm suas limitações estabelecidas.

Os requisitos de acesso ao nível superior são, cumulativamente, a conclusão do ensino médio ou equivalente e classificação em processo seletivo. Portanto, considerando a importância da exigência do primeiro, não se constitui somente um critério objetivo, bem como pela conclusão plena é que o candidato à graduação estará em condições educacionais para a vida acadêmica, ou

seja, a conclusão do ensino médio é indispensável para que o discente esteja preparado com uma formação curricular mínima, visto que se ele não terminar por completo jamais estudará as disciplinas restantes do programa e comprometerá sua formação com um todo.

Surgiu a evolução do princípio da legalidade ao princípio da juridicidade, sem exclusão do primeiro. O princípio da juridicidade administrativa surge da interpretação dos princípios e regras constitucionais, para, então, englobar o princípio da legalidade como um de seus princípios interno, deixando-se de ser altaneiro e soberano como outrora.

O exame vestibular é um certame que não pode se desenvolver sem observância ao princípio da isonomia, sendo essencial que todo e qualquer interessado seja tratado com igualdade e que vençam os melhores, desde que preenchidos os requisitos normativos, ao revés haverá preterição em relação aos demais candidatos à graduação.

O Supremo Tribunal Federal dá indícios de que entende razoável a exigência da conclusão do ensino médio, uma vez que suspendeu, por unanimidade, uma lei do Distrito Federal que considerava concluído o ensino médio por aprovação no vestibular.

Em remate, infere-se que a exigência da conclusão do ensino médio, como requisito essencial à matrícula ao ensino superior de graduação, mostra-se plenamente adequada ao princípio da juridicidade, visto a conformidade com a Constituição Federal/88, com os princípios da autonomia universitária, da juridicidade e da igualdade, assim como o desenvolvimento educacional, psicológico e social proporcionado ao longo dos anos no ensino médio, com a constitucionalização do direito administrativo na nova ordem constitucional perante a axiologia e

normatividade dos princípios e das regras, para a consolidação do direito fundamental da educação.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas perspectivas no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 15 set. 2019.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008a.

BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, nº 13, mar./abr./maio, Salvador, 2008b.

BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. Capítulo 5, I: Direitos Fundamentais: tópicos de teoria geral. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DECISÃO DE SUSPENSÃO DA LEI DO DISTRITO FEDERAL Nº 2.921/2002 – STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58903> Acesso em 10 set. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Inovações no Direito Administrativo Brasileiro. **Interesse Público-IP**, Belo Horizonte, nº 30, a. 7, mar./abr., 2005.

MENDONÇA, MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E; CORDEIRO NETO, HOLMES. A fuga da legalidade para a juridicidade e os efeitos para a administração pública. ALMEIDA, S. N. C. (org.) *et al.* **Ensaios jurídicos: homenagem aos 10 anos do curso de direito da FCRS**. 1 ed. São Paulo: Reflexões, 2015, p. 13-31.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAZÕES DA SÚMULA 226-STJ. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>. Acesso em 15 set. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SÚMULA 226 – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>. Acesso em 15 set. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 561.398 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 23-6-2009, 2ª T, DJE de 7-8-2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1898>. Acesso em 12 ago. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SUSPENSÃO LEI DO DF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58903>. Acesso em 20 set. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS – DECISÃO EM SEDE DE AGRAVO/UEA. Disponível em <http://consultasaj.tjam.jus.br>. Acesso em 22 set. 2019.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL- TRF1 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA AMS 4451820124013303. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca>. Acesso em 20 set. 2019.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB - EDITAL N. 1 – VESTIBULAR, de 17/04/2018. Disponível em http://www.cespe.unb.br/vestibular/VES-TUNB_18_2/. Acesso em 09 set. 2019.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS – UEA - EDITAL N. 049/2018-GR-UEA, DE 04/07/2018. disponível em <http://www.uea.edu.br>. Acesso em 09 set 2019.

VECCHIO, GIORGIO DEL. **Lições de filosofia do direito**. Tradução de Antônio José Brandão. 5 ed. Coimbra: Arménio Amado-Editor, 1979.

2

O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL ATRAVÉS DE DECISÕES JUDICIAIS: A CONTRIBUIÇÃO DA CIJ

Lucas Carlos Lima

Professor adjunto de Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito Internacional na Università degli Studi di Macerata.

Correio Eletrônico: lclima@ufmg.br

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar o surgimento da ideia de desenvolvimento do direito internacional através de uma Corte e verificar quais são os delineamentos e contribuições que esta ideia aporta à consideração das decisões da Corte Internacional de Justiça enquanto fonte do direito internacional. Toma-se em exame o principal órgão judiciário do sistema da Organização das Nações Unidas, porquanto ser a mais longa experiência judiciária permanente no âmbito da comunidade internacional e gozar de uma pronun-ciadíssima importância enquanto órgão jurisdicional. Perpassa-se inicialmente por um revisitar do momento histórico do aparecimento da ideia, essencialmente coligado à prática da arbitragem internacional ao longo do século XX, bem como à contextualização da criação do primeiro tribunal internacional permanente. Passa-se então à breve análise do estatuto da Corte Internacional de Justiça, no escopo de verificar de que maneira vieram positivados (e limitados) os poderes jurisdicionais da Corte. Por fim, será enfrentada a maneira pela qual a Corte vem efetivamente realizando o desenvolvimento do direito internacional através de sua própria jurisprudência.

Palavras chave: Corte Internacional de Justiça, Fontes do Direito Internacional, Jurisprudência Internacional

THE DEVELOPMENT OF INTERNACIONAL LAW THROUGH JUDICIAL DECISIONS: CIJ'S CONTRIBUTION

ABSTRACT

The purpose of the present work is to analyze the emergence of the idea of the development of international law through a Court and to verify the contributions this idea brings to the notion of decisions of the International Court of Justice as sources of international law. It proceeds as follows. The article initially goes through the historical moment where the idea appeared, essentially linked to the practice of international arbitration throughout the 20th century, as well as to the contextualization of the creation of the first permanent international court. In the second part, the analysis of the statute of the International Court of Justice reveals the way the Court's jurisdictional powers were positivized (and limited). Finally, the way in which the Court has effectively carried out the development of international law through its own case law will be assessed.

Keywords: International Court of Justice, Sources of International Law, International case law.

Sumário

1. Introdução – 2. Contextualização histórica: contraponto à arbitragem internacional – 3. Balizando o estatuto da corte internacional de justiça: entre o silêncio e o reconhecimento – 4. As decisões da corte como fonte do direito internacional: o discurso do desenvolvimento e a prática da corte – 5. Considerações finais – 6. Referência.

Recebido em: 14.10.2019

Aceito em: 20.12.2019

1. INTRODUÇÃO

Um fenômeno complexo insere-se no feixe de relações jurídicas internacionais durante o século XX: a criação de Cortes permanentes para resolução de litígios entre Estados. Com ele, uma série de desdobramentos teóricos encontra lugar nos escritos

dos internacionalistas, variando desde a relação entre o crescente número de instâncias permanentes para solução de litígios¹ até o valor jurídico das sentenças emitidas por estes mesmos órgãos.

Num ambiente desprovido de uma autoridade hierarquicamente superior e centralizada, a atividade das cortes e tribunais vem a encontrar respostas a alguns desses problemas nas análises e nos escritos dos juristas que se debruçam sobre o fenômeno. Parafraseando Nicolas Politis, que escrevia sobre a arbitragem internacional ao final do século XIX, a solução judiciária de conflitos internacionais ganhou seus admiradores, sua literatura, sua propaganda².

Uma das linhas mestras que conduziu à criação de uma Corte Permanente no âmbito internacional foi a ideia de que somente tal órgão poderia desenvolver o direito internacional através de uma jurisprudência³. Com o surgimento da Corte, o discurso de *desenvolvimento* transforma-se não mais em um discurso apologético *pro* Corte, mas na arguição de que a Corte, ao emitir decisões, ao aplicar princípios, ao resolver contendas entre os Estados lançando mão de normas internacionais (positivadas ou não), estaria criando, expandindo o direito internacional em áreas antes não reguladas pelos sujeitos do ordenamento jurídico.

¹ Para exemplificar, pode-se citar: Corte Europeia de Justiça em 1988; Órgão de Solução de Controvérsias da OMC em 1994; Tribunal de Justiça Andino de 1996; Corte Europeia de Direitos Humanos em 1998; Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2001; Órgão de Solução de Controvérsias do Mercosul em 2002. Isto sem desconsiderar as Cortes Internacionais Criminais, com especial atenção à Corte Penal Internacional de 2002. Para uma análise das jurisdições internacionais permanentes, ver ROMANO, Cesare P. R. *A Taxonomy of International Rule of Law Institutions*. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, 2011, pp. 241–77.

² POLITIS, Nicolas. *La Justice Internationale*. Paris: Librairie Hachette, 1924, p. 32.

³ WEHBERG, Hans. *The Problem of an International Court of Justice*. Oxford: Clarendon Press, 1918.

Ante esta problemática, o objetivo do presente trabalho é analisar o surgimento da ideia de desenvolvimento do direito internacional através de uma Corte e, ao final, de forma panorâmica, verificar quais são os delineamentos e contribuições que esta ideia aporta à consideração das decisões da Corte Internacional de Justiça enquanto fonte do direito internacional. Toma-se em exame o principal órgão judiciário do sistema da Organização das Nações Unidas, porquanto ser a mais longa experiência judiciária permanente no âmbito da comunidade internacional e gozar de uma pronunciadíssima importância enquanto órgão jurisdicional. Além disso, é sobre ele o maior número de escritos acerca deste debate, que nem sempre pode ser encontrado relativamente a outros tribunais internacionais. Ademais, a Corte Internacional de Justiça é revestida de um caráter essencialmente clássico⁴, de maneira que o campo de tensão entre as concepções esquadrihadas por este trabalho tornam-se mais nítidas.

Desse modo, perpassa-se inicialmente por um revisitar do momento histórico do aparecimento da ideia, essencialmente coligado à prática da arbitragem internacional ao longo do século XX, bem como à contextualização da criação do primeiro tribunal internacional permanente. Passa-se então, à breve análise do estatuto da Corte Internacional de Justiça, no escopo de verificar de que maneira vieram positivados (e limitados) os poderes jurisdicionais da Corte. Por fim, será enfrentada a maneira pela qual a Corte vem efetivamente realizando o

⁴ Por “clássico” faz-se aqui referência ao fato de ser o mais antigo órgão permanente de solução de controvérsias internacionais, só permitindo Estados como membros, além de possuir uma competência restrita e essencialmente regida pelo voluntarismo e encontrar-se associado a uma concepção clássica de direito internacional.

desenvolvimento do direito internacional através de sua própria jurisprudência.

Ainda que não se possa enfrentar o tema com a profundidade necessária em curto espaço, serão delineadas as principais problemáticas que cingem a matéria. Em tempos de multiplicidade de tribunais, em que o fenômeno jurídico internacional não se restringe a um único manancial de juridicidade, o conhecimento dos limites e da prática que os juízes da Corte assumem ao lidar com a própria jurisprudência é uma maneira de compreender o funcionamento do próprio ordenamento.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: CONTRAPONTO À ARBITRAGEM INTERNACIONAL

A cognição do discurso do desenvolvimento judicial do direito internacional perpassa, necessariamente, por uma contraposição. Trata-se de um discurso que nasce historicamente enquanto resistência à suposta insuficiência de um determinado sistema “judicial”. Faz-se referência aqui ao sistema de resolução de litígios entre Estados calcado essencialmente no recurso à arbitragem internacional que se desenvolveu ao longo do século XIX e sedimentou-se nos primeiros anos do século XX.

O crescente uso da arbitragem internacional no século XIX⁵ por parte dos Estados gerou um importante fenômeno na ciência jurídica: a identificação do sistema de arbitragem internacional

⁵ Pode-se aqui fazer referência ao amplo levantamento realizado por autores como La Fontaine, Politis e Lapradelle. Nesse sentido, refere-se a LA FONTAINE, H. Pasricie: *Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux*. Berne: Imprimerie Stampeli & Cie, 1902; bem como LAPRADELLE, Albert G. de; POLITIS, Nicolas. *Recueil des arbitrages internationaux*. Tome II (1856-1872). Paris: A. Pedone Éditeur, 1923.

como o fragmentado e imperfeito sistema judiciário do direito internacional do período. Prova deste fenômeno é a positivação de uma série de normas arbitrais nas Convenções da Paz de Haia de 1899 e 1907⁶, que culminou com a criação da chamada Corte Permanente de Arbitragem⁷.

⁶ As Convenções da Paz de Haia são um conjunto de individuais convenções que versam sobre diversos pontos do direito internacional que abrangem seja a limitação do uso de armamentos, seja a resolução pacífica de controvérsias. Reunidas em Haia em 1899, 26 delegações firmaram em 29 de julho de 1899 (entrada em vigor: 4 de setembro de 1900) a Convenção para a Solução Pacífica de Conflitos Internacionais. Tal documento versava sobre questões gerais de manutenção da paz, mas também acerca de bons ofícios, mediação e comissões internacionais de inquérito. A versão atualizada e expandida de tal convenção de solução pacífica veio forjada em 18 de outubro de 1907 (entrada em vigor: 26 de janeiro de 1910), quando 38 Estados a ela aderiram. Sobre a questão, pode-se aqui referenciar LIMA, L. C.. *O desenvolvimento da arbitragem internacional no século XIX e as Convenções da Paz de Haia de 1899 e 1907*. In: Congresso Internacional Pensamento Jurídico e dimensão internacional: Experiências históricas e itinerários conceituais entre os séculos XIX e XX, 2011, Florianópolis. Anais do Evento: Pensamento Jurídico e dimensão internacional: Experiências históricas e itinerários conceituais entre os séculos XIX e XX, 2011.

⁷ Criada pelas Conferências Internacionais da Paz de Haia de 1899 e 1907, a Corte Permanente de Arbitragem (CPA) é um órgão de resolução de conflitos jurídicos entre Estados que ainda hoje se encontra em funcionamento. A Corte representou o primeiro esforço de institucionalização de um tribunal permanente. De 1902 a 1934 foram submetidos 21 casos de arbitragem à CPA, que funcionava mais como um maquinário de composição de tribunais que propriamente como um órgão permanente e à disposição dos Estados, porquanto se tratava de uma lista de árbitros indicados pelos países. Árbitros estes que, caso surgisse um litígio, poderiam vir a ser chamados por escolha das partes. Não se tratava, portanto, de um órgão verdadeiramente permanente ou de alguma maneira institucionalizado. Permanente era somente seu secretariado, que servia para facilitar a composição dos tribunais, servindo igualmente de cartório aos tribunais arbitrais compostos. Sobre a CPA ver FRANÇOIS, J.P.A.. *La Cour permanente d'arbitrage, son origine, sa jurisprudence, son avenir*. Recueil des cours, Tomo 87, 1955. GUILLAUME, Gilbert. *The contribution of the permanent court of arbitration and its international bureau to arbitration between states*. Haia: PCA, 2007.

Contudo, à medida que o erigido sistema arbitral demonstrava suas insuficiências para manutenção da paz, oferecendo-se sobretudo enquanto uma metodologia política de solução de conflitos, assim, afastando-se de uma concepção estritamente jurídica, as críticas ao sistema recrudesceram. A própria Corte Permanente de Arbitragem, a grande criação dos juristas do início do século, foi alvo de uma série de contundentes escritos desmerecendo-lhe a autoridade e evidenciando-lhe a incapacidade de criar uma verdadeira jurisprudência⁸.

Ante o contexto delineado, pode-se fazer referência à obra *The problem of an international court of justice*, de 1918, do professor de direito internacional alemão Hans Wehberg. No capítulo intitulado “a impossibilidade do desenvolvimento do direito internacional pelo presente procedimento arbitral”⁹, Wehberg tece duras críticas ao caráter político (e não jurídico) que a arbitragem assume ao dirimir uma controvérsia. Sob sua lógica, os árbitros estariam buscando a todo custo uma solução

⁸ Nesse sentido cita-se excerto da monografia LIMA, Lucas Carlos. *Entre a arbitragem e adjudicação: O surgimento da Corte Permanente de Justiça Internacional no Modelo de Jurisdição entre Estados*. Monografia (Graduação em Direito). Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011, p. 33: “No que concerne à Corte criada, esta foi alvo de severas críticas. Longe de ser uma verdadeira Corte de Arbitragem Internacional, tratava-se de uma lista de árbitros. Lassa Oppenheim chama de ‘eufemismo’ o nome que ganhou a Corte, e o internacionalista francês Georges Scelle trata-a por ‘pseudo-Corte’, haja vista possuir apenas alguns elementos de caráter permanente, como a sua secretaria, por exemplo. Verzijl afirma que o próprio nome é uma indicação que as potências signatárias estavam ainda relutantes em subscrever uma ideia de uma genuína corte de justiça designada a resolver litígios entre os Estado, por isto esta ‘algunha híbrida’. Nicolas Politis, ligeiramente mais ácido, afirma que ‘privada de todo caráter de obrigação de permanência, a Corte nada mais é que uma simples jurisdição fantasma’”

⁹ WEHBERG, *Op. cit.*, p.13. Do original: “*The impossibility of a development of international law through the present arbitral procedure*”

para a controvérsia em vez de necessariamente buscar a aplicação do direito¹⁰.

De igual modo, Nicolas Politis, em sua obra *Justice Internationale* de 1924, realiza severas críticas ao modelo arbitral de solução de controvérsias. Para Politis, os laudos que proferidos até aquele momento serviam apenas de guia para futuras decisões eram irremediavelmente ignorados. O sistema arbitral permitia decisões contraditórias acerca de uma determinada matéria de direito internacional¹¹.

As críticas de Politis coadunam-se aos escritos de Wehberg fotografando o momento imediatamente anterior à criação do primeiro órgão jurisdicional permanente, a Corte Permanente de Justiça. Para Lassa Oppenheim, um árbitro muitas vezes tem de satisfazer as duas partes em litígio, agindo quase como um mediador do que verdadeiramente como um juiz¹². A solução para os problemas advindos da arbitragem e da não codificação¹³ do direito internacional é o desenvolvimento do direito internacional através de decisões judiciais, aduz

¹⁰ WEHBERG, *Op. cit.*, p. 18.

¹¹ POLITIS, *Op. cit.*, p.95.

¹² OPPENHEIM. Lassa. *The Future of International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1921, p. 47.

¹³ Importante salientar que para a maioria dos autores a codificação do direito internacional, ou seja, o fenômeno de positivação de normas jurídicas de caráter essencialmente costumeiro, começa a ocorrer somente no âmbito das organizações internacionais, em especial, no seio da Liga das Nações e da Organização das Nações Unidas. Parte do problema de um direito internacional “não-codificado” refletia-se, de igual modo, nas normas que seriam aplicadas pela Corte que estava por surgir. Sobre o tema, historicamente, reporta-se a DE VISSCHER, Charles. *La codification du droit international*. Recueil des cours de l’Academie, 1925. Para o proficuo trabalho da Comissão de Direito Internacional, reporta-se a BRIGGS, Herbert W. *Reflections on the codification of international law by the International Law Commission and by other agencies*. Recueil des cours de l’Academie, 1969.

Wehberg¹⁴. O autor chega a afirmar que “na solução judicial, (...), deve existir um tribunal permanente com juízes permanentes, porque somente uma instituição como esta pode garantir uma decisão estritamente de acordo com o direito”¹⁵.

Os anseios de Wehberg e de parte dos internacionalistas da época concretizam-se quando em 1919 vem previsto no Pacto da Liga das Nações a futura elaboração de uma corte internacional¹⁶. Nasceria então uma corte verdadeiramente permanente, composta de juízes profissionais, à disposição dos Estados, com um estatuto e regulamento pré-definido, normas materiais e procedimentais claras e, sobretudo, apta a desenvolver decisões coerentes entre si; capazes, portanto, de formar um esboço de jurisprudência.

Com sua sessão pública de inauguração realizada em 1922, já naquele ano sua primeira opinião consultiva seria proferida¹⁷. No ano seguinte, o inaugural caso contencioso¹⁸ batia às portas

¹⁴ WEHBERG, *Op. cit.*, p.11.

¹⁵ WEHBERG, *Op. cit.*, p. 14. Do original: “*in judicial settlement, as we shall show later, there must be a permanent tribunal with permanent judges, because only such an institution can guarantee a decision according to strict law*”.

¹⁶ Art. 14 do Pacto da Sociedade das Nações: “O Conselho é incumbido de preparar um projeto de Corte permanente de Justiça internacional e de submetê-lo aos membros da Sociedade. Essa Corte conhecerá de todas as controvérsias de caráter internacional que as partes lhe submetam. Também dará pareceres consultivos sobre toda controvérsia ou questão a ela submetida pelo Conselho ou a Assembléia.”

¹⁷ Opinião consultiva realtiva a “*Designation of the Workers’ Delegate for the Netherlands at the Third Session of the International Labour Conference*”. CPJI, Series B, B01.

¹⁸ Trata-se do caso do *Vapor Wimbledon*, em que Grã-Bretanha, França, Itália, Japão (tendo a Polônia como terceiro interveniente) iniciam um procedimento na Corte contra a Alemanha, alegando que esta teria violado o Tratado de Versalhes ao impedir a circulação de navegações no Canal de Kiel. A sentença emitida pela Corte condenou a Alemanha por não impedir a navegação no canal. Para mais, ver P.C.I.J. *Recueil*, 1923, p. 33.

da Corte Permanente e naquele mesmo ano a Corte emitiria sua primeira sentença. Ao longo de sua década inicial, mais de vinte casos foram apreciados pela Corte Permanente, de maneira que os internacionalistas do período se debruçaram sobre este novo fenômeno, qual seja o de um tribunal internacional emitindo decisões que se relacionavam, que tinham sido emitidas pelos mesmos homens, os mesmos juízes profissionais, que buscavam coerência enquanto juízes e, igualmente, enquanto Corte.

Neste sentido, o discurso que advogava a criação de uma Corte para o desenvolvimento (como era o caso de Politis e Wehberg) transfigurava-se. Não mais se tratava do porvir, mas sim, através da análise da prática jurisdicional da Corte, nascia a ideia de que a Corte Permanente estava desenvolvendo o direito internacional através de suas decisões. É o caso, por exemplo, de uma série de ensaios proferidos em 1933 no *Geneva Graduate Institute of International*, pelo austro-húngaro Hersch Lauterpacht¹⁹.

Referência recorrente nos estudos sobre a Corte Permanente e sua sucessora, a Corte Internacional de Justiça, a obra de Lauterpacht “*The Development of International Law by the International Court*”²⁰ é um dos pioneiros trabalhos a analisar a atividade jurisdicional criativa da Corte. Antes, contudo, de examinar propriamente a ideia de desenvolvimento, faz-se necessária uma compreensão da estrutura fornecida pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, na finalidade de se verificar

¹⁹ LAUTERPACHT, Sir Hersch. *The Development of International Law by the International Court*. London: Stevens & Sons Ltda, 1958, p. xiii.

²⁰ Originalmente editado em 1933, o livro ganhou uma segunda edição em 1958, quando Lauterpacht já ocupava o cargo de juiz da Corte Internacional de Justiça (fora eleito em 1954). Na segunda edição (a qual o autor deste ensaio utiliza), Lauterpacht já analisa a atividade dos primeiros anos da Corte Internacional de Justiça, que iniciou seus trabalhos em 1946.

de que forma as normas da Corte preveem ou não esta ideia de desenvolvimento.

3. BALIZANDO O ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: ENTRE O SILÊNCIO E O RECONHECIMENTO

Surgido em 1945, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça é integralmente anexo à Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), compondo, portanto, uma das mais importantes normas da organização internacional do pós-guerra. O artigo 92 da Carta da ONU assim dispõe:

A Corte Internacional de Justiça será o principal órgão judiciário das Nações Unidas. Funcionará de acordo com o Estatuto anexo, que é baseado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e faz parte integrante da presente Carta.

O dispositivo salienta não apenas a importância da Corte, mas relaciona-a diretamente a sua predecessora, a Corte Permanente de Justiça Internacional²¹. Desse modo, para uma compreensão do significado do estatuto é necessário reputar-se à época e à forma na qual se deu a concepção do Estatuto.

²¹ Em verdade, os elementos de distinção entre os estatutos são pequenos e no que tocam ao presente trabalho, são basicamente nulas as diferenças que os estatutos das duas cortes possuem entre si. Portanto, para fins metodológicos, ao se tratar aqui o Estatuto, se fará referência seja ao estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional quanto ao Estatuto da Corte Internacional de Justiça. A própria Corte encontrou oportunidade para estatuir que “*the primary concern of those who drafted the Statute of the present Court was to maintain the greatest possible continuity between it and its predecessor*” (CIJ, 1984, p. 407). Ademais, existe igualmente uma continuidade jurisprudencial entre as duas Cortes, havendo uma série de decisões nos primeiros anos da Corte Internacional de Justiça reputando-se à autoridade dos julgados realizados pela Corte Permanente.

No ano de 1920 foi nomeada uma Comissão de Juristas (doravante Comissão) para executar a tarefa de criação de um Estatuto para a nascente Corte Permanente de Justiça Internacional, a ser aprovado pelo Conselho e pela Assembleia da Liga das Nações. Composta por dez membros²² de notável conhecimento jurídico, homens de Estado, professores de direito internacional e até mesmo participantes das Convenções de Haia de 1899 e 1907, a Comissão realizou seu primeiro encontro em 16 de junho de 1920, no Palácio da Paz, em Haia, numa sessão pública de abertura dos trabalhos. As trinta e cinco reuniões que se seguiram serviram para lapidar a Corte, definindo diversos aspectos (competência, poderes da corte, procedimento, por exemplo) através da cunhagem do Estatuto.

Receosos da ocorrência do *non liquet*²³, os membros da Comissão tentaram alargar o rol das normas aplicáveis pela

²² A comissão de juristas foi indicada pelo Conselho da Liga das Nações e composta por: Mineichiro Adatci (Japão), Rafael Altamira (Espanha), Raul Fernandes (Brasil), Barão Descamps (Bélgica), Francis Hagerum (Noruega), Alberto de Lapradelle (França), Bernard Loder (Países Baixos), Lord Philipmore (Império Britânico), Arturo Ricci-Busatti (Itália), Elihu Root (Estados Unidos). O Secretário dos trabalhos foi Dionizio Anzilotti (Itália).

²³ O *non liquet* ocorre quando um juiz, na falta de norma a aplicar, deixa de julgar determinado caso a ele submetido. O litígio em questão restaria sem resolução, por ausência de norma específica regulando a questão. A pronúncia da Corte seria para reconhecer, portanto, sua ausência de poderes e sua incompetência. O receio de que surgisse o *non liquet* era, em verdade, um golpe bastante forte a uma Corte que se pretendia universal, apta a julgar todos os conflitos entre os Estados. Declarar-se o *non liquet* era um fracasso para a Corte e, mais do que isso, significava também a denegação da justiça. E a negação de justiça era inconcebível para alguns membros do comitê. Pode-se citar nesse sentido o norueguês Hagerup, o neerlandês Bernard Loder e até mesmo o francês Lapradelle. Em seu discurso, Raul Fernandez, o representante brasileiro, também deixou claro que “*Excetuando o direito convencional, os juizes ficam confinados no domínio estrito do costume internacional (e esse é o pensamento de Mr. Root), eles ficam impossibilitados de administrar justiça*”

Corte, motivo pelo qual determinadas inserções ganharam maior atenção por partes dos membros. Quanto ao costume e aos tratados, não houve discussão acerca de sua entrada na lista de fontes a ser utilizada pela Corte²⁴. Contudo, a discussão entre os membros da Comissão se acirra quando da escolha dos princípios²⁵, da jurisprudência e da doutrina. Ao final, a Comissão decide relegar às decisões judiciais (afasta-se o termo jurisprudência²⁶) um papel subsidiário, interpretativo, exatamente pelo receio de que a Corte assumisse poderes não desejados pelos Estados. Ilustrando parte das preocupações dos membros da Comissão, o delegado americano Elihu Root afirma que “a Corte não deve possuir o poder de legislar”²⁷. De idêntica maneira, o delegado inglês Lord Philipmore afirma que as decisões judiciais constataam, mas não criam o direito²⁸, este é criado através da legislação, do acordo universal de todos os Estados²⁹. A legislação, ou seja, a produção de normas positivas de direito internacional cabia à vontade dos Estados, entidades soberanas e únicos sujeitos do direito internacional do período. Este entendimento refletiu-se nitidamente no estatuto da Corte e na maneira como se relacionaria com outras decisões judiciais.

em muitos casos nos quais envolvem relações jurídicas entre os Estados envolvidos”. (PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 345).

²⁴ PROCÈS-VERBAUX, 1920.

²⁵ Acerca dos princípios, sugere-se aqui a obra de GAJA, Giorgio. *Principi generali del diritto (diritto internazionale)*. Enciclopédia del diritto, vol. XXXV, 1986.

²⁶ Os membros do Comitê de Juristas tinham a preocupação com a apropriada aceção do termo “jurisprudência”. Lord Philipmore (PROCÈS-VERBAUX, 1920, p.334) relembra que a palavra “jurisprudência” possui um significado diferente em inglês e em francês, dizendo então que uma cláusula deve ser inserida no projeto definindo-a no sentido francês de jurisprudência.

²⁷ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 309. Do original: “*The Court must not have the power to legislate*”.

²⁸ PROCÈS-VERBAUX, 1920, p. 584.

²⁹ PROCÈS-VERBAUX, 1920, P. 295.

Em essência, são dois os dispositivos que se relacionam ao uso das decisões judiciais por parte da Corte. De um lado, há o artigo 38 do Estatuto, norma de referência no que tange os debates a respeito das fontes do direito internacional³⁰, o qual se ocupa das normas que “a Corte aplicará”³¹, e que define em que medida a Corte utilizará as “decisões judiciais”; por outro viés, há o artigo 59 do Estatuto, o qual delimita o alcance das decisões da Corte.

Em relação ao uso das decisões judiciais enquanto norma aplicável pela Corte, a alínea (d) do inciso I do artigo 38 assim estabelece:

[A Corte aplicará] sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito³².

³⁰ Nesse sentido, KAMMERHOFER, Jörg. *Introduction To: Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee June 16th-July 24th, 1920*. September, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1535963>. Data de acesso: 21/11/2012., p.03: “The discussion on Article 38 (Article 35 of the avant-projet produced by the Committee) has also shifted from the law the Court ought to apply in finding its judgments to the abstract level of what sources there are in international law”.

³¹ Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. 2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem”.

³² Nas versões originais, em inglês: “subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law”; e em fran-

Delimitando o alcance das decisões da Corte, o artigo 59 do Estatuto assim prevê:

A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão³³

A escolha da Comissão é bastante clara ao relegar às decisões judiciais um papel subsidiário, equiparado à doutrina. As decisões judiciais não são aplicáveis por elas mesmas, mas servem para verificar e delimitar outras normas jurídicas. Nas palavras de Pellet, pode-se inferir das discussões (por vezes apaixonadas) dos internacionalistas que jurisprudência e doutrina servem “supostamente para elucidar quais são as regras que serão aplicadas pela Corte, não para criá-las”³⁴.

Em consonância a esta escolha do artigo 38, I, (d), existe a disposição do artigo 59, que restringe os efeitos da decisão somente aos Estados em litígio. Em outras palavras, significa que a autoridade de uma decisão da Corte, segundo esse dispositivo, não serviria a casos futuros senão às mesmas partes, e de maneira restrita ao objeto do litígio já resolvido.

cês: “*sous réserve de la disposition de l’Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit*”.

³³ Na versão em inglês: “*The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case*”. E em francês: “*La décision de la Cour n’est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé*”.

³⁴ PELLET, Alain. *Article 38*. in A. Zimmermann, Ch. Tomuschat and K. Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice: a Commentary*, Oxford UP, 2006, p. 783. Do original: “*In may, however, be inferred from the - sometimes passionate - discussions among the jurists that the intention behind the final wording of this provision was that jurisprudence and doctrine were supposed to elucidate what the rules to be applied by the Court were, not to create them.*”

Numa análise superficial da maneira como os dispositivos funcionam, poderia ser questionado qual seria o peso de uma decisão já proferida numa futura decisão da Corte. A resposta tenderia, pois, a uma visão extremamente restrigente do papel que decisões judiciais possuem no agir da Corte.

Desse modo, a escolha da Comissão acaba por influir de maneira substancial na própria concepção de fontes do direito internacional posterior ao Estatuto. Demonstrando essa concepção, o professor alemão Christian Tomuschat, em curso lecionado em Haia em 1998 (78 anos após a confecção do Estatuto), não reconhece às decisões judiciais um papel de fonte do direito internacional senão nos termos do artigo 38, exercendo um papel subsidiário, secundário³⁵. Em igual sentido escreveu Alfred Verdross, ao considerar que somente é possível utilizar as decisões judiciais para subministrar uma norma de direito internacional cuja existência não seja dotada de clareza³⁶. Para Verdross, nem a jurisprudência nem a doutrina são fontes independentes do Direito Internacional, ainda que possam levar em conta como fontes auxiliares para aclarar preceitos jurídicos duvidosos³⁷.

Eis o caráter restritivo do artigo 38, I, (d), do Estatuto da Corte, caráter este que balizou grande parte das discussões sobre fontes ao longo do século XX. Ademais, inserir as decisões judiciais no mesmo patamar que os escritos dos autores de direito internacional foi uma pontual escolha da Comissão,

³⁵ TOMUSCHAT Christian. *International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century: general course on public international law*. Recueil des cours. Volume 281, 1999, p. 341.

³⁶ VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Publico*. 4º. Ed. Madrid: Ed. Aguilar, 1961. Tradução: Antonio Truyol y Serra, p. 99.

³⁷ VERDROSS, *Op. cit.*, p. 99.

diminuindo-lhe a autoridade enquanto fonte normativa, enquanto norma a ser aplicada pela própria Corte. Isto porque, conquanto exista certa discussão acerca da autoridade que possam assumir as decisões judiciais como criadoras e desenvolvedoras do direito internacional (como se abordará adiante), é de certa forma pacífico que os ensinamentos dos publicistas são evidências de direito e não um fator de criação do direito³⁸. Ou nas palavras do professor Charles de Rousseau, “a obra de elaboração doutrinal não é efetivamente uma obra criadora, mas exclusivamente uma obra crítica”³⁹.

Contudo, ainda que uma hermenêutica gramatical extremamente restritiva possa ser aplicada para interpretar o Estatuto, os escritos dos internacionalistas acabaram por conferir à norma uma interpretação diversa, conferindo certa autoridade às decisões judiciais, sobretudo às decisões da Corte Internacional de Justiça.

Georges Scelle, em seu célebre ensaio sobre as fontes do direito internacional de 1934, advoga uma interpretação favorável à autoridade das decisões judiciais como fontes formais do direito internacional, no mesmo patamar que as fontes convencionais e costumeiras. O autor francês afirma que “o artigo 38 do estatuto não proíbe a Corte de recorrer aos precedentes, mas somente de basear sua sentença exclusivamente em seus precedentes”⁴⁰. Contudo, mesmo realizando tal interpretação

³⁸ JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur. *Oppenheim's International Law*. 9th Edition, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 43.

³⁹ ROUSSEAU, Charles de. *Droit International Public*. Tome I: Introduction et Sources. Paris: Sirey, 1970, p. 366. Do original: “*L’oeuvre d’élaboration doctrinale n’est pas en effet une oeuvre créatrice, mais exclusivement une oeuvre critique*”.

⁴⁰ SCELLE, Georges. *Essai sur les sources formelles du droit international*. In: Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Gény. Tome III. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934., p. 427. Do original: “*l’article 38 du*

positiva acerca do artigo 38, Scelle não deixa de ser menos feroz em suas críticas à composição deste dispositivo, que alcunha de “político” e “cientificamente criticável”⁴¹. Nas palavras do autor:

A assimilação da doutrina e da jurisprudência é, portanto, viciosa do ponto de vista da técnica jurídica, vez que ela nega aos juízes um dos atributos essenciais da função jurisdicional e tolhe-os de executar seu papel de regulador e estabilizador do ordenamento jurídico⁴².

Tecida ao final dos dez primeiros anos de experiência da Corte Permanente, a crítica de Scelle se perfaz em consonância com a ideia de que uma corte surgiria exatamente para desenvolver uma jurisprudência. Para criar, de alguma forma, um direito internacional jurisprudencial⁴³.

Obra de referência na temática, o curso de Hunphrey Waldock na Academia de Direito Internacional de Haia é taxativo ao especificar que a referência à aplicação subsidiária de “decisões judiciais” do artigo 38 refere-se ao seu caráter de precedentes estabelecendo regras gerais⁴⁴. Sob esta linha de pensar cabe a reflexão de Shabtai

statut n'interdit pas à la Cour de recourir aux précédents, mais seulement de baser sa sentence exclusivement sur ces précédents”.

⁴¹ SCELLE, *Op. cit.*, p. 411.

⁴² SCELLE, *Op. cit.*, p.426. Do original: “L’assimilation de la doctrine et de la jurisprudence est donc vicieuse, du point de vue de la technique juridique, puisqu’elle refuse aux juges un des attributs essentiels de la fonction juridictionnelle et, empêche celle-ci de jouer son rôle de régulateur et de stabilisateur de l’ordonnancement juridique”.

⁴³ Nesse sentido, ver SHAHABUDDEEN, Mohamed. *Precedent in the World Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. De igual maneira: PASTORE, Baldassare. Il diritto Internazionale in un mondo in trasformazione: verso un diritto giurisprudenziale?. *Ars Interpretandi: Rivista di Ermeneutica Giuridica*. pp. 157-195. 2011.

⁴⁴ WALDOCK, Hunphrey. *General Course of Public International Law*. Recueil des Cours. 1962, p.88. Do original: “The reference to ‘judicial decisions’ in paragraph 1 (d), it should be noticed, is to the decisions of arbitral and judicial

Rosenne ao afirmar que o direito internacional não possui como característica a associação da força obrigatória do precedente, a chamada doutrina do *stare decisis*⁴⁵. Contudo, Waldock é substancialmente preciso quando infere que os homens de 1920 não confiariam amplos poderes a uma Corte recém formada, sem experiência, e tendo como base, às suas costas, o distinto arquipélago de laudos arbitrais experimentados ao longo do século XIX. Existe ainda a argumentação de que as decisões judiciais na medida em que representam um comportamento realizado pelos Estados poderiam se configurar como uma evidência do costume, estando, portanto, inseridas no inciso relativo às normas costumeiras do artigo 38⁴⁶.

De todo modo, verifica-se que, da maneira como erigido, o Estatuto da Corte é restritivo. Foi construído para que o uso das decisões judiciais (e suas próprias decisões) assumissem uma função secundária na atividade jurisdicional da Corte. Ao se inserir o Estatuto nas discussões do período em que este foi formulado, sobretudo aquela que vindicava uma Corte para o desenvolvimento do direito internacional, pode-se perceber o paradoxo que ele representa. O discurso pró-Corte e pró-“jurisprudência” encontra os freios dos homens de Estado que cunham seu Estatuto. Sob diversas óticas, a Corte Permanente resta ainda dotada de fortes elementos arbitrais que longe de significar um verdadeiro rompimento, abraçam a continuidade da arbitragem.

tribunals in their character of precedents for establishing general rules, not in their character of awards or judgments binding upon the parties to the cases in which they were rendered.”

⁴⁵ ROSENNE, Shabtai. *The perplexities of modern international law : general course on public international law*. Recueil des cours, Volume 291, 2001, p. 68.

⁴⁶ ROUSSEAU, *Op. cit.*, p.369.

Contudo, o Estatuto (como toda norma positiva) permanece sempre flexível à vontade do intérprete, muito mais que à vontade de seu criador. Se os homens de 1920 estatuíram que “a Corte não pode legislar”, certo é que a Corte ao longo de mais de noventa anos de prática em muito contribuiu para o desenvolvimento do direito internacional. As sutis (e mesmo as não sutis) alterações no ordenamento jurídico internacional ao longo do século XX foram sentidas na jurisprudência da Corte. Como afirma Baldassare Pastore, é exatamente por conta do caráter não institucionalizado, fragmentário, de um processo de produção jurídica disperso que possui o ordenamento internacional é que a jurisprudência ganha uma importância única, devendo exercitar um dever de “harmonização, de coerência, de conceituação e de sistematização, precisando e esclarecendo as regras que presidem as relações internacionais”⁴⁷. E ao realizar esta ação, assumem uma característica essencialmente criadora.

Quase como uma revanche pelo papel secundário a que são relegados, serão a doutrina e as decisões judiciais que, lentamente, ao longo do século XX, relativizarão a rigidez do Estatuto. Cabe verificar, portanto, de que maneira ocorreu tal transformação.

4. AS DECISÕES DA CORTE COMO FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL: O DISCURSO DO DESENVOLVIMENTO E A PRÁTICA DA CORTE.

Uma vez inauguradas as atividades da Corte Permanente em 1922, este órgão jurisdicional começa então a produzir um corpo

⁴⁷ PASTORE, *Op. cit.*, p. 165. Do original: “*Qui emerge l’importanza della giurisprudenza e della dottrina, che sono chiamate ad esercitare compiti di armonizzazione, di coerentizzazione, di concettualizzazione e sistematizzazione, precisando e chiarendo le regole che presidono alle relazioni internazionali.*”

de decisões que, sendo moldadas pelos mesmos julgadores, possuem determinada coerência institucional. Ainda que não se pudesse reconhecer expressamente a autoridade do precedente, os juízes da Corte ao estatuir sobre um determinado caso, no corpo das argumentações que precedem o dispositivo das sentenças, relembram casos antecedentes, suas tomadas de decisões anteriores e a maneira que a Corte seguiu determinado argumento. Este movimento resta sobremaneira translúcido no que se refere aos próprios procedimentos da Corte⁴⁸, na maneira como ela age em relação às suas normas processuais.

A Corte, num movimento de legitimação de seus próprios julgados, acaba por moldar uma jurisprudência autorreferencial que dialoga e nas situações em que assume uma posição incongruente com suas decisões anteriores, explicita os motivos de sua distinção⁴⁹, em muito se aproximando da maneira de julgar adotada pelo sistema da *common law*. É importante salientar que a Corte não usa direta e unicamente a autoridade dos julgados anteriores, mas a ele faz referência para embasar e solidificar o posicionamento assumido na nova contenda. Esse fenômeno começa a interessar a ciência do direito, em particular, os internacionalistas das décadas de 20 e 30 que com atenção se debruçam sobre este novel fenômeno que advém com a jurisdição permanente.

Um dos desdobramentos dos estudos desses juristas é exatamente a ideia de que a Corte, ao assentar posicionamentos que posteriormente seriam por ela referenciados com peso de autoridade, estaria desenvolvendo o direito internacional. Não se trata

⁴⁸ SHAHABUDDEEN, *Op. cit.*, p. 18.

⁴⁹ BROWNLIE, Ian. International law at the fiftieth anniversary of the United Nations : general course on public international law. *Recueil des cours*, Volume 255, 1995, p. 22.

unicamente de decidir ante um novo caso e com isso contribuir ao direito internacional. Este exercício era efetuado pela arbitragem e não havia em torno a ela tal aura de “desenvolvimento”. Trata-se da autoridade de um tribunal que, ao decidir, pode assumir novamente, no futuro, posição similar; seja porque os mesmos juízes – os mandatos são de nove anos – julgariam a causa, seja porque existe uma ideia de continuidade institucional cingindo o tribunal permanente. É nesse contexto que surge em 1933 uma série de ensaios escritos pelo vitoriano⁵⁰ Hersch Lauterpacht, intitulado “*The Development of International Law by the International Court*”.

Com uma versão atualizada em 1958, quando Lauterpacht já ocupava uma das quinze cadeiras de juízes da Corte Internacional de Justiça, a obra se focaliza na análise do corpo de decisões emitido pela Corte e de que maneira estas decisões, ao enfrentar princípios e aplicar normas, contribui para o desenvolvimento do próprio direito internacional.

Embora reconhecesse o papel primordial que a Corte Permanente possuía no escopo de manutenção da paz – discurso que sempre envolveu a arbitragem e, por consequência, a solução judiciária⁵¹ – Hersch Lauterpacht identifica a intrínseca função da Corte de “desenvolver e clarificar as regras e princípios do

⁵⁰ Hersch Lauterpacht, nascido em 1897 e falecido em 1960 é, em verdade, nascido no Império Austro-Húngaro, tendo posteriormente emigrado à Inglaterra. Um dos grandes nomes do panteão do direito internacional, muito já se escreveu sobre sua vida e sobre a importância de seus escritos. Em especial, cita-se aqui a análise de sua influência na obra de KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 406-411. No Brasil, excelente análise sobre a obra do autor foi realizada pelo professor George Bandeira Galindo, “Hersch Lauterpacht: uma introdução”, ensaio que ainda se encontra no prelo.

⁵¹ Sobre o assunto ver LIMA, Lucas Carlos. *Entre a arbitragem e adjudicação: O surgimento da Corte Permanente de Justiça Internacional no Modelo de*

direito internacional”⁵². Esse desenvolvimento, nos termos do autor, nasce exatamente da crítica ao modelo arbitral anterior à existência da Corte, sobretudo através das análises negativas realizadas pela ciência jurídica sobre as sentenças arbitrais proferidas no período⁵³.

Num perene movimento de tensão⁵⁴ entre cautela judicial (*judicial caution*⁵⁵) e legislação judicial (*judicial legislation*⁵⁶), a Corte desenvolve o direito internacional de diversas maneiras apontadas na obra de Lauterpacht. Em especial, ainda que não afirme categoricamente que “os precedentes da Corte Internacional de Justiça são fontes do direito internacional”, não nega tal possibilidade, afirmando, inclusive, que os juízes acabam por viver num paradoxo de que são, ao mesmo tempo, “dóceis servos do passado e tiranos do futuro”⁵⁷, exatamente pelo fato de que o peso de suas decisões vinculam em alguma medida o posicionamento a ser tomado nos novos casos julgados. Nas palavras do autor, os precedentes judiciais:

São evidência do que a Corte considera ser o direito; eles são uma confiável indicação da futura atitude da Corte; sob uma análise prática, eles mostram, por isso, o que é o direito internacional.

Jurisdição entre Estados. Monografia (Graduação em Direito).Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

⁵² LAUTERPACHT, *Op. cit.*, p.05. Do original: “*Debarred from directly acting as an important instrument of peace, the Court has made a tangible contribution to the development and clarification of the rules and principles of international law*”.

⁵³ LAUTERPACHT, *Op. cit.*, p. 06.

⁵⁴ Sobre a temática, ver MCWHINNEY, Edward. The International Court of Justice and International Law-making: The Judicial Activism/Self-Restraint Antinomy. *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, No. 1, pp.3-13, 2006.

⁵⁵ LAUTERPACHT, *Op. cit.*, p. 75-148.

⁵⁶ LAUTERPACHT, *Op. cit.*, p. 155-220.

⁵⁷ LAUTERPACHT, *Op. cit.*, p. 21. Do original: “*Witness the indifference with which lawyers are prepared to accept the paradoxical assertion that judges are at the same time docile servant of the past and tyrants of the future*”

De fato, eles estão substancialmente no mesmo patamar das fontes enumeradas nos primeiros três parágrafos do artigo 38. Formalmente, elas podem ser somente um meio subsidiário de determinação de quais são essas fontes. O efeito é o mesmo⁵⁸.

O pragmatismo de Lauterpacht ao analisar o caso – é como se dissesse que “de todo modo, os precedentes serão utilizados e por vezes equiparados às três primeiras fontes” – é pioneiro na análise dos desdobramentos e do desenvolvimento do direito internacional operado pela Corte Permanente e, posteriormente, pela Corte Internacional de Justiça. Ainda na contemporaneidade à sua obra são feitas referências nas análises e nos estudos sobre a Corte. Estudos esses que, tomando-o como base, disseminaram a ideia de que a Corte possui um importante papel no desenvolvimento do direito internacional.

Ante essa perspectiva e com a crescente e pujante atividade jurisdicional da Corte, nasce uma nova discussão no âmbito da ciência jurídica internacionalista (e ela não deixa de ser um desdobramento da discussão apontada até o momento): se a Corte desenvolve o direito ou se ela efetivamente o cria. Se num primeiro momento as duas concepções aparentemente se aproximam, no seu enfrentamento reside uma sutil diferenciação que, no âmbito teórico, altera a dinâmica de fontes jurídicas do ordenamento jurídico internacional.

Segundo Pellet, o desenvolvimento progressivo do direito internacional pode ser entendido como a atividade judicial da Corte

⁵⁸ LAUTERPACHT, *Op. cit.*, p. 22. Do original: “*They are evidence of what the Court considers to be law; they are a reliable indication of the future attitude of the Court; for most practical purposes they show, therefore, what international law is. In fact they are to a substantial degree identical with the sources of law enumerated in the first three paragraphs of Article 38. In form they may be merely a subsidiary means for determining what these sources are. The effect is the same*”.

que, em virtude da cada vez mais frequente discussão acerca do verdadeiro conteúdo das normas do direito internacional – inclusive de sua existência – ao decidir um caso concreto, escolhendo entre as possíveis normas à aplicar ou qual a interpretação mais defensável, acaba por fornecer uma contribuição ao direito, vez que acerca daquela exata temática tende a eliminar possíveis discussões⁵⁹. Diferencia-se, portanto, da legislação judicial, que seria, nesse contexto, o ato criativo por parte da Corte na resolução do conflito, decidindo *ex novo*, dissociando-se da vontade dos Estados, constituindo ela própria uma terceira vontade ante às normas por eles criadas.

Embora não se possa aprofundar a temática no presente trabalho⁶⁰, é importante ressaltar a existência dessa discussão porque será ela que fornecerá as lentes para a análise do próprio trabalho da Corte. De um lado, pode-se considerar que todas as “contribuições” realizadas no âmbito do direito internacional efetuadas pela Corte são atos de mero desenvolvimento, de uma interpretação das normas vigentes, enquanto que, por via distinta, pode se entender tal atuação da Corte como uma verdadeira e própria atividade criativa da função judicial por ela exercida.

Independente da corrente ao qual se possa vir a filiar, fato é que a Corte, além de fazer expressa referência às suas próprias decisões anteriores, em alguns setores do direito internacional oferece uma inquestionável contribuição hermenêutica e, pode-se afirmar, material. Há uma extensa bibliografia que utiliza o termo “desenvolvimento do direito internacional” por parte da Corte, demonstrando a importância e o alto número de decisões relativas a diversas temáticas do direito internacional que são enfrentadas por ela. Mesmo os autores não se posicionando

⁵⁹ PELLET, *Op. cit.*, p. 1068.

⁶⁰ Ver SHAHABUDDEEN, *Op. cit.*, pp. 67-97. E de igual modo, PELLET, *Op. cit.*, pp. 1074-1083.

de maneira definitiva e clara se enxergam a atividade da Corte como criadora ou meramente intérprete do direito internacional, demonstram que a atividade da Corte é incessante e oferece novas perspectivas quanto ao ordenamento jurídico, quanto às fontes do direito internacional e quanto à própria maneira de interpretá-las⁶¹.

Uma dessas principais contribuições realizada pela Corte é efetivamente a capacidade desta desenvolver o direito da Organização das Nações Unidas. Através de suas opiniões consultivas⁶², respondendo a consultas realizadas pela Organização, a Corte encontrou oportunidade para, diversas vezes, realizar a construção e lapidação de um *direito constitucional* da organização, em sua função primordial de intérprete da Carta de São Francisco, papel constitucional este que já foi reconhecido pela Assembleia da Organização⁶³.

Numa dessas ocasiões, em que respondia a uma consulta realizada pela Organização, a Corte defrontou-se com uma

⁶¹ Nesse caso, faz-se especial referência à contribuição da Corte ao direito dos tratados relativo à compatibilidade de um tratado com o objeto da Corte. Para mais ver PALCHETTI, Paolo. Sull'accertamento della compatibilità di una riserva con l'oggetto e lo scopo del trattato da parte della Corte internazionale di giustizia. *Rivista di diritto internazionale*, 1999, pp. 647-679.

⁶² Previstas nos artigos 65 a 68 do Estatuto, as opiniões consultivas não possuem um caráter contencioso, sendo definidas por referido dispositivo nos seguintes termos: “A Corte poderá dar parecer consultivo sobre qualquer questão jurídica a pedido do órgão que, de acordo com a Carta das Nações Unidas ou por ela autorizado, estiver em condições de fazer tal pedido. As questões sobre as quais for pedido o parecer consultivo do Tribunal serão submetidas a ele por meio de petição escrita, que deverá conter uma exposição do assunto sobre o qual é solicitado o parecer e será acompanhada de todos os documentos que possam elucidar a questão.”

⁶³ Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. Resolução 171, II, 1947: “Considering that it is also of paramount importance that the Court should be utilized to the greatest practicable extent in the progressive development of international law, both in regard to legal issues between States and in regard to constitutional interpretation”

característica primordial do ordenamento jurídico, qual seja a da subjetividade jurídica internacional, no caso *Reparação por danos sofridos a serviço das Nações Unidas*, de 1949, também conhecido como *Caso Bernadotte*⁶⁴. Além de romper com o monopólio da subjetividade jurídica por parte do Estado reconhecendo definitivamente a personalidade jurídica das organizações internacionais⁶⁵, a Corte relativiza a própria noção de personalidade ao afirmar que

Os sujeitos de direito, num sistema jurídico, não são necessariamente idênticos quanto a sua natureza ou ao alcance dos seus direitos e a sua natureza depende das necessidade da comunidade. Em toda a sua história, o desenvolvimento do direito internacional tem sido influenciado pelos requerimentos da vida internacional, e o progressivo aumento das atividades coletivas dos Estados “o aumento progressivo nas já dá margem a instâncias de ação, no plano internacional, a certas instituições que não são Estados⁶⁶.

Nesse exercício, a Corte, nas palavras de Pellet, “colocou um final (feliz) na tradicional e restritiva concepção de que

⁶⁴ Trata-se do caso do conde sueco Folke Bernadotte que, à serviço das Nações Unidas na mediação do conflito Israel em Palestina, acaba por ser assassinado. O questionamento trazido à Corte relaciona-se à possibilidade de a Organização das Nações Unidas exigir a reparação contra um determinado Estado.

⁶⁵ “A Organização estava destinada a exercer funções e a gozar de direitos – o que ela fez – que só podem explicar-se se a Organização possuir uma vasta medida de personalidade internacional e a capacidade de agir no plano internacional” (CIJ, 1949, p.179).

⁶⁶ CIJ, 1949, p. 178. Do original: “The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States”.

direito internacional é puramente um sistema interestatal”⁶⁷. Nota-se, portanto, a Corte exercendo importante reconhecimento na mudança de um paradigma, sobretudo ao se considerar a noção clássica vigente à época, que se defrontava com uma nova organização diferente do modelo estatal, sempre pautada por uma ideia de “necessidade da comunidade”, observando os “requerimentos da vida internacional”.

Uma das áreas que mais se beneficiou com a atividade “criadora” da Corte foi o Direito do Mar⁶⁸. Com sua efetiva regulamentação cristalizada somente em 1982 através da Convenção de Montego Bay, coube à Corte, na resolução de litígios envolvendo direito marítimo, delimitar determinados conceitos, como, por exemplo, o das “linhas de base” no caso *Fisheries* de 1951⁶⁹, conceito este que foi reconhecido e positivado na própria Convenção do Direito do Mar. Nessa área, Ian Brownlie⁷⁰ afirma que a Corte realiza um verdadeiro exercício de “*law making*”, enquanto que Pellet utiliza o termo de função “quase-normativa” da Corte Internacional.

Interessante notar exatamente o movimento de posterior positivação dos posicionamentos assumidos. A Comissão de

⁶⁷ PELLET, *Op. cit.*, p.1069. Do original: “*Similarly, the elucidation by the ICJ of the international personality of the UN and, more generally, of international organizations in the Reparation Advisory Opinion, certainly went further than a pure application of existing rules and greatly contributed to the development of international law. I would go as far as asserting that, in so doing, the Court has put an (happy) end to the traditional restricted conception of international law as a purely inter-states system.*”

⁶⁸ Sobre o tema, ver AMOR, Bernardo Sepúlveda. *The International Court of Justice and the Law of the Sea. Anuário Mexicano de Derecho Internacional*. 2012, pp 3-26. E igualmente LOWE, Vaughan; TZANAKOPOULOS, Antonios. *The Development of the Law of the Sea by the International Court of Justice. Oxford Legal Studies Research Paper No. 74*, 2012.

⁶⁹ CIJ, 1951, p. 116.

⁷⁰ BROWNLIE, *Op. cit.*, P. 47

Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, responsável pela codificação do direito internacional e por elaborar projetos de convenções a serem submetidas à Assembleia da Organização, tem o costume de levar em consideração os posicionamentos assumidos pela Corte⁷¹ e as construções teóricas por ela realizadas para a propositura dos projetos de tratados internacionais. Nesse caso, o papel de positivação de normas internacionais realizado pela Corte é indireto, mas ainda assim serve a demonstrar a importância dos posicionamentos por ela assumidos.

Philippe Cahier aponta que uma das maneiras pelas quais a Corte exerce atividade criadora do direito internacional é quando ela concede uma categoria mais importante à determinadas regras costumeiras em relação à outras⁷². Nessa operação, a Corte estaria distinguindo determinadas normas, reafirmando seu *status* fundamental dentro da ordem jurídica. Em igual sentido pronuncia-se Luigi Condorelli, para quem é exatamente por conta da natureza ímpar do direito internacional que a jurisprudência acaba assumindo um papel essencial porque a ela

compete naturalmente o dever de colocar em evidência - através de um esforço de síntese a partir de elementos esparsos e heterogêneos, se não por vezes divergentes - qual é a lógica unitária que preside as relações internacionais e quais as regras as quais estas devem se conformar⁷³

⁷¹ Para mais sobre o papel da Comissão de Direito Internacional utilizando os julgamentos da Corte, ver PELLET, *Op. cit.*

⁷² CAHIER, Philip. *Le rôle du juge dans l'élaboration du droit international*. 1. In: Theory of international law at the threshold of the 21 century: essays in honour of Krzysztof Skubiszewski (The Hague; Boston, Mass.; Kluwer Law International, 1996), p. 355.

⁷³ CONDORELLI, Luigi. *Fonti del Diritto Internazionale*. In: CASSESE. *Dizionario di Diritto Pubblico*. Vol. III. pp.2554-2574 Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 2559. Do original: “*ad esse compete naturalmente il compito di mettere in evidenza*”

Sob esta linha de pensar, relega-se à Corte um papel ordenador dentro da dinâmica jurídica internacional, na medida em que, em não havendo uma cerrada disposição dos valores que determinadas normas assumem no ordenamento e de que maneira se relacionam, será a Corte, ao decidir um litígio, a sistematizar esta relação.

A título de exemplo, Cahier utiliza o caso *Burkina Faso x Mali*, cuja sentença de 1986 estabeleceu que “o princípio do *uti possidetis* manteve-se no patamar dos princípios jurídicos os mais importantes, não obstante a aparente contradição que implica sua coexistência com as novas normas”⁷⁴. Desse modo, o aludido princípio manteve sua preponderância em relação às demais normas evocadas ao caso, devido a sua predominância enquanto norma superior no direito internacional.

Nesse sentido, pode-se analisar a recente decisão proferida pela Corte no *Caso da Imunidade de Jurisdição do Estado*, promovido pela Alemanha contra a Itália, tendo como terceiro interessado a Grécia. Em brevíssimo resumo⁷⁵ - incapaz de demonstrar a complexidade do litígio - o cerne do caso estaria no embate da tese de relativização da imunidade de jurisdição

- attraverso uno sforzo di sintesi a partire da elementi sparsi ed eterogenei, se non addirittura divergenti - quale è la logica unitaria che presiede alle relazioni internazionali, e quali le regole alle quali esse debbono conformarsi”

⁷⁴ CIJ, 1986, p. 567. Do original: “Le principe de l’*uti possidetis* s’est maintenu au rang des principes juridiques les plus importants, nonobstant l’apparente contradiction qu’impliquait sa coexistence avec les nouvelles normes.”

⁷⁵ Para maiores informações sobre o caso, ver o resumo do mesmo na sentença da Corte, em 2012. De igual modo, conduz-se ao trabalho de GATTINI, A. The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is The Time Ripe For a Change of the Law? *Leiden Journal of International Law*, n.º. 24, pp. 173-200. 2011. E, mais recentemente, após a decisão, STEPHAN, Paul B. Sovereign Immunity and the International Court of Justice: The State System Triumphant. *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper* No. 2012-47. Agosto de 2012.

do Estado alemão dentro do judiciário italiano através da fundamentação dos direitos humanos e, posteriormente, de normas *ius cogens*. Sublevando o princípio da imunidade do Estado, a Corte, em sua *ratio decidendi*, argumentou que

a Corte considera que a regra de Imunidade de Estado ocupa um importante lugar no direito internacional e nas relações internacionais. Ela deriva do princípio da soberana igualdade dos Estados, a qual, segundo o artigo 2, parágrafo 1, da Carta das Nações Unidas, deixa claro ser um dos princípios fundamentais da ordem jurídica internacional. (...) Exceções à imunidade do Estado representam um afastamento ao princípio da igualdade soberana⁷⁶.

No excerto em comento, é de se notar que muito embora exista uma expressa previsão normativa da superioridade da norma (o art. 2º da Carta), coube à Corte ministrá-la no caso concreto, redefinindo seu valor jurídico, sobretudo quando cotejado com outros princípios do ordenamento (direitos humanos). Cabe pontuar que o resultado do litígio foi a condenação da Itália por ter violado a regra da imunidade de Estado. A decisão da Corte foi considerada pelos comentadores uma vitória da concepção tradicional do direito internacional⁷⁷, exatamente porquanto

⁷⁶ CIJ, 2012, p. 24. Do original: “*The Court considers that the rule of State immunity occupies an important place in international law and international relations. It derives from the principle of sovereign equality of States, which, as Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations makes clear, is one of the fundamental principles of the international legal order. This principle has to be viewed together with the principle that each State possesses sovereignty over its own territory and that there flows from that sovereignty the jurisdiction of the State over events and persons within that territory. Exceptions to the immunity of the State represent a departure from the principle of sovereign equality. Immunity may represent a departure from the principle of territorial sovereignty and the jurisdiction which flows from it*”.

⁷⁷ STEPHAN, *Op. cit.*, p. 05.

relevou a importância de um determinado princípio clássico em relação a outros dentro do sistema internacional.

Ante esse contexto, Cahier é categórico ao afirmar que a jurisprudência merece um lugar diverso na enumeração de fontes prevista no artigo 38 do Estatuto da Corte⁷⁸, não sendo meramente relegada ao papel interpretativo. Porém, se lançarmos mão do pragmatismo das palavras de Lauterpacht pode-se afirmar que a previsão do artigo 38 não impede que a jurisprudência exerça um papel distinto – e mais importante – que aquele que a norma de 1920 relegou.

Nessa discussão, ainda que breves exemplos não possam compreender a completude da atividade da Corte, servem a ilustrar exatamente de que maneira a atividade da Corte relativiza – juntamente com os escritos dos internacionalistas – a rigidez de seu Estatuto. A visão eminentemente positivista que embalsama o Estatuto quando de sua forja rompe-se lentamente à medida que a vida da Corte demonstra – com relativo sucesso – a capacidade do direito internacional tornar-se um direito também casuístico⁷⁹. O juiz Robert Jennings inclusive alertou para uma mudança nas fontes do direito internacional iniciada no início dos anos 30: direito internacional tornou-se *case law*⁸⁰. De maneira mais intensa, Pastore afirma que a “jurisprudência da Corte é um fator decisivo de posituação do direito”⁸¹,

Independente da intensidade das palavras que descrevam o fenômeno, é inegável que este se tornou uma característica

⁷⁸ CAHIER, *Op. cit.*, p. 364.

⁷⁹ Nesse sentido já se posicionaram Arnold MacNair e Robert Jennings, conforme SHAHABUDDEEN, *Op. cit.*, p. 15.

⁸⁰ JENNINGS, Robert. An International Lawyer Takes Stock, *International and Comparative Law Quarterly* nº 39, 1990, p.519.

⁸¹ PASTORE, *Op. cit.*, p. 184.

intrínseca do direito internacional no século XX e de igual forma no século XXI. Sua contínua transfiguração e lapidação o demonstram. Tal qual a arbitragem no início do século XX, que a Corte – e outras Cortes – ganhou seus comentadores, seus estudiosos, seus críticos, seus “admiradores, sua literatura, sua propaganda”. Ainda que as vozes dissonem, por vezes intensamente, seu diálogo é a comprovação de um fenômeno que alterou significativamente a dinâmica do ordenamento jurídico internacional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No escopo de demonstrar os debates que circunscrevem a ideia do desenvolvimento do direito internacional como um fenômeno intrínseco do século XX e que nasce em oposição a uma lógica essencialmente arbitral calcada no século XIX, o presente trabalho verificou a importância que o debate sobre as fontes do direito internacional assume na contemporaneidade. Seja em relação às normas aplicadas pela Corte, seja em descobrir qual a função que as decisões exercem no direito internacional, examinou-se que o debate sobre fontes insere-se sempre num determinado contexto, diretamente relacionado aos sujeitos e ao modo como o próprio ordenamento vem edificado.

O pano de fundo no qual se delineia o campo de tensão é aquele em que se enxerga os defensores do Estado e os defensores de um direito jurisprudencial, sendo este um direito que é nocivo exatamente porque foge do controle do velho paradigma estatalista. O Estatuto da Corte vem cunhado num momento específico, motivo pelo qual assume seus rígidos contornos. A prática da Corte Internacional de Justiça e os escritos dos internacionalistas que acompanham “as necessidades da vida internacional” – para citar a própria Corte – flexibilizaram as

concepções do Estatuto, relativizando também a noção das fontes do direito. Nesse contexto revela-se o posto de vanguarda que assumem as decisões da Corte Internacional de Justiça no desenvolvimento do direito internacional.

Os problemas levantados ao longo deste trabalho agudizam-se ao se considerar o complexo panorama de órgãos jurisdicionais permanentes que na contemporaneidade compõem a constelação judiciária internacional. Não só as decisões da Corte relativizam o sistema de fontes, mas as decisões de outros tribunais e a maneira como se relacionam contingencialmente com os ordenamentos que lhe são imediatos.

A Corte Internacional de Justiça exerce, portanto, uma função de diagramadora dessa constelação, sopesando princípios e ministrando normas, ou até mesmo, servindo de arcabouço prático de futuras normas positivas, como evidenciado no caso das contribuições da Corte ao direito internacional do mar.

Como demonstrado, ainda que os Estados membros da Corte façam adesão a um Estatuto que limita o poder da Corte, ao se vincularem a esta instituição inserem-se num ordenamento próprio erigido e esmerilhado por sua jurisprudência. Daí a necessidade de conhecê-la, a fim de que quando um Estado a ela for recorrer tenha amplo conhecimento de seus posicionamentos e suas aceções. Tal consideração revela-se ainda mais necessária ao se pensar na política externa de determinados Estados em relação aos seus meios pacíficos de resolução de controvérsias, ou então no que toca à adesão compulsória à jurisdição internacional como no caso, por exemplo, da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória.

Estes são problemas que os homens de 1920 não tinham em suas mentes quando elaboraram o estatuto com a clara ideia de

que “a Corte não deve legislar”. A Corte não legisla, é verdade, mas desempenha um papel único no âmbito do ordenamento jurídico internacional. Talvez seja possível questionar se, na atualidade, frente a uma possível reforma do Estatuto, seria relegada às decisões judiciais da Corte uma autoridade distinta daquela de “meio auxiliar” preconizado no Estatuto de 1920. Independente da resposta a que se chegasse ante a hipotética demanda, seria certo que a atividade jurisprudencial da Corte construída historicamente não se eximiria a desempenhar sua função no ordenamento jurídico internacional.

6. REFERÊNCIAS

ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez. The work and the jurisprudence of the international court of justice 1947-1986. *British Yearbook of International Law*. Ed. 58, 1988. pp.31-38,

BROWNLIE, Ian. International law at the fiftieth anniversary of the United Nations : general course on public international law. *Recueil des cours*, Volume 255, 1995, pp. 9-228.

CAHIER, Philip. Le rôle du juge dans l’élaboration du droit international. I. In: *Theory of international law at the threshold of the 21 century: essays in honour of Krzysztof Skubiszewski* (The Hague; Boston, Mass.; Kluwer Law International, 1996). p. 353-365.

CONDORELLI. Luigi. *Fonti del Diritto Internazionale*. In: CASSESE. *Dizionario di Diritto Pubblico*. Vol. III. pp.2554-2574 Milano: Giuffrè Editore, 2006.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Fisheries (United Kingdom v Norway)*, 1951.

Frontier Dispute (Burkina Faso v Republic of Mali), 1986.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), 2012.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA), *Jurisdiction and Admissibility*, 1984.

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Parecer Consultivo, 1949.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Series A. S.S. Wimbledon. Judgement of 17 August 1923.

GATTINI, A. The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is The Time Ripe For a Change of the Law? *Leiden Journal of International Law*, n°. 24, pp. 173-200. 2011.

JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur. *Oppenheim's International Law*. 9th Edition, Oxford: Oxford University Press, 2008

JENNINGS, Robert. An International Lawyer Takes Stock, *International and Comparative Law Quarterly* n° 39, 1990.

KAMMERHOFER, Jörg. Introduction To: Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee June 16th-July 24th, 1920. September, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1535963>. Data de acesso: 21/11/2012.

LAUTERPACHT, Sir Hersch. *The Development of International Law by the International Court*. London: Stevens & Sons Ltda, 1958.

LIMA, Lucas Carlos. *Entre a arbitragem e adjudicação: O surgimento da Corte Permanente de Justiça Internacional no Modelo de Jurisdição entre Estados*. Monografia (Graduação em Direito). Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

MCWHINNEY, Edward. The International Court of Justice and International Law-making: The Judicial Activism/Self-Restraint Antinomy. *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, No. 1, pp.3-13, 2006.

OPPENHEIM. Lassa. *The Future of International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1921.

PACTO DA LIGA DAS NAÇÕES, 1919.

PALCHETTI, Paolo. Sull'accertamento della compatibilità di una riserva con l'oggetto e lo scopo del trattato da parte della Corte internazionale di giustizia. *Rivista di diritto internazionale*, 1999, pp. 647-679.

PASTORE, Baldassare. Il diritto Internazionale in un mondo in trasformazione: verso un diritto giurisprudenziale?. *Ars Interpretandi: Rivista di Ermeneutica Giuridica*. pp. 157-195. 2011.

PELLET, Alain. Article 38. in A. Zimmermann, Ch. Tomuschat and K. Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice : a Commentary*, Oxford UP, 2006, pp. 677-792

PELLET, Alain. *Shaping the Future in International Law: The Role of the World Court in Law-Making*, In: *Looking to the Future - Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2010. Pp. 1065-1083.

POLITIS, Nicolas. *La Justice Internationale*. Paris: Librairie Hachette, 1924.

PROCÈS-VERBAUX OF THE PROCEEDINGS OF THE ADVISORY COMMITTEE OF JURISTS, 1920.

ROSENNE, Shabtai. *The perplexities of modern international law: general course on public international law*. Recueil des cours, Volume 291, pp. 9-471, 2001.

ROUSSEAU, Charles de. *Droit International Public*. Tome I: *Introduction et Sources*. Paris: Sirey, 1970.

SCELLE, Georges. *Essai sur les sources formelles du droit international*. In: *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*. Tome III. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934.

SHAHABUDDEEN, Mohamed. *Precedent in the World Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

STEPHAN, Paul B. *Sovereign Immunity and the International Court of Justice: The State System Triumphant*. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2012-47. Agosto de 2012.

TOMUSCHAT Christian. *International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century: general course on public international law*. Recueil des cours. Volume 281 1999, pp. 9-438.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Publico*. 4°. Ed. Madrid: Ed. Aguilar, 1961. Tradução: Antonio Truyol y Serra.

WALDOCK, Hunphrey. *General Course of Public International Law*. Recueil des Cours. 1962.

WEHBERG, Hans. *The Problem of an International Court of Justice*. Oxford: Clarendon Press, 1918.

3

RELAÇÕES ENTRE BIODIVERSIDADE, CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS E OS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO CONTEXTO DA LEI FEDERAL N. 13.123/2015

Rafael Costa Freiria

Professor efetivo da Unicamp na área Ambiental e Coordenador do Laboratório de Políticas Públicas Ambientais da FT/Unicamp. Pós Doutor em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Universidade de Alicante/Espanha. Autor de diversas obras nas áreas de Direito, Gestão e Políticas Públicas Ambientais.
E-mail: rafaelfreiria@ft.unicamp.br

RESUMO

A biodiversidade significa a variabilidade de organismos vivos, referência na transmissão de conhecimentos tradicionais associados. No âmbito internacional, a biodiversidade é protegida em convenções, protocolos e está inserida nos objetivos para o desenvolvimento sustentável (ODS). No âmbito nacional, a Lei Federal n. 13.123/2015, instituiu a Política Nacional de Proteção da Biodiversidade. Apesar desse arcabouço regulatório, a biodiversidade encontra-se ameaçada. Nesse contexto, o objetivo do artigo, por meio de metodologias de levantamento documental e bibliográfico, consiste em analisar o conteúdo de regulamentações internacionais e nacionais sobre

biodiversidade, para apresentar contribuições para uma relação mais sustentável de desenvolvimento com a diversidade biológica.

Palavras-Chave: Biodiversidade; Conhecimentos Tradicionais; Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável; Direito Ambiental; Políticas Públicas.

BIODIVERSITY ASSOCIATED TRADITIONAL KNOWLEDGE AND ITS REGULATORY FRAMEWORKS: THE ADVENT OF FEDERAL LAW N. 13.123/2015.

ABSTRACT

Biodiversity means the variability of living organisms, a reference in the transmission of associated traditional knowledge. Internationally, biodiversity is protected by conventions, protocols and is inserted in the aims for sustainable development (ODS). Nationally, Federal Law n. 13.123/2015, instituted the National Policy for Biodiversity Protection. Despite this regulatory framework, biodiversity is threatened. In this context, the aim of the article, by means of documental and bibliographic surveying methodologies, is to analyze the content of international and national regulations on biodiversity, in order to contribute to a more sustainable development relationship with biological diversity.

Keywords: Biodiversity; Traditional Knowledge; Objectives for Sustainable Development; Environmental Law; Public Policies.

Sumário

1. Introdução – 2. A biodiversidade, conhecimentos tradicionais associados e seus marcos regulatórios - da convenção da biodiversidade até os ODS – 2.2. Relações entre proteção da Biodiversidade e dos Conhecimentos Associados e os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS) – 3. O advento da Lei Federal n. 13.123/2015: aspectos do marco legal brasileiro da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados – 4. Considerações finais – 5. Referências

Recebido em: 31.10.2019

Aceito em: 20.12.2019

1. INTRODUÇÃO

A Convenção da Diversidade Biológica, assinada em 05 de junho de 1992 e da qual fazem parte atualmente 193 países, no seu art. 2º, define biodiversidade como a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

A mesma Convenção, promulgada pelo Brasil por força do Decreto Federal n. 2519/1998, reconhece a estreita dependência da biodiversidade de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais e direciona a necessidade de repartir equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, de inovações e de práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes (MMA, 2018).

No âmbito internacional, a Convenção influenciou diversas outras convenções e acordos ambientais mais específicos que tratam direta ou indiretamente da proteção e uso sustentável da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado a ela.

Mais recentemente, no âmbito dos Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), composto por 17 objetivos (ODS) e 169 metas, com proposta de alcance para o ano de 2030 (ONU, 2015), a biodiversidade ganha destaque no ODS 15 (Vida Terrestre), constituindo um dos Objetivos para o

Desenvolvimento Sustentável: Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade.

No âmbito nacional, o Brasil, por meio da Lei Federal n. 13.123/2015, institui sua Política Nacional de acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade.

Em que pese os avanços dos marcos regulatórios internacionais e nacionais de proteção e de controle para usos sustentáveis da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado a ela, a erosão da biodiversidade e a exploração descontrolada dos conhecimentos associados seguem como um importante problema de dimensões globais, nacionais e locais.

No Brasil, por exemplo, como um dos resultados das pressões da ocupação humana na zona costeira brasileira, a Mata Atlântica, ficou reduzida a aproximadamente 7% (sete por cento) de sua vegetação original (MMA, 2018). No cenário internacional, José Eli da Veiga (2015, p. 137) destaca que “para a erosão da biodiversidade há o excelente índice Planeta Vivo (WWF) que aponta deterioração de 28% entre 1970 e 2008, essencialmente nas zonas tropicais”.

No que se refere à exploração descontrolada dos conhecimentos associados à biodiversidade, dentre os mais importantes exemplos das últimas décadas, tem-se o caso do Capoten – medicamento para regular a pressão arterial comercializado pela empresa americana Bristol-Myers Squibb. O Capoten é feito à base de *captotril*, substância encontrada no veneno da jararaca. A jararaca é um animal da biodiversidade brasileira. Houve também os casos de

patenteamento do ayahuasca, planta medicinal amazônica usada por diferentes comunidades indígenas, e de alto valor espiritual para tais comunidades, patenteada pelo norte-americano Loren Miller, e da quinua, planta de alto valor nutritivo e de utilização tradicional na alimentação de comunidades indígenas, cuja patente foi concedida a dois professores da Universidade de Colorado, Duane Johnson e Sara Ward (SANTOS, B. S.; MENESES, M. P. G.; NUNES, J. A., 2004).

Como enfrentamento a estes problemas da erosão e exploração descontrolada da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados a ela, justificam-se estudos das convenções e demais documentos internacionais de proteção, somados às legislações nacionais, para que possam ganhar cada vez mais integração e efetividade. Neste cenário, destaca-se a importância de se trabalhar com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável para que efetivamente influenciem políticas públicas voltadas a sustentabilidade, inclusive para a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos associados.

Nesse contexto, o objetivo principal do artigo, por meio de metodologias de levantamento documental e levantamento e revisão bibliográfica, consiste em analisar conteúdos¹ de regulamentações internacionais e nacionais sobre biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados, com destaque para a Lei Federal n. 13.123/2015, para apresentar algumas contribuições no sentido de uma relação mais sustentável de desenvolvimento com a diversidade biológica e os saberes tradicionais que a integram.

¹ A análise de conteúdo constitui uma metodologia de pesquisa usada para descrever e interpretar o conteúdo de toda classe de documentos e textos utilizados como fonte de pesquisa. Essa análise ajuda a reinterpretar os textos pesquisados atingir uma compreensão de seus significados num nível que vai além de uma leitura comum (MORAES, 1999).

2. A BIODIVERSIDADE, CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS E SEUS MARCOS REGULATÓRIOS – DA CONVENÇÃO DA BIODIVERSIDADE ATÉ OS ODS

Sobre o processo histórico de proteção da biodiversidade, o teórico François Ost (1997, p. 112) sustenta que “se, nos primeiros tempos da proteção da natureza, o legislador se preocupava exclusivamente com tal espécie ou tal espaço, chegamos hoje à proteção de objectos infinitamente mais abstratos e mais englobantes, como o clima e a biodiversidade”.

Esta constatação encontra reflexo no fato de que nas últimas décadas a questão da biodiversidade, como variedade existente entre organismos vivos e ecossistemas nos quais eles se mantêm, englobando todos os níveis de diversidade que se estendem dos genes à biosfera, passando pelo nível das espécies, dos ecossistemas e das paisagens, ganha status de objeto socioambiental tutelado pelo Direito.

Os desafios ambientais, sociais, econômicos e políticos que o tema de sua proteção suscitam dizem respeito não só ao fato de que ela fornece as matérias-primas de nossos alimentos, medicamentos, associada a conhecimentos de comunidades tradicionais, mas também ao fato de que dela depende a manutenção das funções básicas dos ecossistemas, incluindo-se processos de produção, decomposição e reciclagem de nutrientes; regeneração dos solos; regulação dos grandes ciclos bioquímicos e regulação climática.

Vê-se, portanto, que a Biodiversidade como sendo uma das propriedades fundamentais da natureza, responsável pelo equilíbrio e estabilidade dos ecossistemas, é fonte de imenso potencial de uso social e econômico.

A biodiversidade é base das atividades agrícolas, pecuárias, pesqueiras e florestais; também é a base para a estratégia da indústria de biotecnologia – fundamentalmente para as indústrias de alimentos e medicamentos. Pode-se dizer que além do seu valor ecológico intrínseco, a biodiversidade possui incomensurável valor genético, social, econômico, científico e cultural.

Os avanços nesta área e a rentabilidade gerados foram tamanhos que se passou a denominar a biodiversidade como verdadeiro *ouro verde* (SHIVA, 2001), *dadas as suas incalculáveis potencialidades, desde inúmeras atividades com potencial econômico de exploração até as mais variadas possibilidades de obtenção de curas para as doenças que afligem a humanidade.*

Dentre os países que abrigam florestas tropicais, o Brasil ocupa, com larga dianteira, o primeiro lugar quanto à proporção biodiversidade – possuímos o que alguns doutrinadores chamam de megadiversidade - que se traduz em mais de 20% do número total de espécies da Terra em solo brasileiro. Para se ter uma ideia, enquanto na floresta amazônica se conhecem mais de 2500 espécies de árvores, nas florestas temperadas de toda a França apenas cerca de cinquenta espécies podem ser encontradas. Tal riqueza nacional de biodiversidade é internacionalmente reconhecida, o que não impede que esteja imensamente ameaçada (MMA, 2018).

A biodiversidade no contexto do desenvolvimento econômico e tecnológico do século XXI passa a ter um *valor de dimensões incalculáveis. A chamada biotecnologia (o conjunto de técnicas que visa a exploração industrial da biodiversidade), através da manipulação da diversidade biológica, apresenta novas contingências para a sociedade: o desvio ilegal das riquezas da biodiversidade, a produção de plantas e de animais transgênicos,*

a exploração dos conhecimentos das comunidades tradicionais por empresas multinacionais para obtenção das propriedades medicinais e alimentícias dos elementos da biodiversidade são apenas alguns exemplos e o direito deve apresentar respostas a este novo contexto mundial.

Em decorrência desta ingerência cada vez maior da exploração econômica e tecnológica na biodiversidade em âmbito global, no início dos anos 90 iniciaram-se os primeiros movimentos das comunidades internacionais no sentido de serem firmadas políticas de proteção à diversidade biológica.

O crescimento da biotecnologia (que significa qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica²) fez nascerem conflitos de diferentes espécies, de natureza econômica, social e cultural, envolvendo disputas entre países, empresas multinacionais, organizações internacionais de defesa dos interesses indígenas e inúmeras entidades e grupos sociais.

No início da década de 90, a crescente exploração indevida das riquezas naturais da biodiversidade pelas atividades biotecnológicas de empresas multinacionais, a chamada biopirataria, foi definida, pela autora indiana Vandana Shiva (2001, p. 133) como a segunda chegada de Colombo, sendo os Estados Unidos e a Inglaterra identificados como países que mais realizam a prática exploratória da biodiversidade.

Em junho de 1992, em resposta às diversas incertezas acerca da erosão biodiversidade, transferência de tecnologias, biotecnologia, bioprospecção, patrimônio genético e outras tantas questões

² Definição trazida pela Convenção sobre Diversidade Biológica de 5 de junho de 1992.

*relacionadas ao ecossistema mundial, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – ECO-92, foi ratificada, naquele momento*³, por mais de 140 países (entre eles o Brasil) a Convenção da Diversidade Biológica⁴. Nesta convenção procurou-se traçar as diretrizes para a conservação e utilização sustentável da biodiversidade em conhecimento tradicional associado em âmbito mundial.

A Convenção, de modo geral, reconhece os amplos valores da diversidade biológica e de seus componentes (ecológicos, genéticos, sociais, científicos, educativos, culturais, recreativos e estéticos) e reafirma como fundamentalmente prioritário aos países periféricos o desenvolvimento econômico e social e a erradicação da pobreza.

Além disso, a Convenção reconhece a estreita dependência da preservação de recursos biológicos das comunidades locais e populações indígenas, com a manutenção de estilos de vida tradicionais. Ou seja, a Convenção sobre a Biodiversidade estabelece, através de seu artigo 8º, que os países signatários devem respeitar, preservar e manter o conhecimento, as inovações e as práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais relevantes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica.

A Convenção considera também a diversidade biológica como possuidora de valor intrínseco, merecendo respeito independentemente de seu valor para o homem ou potencial para uso humano. Segundo Milaré (2015, p. 1044) este princípio orientador da Convenção “limita a visão antropocêntrica, tão difundida

³ Atualmente 193 países são partes das Convenção da Diversidade Biológica.

⁴ No Brasil foi promulgada e internalizada pelo Decreto Federal n. 2519, de 16 de março de 1998.

na cultura ocidental; da mesma forma coloca sob reserva o pragmatismo economicista. ”

A Convenção no seu art. 2º, por sua vez, define o que seja a Diversidade Biológica, como objeto de proteção das normas internacionais e nacionais de direito ambiental:

Significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

Segundo a definição de Boaventura de Sousa Santos (2004, p. 51): “o termo biodiversidade, de facto, designa a diversidade de organismos, génotipos, espécies e ecossistemas, mas também os conhecimentos sobre essa diversidade”.

Neste sentido, o texto da Convenção fixa no art. 1º as premissas básicas sobre as quais se fundamentam todos os princípios relativos à preservação de diversidade biológica global e os conhecimentos associados a ela:

A conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização sustentável dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante o financiamento adequado.

A Convenção da Diversidade Biológica CDB (art. 2º), apresenta também o conceito de Biotecnologia como: “qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica”. Enquanto

que a Biossegurança é compreendida como: “conjunto de normas que regulamenta a manipulação genética, de forma que esta não coloque em risco a qualidade de vida do homem, bem como, e em especial, o seu próprio meio ambiente”.

Portanto, Biossegurança compreende a busca pelo controle dos riscos envolvidos na manipulação e na liberação para o meio ambiente de organismos geneticamente modificados. Dentre os possíveis tipos de risco temos os para a biodiversidade (por exemplo, espalhamento descontrolado de um organismo geneticamente modificado no meio ambiente) e para a saúde (por exemplo, toxicidade de um alimento para a população).

A este respeito, no ano 2000 foi realizada a “Conferência das Partes da Convenção da Biodiversidade”, com a presença de representantes de 180 países, na cidade de Montreal, no Canadá. Nessa Conferência foi aprovado o Protocolo de Biossegurança que, em homenagem a cidade-sede da Conferência preparatória de 1999, realizada na cidade de Cartagena, Colômbia, foi denominado “Protocolo de Cartagena”.

Dentre os principais objetivos do Protocolo, tem-se a definição de um regime jurídico adequado de proteção no campo de transferência, manipulação e utilização segura dos Organismos Geneticamente Modificados, resultantes da Biotecnologia moderna (OGMs).

Na essência os objetivos do Protocolo de Cartagena visam, principalmente, a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica, ao mesmo tempo, evitar e prevenir riscos à saúde humana. O âmbito de sua aplicação são os movimentos transfronteiriços dos OGMs. Em decorrência, em 16 de Fevereiro de 2.006, o Brasil aprovou o Decreto n. 5.705, internalizando as previsões do Protocolo de Cartagena no sistema jurídico nacional.

Para dar mais efetividade ao Protocolo de Cartagena, bem como à própria Convenção da Diversidade Biológica, em 24 de Março de 2.005, foi sancionada a Lei n. 11.105, denominada Lei de Biossegurança, que estabelece as normas nacionais de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, com foco no controle de todas as práticas relacionadas com patrimônio genético humano.

Paralelamente ao marco regulatório da Biossegurança, o Brasil implementou outras dimensões da Convenção da Diversidade Biológica em sua ordem jurídica por meio da Medida Provisória 2.186 –16, de 23 de agosto de 2001⁵, que regulamentou o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição⁶, os arts. 1º, 8º, alínea “j”, 10, alínea “c”, 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, bem como dispôs sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à

⁵ Cabe dizer também que a Medida Provisória que disciplina a biodiversidade brasileira foi editada pela primeira vez como Medida Provisória 2.052 de 30 de junho de 2000, sendo que foi reeditada 16 vezes até ficar com a versão atual: Medida Provisória 2.186 –16, de 23 de agosto de 2001.

⁶ Deve-se ressaltar que desde a Constituição de 1988, há previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro de proteção da diversidade biológica. É o que se depreende da previsão do art. 225, parágrafo 1º, inciso II: “art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.”

tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências.

Depois houve a aprovação do Decreto n. 3.945, de 28 de setembro de 2001, definindo a composição do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGen) e estabelecendo as normas para seu funcionamento enquanto órgão com a competência principal de coordenar e implementar as políticas públicas voltadas para a gestão do patrimônio genético. Posteriormente referido Decreto sofreria alterações pelo Decreto Federal n. 4.946, de 31 de dezembro de 2003 e também pelo Decreto n. 6.159, de 17 de julho de 2009, ambos voltados para a revisão do funcionamento e composição do CGen.

Some-se em 2005 a publicação do Decreto Federal n. 5.459, criado para regulamentar o artigo 30 da referida MP, disciplinando as sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao patrimônio genético ou aos conhecimentos tradicionais associados. E no ano de 2009 do Decreto Federal n. 6.915, regulamentou o art. 33 da Medida Provisória, determinando os critérios para a distribuição das parcelas dos lucros e dos royalties resultantes da exploração econômica de processo ou produto desenvolvido a partir de amostra de componentes do patrimônio genético.

Ainda no plano internacional, o Protocolo de Nagóia é outro acordo internacional suplementar à Convenção sobre Diversidade Biológica que integra o seu conjunto de marcos regulatórios.

O Protocolo de Nagoya foi adotado pelos participantes da COP-10, em 29 de outubro de 2010 em Nagóia, Japão. Seus termos definiram que ele passaria a vigorar 90 dias após o quinquagésimo instrumento de ratificação, isto é, após 50 países confirmassem o compromisso. Isto ocorreu em outubro de 2014, quando o texto do documento, ratificado por 51 países,

foi oficializado durante a XII Conferência das Partes (COP) da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), em Pyeongchang, na Coreia do Sul.

O Protocolo trata fundamentalmente de diretrizes para consensos internacionais com relação à questão da repartição dos benefícios advindos da utilização dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Os conceitos que já se encontravam firmados na CDB e que serviram de alicerces ao Protocolo de Nagoya são o consentimento prévio informado (*prior informed consent* – PIC), os termos mutuamente acordados (*mutually agreed terms* – MAT) e o acesso e a repartição de benefícios (*access and benefit sharing* – ABS) (SEGER e STEINMETZ, 2015).

Conceitos estes reafirmados para orientar as legislações nacionais dos países signatários e que influenciaram a atual Política Nacional de proteção da Biodiversidade, instituída pela Lei Federal n. 13.123/2015 e que será objeto de análise posterior.

2.2 *Relações entre proteção da Biodiversidade e dos Conhecimentos Associados e os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS)*

Em setembro 2015, mais de 150 líderes mundiais participaram da Cúpula das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável em Nova York. Na ocasião, foram elaborados e assumidos 17 objetivos⁷ e 169 metas que vinham sendo discutidas em fóruns internacionais desde 2012 (na Rio+20).

⁷ São esses os 17 ODS: Objetivo 1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares; Objetivo 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável; Objetivo 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as

Assumiram, assim, tais líderes o compromisso de trabalhar para tornar os ODS realidade em seus países, por meio de políticas públicas, planos, programas e projetos que dialogassem e implementassem de forma integrada tais objetivos comuns (LUZ, B. S. e Outros, 2016).

De acordo com José Eli da Veiga (2015, p. 150), no sentido das propostas para o desenvolvimento sustentável, as formulações da Agenda 2030 “devem ser consideradas como um avanço cognitivo mais importante desse longo processo institucional iniciado trinta anos com a aprovação do relatório Nosso Futuro Comum”.

Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), portanto, servem como uma espécie de bússola, fornecendo a direção para a qual os esforços das políticas governamentais devem ser concentrados visando promover a inclusão social,

idades; Objetivo 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas; Objetivo 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos; Objetivo 7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos; Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos; Objetivo 9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação; Objetivo 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles; Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis; Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis; Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável; Objetivo 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade; Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis; Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável. (ONU, 2015).

o desenvolvimento sustentável e uma governança democrática. Ao mesmo tempo, sendo um acordo global no formato de uma agenda comum para 2030, com natureza de *soft law* (REI, 2006), eles servem também para forçar os países signatários a tomarem providências e mostrarem resultados em relação aos objetivos e metas até 2030.

Segundo Veiga (2015, p. 148) “para uma boa articulação dos ODS, seria necessário propor algo capaz de abrangê-los, como, por exemplo, alta e próspera qualidade de vida, equitativamente partilhada e sustentável.”

Portanto, os ODS devem ser trabalhados de forma interdependente com vias ao desenvolvimento sustentável integrados pela busca comum, em todos os objetivos, de melhor saúde e qualidade de vida, o que implica em pensar, por exemplo, em cidades mais sustentáveis, em proteção da diversidade cultural e da biodiversidade.

No que se refere à proteção da biodiversidade, o Objetivo 15, intitulado “Vida Terrestre” projeta o seguinte compromisso aos países signatários: “Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade.”

Para atingir tal Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (15), são traçadas metas. Dentre elas, como influenciadoras diretamente de políticas nacionais de proteção da biodiversidade e dos conhecimentos associados dos países parte, merecem destaque, no contexto dos objetivos do trabalho, as seguintes:

15.5 Tomar medidas urgentes e significativas para reduzir a degradação de habitat naturais, deter a perda de biodiversidade e, até 2020, proteger e evitar a extinção de espécies ameaçadas;

15.6 Garantir uma repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos e promover o acesso adequado aos recursos genéticos;

15.9 Até 2020, integrar os valores dos ecossistemas e da biodiversidade ao planejamento nacional e local, nos processos de desenvolvimento, nas estratégias de redução da pobreza e nos sistemas de contas;

15.a Mobilizar e aumentar significativamente, a partir de todas as fontes, os recursos financeiros para a conservação e o uso sustentável da biodiversidade e dos ecossistemas.

As metas dos ODS voltadas à proteção da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado, portanto, resgatam os objetivos estruturantes de previsões das principais convenções e protocolos internacionais protetores da diversidade biológica, e dentro de uma lógica de metas-diretrizes influenciadoras de planejamento voltado para implementação de políticas públicas, força os países signatários essencialmente a agirem em duas frentes: i) com ações para evitar ainda mais erosão/perda de biodiversidade; ii) ações voltadas para a proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade por meio de garantias de uma repartição justa e equitativa dos benefícios derivados.

Portanto, as metas impõem desafios institucionais importantes para os países no que tange à proteção da biodiversidade e “não devem ser varridas para debaixo do tapete” (VEIGA, 2015, p. 155). Em outras palavras, as metas de proteção da biodiversidade aumentam a cobrança para a maior efetividade dos marcos regulatórios nacionais existentes, bem como de políticas públicas correlacionadas.

No Brasil, aumenta a importância de maior efetividade, dentre outras garantias legais existentes, das previsões da Lei Federal n. 13.123/2015, que instituiu as diretrizes, instrumentos e estrutura administrativa para uma Política Nacional de

Conservação e Uso Sustentável da Biodiversidade e Proteção e controle do Acesso ao Conhecimento Tradicional Associado.

3. O ADVENTO DA LEI FEDERAL N. 13.123/2015: ASPECTOS DO MARCO LEGAL BRASILEIRO DA BIODIVERSIDADE E DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ASSOCIADOS

Em 20 de maio de 2015, o Brasil por meio da Lei Federal n. 13.123, instituiu sua Política Nacional de Acesso ao Patrimônio genético, sobre a Proteção e o Acesso ao Conhecimento Tradicional Associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da Biodiversidade, revogando o arranjo regulatório anterior formado a partir da Medida Provisória n. 2.186 –16, de 23 de agosto de 2001.

Referida legislação trouxe o novo e atual marco regulatório da biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados no Brasil, sendo essas normas gerais posteriormente objeto de regulamentação por meio do Decreto Federal n. 8772/2016.

No que se refere aos fundamentos do novo marco legal da Biodiversidade, dentro dos diversos conceitos trazidos (Art. 2º) cabem ser destacados: (I) *patrimônio genético* – informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos; (II) *conhecimento tradicional associado* - informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético; (IV) - *comunidade tradicional* - grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais

como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição; (V) - *provedor de conhecimento tradicional associado* - população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional que detém e fornece a informação sobre conhecimento tradicional associado para o acesso; (VI) - *consentimento prévio informado* - consentimento formal, previamente concedido por população indígena ou comunidade tradicional segundo os seus usos, costumes e tradições ou protocolos comunitários; (IX) - *acesso ao conhecimento tradicional associado* - pesquisa ou desenvolvimento tecnológico realizado sobre conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético que possibilite ou facilite o acesso ao patrimônio genético, ainda que obtido de fontes secundárias tais como feiras, publicações, inventários, filmes, artigos científicos, cadastros e outras formas de sistematização e registro de conhecimentos tradicionais associados; (XX) - *acordo de repartição de benefícios* - instrumento jurídico que qualifica as partes, o objeto e as condições para repartição de benefícios; (XXXI) - *agricultor tradicional* - pessoa natural que utiliza variedades tradicionais locais ou crioulas ou raças localmente adaptadas ou crioulas e mantém e conserva a diversidade genética, incluído o agricultor familiar.

Um dos pontos de inovação dos conceitos estruturantes para aplicação do marco legal da biodiversidade, foi a inserção dos agricultores tradicionais, juntamente com as populações indígenas, comunidades tradicionais, como provedores de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Assim, aquele agricultor que utiliza de variedades tradicionais locais ou crioulas ou raças localmente adaptadas ou crioulas e mantém e conserva a diversidade genética, tem a possibilidade de ver este conhecimento tradicional associado objeto das garantias advindas do marco legal.

No que se refere ao o acesso ao patrimônio genético integrante da biodiversidade existente no País ou ao conhecimento tradicional associado para fins de pesquisa ou desenvolvimento tecnológico e a exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo desse acesso somente, a Lei Federal n. 13.123/2015, no seu Art. 3º, vai determinar também que somente serão autorizados e realizados mediante cadastro, autorização ou notificação, e serão submetidos à fiscalização, restrições e repartição de benefícios.

O marco legal traz expressa exigência de cadastramento prévio para i) acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado; ii) remessa para o exterior de amostras de patrimônio genético; e iii) exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado realizado após a vigência desta Lei.

O regulamento do marco legal (Decreto Federal n. 8772/2016), por sua vez, vai disciplinar o procedimento para o acesso nessas situações exigidas (Art. 22).

Além da identificação do usuário/interessado e do detalhamento da atividade de pesquisa o desenvolvimento tecnológico no formulário eletrônico do Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado (SisGen), deve ocorrer a identificação do patrimônio genético componente da biodiversidade no nível taxonômico mais estrito possível ou do conhecimento tradicional associado, conforme o caso. Com destaque para a necessidade de identificação da população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional provedores dos conhecimentos tradicionais associados, ainda que os conhecimentos tenham sido obtidos em fontes secundárias.

Para a *exploração econômica* de produto ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético componente da biodiversidade ou ao conhecimento tradicional associado, o marco legal é claro e objetivo quando às seguintes exigências: a notificação do produto acabado ou do material reprodutivo ao Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGen); e a apresentação do acordo de repartição de benefícios.

Atendidas as exigências do procedimento de cadastramento prévio do acesso pretendido, o SisGen emitirá comprovante de cadastro de acesso. O comprovante de cadastro de acesso constituirá em documento hábil para demonstrar que o usuário prestou as informações que lhe eram exigidas, permitindo com isso i) o requerimento de direito de propriedade e intelectual; ii) a comercialização de produto intermediário; iii) a divulgação dos resultados, finais ou parciais, da pesquisa ou do desenvolvimento tecnológico, em meios científicos ou de comunicação; e iv) a notificação de produto acabado ou material reprodutivo desenvolvido em decorrência do acesso.

O processo de verificação das informações prestadas para acesso da biodiversidade e conhecimentos tradicionais ocorre *a posteriori*. No caso o usuário que realizou o cadastramento para acesso não necessitará aguardar o término do procedimento de verificação para realizar as atividades de prospecção da biodiversidade pretendidas.

O que pode ocorrer é a constatação no processo de verificação de irregularidades no cadastramento com a possibilidade de suspensão do cadastro ou, desde que não se configure má-fé, abrir a possibilidade para que usuário retifique o cadastro, e apresente, no prazo de noventa dias de forma correta o acordo de repartição de benefícios com o provedor do conhecimento tradicional associado.

Portanto, este aspecto foi motivo de comemoração de parcela significativa da comunidade científica, ante a possibilidade do procedimento ficar mais facilitado, com a via de mero cadastro prévio do objeto da prospecção com a juntada dos documentos exigidos pelo marco legal (BRITO e POZZETTI, 2017) para o acesso da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado.

Fato é que para a maior efetividade nesse ponto dos preceitos maiores do marco regulatório, que devem refletir os anseios das previsões da Convenção da Biodiversidade e seus Protocolos complementares, bem como as metas dos Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (em especial ODS 15), o acesso via cadastramento deve ocorrer com eficiência e rigor para todas as atividades prospectoras de biodiversidade e conhecimentos tradicionais⁸.

E, ainda mais importante, o processo de verificação *a posteriori* deve ocorrer de forma ainda mais rigorosa para se assegurar que a utilização da biodiversidade em questão ocorra da forma mais sustentável possível e, quando for o caso, com a garantia do consentimento prévio das comunidades tradicionais envolvidas, bem como com as devidas repartições dos benefícios do acesso. Para que isso ocorra é de fundamental importância que a estrutura administrativa instituída pelo marco legal opere da melhor forma possível.

⁸ Neste sentido importante verificar como cada centro prospectador de biodiversidade e conhecimentos associados está trabalhando seus atores/pesquisadores para atendimento da exigência do cadastramento prévio. A título de exemplo, tem-se que a Unicamp criou um “Grupo de Trabalho e Acompanhamento do Patrimônio Genético”, formalizado através da Portaria Interna PRP/N. 13/2013, com o objetivo de respaldar as atividades de pesquisa científica, bioprospecção, desenvolvimento tecnológico e as atividades didáticas que envolvam o **Patrimônio Genético**, e que devem estar de acordo com a legislação vigente (Lei 13.123/2015 e Decreto 8.772/2016), que regulamenta a Coleta, Acesso, Transporte/ Remessa de Componente do Patrimônio Genético Nacional e Acesso ao Conhecimento Tradicional Associado (UNICAMP, 2018).

Neste contexto, o já referido Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGen, é definido pelo marco legal, no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, como órgão colegiado de caráter deliberativo, normativo, consultivo e recursal, responsável por coordenar a elaboração e a implementação de políticas para a gestão do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e da repartição de benefícios. Recepcionando o arranjo administrativo que havia sido criado pela Medida Provisória n. 2.186 –16/2001. (SOUZA; SANTOS e SILVA, 2017)

A composição do CGen, enquanto órgão integrante do SISNAMA, é defendida por representação de órgãos e entidades da administração pública federal que detêm competência sobre as diversas ações de que trata a Política Nacional da Biodiversidade, com participação máxima de 60% (sessenta por cento) e a representação da sociedade civil em no mínimo 40% (quarenta por cento) dos membros, assegurada a paridade entre: I - setor empresarial; II - setor acadêmico; e III - populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais. (Art. 6º).

Neste cenário, as populações indígenas, as comunidades tradicionais e aos agricultores tradicionais que criam, desenvolvem, detêm ou conservam conhecimento tradicional associado à biodiversidade são garantidos os direitos de participar do processo participativo de tomada de decisão sobre assuntos relacionados ao acesso a conhecimento tradicional associado e à repartição de benefícios decorrente desse acesso.

O artigo 8º do marco legal da Biodiversidade estabelece como protegidos os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético de populações indígenas, de comunidade tradicional ou de agricultor tradicional contra a utilização e

exploração ilícita. E o § 2º do mesmo artigo, determina que o conhecimento tradicional associado à biodiversidade integra o patrimônio cultural brasileiro e poderá ser depositado em banco de dados, reforçando a proteção do conhecimento associado à biodiversidade como integrante da dimensão cultural de meio ambiente (FREITAS, 2005).

No que se refere ao consentimento prévio dos provedores de conhecimentos tradicionais, o marco legal, refletindo previsões do Protocolo de Nagoya, estabelece que o acesso ao conhecimento tradicional associado de origem identificável está condicionado à obtenção do consentimento prévio informado da população indígena, da comunidade tradicional ou do agricultor tradicional, conforme a associação com o conhecimento envolvido, pelos seguintes instrumentos: I - assinatura de termo de consentimento prévio; II - registro audiovisual do consentimento; III - parecer do órgão oficial competente (CGen); ou IV - adesão na forma prevista em protocolo comunitário . (Art. 9º).

Para além da confirmação do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGen como o órgão ambiental responsável por coordenar a elaboração e a implementação de políticas para a gestão do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, o marco legal avança no reconhecimento dos sujeitos de natureza coletiva, detentores desses direitos – no caso do reconhecimento da natureza coletiva dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Isto porque para o marco regulatório de proteção da biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados, instituído pela Lei Federal n. 13.123/2015, qualquer conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético será considerado de natureza coletiva, ainda que apenas um indivíduo de população indígena ou de comunidade tradicional o detenha. (Art. 10, § 1º).

Portanto, aqui o reconhecimento de um ponto de convergência por parte desta recente legislação infraconstitucional, que protege o conhecimento tradicional associado à biodiversidade, com a necessidade de reconstrução das categorias fundamentais da teoria geral do direito, no caso do reconhecimento dos sujeitos de direitos coletivos, difusos, como condição de maior efetividade desse mesmo direito (FREIRIA, 2017).

Independentemente de uma relação direta com o objeto, no caso o conhecimento tradicional associado à biodiversidade – que pode ser de um indivíduo da coletividade, esta previsão traz a necessidade de reconhecimento de uma nova forma de relação jurídica que terá como elo o pertencimento fático a uma determinada população indígena ou comunidade tradicional.

Logo, pressupõe o reconhecimento de uma relação jurídica coletiva que irá ligar sujeitos de direitos difusos, unidos pelo elo ancestral de pertencimento a uma comunidade tradicional.

Isto porque a mera proteção individual não é suficiente para assegurar a preservação dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, que são produzidos e gerados de forma coletiva e transmitidos informalmente de uma geração para a outra.

Proteger individualmente os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade significaria possibilitar que com a morte do indivíduo detentor da maior parte dos conhecimentos tradicionais de uma comunidade nativa (figura desempenhada, por exemplo, pelo *pajé* numa comunidade indígena), se percam as garantias sobre um patrimônio que é coletivo, difuso, e que pertence a toda a comunidade nativa.

Da mesma forma este conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, de natureza coletiva, tecnicamente difuso, especialmente protegido, deve estar integrado a uma

determinada amostragem da biodiversidade nacional, que por sua vez vai estar presente em determinado direito de propriedade. Ou seja, quais são as territorialidades, as propriedades, que acolhem estes patrimônios genéticos integrantes de biodiversidades nacionais? São territórios indígenas, são territórios quilombolas, são unidades de conservação, são outras espécies de espaços territoriais especialmente protegidos?

Em outras palavras, quer-se enfatizar que as Unidades de Conservação (Nacionais, Estaduais, Municipais), as Áreas de Preservação Permanentes, as Reservas Florestais Legais (nas zonas rurais), as Áreas Verdes Urbanas (nas cidades), os territórios indígenas, territórios quilombolas, espaços protegidos por outros marcos regulatórios, são territorialidades vitais para a preservação dos ecossistemas com compõe nossa biodiversidade.

Independentemente do seu enquadramento, a propriedade que detém biodiversidade e conhecimento tradicional associado necessariamente deverá cumprir uma função social diferenciada, no sentido de que mais do que sua dimensão econômica, deverá cumprir com sua dimensão socioambiental e ser efetivamente especialmente protegida.

Dentro da sua lógica de controle e proteção da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado, o advento da Lei Federal n. 13.123/2015 apresenta seus mecanismos de responsabilização administrativa para o descumprimento das suas previsões.

Para o marco legal da Biodiversidade, considera-se infração administrativa contra o patrimônio genético ou contra o conhecimento tradicional associado toda ação ou omissão que viole suas previsões e de seu regulamento.

Determina também que os órgãos federais competentes, integrantes do SISNAMA, exercerão a fiscalização, a interceptação e a apreensão de amostras que contêm o patrimônio genético acessado, de produtos ou de material reprodutivo oriundos de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, quando o acesso ou a exploração econômica tiver sido em desacordo com as disposições marco legal da Biodiversidade e seu regulamento.

O decreto regulamentador (Decreto Federal n. 8772/2016) traz um rol inovador de infrações administrativas, nos seus artigos de 78 a 91, com previsões e penalidades específicas para condutas que violam as previsões do marco legal da Biodiversidade.

Por exemplo, para os casos de bioprospecção internacional, o Art. 79 considera conduta infracional: “Remeter, diretamente ou por interposta pessoa, amostra de patrimônio genético ao exterior sem o cadastro prévio ou em desacordo com este”. A penalidade pode variar de multa mínima de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e máxima de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), quando se tratar de pessoa natural. Em multa mínima de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e máxima de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), quando se tratar de pessoa jurídica enquadrada como microempresa, empresa de pequeno porte ou cooperativas de agricultores tradicionais com receita bruta anual igual ou inferior ao limite máximo estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar n. 123, de 2006. E multa mínima de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e máxima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), para as demais pessoas jurídicas.

Para os casos relacionados com pesquisa científica de biodiversidade e conhecimento tradicional associado, da mesma forma constitui infração administrativa: “Divulgar resultados, finais ou parciais, em meios científicos ou de comunicação sem cadastro

prévio” (Art. 81). Conduta sujeita à penalidade de multa mínima de R\$ 1.000,00 (mil reais) e máxima de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), quando se tratar de pessoa natural. Bem como, multa mínima de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e máxima de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), quando se tratar de pessoa jurídica enquadrada como microempresa, empresa de pequeno porte ou cooperativas de agricultores tradicionais com receita bruta anual igual ou inferior ao limite máximo estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar n. 123, de 2006. E, por fim, multa mínima de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e máxima de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), para as demais pessoas jurídicas.

Portanto, o marco regulatório da Biodiversidade respalda a atuação dos órgãos de comando e controle para atuar perante condutas que venham a desrespeitar os mecanismos de proteção advindos com a Lei Federal n. 13.123/2015. Isto visando assegurar que se o sistema não vier a ser cumprido pró-ativamente pelos prospectores de biodiversidade e conhecimentos associados, os seus violadores deverão ser repressivamente responsabilizados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A erosão da biodiversidade e a exploração descontrolada dos conhecimentos tradicionais associados a ela, como visto, fazem parte de um importante problema da atualidade, com dimensões que vão de uma ordem global para realidades locais.

Os desafios que o tema suscita dizem respeito não só ao fato de que a biodiversidade é a base das matérias-primas para a produção de alimentos, medicamentos, mas também de que

da proteção da diversidade biológica dependem a realização das funções básicas dos ecossistemas terrestres, incluindo-se toda ordem de serviços ambientais, como *de provisão, regulação, de suporte e culturais* (MILLENIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT, 2005).

A busca por melhores respostas para este desafio da contemporaneidade faz parte dos papéis atuais do Direito Ambiental. Conforme colocado por Laymert Garcia dos Santos (1999, p. 305) “o Direito precisa constantemente afirmar a sua razão de ser, a sua normatividade [...], traçando limites para o mercado e para a atividade tecnocientífica”.

E as respostas passam pela busca por maior efetividade dos marcos regulatórios existentes, internacionais e nacionais, inclusive dos Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável, assumidos por diversos países, e que estabelecem metas claras e objetivas no sentido de que as partes signatárias estabeleçam medidas para controlar a erosão da biodiversidade e a exploração ilegal dos saberes tradicionais associados. Isto significa que a importância da biodiversidade deve estar sempre presente nas discussões dos rumos das políticas públicas socioambientais, bem como nas de inovação tecnológica.

No âmbito da realidade brasileira, as respostas para esta problemática perpassam o maior conhecimento, sensibilização, implementação, acompanhamento, aprimoramentos, e, quando for o caso, responsabilização visando ao cumprimento da Lei Federal n. 13.123/2015 e seu regulamento, que em suas previsões refletem objetivos dos marcos regulatórios internacionais.

Existe uma nova sistemática em curso de cadastramento e notificação prévia para prospecção da biodiversidade e conhecimentos

tradicionais associados. Dentro da lógica de conhecer para preservar e repartir, o sistema precisa operar com rigor e englobando todas as situações de intervenção na biodiversidade e saberes associados. Quando violadas, ações de comando e controle devem ser tomadas, com as devidas responsabilizações aos infratores.

Da mesma forma que a maior efetividade de todos os demais marcos regulatórios que trazem potencial para controlar a erosão da biodiversidade, como, por exemplo, a proteção das Unidades de Conservação, das Áreas de Preservação Permanentes, das Reservas Florestais Legais, das Áreas Verdes Urbanas, dos territórios indígenas, dos territórios quilombolas, também são medidas vitais para a preservação dos ecossistemas com compõe nossa biodiversidade.

Em suma, os conteúdos das regulamentações internacionais e nacionais sobre biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados, sobretudo para a realidade brasileira da Lei Federal n. 13.123/2015, precisam ser melhor conhecidos e efetivados para que caminhemos cada vez mais no sentido de uma relação mais sustentável e integradora de desenvolvimento, inovação, com a diversidade biológica e os saberes tradicionais que a integram.

5. REFERÊNCIAS

MILLENIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT. **Ecosystem Conditions and Human Wellbeing: Current State and Trends**. Millennium Ecosystem Assessment. Washington, DC: Island Press, p. 123-142, 2005.

BRITO, A. C. L; POZZETI, V. C. **Biodiversidade, Conhecimentos Tradicionais Associados e Repartição de Benefícios**. Derecho y Cambio Social. Disponível em: <http://www.derechocambiosocial.com/revista048/BIODIVERSIDADE.pdf>. Acesso em: 10 mar 2019.

FREIRIA, R. C. **Perspectivas para uma Teoria Geral dos Novos Direitos: uma leitura crítica sobre a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais associados**. Mauritius: Novas Edições Acadêmicas, 2017.

FREITAS, V.P.A. **Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LUZ, B. S. e Outros. **Objetivos do Desenvolvimento Sustentável Sob a Óptica da Política Brasileira**. Revista Jus Navigandi Teresina on-line, p. 1-18, jun. 2016. Available from <http://jus.com.br/artigos/50209/objetivos-do-desenvolvimento-sustentavel-sob-a-otica-da-politica-brasileira>. Access on 20 Mar. 2019.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Impactos sobre a Biodiversidade. Disponível em:** <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-global/impactos>. Acesso em: 10 mar. 2019.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Biodiversidade brasileira. Disponível em:** <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-brasileira>. Acesso em: 10 mar. 2019.

MILARÉ, E. **Direito do Ambiente**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, R. Análise de conteúdo. **Revista Educação**. Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.

ONU Brasil. **17 Objetivos para transformar nosso mundo**. Brasília. Disponível em <https://nacoesunidas.org/pos2015/>. Acesso em 22 de março de 2019.

OST, F. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

SANTOS, L. G. A. **Tecnologia, perda do humano e crise do sujeito do direito**. In: OLIVEIRA, F.; PAOLI, M. C. (orgs). Os sentidos da democracia : políticas do dissenso e hegemonia global. Petrópolis: Vozes, 1999.

REI, F. **A peculiar dinâmica do Direito Internacional do Meio Ambiente**. Em NASSER, S.H. & REI, F. Direito Internacional do Meio Ambiente. São Paulo: Atlas, 2006.

SANTOS, B. S.; MENESES, M. P. G.; NUNES, J. A.. Para ampliar o cânone do reconhecimento, a diversidade epistemológica do mundo. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais**. Porto: Afrontamento, 2004. v. 4.

SHIVA, V. **Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento**. Petrópolis: Vozes, 2001.

SEGER, J. S.; STEINMETZ, W. A. Os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e sua proteção no sistema jurídico brasileiro. In: **Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos dos conhecimentos. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24.: 2015: Aracaju, SE).** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/xtuhk167/Mq517U3ZQ4N1XSA9.pdf>. Acesso em: 20.mar.2019.

VEIGA, J. E. **Para Entender o Desenvolvimento Sustentável.** São Paulo, Editora 34, 2015.

SOUZA, A. L. G.; SANTOS JR., A. A.; SILVA, G. F. Os “Royalties” das aplicações tecnológicas do Patrimônio Genético Nacional e dos Conhecimentos Tradicionais Associados: O Estado Brasileiro em questão. **Revista GEINTEC**, Aracaju, V. 7, n. 4, p. 4149-4158, out/nov/dez. 2017. Disponível em: <http://www.revistageintec.net/index.php/revista/article/view/1251/854>. Acesso em 27 Mar. 2018.

UNICAMP. **A nova Lei da Biodiversidade:** obrigatoriedade do cadastro e regularização das atividades de pesquisa. Disponível em: <http://www.prp.unicamp.br/pt-br/inicio>. Acesso em 15 fev. 2019.

4

POSTULADO NORMATIVO DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO, CONFLITOS DE INTERESSES E LICENCIAMENTO AMBIENTAL¹

Magno Federici Gomes

Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>. E-mail: federici@pucminas.br.

¹ Trabalho financiado pelo Projeto FAPEMIG nº 22869, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).

Leandro José Ferreira

Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Especialista em Direito Processual pela PUC/MG. Bacharel em Direito pela PUC/MG. Autor de diversos artigos publicados em periódicos científicos bem qualificados e do Livro:

A Participação Popular na Proteção do Meio Ambiente Pela Via do Processo Justo. Advogado atuante na seara do direito ambiental e do direito previdenciário. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0073185123370011>. Endereço eletrônico: leandrojfadv@gmail.com

RESUMO

A pesquisa busca analisar o conflito de interesses no âmbito dos processos administrativos ambientais, especialmente aqueles desenvolvidos na Amazônia, onde os conflitos econômicos e ambientais entabulam a manifestação de várias pretensões litigantes. Foram utilizados o método vertente jurídico-teórico e o raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica. Ao final da pesquisa, foi possível evidenciar que a prática do conflito de interesses nos processos administrativos ambientais, na Floresta Amazônica, deve ser devidamente minimizada e eliminada. Para tanto, apresentou-se uma sugestão de resolução dos conflitos pela catalogação do postulado normativo do meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida.

Palavras-Chave: Conflito de interesses; Processo administrativo ambiental; Floresta amazônica; Proteção ambiental; Atividade econômica.

NORMATIVE POSTULATE THE ENVIRONMENT ECOLOGICALLY BALANCED, CONFLICTS OF INTERESTS AND ENVIRONMENTAL LICENSING**ABSTRACT**

This paper seeks to analyze the conflict of interests within the environmental administrative processes, especially those developed in the Amazon Rainforest, where economic and environmental conflicts embody the manifestation of various conflicting interests. It used the theoretical method and the deductive reasoning, with bibliographic technique. At the end, it was possible to

evidence that the practice of conflict of interest in the environmental administrative procedures in the AmazonForest must be properly minimized and eliminated. To this end, it presented a suggestion of conflict resolution by cataloging the normative postulate of the environment ecologically balanced to the healthy quality of life.

Keywords: Conflict of interests; Environmental administrative procedure; Amazon rainforest; Environmental protection; Economic activity.

Sumário

1. Introdução – 2. O meio ambiente como direito fundamental à vida – 3. Dos postulados normativos – 4. O conflito de interesses – 5. O processo administrativo ambiental – 6. Como afastar o conflito de interesses no processo administrativo ambiental na Amazônia – 7. Considerações finais – 8. Referências

Recebido em: 07.10.2019

Aceito em: 15.12.2019

1. INTRODUÇÃO

O conflito de interesses é uma atuação viciada e abusiva que denota elementos de corrupção e de desrespeito ao Estado Democrático de Direito. No que toca ao processo administrativo ambiental, é possível denotar que no interior de sua formação, e desenvolvimento, vários interesses individuais e coletivos são colocados em testilha, haja vista a enormidade de modificações que uma atividade antrópica pode ocasionar para a coletividade no espaço geográfico da Floresta Amazônica.

Lado outro, é sabido que a Floresta Amazônia brasileira constituiu-se patrimônio nacional, devendo sua biodiversidade ser protegida e preservada a favor das presentes e futuras gerações.

A partir deste contexto, um problema corriqueiro se coloca: como minimizar ou eliminar o conflito de interesses no interior dos processos administrativos ambientais na Floresta Amazônica?

Esta pesquisa objetiva averiguar o conflito de interesses nos processos administrativos ambientais no âmbito da Floresta Amazônia.

A investigação justifica-se na medida em que é imprescindível para o meio acadêmico e para a sociedade compreender de forma mais precisa e adequada o que é o conflito de interesses e o que é um processo administrativo ambiental, para, a partir de então, encontrar meios de proteção para o bioma da Floresta Amazônia.

Nessa mesma perspectiva, para a elucidação da investigação, foram utilizados o método vertente jurídico-teórico e o raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental. O marco teórico da pesquisa é Ávila (2015), especialmente em sua teoria dos postulados normativos interpretativos.

Na busca pela averiguação e levantamento de uma resposta satisfatória ao problema proposto, este artigo organizou-se da seguinte forma: no primeiro capítulo, analisou o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito à vida. No segundo, enveredou-se aos estudos dos postulados normativos. Já no capítulo posterior, estudou-se o conflito de interesse. No capítulo quarto, empreendeu-se pesquisas sobre o processo administrativo ambiental. No capítulo final, a averiguação ficou por conta de se apresentar uma resposta satisfatória ao problema levantando, de modo a sugerir um avanço epistemológico no que tange à proteção ambiental.

2. O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Um meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição indispensável para a existência da vida em todas as suas formas. Os seres que habitam o planeta necessitam invariavelmente de um espaço ecologicamente equilibrado para que possam gozar e desenvolver suas potencialidades e suas plenitudes que a vida proporciona. Nesse contexto, pode-se afirmar que a vida não se faria presente no planeta sem a pré-existência de um ambiente saudável e equilibrado capaz de abrigá-la.

Ao se pensar nisso, e seguindo basicamente as diretrizes da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada no ano de 1972, na cidade de Estocolmo, na Suécia, é que o legislador constituinte inovou no sistema jurídico brasileiro fazendo constar expressamente no texto constitucional a necessidade de promover a proteção do meio ambiente. A Constituição Federal de 1988 (CF/88) inaugurou um cenário de respeitabilidade ambiental nunca antes objeto de detalhamentos nas Constituições anteriores. Entabulou-se um capítulo específico para tratar da proteção e da preservação ambiental.

Assim, a partir da constitucionalização, o art. 225 da CF/88 passou a estender e a traçar caminhos límpidos e seguros para a construção de um novo paradigma ambiental, baseado na proteção e na preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, capaz de abrigar a vida de todas as gerações. No mesmo sentido, a doutrina corrobora que:

[...] o atual ordenamento constitucional, refletindo as preocupações da sociedade internacional com a viabilidade de vida no planeta, alçou o meio ambiente, enquanto bem essencial à sadia qualidade de vida, a direito fundamental, tanto para as presentes

como para as futuras gerações, nos termos de seu artigo 225 [...] (GIONGO, 2010, p. 86).

A inserção do direito ao meio ambiente equilibrado ao texto constitucional, cumpre um requisito formal de legitimação ao nível de norma de direito fundamental. Leciona-se sobre a existência de um determinado direito fundamental, a partir da concretização de requisitos formais e/ou materiais que permitam a sua elucidação ao arranjo da fundamentalidade. Por isso, a existência de um direito fundamental passa diametralmente por um traço de fundamentalidade formal e/ou material. Nesse passo, a doutrina explica que o requisito formal do direito fundamental corresponde à sua disposição no texto constitucional, sendo aqueles direitos assentados e reconhecidos no âmbito do texto da Constituição, a saber:

A Constituição de 1988 enuncia, no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, um extenso catálogo de normas jurídicas definidoras de Direitos Fundamentais, sistematizados em cinco capítulos: (I) Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; (II) Dos Direitos Sociais; (III) Da Nacionalidade; (IV) Dos Direitos Políticos; e (V) Dos Partidos Políticos. Esse rol de Direitos Fundamentais, eleitos pelo Poder Constituinte Originário como basilares, pelo simples fato de se encontrarem no texto constitucional, são identificados como Direitos Fundamentais formais (BULZICO, 2009, p. 174-175).

Por outro lado, o requisito material para a existência de fundamentalidade de um direito encontra-se na raiz da essência de um determinado direito, dado à sua importância para a concretização da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o critério material do direito fundamental poderá estar presente em todo e qualquer direito que promova a afirmação e a asserção da dignidade humana, ainda que a norma não esteja afixada no texto

constitucional ou num determinado capítulo específico da Constituição. Neste mesmo diapasão, a doutrina prevê que:

[...] os Direitos materialmente Fundamentais correspondem a outros Direitos Fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional e são assim denominados porque, embora as normas que fazem previsão destes não sejam formalmente constitucionais, possuem dignidade suficiente para serem considerados fundamentais (BULZICO, 2009, p. 174).

A partir desta concreta e breve explanação, é possível afirmar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida é uma norma de direito fundamental, justamente porque a sua efetiva consagração permite a legitimação de outros direitos fundamentais que prestigiam e ratificam a dignidade da pessoa humana, em sua completa e demasiada inteireza, tais como o direito à saúde e à vida. No mesmo sentido, a doutrina confirma que: “a imediata incidência do ambiente na existência humana, a contribuição decisiva ao seu desenvolvimento e a sua possibilidade é o que justifica a sua inclusão no estatuto dos direitos fundamentais” (GIONGO, 2010, p. 84).

Por isso, é possível admitir uma estreita vinculação entre o direito à vida e o direito ao meio ambiente saudável, uma vez que a existência do primeiro depende diametralmente da essência do segundo, mediante uma sincronia plena e conjuntural que evidencie a vida em com ares de solidariedade e fraternidade. Ao passo que, tanto a presente geração e quanto a futura detêm o mesmo direito de viver com a devida dignidade humana.

Percebe-se, portanto, que a CR/88 não apenas consagrou o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado como ainda o apontou como sendo condição para que alguém tenha qualidade de vida, sem esquecer de destacar que a sua importância se estende para além da presente geração (COUTINHO; MORAIS, 2016, p. 192).

Portanto, ainda que o direito ao meio ambiente não esteja previsto no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da CF/88, é forçoso admitir que se trata de uma norma de direito fundamental, haja vista que consta expressamente do art. 225 da CF/88 a necessidade de sua proteção e preservação, cumprindo há um só tempo os pressupostos formais e materiais que dão ensejo a fundamentalidade do direito, a saber: “somados, assim, requisitos formais e materiais, pode-se falar no Brasil de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...]” (SAMPAIO, 2003, p. 98)².

O ponto fulcral da inter-relação entre o ser humano e a natureza está em conceber um equilíbrio adequado que seja capaz de promover o desenvolvimento humano sem prejuízo do meio ambiente sadio à qualidade de vida, nem tanto à natureza e nem tanto ao ser humano. O desafio está em equilibrar as ações de desenvolvimento e proteção, ou seja, vida e meio ambiente são faces de uma mesma moeda.

Assim e inevitavelmente, uma inter-relação paradigmática entre o direito ao meio ambiente saudável e o direito à vida deve ser apropriadamente processada, haja vista que o direito à vida deve ser oportunizado em seu estado ótimo, dentro de um bioma naturalmente sano que promova a dignidade da pessoa humana, pois não se trata apenas de viver, mas de viver com a adequada e a apropriada dignidade humana, em um piso vital mínimo que alcance o plexo da sustentabilidade³.

² Em sentido equivalente, ver: SANTOS; GOMES, 2017, p. 158-174.

³ Para aprofundamento no conceito de plexo da sustentabilidade, ver: GOMES; FERREIRA, 2018, p. 172-176.

3. DOS POSTULADOS NORMATIVOS

Os postulados normativos são responsáveis por estabelecer os critérios de aplicação das regras e dos princípios. São normas de segundo grau responsáveis pela gestão de critérios para a interpretação e aplicação de normas de primeiro grau. Para elucidação, é coerente apontar que as normas de primeiro grau são aquelas regras e princípios que se situam no mesmo nível, cuja aplicação é imediatamente finalística e que podem ser realizáveis em vários graus. Portanto, são normas com elevado grau de abstração e generalidade, pois “enquanto os princípios e as regras são o objeto da aplicação, os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e das regras” (ÁVILA, 2015, p. 179).

Por outro lado, as normas de segundo grau, são espécies normativas que se situam no campo dos critérios para a aplicação das normas de primeiro grau. Trata-se de metanormas e qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas. Nas palavras de Ávila, “os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação” (ÁVILA, 2015, p. 164).

Assim, é possível admitir que os postulados normativos sejam normas que atuam no campo dos métodos e modos de interpretação para a aplicação do direito. São normas que refletem os alicerces centrais e nucleares da aplicação das regras e dos princípios e que condicionam o procedimento interpretativo na medida em que estruturam o processo de aplicação e realizam o balizamento condicional da cadência interpretativa.

Na concepção de Ávila (2015), uma regra ou um princípio só será corretamente aplicado em sua inteireza quando houver o

balizamento do seu campo de aplicação, caso contrário, a norma poderá padecer de concretude no âmbito de sua transformação da realidade social-fática.

Passa-se, portanto, a compreender que a aplicação das normas depende de certo grau de esclarecimento por parte do intérprete, de modo que ele esteja apto a reger a aplicação de determinada norma sobre os auspícios das metanormas de aplicação, para que dela possa extrair o máximo do conteúdo desejado na norma de primeiro grau.

É de considerar que a aplicação desses conceitos funda-se na necessidade de compreender o ordenamento jurídico como um todo, em sua plena inteireza, sem a necessidade de afastamento deste ou daquele princípio, ou desta ou daquela regra. A aplicação dos postulados normativos promove, nesse sentido, a unidade do direito por meio da aplicação de critérios interpretativos que anunciam e discursam sobre a aplicação da norma mais adequada ao caso concreto.

Para tanto, Ávila (2015) aponta a existência de postulados normativos inespecíficos e específicos. Os postulados inespecíficos são a Ponderação, a Concordância prática e a Proibição de excesso, os quais são postulados formais que: “constituem-se, pois, em meras ideias gerais, despidas de critérios orientadores da aplicação, razão pelo qual são denominados, neste estudo, de postulados inespecíficos” (ÁVILA, 2015, p. 184-185).

Noutra vertente, os postulados específicos apontados pelo autor são os da Igualdade, da Razoabilidade e da Proporcionalidade, sendo que, “também são postulados normativos formais, mas relacionados a elementos com espécies determinadas, razão pelo qual são denominados, neste estudo, de postulados específicos” (ÁVILA, 2015, p. 185).

Vislumbra-se que, os postulados normativos sempre dependerão do relacionamento e da vinculação com outros elementos para sua inteira concretização, por isso mesmo são considerados formais. Contudo, dado o aspecto do relacionamento com outros elementos os postulados poderão ser inespecíficos ou específicos.

No objetivo de entregar contribuição científica ao intérprete do direito e também aos estudiosos do ramo, esta pesquisa tentará empreender a necessidade de catalogação de mais um postulado normativo, ou metanorma, ao rol já apresentado anteriormente, justamente para que diante de um conflito de interesses, o intérprete esteja apto a decidir segundo o balizamento metodicamente sobrejacente da metanorma do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida.

4. O CONFLITO DE INTERESSES

Inicialmente, é relevante traçar uma conceituação do que seja o conflito de interesse. Nesse diapasão, o conflito de interesse pode ser descrito como sendo aquela circunstância estabelecida pelo choque e pelo enfretamento entre interesses públicos e privados, que venham a desencadear prejuízo para o interesse coletivo ou para o exercício da atividade pública em detrimento de um interesse individual.

Tal conceituação é possível a partir da verificação da legislação que trata do tema, qual seja, a Lei nº 12.813/13, que em seu art. 3º, incisos I e II, explica que:

Art. 3º Para os fins desta Lei, considera-se: I - conflito de interesses: a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública; e II - informação privilegiada: a que diz respeito a assuntos sigilosos ou

aquela relevante ao processo de decisão no âmbito do Poder Executivo federal que tenha repercussão econômica ou financeira e que não seja de amplo conhecimento público (BRASIL, 2013).

Verifica-se, a partir dos exatos termos da Lei, que o conflito de interesses pode ocorrer no setor público e no setor privado, onde o resultado sempre irá comprometer os interesses da coletividade. Forçoso admitir que esta prática desleal vem ocorrendo sistematicamente no contexto brasileiro, tanto que o legislador identificou a necessidade de edição de uma Lei Federal para tratar especificamente sobre o tema. Trata-se de tema polêmico e que coloca uma incerteza popular no que tange ao bom funcionamento da máquina pública, já que, “por mais que se tente vendar, sempre quando se trata do Brasil como um possível destino de recursos e investimentos, vem à tona a questão da corrupção” (GOMES; PIGHINI, 2017, p. 22).

Na Floresta Amazônia, os conflitos de interesses são recorrentes, tendo em que vista a existência de interesses individuais que a todo o tempo tentam se sobrepor aos interesses difusos e coletivos das populações que buscam a proteção do bioma Amazônia. Assim, a doutrina destaca que:

Numerosos conflitos de interesse, a falta de respeito pelos limites das reservas indígenas, a insegurança com respeito a direitos legais e a continuada escalada da competição pelo uso da terra levaram a uma situação na qual a coexistência dos grupos sociais e seus objetivos econômicos ressaltaram a falha de objetivos comuns de desenvolvimento para a região Amazônica (KOHLHEPP, 2002, p. 42).

Os conflitos de interesses na Floresta Amazônica são facilmente identificáveis, uma vez que o ecossistema rico em recursos naturais atrai os olhares de muitas corporações financeiras que buscam apenas o lucro voraz (não o lucro justo), sem respeitar o

meio ambiente, o que desarmoniza diretamente com interesses coletivos e difusos que buscam incessantemente a preservação do bioma Floresta Amazônia⁴, posto que “o preço alto do crescimento econômico, juntamente com os mega-projetos, foi pago com a destruição da floresta tropical e a degradação ecológica e social” (KOHLHEPP, 2002, p. 42).

Invariavelmente, os conflitos ambientais na Floresta Amazônica envolvem interesses públicos e privados, bem como interesses ambientais e econômicos, uma vez que todos querem acesso livre aos recursos naturais do bioma, uns para protegê-los, outros para explorá-los, outros para cultuá-los (locais sagrados para os indígenas) e outros pela garantia da sobrevivência. Assim, a Floresta está tomada por conflitos de interesses variados, mas ainda assim, é possível identificar um confronto específico e singular entre a dimensão ambiental e a dimensão econômica da sustentabilidade.

A dimensão ambiental da sustentabilidade busca a proteção do bem ambiental de titularidade difusa. De modo que a defesa e a preservação do meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida possa oportunizar a vida das presentes e das futuras gerações, num ideal de solidariedade ambiental. Por outro lado, a dimensão econômica da sustentabilidade busca a evolução econômica da espécie humana, na qual o lucro possa ser alcançado em prol de uma estabilização financeira duradoura capaz de promover o equilíbrio fiscal.

Entretanto, uma ponderação entre as dimensões da sustentabilidade precisa ser adotada, “pois de fato o crescimento

⁴ Para aprofundamento na relação litigiosa entre o Direito ambiental e a economia, bem como sobre a forma de limitação de lucro voraz insustentável, ver: BASTIANETTO; GOMES, 2017, p. 168-175.

econômico é fundamental para o desenvolvimento da espécie humana, contudo, tal crescimento precisa ser devidamente regulado de modo a não obstar a existência da vida no planeta (GOMES; FERREIRA, 2018, p. 163).

Dessa maneira, a prática do conflito de interesses no âmbito da Floresta Amazônica precisa ser adequadamente controlada e eliminada, sob pena dos recursos naturais do bioma não resistem ao elevado nível de depredação e exploração, que de forma desarrazoada ocorre com o aval de uma pequena parcela de privilegiados do Poder Econômico que buscam o lucro voraz ao custo da qualidade ambiental.

Por isso mesmo, a pesquisa sugere a adoção e a ascensão do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 CF/88) ao nível de norma de segundo grau, ou postulado normativo de interpretação das normas de primeiro grau, conforme as regras e os conceitos de aplicação e desenvolvimento adotados por Ávila (2015, p. 163-164).

Como dito alhures, a proteção ambiental não deve mitigar o desenvolvimento humano, ao mesmo tempo em que o desenvolvimento humano não deve reduzir a qualidade do meio ambiente. O conflito de interesses é uma espécie de corrupção que só visa à vantagem individual em detrimento da coletividade, nor-teada pela ganância do ser humano que busca a riqueza material de forma desenfreada e, como tal, deve ser contida a todo custo.

A proteção e a preservação ambiental da Floresta Amazônica dependem de um esforço conjunto e integrado de toda a coletividade, haja vista se tratar de um patrimônio nacional de todos os brasileiros (art. 225, § 4º, da CF/88). Com isso, é um dever de toda a comunidade empreender meios e mecanismos que sejam capazes de extirpar a prática desleal do conflito de

interesses na Amazônia, mediante a adoção de condutas probas, íntegras e leais. O desafio é abrir mão dos interesses individuais em prol dos interesses da coletividade, pois todos precisam de um meio ambiente ecologicamente sano e equilibrado para viver; todos precisam de uma Amazônia (“pulmão do mundo”) saudável.

5. O PROCESSO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL

No contexto da proteção ambiental o processo administrativo é de suma importância, pois é por meio dele que o Poder Público tem a oportunidade de promover a prevenção e de exercer a fiscalização de todo e qualquer empreendimento empresarial e/ou industrial que tenha capacidade de modificar o meio ambiente.

Assim sendo, toda e qualquer atividade antrópica com potencial degradador deve ser submetida à análise do Poder Público, que analisará os efeitos daquela atividade no ambiente e sobre ela emitirá decisão fundamentada. Todo este procedimento administrativo de análise deve ocorrer no eixo de um processo administrativo ambiental. Importante asseverar que no Brasil ainda não existe uma legislação específica que trate do processo administrativo ambiental pura e simplesmente. Existem disposições a nível federal a respeito do processo administrativo sancionatório, com previsão na Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) e na Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal). É possível considerar ainda a existência de outros dispositivos normativos que emprestam regulamentação ao processo administrativo ambiental brasileiro, a exemplo é possível citar a Lei nº 6.938/81; a Lei Complementar nº 140/11 e as Resoluções Conama nº 01/86; nº 09/87 e nº 237/97.

Destarte, mediante a análise das normativas ambientais e também da doutrina ambiental, é possível afirmar que os processos administrativos ambientais classificam-se, em linhas gerais e no Brasil, em dois grandes grupos, quais sejam: o processo administrativo ambiental de controle prévio e o processo administrativo ambiental de controle sucessivo. Como o próprio nome denota, o processo administrativo de controle prévio é realizado em caráter preventivo, enquanto a atividade potencialmente degradadora ainda não está em operação e/ou funcionamento. Já no processo administrativo de controle sucessivo a atividade potencialmente degradadora já está em operação, onde o Poder Público deverá atuar em caráter corretivo e/ou repressivo da atividade.

Do gênero processo administrativo de controle prévio é possível citar quatro espécies de processo administrativo preventivo, a saber: (a) que atesta a viabilidade ambiental; (b) que declara a dispensa do licenciamento; (c) aquele de mera comunicação de atividade; e (d) o processo de licenciamento ou autorização propriamente dito (FERREIRA, 2019, p. 162).

Já no âmbito do processo administrativo ambiental de controle sucessivo é possível encontrar pelo menos três espécies, a saber: (a) processo de avaliação das medidas de controle ambiental; (b) processos fiscalizatórios; e (c) os processos corretivos (NIEBUHR, 2014, p. 251-255). Neste ponto, torna-se necessário exprimir uma ponderação. Em razão da didática esta pesquisa ater-se-á apenas ao estudo pormenorizado das espécies de processo administrativo ambiental de controle prévio.

De maneira sucinta, é importante perpassar pelas espécies de processo administrativo ambiental de controle prévio. Inicialmente cabe a análise do processo administrativo de controle

prévio que atesta a viabilidade ambiental. Trata-se de um procedimento administrativo singelo, que se presta basicamente à consulta prévia de viabilidade de utilização de determinado espaço para a futura instalação de um empreendimento. É um procedimento relativamente simples onde o particular pergunta (consulta) a Administração Pública se o local escolhido para a instalação de seu empreendimento é adequado do ponto de vista ambiental, onde o objetivo claramente é evitar que projetos industriais sejam construídos em ecossistemas que carecem de uma proteção especial, a exemplo de nascentes, cursos de rios e/ou córregos, encostas, manguezais, tabuleiros, topos de morro, veredas e unidades de conservação. Nesse mesmo sentido, explica Niebuhr:

A consulta de viabilidade é um instrumento precipuamente voltado à garantia de segurança jurídica, na medida em que [...], fornece ao interessado um conjunto de informações confiáveis e credíveis que lhe permite analisar a viabilidade da operação urbanística que ele planeja e decidir se avança ou não com os procedimentos de anuência da Administração (NIEBUHR, 2014, p. 214-215).

Trata-se, portanto, de uma consulta prévia que não deve ser confundida com a Licença Prévia, pois no primeiro caso a Administração irá analisar apenas se aquele determinado local indicado pelo particular está devidamente liberado, do ponto de vista ambiental, para receber a construção de determinado empreendimento empresarial. Já no segundo caso a Administração irá analisar a viabilidade do projeto empresarial e/ou industrial como um todo, estabelecendo, inclusive, condicionantes que deverão ser seguidas pelo empreendedor.

Uma segunda espécie de processo administrativo ambiental de controle prévio é o processo administrativo que declara a dispensa do licenciamento. Conforme delineado preteritamente,

o processo administrativo ambiental é sistematicamente utilizado com o objetivo de regular e fiscalizar as atividades antrópicas no meio ambiente. Assim sendo, é possível afirmar que o objetivo precípua do processo administrativo ambiental é proteger o meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida contra a devastação e a poluição geradas e fomentadas pelo homem (ação antrópica). Ocorre que, em alguns casos, a ação humana poderá não ser tão devastadora para o meio ambiente, hipótese em que o particular estará dispensado do licenciamento ambiental por meio da declaração de dispensa de licenciamento. É nesse contexto que se encontra esta espécie de processo administrativo de controle prévio. Assim, a doutrina aponta que: “na hipótese do impacto de uma ação ser reduzido ou irrelevante não se cogita a necessidade do particular obter, para seu exercício, a anuência prévia da Administração [...] sob o ponto de vista ambiental” (NIEBUHR, 2014, p. 190).

Dando sequência, a pesquisa passará à análise do processo administrativo de mera comunicação de atividade que, guardada as devidas proporções, se parece muito com aquele estudado anteriormente. Ocorre que também nesta espécie o particular é dispensado do licenciamento ambiental em razão do baixo potencial degradador de sua atividade. Trata-se apenas de um procedimento de uma comunicação realizada pelo particular para que o Poder Público possa tomar ciência de que aquela determinada atividade está sendo desenvolvida segundo padrões aceitáveis de respeito ao meio ambiente.

A última espécie de processo administrativo ambiental de controle prévio é o processo de licenciamento ambiental propriamente dito. É nesta espécie de processo que deságuam todos aqueles projetos empresariais e/ou industriais que possuem um alto potencial degradador. É neste procedimento que

a Administração Pública deve fixar seus olhares atentos, para regular e fiscalizar de forma eficaz e eficiente toda e qualquer atividade antrópica.

Trata-se de um processo mais longo e mais complexo em relação aos apresentados preteritamente. É importante destacar que aqui não deve ser objeto de licenciamento somente aquelas atividades com potencial degradador, mais toda e qualquer atividade que se pretenda a utilização de recursos naturais, pois “ainda que ela não cause significativo impacto ambiental, mas sendo potencialmente degradante ou utilizadora de recursos naturais, deve ser submetida a um processo de licenciamento ambiental” (NIEBUHR, 2014, p. 238).

Como dito, é um processo longo e complexo devido às suas várias etapas procedimentais, que podem ser enumeradas, segundo Niebuhr (2014, p. 245-246) da seguinte forma: (I) audiência prévia ao requerimento; (II) requerimento administrativo propriamente dito realizado pelo titular da pretensão de sua intenção em desenvolver determinado projeto; (III) apresentação e entrega de informações técnicas por parte do titular do requerimento; (IV) submissão da pretensão à análise dos afetados direta ou indiretamente com o projeto mediante a disponibilização integral do processo administrativo na rede mundial de computadores⁵; (V) avaliação do projeto pelos agentes públicos dotados de conhecimento técnico sobre a temática da pretensão; (VI) eventual apresentação de resposta e/ou contrarrazões por parte

⁵ É nesta etapa do licenciamento que usualmente é oportunizada a participação popular. O que discorda-se, pois, em estudo empreendido sobre a matéria, identificou-se a necessidade e a possibilidade de oportunizar a participação popular em todas as fases do processo administrativo ambiental, dada a força normativa da CF/88 que inaugurou o Estado Democrático de Direito Participativo. Para maiores aprofundamentos sobre a temática, ver: FERREIRA, 2019, p. 230-241.

do titular da pretensão; (VII) reunião final para o fechamento de acordo quanto à necessidade de alterações e medidas mitigadoras; (VIII) decisão sobre o requerimento.

6. COMO AFASTAR O CONFLITO DE INTERESSES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL NA AMAZÔNIA

A receita para a solução deste problema não está pronta e depende de um esforço conjunto entre a sociedade, o Poder Público e os Empreendedores, para que um ideal de minimização ou de extinção do conflito de interesses nos processos administrativos ambientais, na Floresta Amazônia, seja atingido. No intróito de responder a pergunta levantada neste estudo, a pesquisa sugere a resolução da contenda a partir de um reenquadramento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida, conforme previsto no art. 225 da CF/88.

Como foi demonstrado no primeiro capítulo, o direito ao meio ambiente previsto no art. 225 da CF/88 apresenta-se como um direito fundamental de terceira geração, ou de terceira dimensão, pois congloba o avanço dos direitos de solidariedade e de fraternidade. Assim, “[...] o direito ao meio ambiente é um direito fundamental de terceira geração ou dimensão, incluído entre os chamados ‘direitos de solidariedade’ ou ‘direitos dos povos’ (MIRRA, 2011, p. 104).

Nessa mesma perspectiva, uma possível solução para a minimização e/ou extinção dos conflitos de interesses na seara dos processos administrativos ambientais, na Floresta Amazônia, estaria em adotar e revalidar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da CF/88, como uma metanorma interpretativa. Dessa maneira, o alcance

das discussões ambientais passaria diretamente pelo crivo de uma norma interpretativa de segundo grau, qual seja, o postulado normativo interpretativo do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

Nesse cenário, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado passaria ao nível de postulado normativo interpretativo responsável pela orientação e aplicação de outras regras e princípios. Ao elevar o direito ao meio ambiente ao nível de norma de segundo grau (postulado normativo), toda e qualquer aplicação das normas de primeiro grau deverá ser orientada e interpretada a partir do metanível previsto no art. 225 da CF/88, a saber: “[...] os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas” (ÁVILA, 2015, p. 164).

Assim, resta confirmado que os postulados normativos se mostram como instrumentos interpretativos hábeis a se relacionarem com os demais elementos do direito para entregar ao intérprete da norma elementos fundantes do critério interpretativo. Por isso mesmo, são chamados de metanormas de segundo grau, pois são espécies normativas empreendidas no seio do sistema jurídico responsáveis por lastrear todo o ordenamento jurídico de critérios e bases interpretativas que orientam a aplicação dos princípios e das regras.

Nessa senda, o postulado normativo do direito ao meio ambiente equilibrado poder-se-ia classificar-se como um postulado específico, haja vista que sua aplicação se dará em situações em que se revele um conflito entre o geral e o individual, norma e realidade, condicionando sua existência a elementos específicos.

A proposta de adoção do direito ao meio ambiente equilibrado como uma metanorma poderá trazer dois benefícios diretos para o direito ambiental e para a sociedade. Primeiro:

a metanorma nunca é aplicada diretamente ao caso concreto, ela apenas direciona a aplicação da norma de primeiro grau, por isso mesmo o direito ao meio ambiente seria responsável por reger a aplicação dos princípios e regras no sistema jurídico, podendo jamais ser regido. Segundo: o benefício social estaria em extirpar o conflito de interesses dos processos administrativos ambientais na Floresta Amazônica, haja vista que o direito ao meio ambiente estaria num metanível superior, uma norma de segundo grau, responsável por nortear a aplicação das normas de primeiro grau, pois “[...] os postulados não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação de normas que o fazem” (ÁVILA, 2015, p. 178).

Conforme demonstrado anteriormente, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente saudável é de todos, sendo que à coletividade deve ser assegurado o direito de usufruir de um meio ambiente limpo e sano. Em função disso, toda e qualquer prática desleal e corruptiva, como a do conflito de interesses, deve ser afastada, uma vez que tal prática não se amolda aos preceitos constitucionais que visam à proteção ambiental.

Por isso mesmo, a sugestão apontada nesta pesquisa evidencia a necessidade de um avanço epistemológico no que tange à proteção ambiental, posto que a catalogação de novel postulado normativo (meio ambiente equilibrado), ou metanorma, poderá contribuir para a minimização ou extirpação da prática do conflito de interesses no âmbito dos processos administrativos ambientais na região da Floresta Amazônica. Desse modo, toda aplicação e interpretação de normas jurídicas se dará a partir do postulado normativo do meio ambiente equilibrado.

Trata-se de um postulado normativo que deverá ser utilizado pelo intérprete do direito na aplicação daquelas normas de primeiro grau, na perspectiva de que: “não faltam dispositivos

normativos, não faltam fundamentos teóricos que sustentam uma nova perspectiva do Direito Ambiental; faltam respostas eficazes, faltam respostas que asseguram os direitos” (BÖLTER; DERANI, 2018, p. 216).

Proteger a Floresta Amazônica é missão de toda a coletividade e também do Estado. “Para isso, é requerida uma ação da sociedade, das organizações civis e dos governos no sentido de promover mecanismos que possam tutelar o meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida intergeracional” (GOMES; FERREIRA, 2017, p. 98).

Nesse mesmo diapasão, é necessário elucidar que foi a própria CF/88 que nomeou a Floresta Amazônica brasileira como patrimônio nacional. Observe o § 4º, do art. 225 da CF/88, que preceitua:

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais (BRASIL, 1988).

Por isso mesmo, a investigação encontra e evidencia a necessidade de uma nova formulação e aplicação do direito ao meio ambiente equilibrado, que segundo a proposta sugerida passará de mera norma de primeiro grau aplicada e aplicável diretamente ao caso concreto para uma norma de segundo grau, um postulado normativo, uma metanorma de interpretação, o que poderá resultar em uma proteção ambiental direta e um antídoto contra todo e qualquer conflito de interesse que coloque em risco a qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida para as gerações atuais e futuras.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das averiguações realizadas neste estudo, é possível passar ao arremate dos resultados obtidos com a pesquisa. Em primeiro momento foi possível identificar a existência de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Estado Democrático de Direito Socioambiental brasileiro. Tal constatação foi possível a partir de uma análise ponderada e refletida dos critérios formais e materiais que evidenciam a formação de um direito fundamental à vida, que se estende a uma concepção paradigmática de respeito à dignidade da pessoa humana e manutenção do piso vital mínimo.

Em sequência, foram analisados os postulados normativos ou metanormas, onde foi possível observar que eles são normas de segundo grau, que atuam num metanível superior na esfera dos métodos e modos de aplicação e interpretação dos princípios e regras de primeiro grau. São normas que apontam o balizamento central e nuclear das normas de primeiro grau, condicionando a cadência interpretativa.

Adiante, foram analisados os conflitos de interesses, especialmente aqueles de natureza ambiental e econômica que são mais evidentes no âmbito dos processos administrativos ambientais na Floresta Amazônica. Observou-se que a prática do conflito de interesses mina a concreta proteção ambiental do bioma Amazônia, uma vez que acordos econômicos são diariamente firmados entre os grandes empreendedores exploradores e os órgãos estatais, que dão ensejo a dimensão econômica da sustentabilidade em detrimento da dimensão ambiental. No final do imbróglio, quem realmente sai perdendo é a biodiversidade do bioma Floresta Amazônia que fica relegada ao segundo plano de discussão.

No capítulo seguinte, a pesquisa adentrou-se ao estudo do processo administrativo ambiental, no qual foram devidamente apontadas as espécies do gênero processo administrativo de controle prévio, quais sejam: processo administrativo que declara a viabilidade ambiental; processo administrativo que declara a dispensa do licenciamento; processo administrativo de mera comunicação de atividade; e, finalmente, o processo de licenciamento ou autorização propriamente dito.

No último capítulo, a pesquisa encarregou-se de oferecer uma sugestão para minimizar e afastar a prática do conflito de interesses no âmbito dos processos administrativos ambientais na Floresta Amazônica. A recomendação suscitou a possibilidade de tratamento diferenciado da norma esculpida no art. 225 da CF/88, de modo que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja catalogado como um postulado normativo interpretativo, uma metanorma de segundo grau, responsável por direcionar a interpretação e a aplicação dos princípios e regras de primeiro grau em todo e qualquer processo ambiental.

A conclusão da pesquisa prima pela proteção ambiental, em especial a tutela diferenciada e protetiva da preservação do bioma Floresta Amazônica. Trata-se de uma contribuição exígua que visa elevar o direito fundamental ao meio ambiente ao metanível de uma norma de segundo grau, em que restou demonstrado que sua nova catalogação poderá impor uma maior, mais adequada e mais ampla proteção ambiental.

8. REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BASTIANETTO, Lorena Machado Rogedo; GOMES, Magno Federici. Justiça ambiental e democracia: uma construção processual. In: GAIO, Daniel; SILVA, Lara Ramos da (Coords.). **Anais do 1º Congresso Mineiro de Direito Ambiental**: perspectivas e desafios para a proteção do meio ambiente na contemporaneidade. Belo Horizonte, 18 e 19 de outubro de 2017. Belo Horizonte, MG: UFMG, 2017. p. 168-175. Disponível em: https://www.academia.edu/37129690/JUSTI%C3%87A_AMBIENTAL_E_DEMOCRACIA_UMA_CONSTRU%C3%87%C3%83O_PROCESSUAL. Acesso em: 13 ago. 2019.

BÖLTER, Serli Genz; DERANI, Cristiane. Direito ambiental e desenvolvimento sustentável: uma análise da judicialização das relações sociais. **Revista Veredas do Direito**: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, Belo Horizonte, v. 15, n. 33, p. 209-242, dez. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v15i33.1242>. Acesso em: 09 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 maio 2019.

BRASIL. Lei Complementar n.º 140, de 08 dez. 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 dez. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp140.htm. Acesso em: 30 jul. 2019.

BRASIL. Lei n.º 6.938, de 31 ago. 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 02 set. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 05 maio 2019.

BRASIL. Lei n.º 12.813, de 16 maio 2013. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei n.º 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias n.ºs 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001.

Diário Oficial da União, Brasília, 16 de maio de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm. Acesso em: 06 set. 2019.

BULZICO, Bettina Augusta Amorim. **O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**: origens, definições e reflexos na ordem constitucional brasileira. 2009. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdades Integradas do Brasil (UNIBRASIL), Curitiba. Disponível em: https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/02/mestrado_unibrasil_-Betina-Morim.pdf. Acesso em: 18 set. 2019.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Direito fundamental ao meio ambiente enquanto elemento constitutivo da democracia. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 25, p. 173-198, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v13i25.564>. Acesso em: 19 set. 2019.

FERREIRA, Leandro José. **A participação popular na proteção do meio ambiente pela via do processo justo**. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

GIONGO, Rafaela Luiza Pontalti. Direito ao meio ambiente e qualidade de vida: Reflexões para uma sociedade humana e ecologicamente viável. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 7, n. 13/14, p. 75-100, jan./dez. 2010. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/152>. Acesso em: 19 set. 2019.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, nº 52, v. 2, p. 93-111, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8864>. Acesso em: 17 abr. 2019.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. Políticas públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 155-178, ago./dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25246/direitoedesenvolvimento.v9i2.667>. Acesso em: 18 jul. 2019.

GOMES, Magno Federici; PIGHINI, Bráulio Chagas. Políticas públicas, corrupção, governança corporativa, investimento estrangeiro direto e sustentabilidade. **Direito Público (RDU)**, Porto Alegre, nº 75, v. 13, p. 09-47, maio/jun. 2017. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2581/pdf>. Acesso em: 21 ago. 2019.

KOHLHEPP, Gerd. Conflitos de interesse no ordenamento territorial da Amazônia brasileira. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 37-61, ago. 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142002000200004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 06 ago. 2019.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Participação, processo civil e defesa do meio ambiente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Processo administrativo ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio (Coord.). **Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Cap. 2, p. 37-86.

SANTOS, Ariel Augusto Pinheiro dos; GOMES, Magno Federici. Da evolução constitucional projetada na tutela ao meio ambiente. **Revista da Universidade Vale do Rio Verde**, Três Corações, v. 15, n. 2, p. 158-174, ago./dez. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5892/ruvrd.v15i2.3596>. Acesso em: 19 set. 2019.